

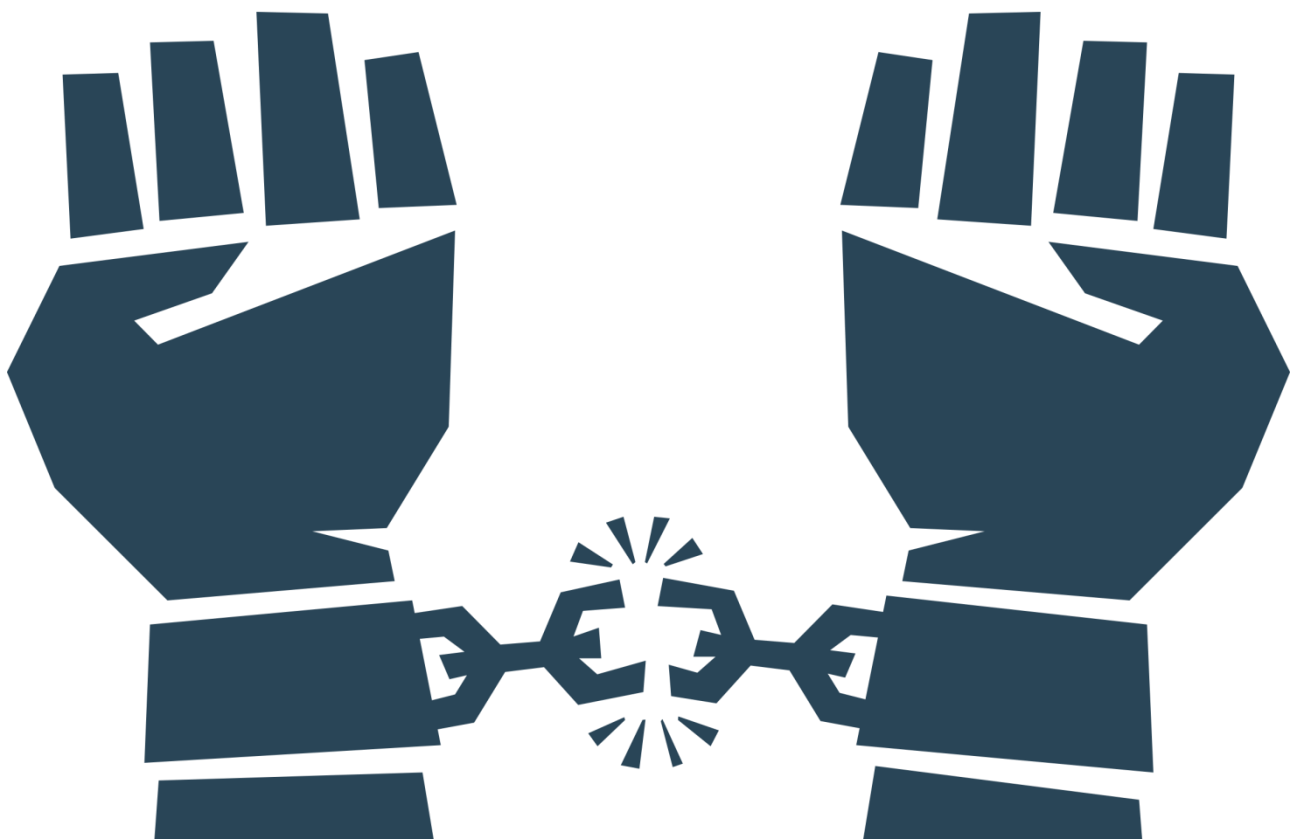
EL DERECHO PENAL ANTE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

ENERO - 2022

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

Doctorando: Eulogio José Bedmar Carrillo

Director: Esteban J. Pérez Alonso



Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Eulogio José Bedmar Carrillo
ISBN: 978-84-1117-284-4
URI: <http://hdl.handle.net/10481/74571>

Agradecimientos

Después de años de trabajo, solo destaca un sentimiento por encima del resto: GRATITUD.

A mi director de Tesis Doctoral, Esteban Pérez Alonso. Por entenderme y por entendernos. Por confiar en mí cuando las circunstancias indicaban lo contrario. Por su pasión y entrega a su trabajo. Gracias.

A mi tutor durante mi estancia de investigación en la Universidad de Queens (Belfast), Jean Allain. Por abrirme los ojos a una cruda realidad y dar luz cuando solo había sombras. Por abrirme las puertas de su casa y por su calidad humana desinteresada. Gracias.

A mi familia: mi hermano Ángel, mi madre Mariángeles y mi padre Eulogio. A mi hermano, por cuidarme, por ser mi amigo y mi apoyo. A mi madre, por su amor incondicional y permanente. A mi padre, por ser el espejo en el que mirarme. Gracias.

A mi compañera de vida: mi mujer Ángela. Solo ella sabe lo que hemos sufrido, llorado, reído, cantado, bailado, durante todo este largo proceso. Esta Tesis es tan suya como mía. Gracias. QNSTO.

Abreviaturas

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.: Artículo.

Arts.: Artículos.

ATS: Acuerdo del Tribunal Supremo.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CCEM: Comité Contra la Esclavitud Moderna.

CDFUE Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

Coord.: Coordinadores.

Coords.: Coordinadores.

CP: Código Penal Español.

CPC Cuadernos de Política Criminal

CPI: Código Penal Italiano.

D.: Don.

Dña.: Doña.

DIF: Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Dir.: Director.

Dirs.: 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 los Derechos Humanos.

ECOWAS: Comunidad Económica de Estados de África Occidental.

Ed.: Editorial.

EPC Revista de Estudios Penales y Criminológicos.

FGE: Fiscalía General del Estado.

GRETA: Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa.

GSI: Índice Global de Esclavitud.

HRW: Human Rights Watch.

Ibídem En el mismo lugar.

INACIPE: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

INEGI: Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

INTERPOL: Organización Internacional de Policía Criminal.

JAI: Justicia y Asuntos Interiores.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

Núm.: Número.

Núms.: Números.

OEA: Organización de Estados Americanos.

OIT/ILO: Organización Internacional del Trabajo.

OIM: Organización Internacional para las Migraciones de Naciones Unidas.

ONG: Organización no gubernamental.

ONU.: Organización de las Naciones Unidas.

Op. cit.: Obra ya citada.

P.: Página.

PP.: Páginas.

Párr.: Párrafo.

RD: Real Decreto.

RDPCrim: Revista de Derecho Penal y Política Criminal.

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

RFDUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

S: Siglo.

Sr.: Señor

SS.: Siguietes.

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: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

TS: Tribunal Supremo.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UNDOC: Oficina contra la Droga y el Crimen de Naciones Unidas.

UNICEF: Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.

URSS: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Índice General

Contenido

CAPÍTULO 1	16
Introducción	16
1. Justificación y objeto	17
2. Metodología y estructura	21
2.1. Metodología	21
2.2. Estructura	22
CAPÍTULO 2.	24
Caracterización del fenómeno de la esclavitud	24
1. ¿Qué es la esclavitud?	25
1.1. Aproximación al concepto de “esclavitud clásica”	25
1.2. Aproximación al concepto de la “esclavitud del siglo XXI” o “nuevas formas de esclavitud”	34
1.3. Haciendo visible lo invisible. Una realidad en datos	38
1.3.1. Trata de personas	44
1.3.2. Trabajo forzoso	49
2. Diferencias entre antigua esclavitud y nueva esclavitud	56
2.1. Color de la piel frente a vulnerabilidad	57
2.2. Derecho de propiedad legal frente a propiedad sin derecho: relación jurídica frente a relación fáctica o de hecho	59
2.3. Bajo número de esclavos frente a exceso de futuribles esclavos: alto coste de adquisición frente a “personas desechables”	60
2.4. Temporalidad del esclavo: rentabilidad normal frente a alta rentabilidad	61
3. Características de las nuevas formas de esclavitud	62
3.1. Traslado internacional o traslado regional	62
3.2. Desigualdad	63
3.3. Ausencia de consentimiento o invalidez del mismo. Situación de vulnerabilidad	64
3.4. Sometimiento a la voluntad de otra persona	65
3.5. Pérdida de la condición de persona. “Cosificación” o deshumanización	66
3.6. Explotación de la persona. Obtención de un beneficio económico	67
3.7. Medios empleados	68
3.8. Los nuevos explotadores	70
4. Causas de la nueva esclavitud	73
4.1. Aumento de la población mundial	73

4.2.	Inmigración, globalización y capitalismo económico	75
4.3.	Corrupción y delincuencia organizada	81
4.4.	Perspectiva de género.....	86
CAPÍTULO 3.....		89
Conceptualización de las formas contemporáneas de esclavitud en el derecho internacional		89
1. Introducción		90
2. Redactando la definición de esclavitud. Historia de los Convenios		96
2.1.	El establecimiento del régimen jurídico	96
2.1.1.	Convención sobre Esclavitud de 1926	96
2.1.2.	Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956.	102
2.2.	La redacción del texto	105
2.3.	Problemas terminológicos. Esclavitud, instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.....	112
3. Hacia la Corte Penal Internacional		119
3.1.	Esclavitud en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	119
3.2.	Convenios sobre Trata de Personas y su relación con el Concepto de Esclavitud	129
4. Definición de esclavitud		132
4.1.	Propiedad.....	133
4.2.	Propiedad y moderna esclavitud. Los atributos del Derecho de Propiedad.....	138
4.3.	Características de los atributos del Derecho de Propiedad	146
4.4.	Esclavitud “de iure” o “de facto”	151
4.5.	Control equivalente a posesión	156
5. Tribunales Internacionales		159
5.1.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	159
5.1.1.	Caso Siliadin contra Francia	159
5.1.2.	Caso Rantsev contra Chipre y Rusia	166
5.1.3.	Caso C.N. y V. contra Francia	173
5.1.4.	Caso Van Der Mussele contra Bélgica.....	176
5.1.5.	Caso C.N. contra Reino Unido	181
5.1.6.	Caso Chowdury y otros contra Grecia	184
5.1.7.	Caso S.M. contra Croacia	190
5.2.	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.....	199
5.2.1.	Caso Kunarac	199

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

5.3.	Tribunal Supremo Australiano.....	206
5.3.1.	Caso Tang	206
5.4.	Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOWAS)	214
5.4.1.	Caso Hadijatou Mani contra Níger	214
5.5.	Corte Interamericana de Derechos Humanos	216
5.5.1.	Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil.....	216
CAPÍTULO 4.....		226
Estudio de derecho comparado sobre formas contemporáneas de esclavitud		226
1. Italia.....		227
1.1.	Reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre	228
1.2.	Trata de personas	233
1.3.	Adquisición y alienación de esclavos.....	235
2. Alemania.....		235
2.1.	Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados	238
2.2.	Trata de seres humanos	240
2.2.1.	Resultados de explotación del delito	242
2.2.1.1.	Esclavitud y servidumbre.....	242
2.2.1.2.	Servidumbre por deudas	243
3. Portugal.....		244
3.1.	Esclavitud.....	245
3.2.	Trata de personas	246
4. Francia		248
4.1.	Trata de personas	249
4.1.1.	Tipo básico.....	250
4.1.2.	Tipos cualificados	251
4.2.	Trabajo forzoso y servidumbre	252
4.3.	Esclavitud y explotación de personas esclavizadas.....	254
5. Reino Unido.....		255
5.1.	Esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio.....	259
5.2.	Trata de seres humanos	261
5.3.	Significado de explotación	264
5.4.	Comisión de delito con la intención de cometer un delito según la sección 2.....	266
5.5.	Informe del Comité Conjunto sobre el Proyecto de Ley de Esclavitud Moderna	266
6. Argentina.....		269

6.1.	Trata de personas	270
6.1.1.	Bien jurídico protegido.....	271
6.1.2.	Tipo básico.....	272
6.1.3.	Tipos cualificados	274
6.1.4.	Víctimas de trata, no punibles.....	275
6.2.	Jurisprudencia	275
6.2.1.	Tribunal Oral Federal de Mar del Plata	275
6.2.2.	Tribunal Oral Federal de Santa Fe	276
6.2.3.	Tribunal Oral Federal de Rivadavia.....	277
6.2.4.	Tribunal Oral Federal de Misiones	277
6.2.5.	Tribunal Oral Federal de Entre Ríos	278
6.3.	Reducción a esclavitud o servidumbre	278
6.3.1.	Bien jurídico protegido.....	280
6.3.2.	Supuestos integrados en el artículo 140 del Código Penal.....	281
6.3.2.1.	Reducir a una persona a esclavitud o servidumbre bajo cualquier modalidad.....	281
6.3.2.1.1.	Esclavitud	281
6.3.2.1.2.	Servidumbre	282
6.3.2.1.3.	Referencia a “bajo cualquier modalidad”	282
6.3.2.1.4.	Tipo básico	283
6.3.2.2.	Recibir a una persona para mantenerla en esclavitud o servidumbre 283	
6.3.2.3.1.	Tipo básico	284
6.3.2.4.	Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados	284
6.3.2.4.1.	Tipo básico	285
6.3.2.5.	Obligar a una persona a contraer matrimonio servil	285
6.3.2.5.1.	Tipo básico	286
6.4.	Jurisprudencia	287
6.4.1.	Cámara Nacional Criminal y Correccional - Sala I -Bruzzone, Barbarosch, Rimondi – causa N° 27.080 – 23/11/2005.....	287
6.4.2.	Cámara Nacional Criminal y Correccional – Sala II – Horacio Rolando Cattani - Martín Irurzun - Eduardo G. Farah - causa n°28.641 - 13/04/2010...	287
6.4.3.	Cámara Federal de Apelaciones de La Plata – Sala II – Gregorio Julio Fleicher -César Álvarez - Leopoldo Héctor Schiffrin - causa N° 5136 – 18/08/2009	288

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

6.4.4. Cámara Nacional de Casación Penal Sala I - Madueño, Catucci, Rodríguez Basavilbaso - 14/11/1996	289
7. México	289
7.1. 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	293
7.1.1. Tipo básico del delito de trata.....	293
7.1.2. Conductas	294
7.1.3. Medios comisivos.....	296
7.1.4. Finalidades de explotación y delitos independientes	297
7.2. Desarrollo de las formas de explotación y delitos independientes.....	298
7.2.1. Esclavitud	298
7.2.2. Condición de siervo.....	299
7.2.3. Explotación de actividades de naturaleza sexual	300
7.2.4. Explotación laboral	301
7.2.5. Trabajo forzoso	301
7.2.6. Explotación del trabajo infantil.....	302
7.2.7. Matrimonio forzoso.....	303
7.2.8. Extirpación de un órgano, tejido o sus componentes y experimentación biomédica ilícita en seres humanos	304
7.3. Posibles mejoras de 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.....	305
8. Perú	306
8.1. Trata de personas	307
8.1.1. Tipo básico.....	307
8.1.2. Formas agravadas de la Trata de Personas	308
8.1.3. Texto vigente del Artículo 153	308
8.2. Delitos de explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación y trabajo forzoso	309
8.2.1. Explotación sexual	310
8.2.2. Esclavitud y otras formas de explotación.....	311
8.2.3. Trabajo forzoso	312
CAPÍTULO 5	315
Bien jurídico protegido	315
1. Introducción	316
2. Afrontando el problema	317

2.1.	Breve reflexión sobre la construcción de un concepto de bien jurídico	317
3.	Funciones del bien jurídico protegido	320
3.1.	Propuestas según la dicotomía funcional: dogmática vs política-criminal	322
3.1.1.	Concepción constitucionalista	324
3.1.2.	Concepciones actuales.....	327
3.1.3.	Concepción personal	330
3.1.4.	Conclusión	331
4.	Desarrollo de propuesta	333
4.1.	Unidad de bien jurídico protegido. Distintos grados de afectación	333
4.1.1.	Derecho comparado. Ubicación sistemática en los distintos códigos penales	334
4.1.2.	Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de otros Tribunales Internacionales en base al análisis del bien jurídico unitario	338
4.2.	Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas	345
4.3.	Análisis del bien jurídico del artículo 318 bis CP	347
4.3.1.	Bien jurídico colectivo	348
4.3.2.	Bien jurídico individual.....	349
4.4.	Análisis del bien jurídico del art. 177 bis CP, el delito de trata de personas	352
4.4.1.	Integridad moral como bien jurídico	353
4.4.2.	Dignidad humana como bien jurídico	360
4.4.3.	Bien jurídico pluriofensivo	368
4.4.3.1.	Libertad y dignidad-integridad moral.....	369
4.4.3.2.	Libertad-dignidad/integridad moral y otros derechos específicos	370
4.4.4.	“Status Libertatis” como bien jurídico unificador de valores tutelables para las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”	374
CAPÍTULO 6.	384
	Formas contemporáneas de esclavitud en nuestro derecho interno. Propuesta de regulación.....	384
1.	El delito de trata de personas en el Código Penal español	385
2.	Proceso legislativo	392
2.1.	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	392
2.2.	Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril.....	393
2.3.	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero	396
2.4.	Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre	397
2.5.	Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.....	398

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

2.6.	Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre.....	399
2.7.	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio	400
2.8.	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	401
2.8.1.	Novedades introducidas por la LO 1/2015 en el delito de trata de personas	402
3.	Aproximación victimocéntrica del delito	407
4.	Deficiencias de la reforma. Lo que queda por hacer	410
5.1.	Rasgos comunes.....	416
5.1.1.	Componente geográfico.....	416
5.1.2.	Desamparo y necesidad	417
5.1.3.	Relación fáctica, no jurídica	417
5.1.4.	Dominación de otra persona	418
5.1.5.	Finalidad económica	419
5.2.	Conducta típica	419
5.2.1.	Acción.....	423
5.2.1.1.	Captar.....	423
5.2.1.2.	Transportar	424
5.2.1.3.	Trasladar	424
5.2.1.4.	Acoger o recibir.....	425
5.2.1.5.	Transmitir el control.....	425
5.2.2.	Medios comisivos.....	426
5.2.2.1.	Trata forzada	427
5.2.2.2.	Trata fraudulenta	428
5.2.2.3.	Trata abusiva	429
5.3.	Vertiente subjetiva	431
5.4.	Finalidades de explotación	432
5.4.1.	La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.....	434
5.4.2.	La explotación sexual, incluida la pornografía	437
5.4.3.	La explotación para realizar actividades delictivas.....	441
5.4.4.	La extracción de sus órganos corporales	444
5.4.5.	La celebración de matrimonios forzados.....	446
6.	Problemática concursal en el delito de trata de seres humanos	448
6.1.1.	6.1. Notas introductorias	448

5.2.	Concurrencia de la trata de seres humanos con los delitos cometidos durante el proceso	451
6.2.	Concurrencia de la trata de seres humanos con los delitos cometidos durante la fase de explotación.....	455
6.2.1.	Concurrencia con la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad	455
6.2.2.	Concurrencia con la finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía.....	459
6.2.3.	Concurrencia con la finalidad de explotación para realizar actividades delictivas	460
6.2.4.	Concurrencia con la finalidad de extracción de órganos.....	461
6.2.5.	Concurrencia con la finalidad de celebración de matrimonios forzados	464
7.	Análisis jurisprudencial	465
7.1.	Explotación sexual	466
7.1.1.	STS, 538/2016, 17 de junio	466
7.1.2.	STS, 807/2016, 27 de octubre.....	471
7.2.	Explotación laboral	475
7.2.1.	STS, 348/2017, 17 de mayo de 2017	479
7.2.2.	STS, 270/2016, 5 de Abril de 2016.....	482
8.	Propuesta de <i>lege ferenda</i>.....	486
8.1.	Ubicación sistemática, estructura y bien jurídico protegido.....	486
8.2.	Nuevos tipos delictivos	492
8.2.1.	Delito de trata de seres humanos.....	493
8.2.2.	Delito de trabajo forzoso	498
8.2.3.	Delito de sometimiento a servidumbre.....	500
8.2.4.	Delito de sometimiento a esclavitud	502
8.2.5.	Disposiciones comunes a los artículos anteriores	504
8.3.	Reformas en otros ámbitos del Código Penal	508
8.3.1.	Reforma del art. 187 CP	508
8.3.2.	Reforma del art. 188 CP	510
8.3.3.	Reforma del art. 311 CP	510
8.4.	Propuesta concursal.....	511
8.4.1.	Concurrencia con delitos cometidos durante el proceso de sometimiento	513

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

8.4.2. Concurrencia con los delitos de explotación laboral.....	516
8.4.3. Concurrencia con los delitos de explotación sexual	517
CAPÍTULO 7.	524
CONCLUSIONES	524
BIBLIOGRAFÍA (por orden alfabético).	540
JURISPRUDENCIA	565

CAPÍTULO 1

Introducción



1. Justificación y objeto

Existe a día de hoy una realidad atroz a la que las personas más necesitadas y vulnerables se enfrentan cada día precisamente por el hecho de serlo. Una realidad que proviene de tiempos remotos y que parecían olvidados con el paso de los años pero que en pleno S.XXI se ha convertido en una forma criminal que convierte a los seres humanos en objetos de comercio y que los despoja de sus derechos humanos más básicos convirtiéndolos en “muertos civiles”. Y es que de eso se aprovechan los nuevos “amos”. Escondidos entre las rendijas del capitalismo económico y de una sociedad globalizada e industrializada que devora a su paso cualquier atisbo de humanidad, estas organizaciones aprovechan la vida de los seres humanos que han quedado olvidados en el avance social con el objetivo de convertirlos en mano de obra barata a base de explotar su fuerza de trabajo hasta reducirlos a desechos sociales. Y es la propia sociedad, en su búsqueda de poder, la que da la espalda a una cruel realidad que retorna con fuerza desde el pasado, pero por causas, características y con objetivos diferentes: la esclavitud.

Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” engloban una serie de comportamientos delictivos que suponen un sometimiento radical y absoluto de la persona destruyendo un compendio de derechos humanos básicos tales como la dignidad, la integridad moral, la vida o la libertad hasta robarles su propia esencia de seres humanos. Tales comportamientos suponen la degradación más extrema de la persona hasta llegar a cosificarla y convertirla en una “*res*” con la que comerciar. Son las vidas baratas, las caras sin rostro, los muertos sociales.

La catástrofe del fenómeno llega a límites insospechados debido a la falta de visibilidad de estas conductas delictivas, pero no por ello los datos son menos abrumadores. La organización Walk Free¹ cifra en 40.3 millones las personas sometidas a alguna forma de esclavitud según el Índice Mundial de Esclavitud que elabora desde el año 2011 incorporando los datos de 167 países. Este revelador dato pertenece al último informe de 2018 elaborado junto con la Organización Mundial del Trabajo (OIT) y con la colaboración de la Organización Mundial de las Migraciones (OIM). Del total de personas esclavizadas, 25 millones aproximadamente son víctimas de trabajo forzoso y 15 millones son víctimas de matrimonios forzosos. Además, el 71% son mujeres y niñas y el 25% menores de edad.

El Derecho Penal, como herramienta jurídico-punitiva más contundente del Estado, supone un elemento más con el que luchar contra este fenómeno, aunque será necesario un enfoque holístico y multidisciplinar que permita, si no erradicar, sí alertar y prevenir al imaginario social sobre estos comportamientos para, con el paso del tiempo, encender la luz y poder mirar a la cara a los nuevos monstruos. Sin embargo, existe una inexplicable laguna en nuestro Código que únicamente incorpora la trata de seres humanos, de forma tardía y técnicamente deficiente, como delito asimilable a

¹ FUNDACIÓN WALK FREE: Global Slavery Index 2018. Modern Slavery: A hidden everyday problem, 2018. (Se puede ver en www.walkfreefoundation.org)

estos comportamientos olvidando por completo el resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y dejando sin protección a las víctimas y sin castigo a los autores. Ante este panorama se justifica la reacción del sector académico para poner de manifiesto que el legislador nacional viene incumpliendo de forma taxativa la normativa internacional siendo la prohibición de la esclavitud y sus prácticas similares una norma de *ius cogens* con efectos *erga omnes*. Más aún, entre las finalidades del delito de trata de seres humanos se establece la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso pero no quedan definidas ni castigadas en ningún otro artículo del Código, castigando enérgicamente el delito instrumental que supone un proceso con finalidad de explotación, pero obviando el castigo de la explotación en sí misma.

Estos comportamientos que se definen en este trabajo como “sometimientos extremos” quedan incorporados al término “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como concepto aglutinador de conductas criminales que tienen como objetivo la “explotación extrema” del ser humano a través del sometimiento y el control y que se componen del sometimiento a esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos.

Con el objetivo de castigar estas nuevas prácticas esclavistas y solventar la laguna en la que nadan los operadores jurídicos nacionales nos enfrentamos a dotar de contenido típico-positivo cada uno de los términos para convertirlos en tipos delictivos de aplicación actual. Este objetivo exige un complejo estudio de Derecho Internacional y de toda la normativa internacional en la que se mencionan estas manifestaciones para acotar, definir y separar cada uno de los conceptos. Desde el entendimiento de la esclavitud del pasado que, en su forma legal, suponía una práctica habitual hasta el estudio de las formas criminales adoptadas en nuestro presente, se realiza un recorrido por cada uno de los textos que, de una u otra forma, han ido definiendo el contorno del fenómeno de la esclavitud hasta llegar a la definición contenida en la Convención sobre la Esclavitud de 1926.

Durante muchos años se pensó que esta definición venía referida a una manifestación de la esclavitud “clásica” y que, por tanto, no podía ser aplicada en la actualidad. No obstante, el análisis jurisprudencial de las sentencias dictadas por numerosos Tribunales internacionales tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y otros tantos, en aplicación de los distintos Convenios Internacionales a lo largo de los años van concretando y delimitando cada uno de los comportamientos contenidos en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, revelando así la realidad existente de estos fenómenos y definiendo las líneas que separan cada uno de los términos, puesto que siendo comportamientos criminales cercanos, deben ser correctamente definidos para su efectiva aplicación y operatividad en términos jurídicos.

Una vez concretados en la normativa y jurisprudencia internacional, dada la pretensión de extraer su contenido del ámbito internacional y regional y transponerlo al

Derecho interno, resulta necesario concretar el bien jurídico que debe quedar protegido frente a estos sometimientos extremos. El análisis y estudio de ese objeto de tutela permite comprender los derechos afectados por estos comportamientos, creando a la vez un espacio propio de protección que aparece como huérfano y significando aún más la necesidad de incorporar tipos delictivos autónomos y concretos que castiguen estas conductas.

Delimitar, definir y concretar cuál es el bien jurídico afectado por estas manifestaciones de dominación y sometimiento es el estadio previo a la calificación penal de las diferentes conductas. Ante la falta de existencia de delitos similares que puedan iluminarnos en el camino correcto, se realiza un amplio estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos, existiendo un amplio espectro de razonables propuestas que son analizadas y discutidas. Sin embargo, el complejo fenómeno que suponen estas prácticas esclavistas y la cantidad ingente de derechos humanos básicos afectados hacen necesario encontrar un bien jurídico que abarque el total contenido de injusto que se revela al dominar, someter y desechar a un ser humano, porque esa es la realidad, estas prácticas suponen crear “muertos en vida”, “muertos civiles” que no existen y que viven sin que su vida les pertenezca.

Como si de compartimentos estancos se tratara, cada forma de esclavitud, tiene en su base un contenido residual de derechos inherentes al propio ser humano como pueden ser la dignidad y su manifestación jurídica en integridad moral, vida o salud individual. Pero a lo largo del recorrido por la historia de cada manifestación aparecen, destacando por encima del resto, un abigarrado conglomerado de derechos individuales que son los que definen la propia herencia de la esclavitud del ser humano. Este marmágnum de derechos que son quebrantados quedan representados en el bien jurídico “*status libertatis*” haciendo un pretendido guiño al derecho romano, base circunspecta de nuestro sistema jurídico y en el cual se agrupan un conjunto de derechos que se erigen, por encima del resto, pero sin quitarles su lugar, como un bien jurídico unitario que pretende ser la piedra angular de la regulación sistemática de esta catástrofe histórica y, desgraciadamente, contemporánea. Resulta necesario entenderlo de este modo, como dijo Gulnara Shahinian, antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud “la esclavitud no es un problema del pasado, es una realidad de hoy”².

El estudio de la normativa incorporada en los países de nuestro entorno jurídico refuerza la necesidad de dotar a nuestro Código Penal de instrumentos que reflejen los comportamientos delictivos que se estudian. Este análisis de Derecho comparado incluye ubicación sistemática y bien jurídico protegido de los diferentes Códigos Penales o leyes penales especiales de gran parte de los países europeos y sudamericanos que incorporan tipos referentes a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Su

² SHAHINIAN, G.: “Aproximación a la realidad de las formas contemporáneas de esclavitud”, op. cit., p. 52.

tratamiento y contenido del tipo permiten también analizar la técnica jurídica con la que se han regulado, siendo ejemplos constatables de la necesidad de incorporación a nuestro Derecho interno y sirviendo como referencia para la estructura de un posible nuevo conjunto de delitos.

Tras este estudio preliminar en el que queda demostrado la laguna existente y la necesidad de solucionarla dada la importancia social y habiendo configurado los términos, bien jurídico y la técnica legislativa más apropiada, estamos en condiciones de estudiar la regulación española en esta materia, que, como se ha indicado, se reduce al delito de trata de seres humanos. Dada la falta de tipos que regulen las distintas formas de sometimiento extremo, los Tribunales españoles han llenado ese vacío normativo con la aplicación de tipos concurrentes como pueden ser los artículos 311 CP y 312 CP en donde se castigan los delitos contra los derechos de los trabajadores, el art. 187 CP o 188 CP que recoge la prostitución involuntaria de adultos e infantil respectivamente o el art. 318 bis que establece el favorecimiento para el cruce irregular de fronteras, además de otros delitos que pueden llevarse a cabo para conseguir el sometimiento de la persona como puede ser el contenido en el art. 173 CP que castiga el delito de trato degradante.

Los artículos 311 CP y 312 CP castigan las condiciones ilegales de trabajo, esto es, una posible explotación laboral sobre aquel que tenga la condición de trabajador, tal y como exige el tipo, lo cual resulta sustancial, técnica y materialmente insuficiente para acoger comportamientos de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, entre otras cosas porque no tutelan el mismo bien jurídico, no castigan el verdadero desvalor jurídico de la acción cometida, las conductas contenidas por el tipo son excesivamente amplias y dejan un margen interpretativo excesivo para los Tribunales. Además, únicamente podrían aplicarse de existir una relación laboral previa, de tal modo que, con este articulado, ni se castiga la acción ni se protege a las víctimas como tales³.

Algunos autores han propuesto la aplicación conjunta de un delito contra los derechos de los trabajadores y de un delito de trato degradante del art. 173.1 CP, lo cual no hace sino poner de manifiesto la creatividad e imaginación del sector académico para tratar de abarcar el desvalor jurídico de las conductas que se pretenden castigar, aplicación conjunta que también resulta insuficiente al venir referido el delito de trato degradante a la protección de la integridad moral de las víctimas, objeto de tutela que, pese a estar contenido entre los derechos que se ven quebrantados en estas manifestaciones contemporáneas de esclavitud, quedaría reservado para una afectación menos extrema que la se produce en estos sometimientos.

Tengamos en cuenta que la esclavitud supone un poder de decisión sobre la persona que afecta principalmente a su propia autonomía, a su libertad en sentido

³ Llegan a la misma conclusión PÉREZ ALONSO, E.: "Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud", op. cit., p. 355; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., p. 480; de la misma autora: "La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal", op. cit., p. 338; POMARES CINTAS, E.: "El delito de trata de seres humanos...", op. cit., p. 27.

amplio, además de a otros derechos humanos inherentes a la persona como integridad moral y dignidad, pero que por sí mismos no llegan a completar el mosaico de derechos que se ven violentados por esta clase de comportamiento, de ahí la necesidad de punibilizar mediante un bloque conjunto de nuevos delitos esta realidad contemporánea. Por ello, el delito del art. 173.1 en aplicación conjunta con los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 y 312 no son suficientes para colmar las expectativas que propone el art. 4 CEDH⁴.

Tampoco el art. 607 bis. 10 CP colma la exigencia referida, ya que, pese a tipificar el delito de sometimiento a esclavitud, lo hace desde la perspectiva de un delito de lesa humanidad, exigiendo que la acción se realice “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de ella”, dejando fuera de la conducta la posible explotación a través de un sometimiento a esclavitud de una persona individualizada.

Existe una urgente necesidad de intervenir legislativamente en esta materia por lo que se realiza una propuesta de “*lege ferenda*” para incorporar un catálogo delictivo propio que incluya los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso de mayor a menor afectación del bien jurídico, además del delito de trata de seres humanos con ciertas modificaciones a nivel de técnica legislativa. También se proponen cambios en algunos artículos de otros ámbitos del Código Penal pero que por razones de coherencia normativa y política-criminal se consideran necesarias al estar inmersos en las zonas de afección de estas prácticas. Como paso previo a realizar la propuesta se analiza el delito de trata de seres humanos como único delito existente hasta el momento y sus concursos con los delitos con los que habitualmente confluye además de realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

2. Metodología y estructura

2.1. Metodología

La investigación en Ciencias Jurídicas suele partir de una duda razonable, de una desazón intangible que propina al investigador el empuje necesario para sumergirse en busca de las respuestas. En este caso son muchas las dudas y, por tanto, las preguntas que me surgen para desarrollar el contenido de este trabajo de investigación. Preguntas que parten desde una perspectiva más general del fenómeno hacia una más específica y localizada: ¿existe hoy día esclavitud?, ¿es visible esa esclavitud?, ¿la trata de personas, el trabajo forzoso u obligatorio, la servidumbre la prostitución forzada...son formas de esclavitud?, ¿está castigado internacionalmente?, ¿nuestro Derecho Penal castiga estas

⁴ De la misma opinión PÉREZ ALONSO, E.: “Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, op. cit., p. 356; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud...”, op. cit., p. 338; BONORAT TORMO, M/GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre en el derecho español...”, op. cit., pp. 257 y ss.

situaciones?, ¿es la esclavitud una simple explotación o va más allá?, ¿qué derechos humanos se vulneran cuando una persona es sometida a un régimen esclavista?, ¿qué países castigan estos delitos y cuáles tienen un delito de esclavitud típico y por qué?, ¿nuestro código penal protege suficientemente los derechos vulnerados cuando alguien es sometido a esclavitud?, ¿es necesario una mayor protección?, por tanto ¿son necesarios los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso para nuestro Código Penal?

En la búsqueda de las respuestas adecuadas se hará uso de una metodología analítica-descriptiva con referencias doctrinales, jurisprudenciales y de derecho comparado. Además se harán uso de métodos inductivos y deductivos para analizar los comportamientos objetos de estudio.

Además, será necesario abordar la tarea desde un punto de vista holístico y multidisciplinar, ya que resulta indispensable acudir a diferentes ámbitos del derecho para extraer una definición de esclavitud que refleje la realidad del fenómeno tal y como aparece hoy en día. No solo eso, sino que habrá que enfocar el problema desde el punto de vista de distintas disciplinas de conocimiento tales como la sociología, filosofía, economía, e incluso, como he dicho, estudiar diferentes ramas del derecho como pueden ser el constitucional, laboral, internacional (público y privado), económica, civil, etc.

Así, en una primera parte de la tesis, se abordará la investigación jurídica como un hecho social, como un producto que refleja la evolución social y que se adapta a sus necesidades (Institucionalismo/organicismo/concepciones sociologistas). Durante el proceso y en instancias postreras, se deberá adoptar un enfoque positivista del s. XX (racionalismo kantiano/métodos de análisis del lenguaje) que permita observar el derecho como un enunciado normativo, ya que, la parte el objetivo final del trabajo de investigación consiste en la propuesta de “lege ferenda” de incorporación de un bloque delictivo propio que contenga los delitos contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

2.2. Estructura

Para lograr una óptima sistematización del tema objeto de estudio, se divide la tesis en 5 Capítulos.

En el Capítulo 1 se hace una caracterización del fenómeno de la esclavitud realizando un recorrido histórico para entender la evolución del concepto y se aportan una serie de datos para comprobar la realidad a la que nos enfrentamos en cifras del presente. Para separar los conceptos de antigua esclavitud y moderna esclavitud, se realiza un análisis comparativo de ambos fenómenos y se termina describiendo y analizando cuáles son las causas y las características de la nueva esclavitud.

El Capítulo 2 incorpora un amplio estudio de Derecho Internacional mediante el análisis de los diferentes Convenios Internacionales de la materia objeto de estudio para hacer una conceptualización de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Una vez extraídos los conceptos, se analiza la definición de esclavitud para dotarla de un contenido positivo y de aplicación real y efectiva en el presente. Tras ello, se hace un estudio jurisprudencial de los diferentes Tribunales Internacionales que han expuesto observaciones relevantes en referencia a la materia objeto de estudio para conceptualizar cada uno de los términos que se incorporan a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

El Capítulo 4 está dedicado íntegramente a un estudio de Derecho comparado de los Códigos Penales y leyes especiales de los países de nuestro entorno jurídico europeo y aquellos otros más relevantes de Sudamérica que incorporan delitos referentes a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. A través de este análisis se investiga la ubicación, sistemática y contenido de los concretos tipos de esclavitud, trabajo forzoso, servidumbre y trata de personas, además de su ubicación y estructura.

En el Capítulo 4 el estudio se centra en definir un bien jurídico como objeto de tutela propio de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Para ello se hace una reflexión sobre el concepto de bien jurídico y sus funciones y se analiza el bien jurídico protegido de los delitos contenidos en el art. 318 bis y en el art. 177 bis. Por último, se realiza la propuesta personal de considerar el “*status libertatis*” como bien jurídico unificador de bienes tutelables.

Por último, en el Capítulo 5 se realiza una propuesta de “*lege ferenda*”. Previamente se analiza el delito de trata de personas, único tipo delictivo englobado en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que contiene nuestro Código Penal, para ello se estudia todo el proceso legislativo que ha llevado al contenido actual del delito para terminar analizando el tipo concreto de trata de seres humanos y la propuesta concursal que se realiza con otros tipos concurrentes. A continuación se hace un análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo sobre trata y otras modalidades delictivas que aparecen en el transcurso del propio delito. En última instancia, se propone de “*lege ferenda*” una reforma del Código Penal para incorporar un nuevo Título que contenga tipos autónomos que castiguen las distintas manifestaciones de sometimiento extremo, para lo cual se hace un estudio de la ubicación sistemática y bien jurídico protegido de estos nuevos delitos, se redacta cada uno de ellos y se incorpora un artículo de disposiciones comunes. Debido a la cantidad de delitos que aparecen en el transcurso de estos comportamientos criminales se realiza una propuesta concursal con otros tipos concurrentes y se cierra la tesis con una serie de conclusiones.

CAPÍTULO 2.

Caracterización del fenómeno de la esclavitud



1. ¿Qué es la esclavitud?

1.1. Aproximación al concepto de “esclavitud clásica”

El objeto de la investigación debe comenzar forzosamente haciendo una clara distinción entre el concepto al que se denomina “esclavitud clásica” y lo que se conoce hoy día como “nuevas formas de esclavitud”⁵. En ambos fenómenos se observa un dominio de una persona sobre otra, un sometimiento de un ser humano sobre el cual otro individuo ejerce un control absoluto. Sin embargo, la finalidad y los medios con los que se lleva a cabo este ejercicio de disposición son, como veremos, radicalmente distintos. Por lo tanto, para entender el fenómeno objeto de estudio, se debe partir de una idea bien clara: las nuevas formas de esclavitud nada tienen que ver con las formas de manifestación de la “esclavitud clásica”, entendida ésta como aquella esclavitud que se ejerce desde tiempos remotos hasta que quedó abolida ya en el siglo pasado. Ciertamente que se sigue ejerciendo en algunos lugares un sometimiento mediante una esclavitud clásica, pero, quedando hoy día prohibida normativamente, son menos los casos en que aparece esta forma de esclavitud en comparación con lo que ha venido en llamarse “Formas Contemporáneas de Esclavitud” del siglo XXI. El objeto de esta investigación será, por tanto, definir y separar cada una de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, formas de sometimiento extremo del ser humano que, si bien tienen ciertos elementos comunes, se diferencian en el grado de control que se manifiesta sobre la persona sometida. Se puede hablar de una graduación en cuanto al control que se ejerce en el individuo siendo el más extremo un sometimiento a esclavitud y quedando en escalones inferiores, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de personas⁶. Todas

⁵ Sobre el concepto de “nuevas formas de esclavitud” o “Formas Contemporáneas de Esclavitud” *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P., Olarte Encabo, S., Lara Aguado, A., Ramos Tapia, I., Pomares Cintas, E., Esquinas Valverde, P., (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; *Formas Contemporáneas de Esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. Pérez Alonso, E. y Olarte Encabo, S. (Dirs.), Mercado Pacheco, P. y Ramos Tapia, I. (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020; *Formas contemporáneas de esclavitud*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco, Año 4, nº6, Monográfico. Velásquez Delgado, P. (Dir.), Pérez Alonso, E. (Coord.), Cusco (Perú), 2020 (en prensa).

⁶ La trata de personas ha sido y es una de las formas de explotación del ser humano más estudiadas por nuestra doctrina, tanto por la explotación sexual y laboral de la futura víctima como por ser el proceso que puede concluir en una futura explotación de la víctima, siendo el resto de conceptos mencionados menos analizados al no encontrarse tipificados en nuestro derecho interno. Para analizar de forma genérica el delito de trata de seres humanos *Trata de personas y explotación sexual*. García Arán, M (Coord.), Ed. Comares, Granada, 2006; *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Serra Cristóbal, R. y Lloria García, P. (Coords.), Madrid, 2007. PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una*

estas “nuevas formas de esclavitud”, son manifestaciones de diferentes formas de sometimiento del ser humano, que pueden coincidir o no en algunos elementos como los medios, a saber, violencia, amenazas, coacciones, o, incluso en la finalidad, esto es, la obtención de un beneficio económico de cualquier tipo, pero lo que distingue a cada una de esas formas, la línea que separa cada escalón viene reflejada en el control a través del ejercicio de un atributo del derecho de propiedad, cuestión que se pretende dejar planteada aquí para desarrollarla más adelante.

La palabra “esclavo” deriva de “eslavo” que es un antiguo pueblo que proviene del nordeste de Europa y que se asentó en lo que hoy sería la zona de Rusia. En la Edad Media este pueblo fue subyugado por el Sacro Imperio Romano-Germánico, donde pasaron a ser esclavos y ahí permaneció el término para indicar una relación de dominio y control.⁷

La esclavitud hacía referencia a la condición de aquellas personas que estaban obligadas a servir a un amo sin ningún tipo de remuneración y que no tenían derechos sobre su propia persona. Los esclavos tenían que obedecer los mandatos de su amo desde su nacimiento o captura hasta su muerte o liberación. Existe desde tiempos inmemoriales como una forma de avasallamiento mediante la cual el amo se apropiaba de la fuerza de trabajo del sometido sin que este pudiera ejercer ningún derecho u objeción personal o legal.

Dentro del campo de la sociología, PATTERSON define el concepto de esclavitud como “el dominio permanente y violento de individuos alienados desde su nacimiento y privados de todo sentido de su propio honor” en lo que él llama una “muerte social prolongada”⁸. Según este autor, el momento decisivo de ésta condición se atribuye al nacimiento y será continuada bajo una dura subordinación durante toda la existencia del individuo, de este modo, es algo duradero en el tiempo y que configura una permanente y radical exclusión social. PATTERSON rechaza el concepto romano legalista que

incriminación dictada desde el derecho internacional. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011; *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Pérez Alonso, E y Pomares Cintas, E (Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019; *Trata de seres humanos*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco. Año 3, nº5, Monográfico. Velásquez Delgado, P (Dir.), Pérez Alonso, E. (Coord.), Cusco, Perú, 2019; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Ed. Thomson Reuters Arazandi, Pamplona, 2016.

⁷ Visitar: www.etimologías.net

⁸ PATTERSON, O: *Slavery and Social Death. A Comparative Study*. Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982, p. 13.

describe al "esclavo como propiedad" en el núcleo del sistema⁹. Más bien, destaca factores sociológicos, simbólicos e ideológicos entrelazados dentro del sistema de la esclavitud. A lo largo de todo el período de la esclavitud se destaca el medio cultural, además de elementos políticos y psicológicos. Veremos cómo en la moderna esclavitud los factores que hacen que una persona pueda convertirse en un esclavo poco tienen que ver con su nacimiento o el color de su piel. En el sistema de mercado globalizado en el que el ahorro en la producción y el sistema capitalista importan más que los derechos de una persona, en un mundo de migraciones en el que la persona queda desamparada en la maquinaria que la misma sociedad ha creado, el concepto de VULNERABILIDAD¹⁰ destaca por encima de todos como el elemento que indica aquellos entornos que son el caldo de cultivo perfecto de la sociedad esclavista actual, factor diferencial entre la esclavitud clásica y la moderna esclavitud dentro de todas aquellas que la motivan. No podemos perder de vista que este estudio se basa en comprender qué es la esclavitud clásica para poder entender por qué, cómo y qué significa la esclavitud de nuestro tiempo.

La práctica esclavista más organizada mediante un sistema institucionalizado se produjo cuando los avances en materia agrícola demandaban esclavos para determinadas funciones. Para conseguirlos se conquistaban otros pueblos y se esclavizaba a los caídos o como castigo a los delincuentes.

Sin embargo, la principal diferencia con la esclavitud que se pretende analizar, es que la esclavitud clásica era una institución legal, el esclavo pertenecía a su amo y pasaba a ser una mercancía, la persona era "cosificada" institucionalmente y su dueño podía venderla, comprarla, cambiarla o regalarla por una deuda sin que el esclavo pudiera oponer ningún derecho propio.

FRANCISCO ARANGO describe en 1832 que un esclavo es "poseedor y es poseído; su peculio le pertenece, y sus hijos no; se niega su moralidad y su conciencia, y se le supone con deberes; se le degrada de la dignidad racional, se le asemeja a los entes privados de discernimiento, y se le castiga con más rigor que el que se usa con los que tienen conocimiento de lo justo y de lo injusto. En tal situación, podemos muy bien decir que el esclavo ni existe en la sociedad, ni en el Estado, ni aún en la ciudad; y lo

⁹ *Ibidem*, p. 13 y ss.

¹⁰ En este sentido CASADEI, T.: "La nueva esclavitud". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 43, 2009, p. 173, en donde menciona la sujeción, el sufrimiento y la reclusión como las condiciones que caracterizan a la esclavitud actual, todo lo cual lo resume en la expresión vulnerabilidad.

que es más, ni en su familia, de la cual puede su amo separarlo cuando guste...”.¹¹ Se observa aquí una definición muy parecida a la de PATTERSON en el sentido en el que el esclavo no existe en la sociedad, equivalente al término “muerte social” que utiliza este, que quiere decir que el esclavo existe como persona individual, pero es alienado de sus derechos naturales.¹²

Los historiadores afirman que la esclavitud surgió con el aprovechamiento de la mano de obra de aquellos cautivos tras una guerra. En épocas más remotas, se acababa con su vida, aunque después se prefirió utilizarlos como esclavos para obtener un beneficio económico o un servicio.

La esclavitud era aceptada y defendida en la antigüedad. De hecho, filósofos como Aristóteles consideraban que se trataba de algo natural y así lo establece al afirmar que “los elementos de la economía doméstica son precisamente los de la familia misma, que, para ser completa, debe comprender esclavos y hombres libres” y añade “el que por una ley natural no se pertenece a sí mismo, sino que, no obstante ser hombre, pertenece a otro, es naturalmente esclavo. Es hombre de otro el que en tanto que hombre se convierte en una propiedad, y como propiedad es un instrumento de uso y completamente individual¹³.”

El pueblo esclavista por excelencia en la antigüedad fue Roma, en dónde era una institución social¹⁴. Existió incluso una legislación civil y criminal dentro del derecho de gentes que entonces regía. Según el Emperador Justiniano, los esclavos nacen o se hacen, y dentro de estas palabras podemos encontrar toda la configuración de los distintos modos de esclavizar: el nacimiento, las deudas, ciertas faltas y delitos, las guerras, el comercio, el plagio y la piratería¹⁵.

El *pater familias* ostentaba un poder de vida y muerte, no sólo sobre los esclavos, sino también sobre los hijos. Pero existe una gran diferencia entre el esclavo y el resto de miembros de la familia y es que el estado del esclavo está en suspenso. Esclavo es

¹¹ ARANGO Y PARREÑO, F. D.: *Obras*. Imagen Contemporánea, volumen II, La Habana, 2005, pp. 357-358.

¹² También estudia este concepto de “muerto civil” NAVARRO, J.A.: “¿Es Qatar un estado esclavista?”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, op. cit. p. 124 y ss.

¹³ ARISTOTELES: *La Política*. Ed. Alba, Alcobendas, 1999.

¹⁴ BRADLEY, K.: *Esclavitud y sociedad en Roma*. Ed. Península, Grupo Planeta, Barcelona, 1998, p. 17.

¹⁵ Todos los textos sobre esclavitud antigua se centran en las mismas formas de esclavizar en Roma. Lo resume de manera concreta SACO, J.A.: *La Historia de la Esclavitud*. Ed. Espuela de Plata, Sevilla, 2009, p. 93.

aquel cuya vida ha sido salvada y conservada. Al vencido en la guerra se le perdonaba la vida antes que matarlo, por ello a los esclavos en Roma se los llamaba “*servi*” porque se preservaban antes que matarlos y también “*mancipi*” porque son prisioneros en manos de sus enemigos¹⁶. En este sentido, la esclavitud de la persona capturada en una guerra, nacía cuando el amo suspende el acto de ejecución, un amo que podría haber ejecutado al vencido. El esclavo ha conocido la muerte y se le ha perdonado la vida, aparece, por tanto, como un muerto que sigue viviendo, un muerto cuya muerte se encuentra en suspenso y a decisión de su amo. El esclavo es consciente y se resigna a su servidumbre porque ha preferido la vida a la muerte.

En este punto, se evoca curiosa y cercanamente el concepto de PATTERSON de muerto civil. Este esclavo romano también es un muerto civil, un extranjero en tierra extraña que ha perdido sus vínculos con la vida, no es ciudadano de ninguna parte porque su vida ya no le pertenece.¹⁷

Existieron en una determinada época en Roma, dos tipos de esclavos: públicos y privados. Los esclavos públicos pertenecieron al Estado o algunas corporaciones que los compraban con dinero público y se empleaban en algunas funciones religiosas o en el servicio de magistrados y en obras del Estado o de las ciudades. En general, sus funciones eran más estrechas que en el caso de los esclavos privados. Estos últimos podían ser esclavos de campo o de ciudad, llamados así rústicos o urbanos. Se dividían en decurias o cuadrillas de diez en diez gobernadas por otro esclavo llamado decurión. Hacían diversas tareas como arar, cultivar, cardar lana, hilar, cocinar, asistir a los enfermos, cuidar de los animales. A más de setenta ascendía el número de funciones de los esclavos rústicos en Roma. En cuanto a los esclavos urbanos, hay tantos tipos como trabajo en la ciudad. Herreros, carpinteros, sastres, zapateros, tejedores y otros muchos, ya que era deshonroso desempeñar un trabajo en Roma y, así, los amos se valían de sus esclavos para hacerlo. Hubo así incluso banqueros taberneros y hasta capitanes de barco y, por supuesto, una gran variedad de esclavos en servicio doméstico.¹⁸

Precisamente en España tuvo una gran influencia el Derecho Romano de Justiniano sobre las Leyes de las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio en lo que a esclavitud se refiere, de lo cual dejo aquí algunas citas.

¹⁶ BRADLEY, K.: *Esclavitud y sociedad*, op. cit. p. 40.

¹⁷ En este sentido hace perfecta síntesis DOCKES, P.: *La liberación medieval*. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

¹⁸ SACO, J.A.: *Historia de la esclavitud*, op. cit., p. 101.

En la PARTIDA IV, TITULO XXIII se dice que “omes o son libres, o son siervos o aforrados a que se llaman en latín libertos”.

En la PARTIDA IV, LEY I, TITULO XXI se dice “servidumbre es postura é establecimiento, que fizieron 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 tanto dezir en romance como guardar.”

En la PARTIDA IV, LEY VI, TITULO XXI se dice: “Llenero poder ha el señor sobre su siervo, para fazer del lo que quisiere. Pero con todo esso, non lo deve matar, nin lastimar, maguer le fiziesse porque, á menos del mandamiento del juez del lugar, nin lo deve ferir, de manera que sea contra razón de natura, nin matarlo de fambre; fueras ende si lo fallasse con su muger, ó con su fija. ó fiziesse otro yerro semejante destes. Ca estonce bien lo podría matar. Otros diezimos que si algunome fuesse tan cruel a sus siervos, que los matasse de fambre: o les diesse tan grand lazerio, que non lo podiessen sofrir, que entonce se puedan quejar los siervos, al juez. E al de su officio, deve pesquerir en verdad si es assi: e si lo fallare verdad, deve los vender, e dar el preço a su señor. E esto deve facer, de manera que nunca puedan ser tomados en poder, ni en señorío de aquel, a cuya culpa fueron vendidos.”

Al igual que ocurría con la compilación del Derecho Romano del Emperador Justiniano en la que se prohibía que los herejes tuviesen esclavos, en la PARTIDA IV, LEY VIII, TITULO XX se dice “como yudio, nin moro, non puede aver christiano por siervo”.¹⁹

Durante la Edad Media, la adopción del cristianismo como religión oficial por el Imperio Romano y su posterior difusión por Europa y parte de Oriente Próximo, trajo consigo un intento de mejora de las condiciones de los esclavos, aunque no consiguió eliminar la práctica de la esclavitud. Después de la caída del Imperio Romano durante las invasiones bárbaras entre los siglos V y X, la institución de la esclavitud se transformó en un sistema menos vinculante: la servidumbre.

Es bien cierto que el cristianismo aportó un argumento teológico para la defensa de la institución de la esclavitud. Para el cristianismo, la esclavitud pertenece al dominio

¹⁹ Encontrado en SÁNCHEZ-PRÍETO, P./DÍAZ MORENO R./BELSO TRUJILLO, E.: *Edición de textos alfonsíes*. Real Academia Española: Banco de datos (CORDE). Corpus diacrónico del español. Siete Partidas.

del espíritu, para el que la *vis* física y terrenal es indiferente para el progreso espiritual. La verdadera esclavitud es la de la persona que se oprime y esclaviza por las pasiones y el pecado. En los libros de San Pedro y San Pablo existen numerosas referencias a la obediencia que les deben los esclavos a sus amos²⁰. Los primeros padres de la iglesia aludían a que es preferible ser esclavo de un amo terrenal que ser esclavo del pecado. La esclavitud terrenal es un castigo del Señor a los pecadores. Los propios líderes de la iglesia aludían a ellos mismos como esclavos del Señor y esclavos de Cristo

El islam en el siglo VII defendió desde sus orígenes la práctica esclavista, aunque el profeta Mahoma exhortaba a sus seguidores a que tuvieran un trato correcto con ellos, de hecho, la mayor parte de los esclavos de los árabes eran trabajadores domésticos y eran tratados con mayor respeto²¹.

Ya en la Edad Moderna, la exploración de las costas de África, el descubrimiento de América en el siglo XV y su colonización en los tres siglos siguientes, impulsó de forma considerable el comercio moderno de esclavos. Desde mediados del siglo XV hasta la década de 1870 entre 11 y 13 millones de africanos fueron exportados hacia América; entre un 15 y un 20% murieron durante las travesías y en torno a 10 millones fueron esclavizados en los países de destino²².

A finales del siglo XVI, el Reino Unido empezó a competir por el derecho a abastecer de esclavos a las colonias españolas, detentado hasta entonces por Portugal, Francia, Holanda y Dinamarca. En 1713, la *British South Sea Company* consiguió el derecho exclusivo de suministro de esclavos a estas colonias²³. Los primeros esclavos africanos llegaron a Jamestown (Virginia) en 1619 de manos de los primeros corsarios ingleses, los esclavos estaban sujetos a la llamada “servidumbre limitada”, una situación legal propia de los siervos blancos, negros e indígenas, que era precursora de la esclavitud en la mayoría de las colonias inglesas del Nuevo Mundo.

El comercio de esclavos africanos se convirtió en la principal actividad mercantil transatlántica de las llevadas a cabo por los europeos en los siglos XVI a XVIII. España y Portugal tuvieron un gran protagonismo en ese tráfico, tanto por su iniciación como por el volumen y valor de las compra-ventas. A lo largo de casi cuatrocientos años el

²⁰ SACO, J.A.: *Historia de la esclavitud*, op. cit. p. 141.

²¹ *Ibidem*, p. 187 y ss.

²² MARTÍ, J.: *Nuestra América*. Editorial Casa de las Américas, La Habana, Cuba, 1974.

²³ VIDAL MANZANARES, C.: *El legado del cristianismo en la cultura occidental*. Espasa, 2000, pp. 208 y ss.

número de africanos arrancados de sus tierras y transportados a zonas del Caribe y a otros lugares de dominio español en América ha sido estimado en más de 1.295.000.²⁴

Con el tiempo se desarrolló un fuerte movimiento antiesclavista que tuvo su eclosión en el siglo XVIII. Los abolicionistas se basaron en las ideas de la Ilustración y afirmaron que todos los hombres debían tener los mismos derechos. También existió un motivo económico que ayudó a abolir la esclavitud: la Revolución Industrial, que se apoyó en el trabajo remunerado y no en el esclavismo.

El primer país europeo que abolió la esclavitud fue Dinamarca en 1792, tras este se unieron el Reino Unido en 1807 y Estados Unidos en 1810, aunque este último tuvo que esperar a que terminara la Guerra Civil en 1865 para que se prohibiera definitivamente en todo el territorio del país²⁵. Fue en el Congreso de Viena en 1814 en donde muchos países firmaron y adoptaron políticas similares y casi todos aprobaron una normativa al respecto o firmaron un tratado que prohibiera específicamente el comercio de esclavos. Tras ello, se firmaron varios convenios de colaboración entre Estados para el efectivo cumplimiento de la nueva normativa vigente, así, mediante el Tratado de Ashburton de 1842 entre el Reino Unido y Estados Unidos se estableció el asentamiento de fuerzas en la costa africana para el control de los barcos y la colaboración de las fuerzas navales del Reino Unido y Francia fue sustituida por el derecho mutuo de inspección de barcos para vigilar el cumplimiento de la normativa vigente²⁶. La limitación del número de esclavos condujo a una mejora de sus condiciones de vida. Los esclavos de las Antillas francesas obtuvieron la libertad en 1848 y en las holandesas en 1863.

Aunque en América costó más tiempo y trabajo, la emancipación y el nacimiento de las nuevas repúblicas provocó la abolición de la esclavitud: México la abolió en 1813, Venezuela y Colombia en 1821, y Uruguay en 1869. Sólo en Brasil la esclavitud perduró hasta 1888. En las guerras de independencia, la población negra de algunos países se alineó simultáneamente del lado de los patriotas criollos. En México, Miguel

²⁴ Dato extraído de ELTIS, D. y otros: *Atlas of the Transatlantic Slave Trade*. Yale University Press, New Haven, EEUU, 2010, p. 46.

²⁵ Sobre el proceso de abolición de la esclavitud en Estados Unidos, BALES/TRODD/WILLIAMSON: *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*. One world, Oxford, pp. 6 y ss.

²⁶ Sobre los tratados firmados por Gran Bretaña y terceros países para luchar contra el comercio de esclavos, FISCHER, A.: "The supression of slavery in International Law". *International Law Quarterly*, 1950, pp. 43 y ss.

Hidalgo y José María Morelos proclamaron la abolición de la esclavitud y trataron de incorporar la población de origen africano a sus filas. En general, el proceso de abolición de la esclavitud en los primeros años de las nuevas repúblicas, chocó con los intereses y las exigencias de las burguesías conservadoras, reacias a su aceptación.

En España, a pesar de repetidos intentos liberales, la abolición de la esclavitud sólo fue posible tras una serie de conflictos y tensiones, especialmente en Cuba, que la abolió en 1886

En la actualidad, la esclavitud está formal y legalmente prohibida en la mayoría de los países, aunque aún subsisten regímenes de explotación laboral que se asemejan a las prácticas previas al siglo XVIII.

Hoy, la esclavitud en su forma legal no está recogida normativamente en ningún país desde que en 1982 fue abolida en Mauritania²⁷. Sin embargo, la práctica de la esclavitud continúa existiendo en diversos países donde los gobiernos prefieren ignorar su presencia. Por ejemplo, aunque Sudán prohibió la esclavitud, aún subsiste (Human Rights Watch, 2002). También persiste en Níger, que abolió la esclavitud en 1960 y la criminalizó en el 2003. Anti-Slavery International estima que al menos 43.000 personas se encuentran allí en condición de esclavitud (The Guardian, 2008). Aunque se investigará el concepto de esclavitud que manejan estas fuentes, engloba todo tipo de explotaciones y dista mucho de lo que se encuadrará como esclavitud en Derecho Internacional según la normativa existente en los diferentes convenios sobre esclavitud.

Precisamente en Mauritania la Relatora Especial de la ONU sobre formas contemporáneas de la esclavitud realizó una misión en el año 2009 en el marco del Consejo de Derechos Humanos, tras la cual afirmó que *“se encontró con víctimas de esclavitud que habían sido totalmente privadas de sus derechos humanos básicos. Dichas víctimas habían escapado recientemente de sus amos y habían afirmado que habían tenido que dejar con aquellos a miembros de sus familias. La ausencia de medios de subsistencia y de protección alternativos, junto con altos niveles de analfabetismo, información limitada, en combinación con la separación de familias, y la utilización de métodos de control por sus dueños, incluyendo el uso de la religión, han resultado en una aceptación profundamente arraigada de su situación heredada de*

²⁷ 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, 2014, p. 5.

esclavitud. Además, hay resistencia de los dueños a cambiar esta forma de vida. Por consiguiente, de hecho, la esclavitud en Mauritania continúa a constituir un proceso lento, invisible, que resulta en la “muerte social” de muchos miles de hombres y mujeres”²⁸.

1.2. Aproximación al concepto de la “esclavitud del siglo XXI” o “nuevas formas de esclavitud”

Comienzo hablando de esclavitud porque la mayoría de la gente puede pensar que ésta, en su forma clásica, acabó hace años o que, en todo caso, subsiste en lugares del planeta muy alejados de nosotros y que, por lo tanto, no tiene mayor relevancia. Acertarían si piensan en una esclavitud clásica tal y como se ha desarrollado anteriormente, dígase, la persona de color que trabaja en un campo de algodón a golpe de látigo o en los ingenios azucareros. Efectivamente ese tipo de esclavitud, en su mayoría, desapareció hace ya mucho tiempo, aunque siguen persistiendo sus formas más ocultas, aquellas que a ojos de la sociedad no son llamativas porque quedan escondidas tras un velo de formalidad, encerradas en un mundo globalizado que permite el aprovechamiento de las personas más vulnerables y desfavorecidas²⁹.

Nos enfrentamos ante un fenómeno “invisible”, no se puede luchar contra lo que no se ve, y este es el mayor problema en la batalla actual contra las formas de sometimiento más extremas del ser humano, incluida la esclavitud³⁰. Se mueve en un entorno oculto, como dice BALES es “caótica, dinámica, cambiante, desorientadora”³¹, es un complejo entramado de mafias internacionales que se esconden entre los entresijos legales e ilegales de un mundo globalizado, de una sociedad compuesta por personas migrantes y desamparadas que sucumben o, simplemente, desisten en su lucha y acaban siendo sometidas por aquellos que esperan su momento para hacer el negocio más

²⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Gulnara Shahinian, Misión especial en Mauritania, ONU, 2009, p. 5.

²⁹ Al respecto *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, op. cit.; *Formas Contemporáneas de Esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, op. cit.

³⁰ También hace referencia al término de “invisibilidad” de la esclavitud CASADEI, T.: “La nueva esclavitud”, op. cit. p. 173.

³¹ BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*. Siglo Veintiuno de España editores, Madrid, 2000, p. 19.

rentable que existe hoy día, traficar con personas y explotar su mano de obra para distintos fines. Pero todo esto no queda a la vista, se esconde bajo varias capas de aparente legalidad (empresas, convenios, apertura de fronteras, contratos laborales, y un largo etc.) o incluso, es posible, que simplemente no queramos verlo, lo que sí es cierto es que en cuanto se indaga un poco más y manoteamos el humo, nos encontramos con niños trabajadores sometidos, mujeres obligadas a prostituirse, personas sometidas a servidumbre en casas, en definitiva, millones de seres humanos que viven bajo el mando y el control total de otra persona, su vida les fue robada y toda su libertad arrancada sin que el resto del mundo sea consciente de ello.

Quizás sea ese el primer paso: crear una consciencia colectiva de que la esclavitud existe y destaparla, dejarla al descubierto para que podamos empezar a luchar contra aquello que vemos, que sentimos cerca y que detestamos, para que no se puedan aprovechar de aquellos más necesitados, y, sobre todo, para que no permitamos que siga ocurriendo.

Hablamos del negocio más rentable del siglo XXI, tras el tráfico de armas, la explotación de personas sometidas a un régimen de esclavitud es el comercio más lucrativo que existe y que afecta de manera directa al mercado internacional. Los “nuevos negreros” comercian con las personas como si fueran objetos mediante su transporte, venta o sometimiento. Compran vidas baratas y consiguen trabajo a un alto rendimiento. Debe quedar muy claro que entre las diferentes formas de sometimiento a una explotación extrema existen, como ya se ha dicho, varios grados de restricción de la libertad y control y que otras explotaciones no llegan al umbral de lo que aquí se entiende como “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, por lo tanto, el sometimiento a estas explotaciones no consiste en trabajar durante muchas horas y cobrar un salario bajo, como tampoco lo sería mantener relaciones sexuales con otra persona a cambio de dinero de manera consentida, sobrepasa todo eso, debemos marcar el límite entre una explotación laboral y estar sometido a una verdadera esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso de manera obligatoria, situación en la cual se quebranta el derecho a decidir libremente lo que se quiere hacer, extremo que nos lleva a pensar que no tiene el poder de controlar su vida, en palabras del propio BALEs la esclavitud “no es solo robar el trabajo de alguien, sino su vida entera. Está más próxima a los campos de concentración

que a las malas condiciones laborales. La esclavitud no admite discusión: tiene que acabar”³².

El sometimiento a esclavitud puede incluir a la servidumbre o al trabajo forzoso, sin embargo, no toda servidumbre o trabajo forzoso es esclavitud, debemos indagar, ser incipientes y precisos para establecer un concepto que establezca una línea de separación, entre lo que es y lo que no es un sometimiento a esclavitud, aunque todos estos términos integren las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. El concepto de sometimiento a esclavitud debe tener un contenido normativo que describa el fenómeno y sus elementos, pero que no por extensión trate de abarcarlo todo, porque entonces nos encontraremos con una norma vacía de contenido y sin poder de aplicación. Creo firmemente que es en este punto en el que más se debe trabajar, definir jurídico-positivamente la moderna esclavitud, transponiendo así las definiciones sociológicas de las que disponemos a un ámbito jurídico y normativo, creando un tipo jurídico concreto e identificado y fijando una delgada pero necesaria línea entre lo que es una explotación con su castigo preceptivo y lo que son las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y, dentro de ellas, separar jurídicamente qué significa cada una de ellas.

Toda forma de sometimiento análoga a la esclavitud es aquella que hace que nazca una forma de sujeción o relación forzada, mediante la cual una persona se hace dueño de otra, quedando la segunda sometida a ella o a un trabajo u obligación impuesto por ésta, o, como afirma BALES, es “el control absoluto de una persona sobre otra”³³, de este modo, la persona esclavizada pasa a ser un mero objeto, todas las decisiones son tomadas por otra persona, se le arranca su libertad robándole sus derechos humanos más básicos. Nos encontramos ante el fenómeno delictivo que provoca la mayor de las violaciones humanas: quitarle a la persona su vida sin matarla. Puesto que hoy día no existe este estado como institución jurídica podríamos hablar de una “muerte civil”, un desamparo total ante las instituciones legales de nuestra sociedad, una persona que no cuenta para los estatutos sociales, sin un país propio ni posesiones y que vive a través de las decisiones de otros, un migrante eterno. Tal extremo hace que se vulneren todos y cada uno de los derechos humanos de la persona al establecerse una relación interpersonal en la que uno domina al otro a través de distintos medios como

³² BALES, K.: *La nueva esclavitud*, p. 8.

³³ En este mismo sentido BALES/SOODALTER: *The slave next door. Human trafficking and slavery in America today*. University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2009, pp. 13 y ss.

pueden ser la violencia, la intimidación, amenazas o coacciones para explotarla y conseguir así un fin económico³⁴.

El esclavo se convierte en un individuo sujeto a la voluntad de otro, una dependencia personal de su dueño, el cual ejerce un poder tal que se vincula al derecho de propiedad en sentido amplio, pierde su personalidad jurídica. Es una propiedad y una mercancía, ya que el dueño posee al trabajador y a la persona, no únicamente su fuerza de trabajo, su capacidad de trabajar. Este sometimiento mediante el ejercicio de un atributo del derecho de propiedad sobre un individuo implica, por lo tanto, la alienación de los derechos del ser humano, desprovisto del gobierno sobre su persona y su personalidad³⁵.

Cada vez que alguien se aprovecha de una situación de desamparo o necesidad y que capta o recluta a una persona que tiene que resignarse con lo que le ha tocado o consentir su situación siendo así explotada de tal forma que se vulneran sus derechos más básicos, despersonalizando al individuo por tal de hacer un negocio con ella, nos encontramos ante una nueva forma de esclavitud. Entre ellas destaca la llamada esclavitud del siglo XXI: la trata de seres humanos. No por ser la trata la que más socaba la integridad, dignidad, libertad del ser humano, sino por ser uno de los instrumentos más utilizados para llegar a someter a la persona. Ahora bien, aunque trataremos el asunto de forma específica en capítulos posteriores, adelanto que la propia trata en sí misma, llegue a concretarse o no en una finalidad de sometimiento, es de hecho, una “Formas Contemporáneas de Esclavitud” más, puesto que el propio proceso de trata ya afecta al bien jurídico que definiré más adelante como “estatus libertatis. De hecho, no es necesario que exista la explotación para castigar la acción como delito de trata, definiéndose así este tipo delictivo como un delito mutilado en dos actos y adelantando, de este modo, la protección penológica. Siendo así la trata un delito puente, o delito como proceso para concretar una explotación final, no dejo de incluirla entre el catálogo de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” o formas de sometimiento extremo. Es además, uno de los negocios más rentables que pueden existir: aprovecharse de la mano de obra de la persona humana y hacer negocio con ella, prevaleciéndose de una situación de superioridad ante la víctima, y aprovechando que a

³⁴ De la misma opinión BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*, op. cit., p. 7; y posteriormente BALES/TRODD/WILLIAMSON: *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, op. cit., p. 31

³⁵ FINLEY, M.: *Esclavitud antigua e ideología moderna*. Editorial Crítica, Barcelona, 1982, p. 94.

ésta nada le queda en el mundo y que sólo puede acogerse a lo que le planteen ya que, de antemano se encontraba perdido y por ello consiente, pero ¿es válido ese consentimiento? Desde una perspectiva técnica, un consentimiento es válido sólo cuando es prestado libremente y sin estar sometido a ningún tipo de amenaza o coacción. En tal caso, la persona decide “libremente” aceptar una situación que considera que puede cambiar su vida a mejor. Pero no podemos obviar que, probablemente, su camino tenga una única y obligada dirección, es decir, la persona no es verdaderamente libre de tomar una decisión, simplemente se resigna a ser sometida. Visto así, la toma de decisiones quedaría anulada al no tener la posibilidad de poder optar, por lo tanto, no sería un consentimiento válido.

1.3.Haciendo visible lo invisible. Una realidad en datos

Debido a la invisibilidad del fenómeno³⁶ que se describe es ciertamente complicado cuantificar el número de personas que a día de hoy viven en condiciones de esclavitud o similares a ella. Además, existen estadísticas poco fiables que son tergiversadas por algunas partes interesadas, creando así cierto escepticismo y desconfianza³⁷, aunque, gracias al trabajo de las agencias de Naciones Unidas y de muchas ONG´s podemos hacernos una idea aproximada de la magnitud del fenómeno.

En este apartado se incluyen todas las formas de explotación que se consideran en esta investigación sin detallar a nivel normativo que diferencias existen entre cada una, análisis que se desarrollará más adelante.

BALES calcula que en todo el mundo hay actualmente 27 millones de esclavos. Algunos activistas hablan de hasta 200 millones³⁸.

La Fundación *WALK FREE* ha elaborado en 2018 la última edición del “Global Slavery Index”³⁹ (Índice de Esclavitud Global). Esta herramienta calcula el número de

³⁶ Sobre la invisibilidad de este fenómeno SHAHINIAN, G.: “Aproximación a la realidad de las formas contemporáneas de esclavitud”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, op. cit. p. 31.

³⁷ Sobre estas dificultades a la hora de calcular datos, REQUENA ESPADA, L./GIMÉNEZ-SALINAS, F./ ANDREA y DE JUAN ESPINOSA, M.: “Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, pp. 13-14.

³⁸ BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*, pp. 9-10.

³⁹ FUNDACIÓN WALK FREE: *Global Slavery Index 2018. Modern Slavery: A hidden everyday problem*, 2018.

Véase en: <http://www.globalslaveryindex.org/> (Consultada por última vez 07-04-2021)

personas sometidas a cualquier forma de moderna esclavitud en 167 países. Se utiliza para que los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales y las empresas y funcionarios públicos puedan entender la magnitud del problema. Busca encontrar respuestas a los factores que contribuyen a estas explotaciones extremas para tratar de crear políticas sólidas que terminen con la esclavitud moderna respondiendo a preguntas como ¿cuál es la prevalencia estimada de moderna esclavitud país por país y cuál es su número absoluto de población? ¿cómo están combatiendo los gobiernos contra la esclavitud moderna? ¿Qué factores explican o predicen la prevalencia de la esclavitud moderna?

Con todos estos datos en la mano, la Fundación *WALK FREE* estima que durante el año 2016 40.3 millones de seres humanos han estado sometidos a algún tipo de moderna esclavitud. De esta cantidad de seres humanos sometidos, el 71% son mujeres y el 29 % son hombres. El matrimonio forzoso supone un 15.4 % del total de las formas de explotación y el trabajo forzoso un 24.9 %.⁴⁰

Se estima que los productos importados por países del G20 que están en riesgo de provenir de alguna forma de moderna esclavitud suponen un total de 354 billones de dólares (sin incluir a Sudáfrica y a la Unión Europea, según el citado texto). En cuanto a los productos importados a países del G20 en cuya mano de obra han participado personas sometidas a moderna esclavitud los ordenadores y móviles suponen 200.1 billones de dólares, la ropa 127.7 billones de dólares, el pescado 12.9 billones de dólares, el cacao 3.6 y, por último, el azúcar de caña 2.1 billones de dólares.⁴¹

Por su parte la OIT y la propia organización *WALK FREE* en colaboración con la OIM (Organización Internacional para las Migraciones de Naciones Unidas) en su informe “Estimaciones Mundiales sobre la Esclavitud Moderna”⁴² de 2017 realiza un riguroso estudio sobre el trabajo forzoso y el matrimonio forzoso. Se estima que en 2016 el número de personas víctimas de esclavitud era de 40 millones, por lo tanto, 5.6 por cada 1000 personas sufrieron alguna forma de esclavitud. En todo el mundo, 5.9 por cada 1000 adultos y 4.4 por cada 1000 niños. Las mujeres y las niñas representaban el 71% del total. Al 50 % de las víctimas de trabajo forzoso le afectaba la servidumbre por

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² OIT/FUNDACIÓN WALK FREE: *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, Ginebra, 2017.

Véase en: www.ilo.org (Consultada por última vez 07-04-2021)

deudas. Además, en los últimos 5 años, 89 millones de personas fueron sometidas a alguna forma de esclavitud moderna durante períodos que abarcan desde unos días hasta 5 años completos.

En todas las regiones del mundo se registraron casos de esclavitud moderna. Destaca África como región que más padeció este fenómeno (7.6 por cada 1000 personas), en Asia y el Pacífico 6.1 por cada 1000 personas, seguida por Europa y Asia Central con 3.9 por cada 1000 personas. El texto advierte que estos resultados deben estudiarse con prudencia debido a la falta de datos en algunas regiones, particularmente en lo que respecta a los estados árabes y las Américas.⁴³

La Oficina contra la Droga y el Crimen de Naciones Unidas (UNDOC) también ofrece datos sobre este fenómeno. En su Informe “*Global Report on Trafficking in Persons, 2018*”⁴⁴ abarca 142 países y ofrece una descripción general de los patrones y flujos de la trata de personas a nivel mundial, regional y nacional, basándose principalmente en los casos de trata detectados entre 2014 y 2016 haciendo especial énfasis en Sudamérica. A nivel mundial, los países están detectando y reportando más víctimas de trata. En 2016, el número de víctimas reportadas a nivel global alcanzó su nivel más alto cuando se detectaron más de 24.000. El aumento en el número de víctimas detectadas ha sido más pronunciado en las Américas y en partes de Asia. Aunque, en ese sentido, se duda si este aumento se debe al resultado de una mayor capacidad nacional para detectar, registrar y reportar datos, o el resultado de un aumento de la ocurrencia de la trata. El Informe muestra que el 72% de las víctimas detectadas en 2018 en todo el mundo son del género femenino. El 49% de los casos son mujeres adultas y 23% son niñas, lo que representa un incremento en relación con el informe anterior, de 2016.

La mayoría de las víctimas detectadas a nivel mundial son objeto de trata con fines de explotación sexual, aunque este patrón no es uniforme en todas las regiones. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual prevalece en las regiones donde se detectan la mayoría de las víctimas: América, Europa y Asia Oriental. En América Central y el Caribe, más niñas son objeto de trata con fines de explotación sexual,

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Todos los datos que aparecen a continuación han sido extraídos de UNDOC: *Informe Mundial sobre trata de personas, 2018*. Véase en: www.undoc.org.

mientras que en las otras subregiones del continente es más común la detección de trata de mujeres adultas con estos fines.

En Sudamérica, el 93% de las víctimas de trata fueron detectadas dentro de la misma región. En esta subregión, la gran mayoría de las víctimas de trata detectadas (80%) son de sexo femenino, mujeres y niñas. Las mujeres adultas constituyen por poco una mayoría general de las víctimas detectadas (51%), mientras que las niñas representan una proporción significativa (31%). Las niñas son detectadas con mucha más frecuencia que los niños.

Los países andinos informan de porcentajes particularmente elevados de trata de menores de edad. En Bolivia y Perú, se detectaron más niños y niñas víctimas que adultos. En el Ecuador, los niños y niñas representan poco menos de la mitad de las víctimas de la trata detectadas en ese país. Los países del Cono Sur, incluidos Argentina, Chile y Uruguay, reportan una gran proporción de mujeres entre las víctimas detectadas (más del 60%). Lo mismo ocurre en Colombia y Venezuela, donde las mujeres representan la gran mayoría de las víctimas detectadas.

La mayoría de las víctimas detectadas en Sudamérica fueron captadas con fines de explotación sexual. En 2016, estas víctimas representaban el 58% del total de Sudamérica. Los datos de ocho países que presentan esta información en la subregión muestran que la abrumadora mayoría (96%) de estas víctimas fueron mujeres, y que hubo más adultas que niñas.

La segunda forma más reportada fue la trata con fines de trabajo forzoso. Esta forma afectó a todos los grupos de víctimas (mujeres, hombres, niñas y niños) en números similares. Bolivia y Perú informaron que alrededor del 30% de las víctimas detectadas habían sido objeto de trata con fines de trabajo forzoso. Las "otras" formas de explotación detectadas en esta subregión incluyen la adopción ilegal y la mendicidad forzada.

En Bolivia la forma más reportada fue la trata con fines de trabajo forzoso habiéndose reportado 89 casos en 2017. La segunda forma más reportada en este país fue la trata con fines de explotación sexual reportándose 54 casos en el mismo año. La adopción ilegal ocupa el tercer lugar con 18 casos reportados y, de forma marginal, la mendicidad forzada con un caso reportado en 2017.

Respecto del perfil de los tratantes, la mayoría son hombres. El 63% de las personas condenadas por este delito en América del Sur son hombres y el 37% mujeres. Argentina informó el mayor número de enjuiciamientos y condenas, así como la mayor proporción de mujeres entre los enjuiciados y condenados. Paraguay informó que había condenado a más mujeres que hombres por trata.

Entre las conclusiones del Informe Global de Trata de Personas 2018, Thierry Rostan, Representante de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, resaltó que a nivel mundial los países están detectando más víctimas y condenando a más tratantes, lo que significa un avance importante en la lucha contra esta forma de criminalidad organizada. También, sostuvo que el aumento del número de condenas se debe al aumento del número de víctimas detectadas y reportadas, lo que demuestra que la respuesta de la justicia penal refleja la tendencia de la detección.

La edición de 2020 del *Global Report in Trafficking in Persons 2020*⁴⁵ se basa en diferentes tipos de información, siendo la principal fuente de análisis las estadísticas oficiales sobre los casos detectados de trata de personas, recopiladas en 148 países. Los países cubiertos abarcan más del 95% de la población mundial. El periodo de tiempo cubierto por la recopilación de datos para este Informe Global es 2016-2018. Un número limitado de países (34) también proporcionó información para el año 2019. Las estadísticas oficiales recopiladas se refieren a los casos de trata registrados oficialmente por las autoridades nacionales que informan sobre los perfiles de las víctimas y los delincuentes, así como sobre las características de los casos de trata.

Este último informe no cambia en lo sustancial con respecto al de 2018 que es incluso más concreto a la hora de analizar la problemática de la trata, pero actualiza los datos y tiene en cuenta la pandemia mundial del COVID 19 al advertir que el objetivo son las víctimas más vulnerables y la recesión económica COVID-19 hará que haya más personas en riesgo de ser víctimas de la trata. De utiliza los mismos datos de los años anteriores a 2016 con el fin de discernir las tendencias de los datos a más largo plazo.

Por lo demás, este informe sigue insistiendo en que las víctimas femeninas siguen siendo especialmente afectadas por la trata de personas. En 2018, por cada 10 víctimas detectadas a nivel mundial, unas cinco eran mujeres adultas y dos eran niñas. Alrededor de un tercio del total de víctimas detectadas eran menores, tanto niñas (19%) como

⁴⁵ UNDOC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2020. Véase en www.undoc.org

niños (15%), mientras que el 20% eran hombres adultos. Además de la explotación sexual (72% de las niñas víctimas) y del trabajo forzado (66% de los niños), los niños son explotados para la mendicidad y para actividades delictivas forzadas, como el tráfico de drogas, entre otros delitos. En estos casos, los traficantes suelen aprovecharse de entornos familiares difíciles, tratando de crear un sentido de pertenencia para la víctima. Los resúmenes de casos y la bibliografía muestran que los padres y los hermanos también pueden estar directamente implicados en la trata de niños.

Con respecto a la crisis mundial producida por la pandemia, señala que al igual que en anteriores crisis económicas, es probable que el fuerte aumento de las tasas de desempleo provocado por la pandemia del COVID-19 aumente la trata de personas, especialmente de los países que experimentan las caídas más rápidas y persistentes del empleo. Los grupos más vulnerables, incluso en las naciones ricas, son los que más han sufrido durante la recesión pandémica. Los datos sugieren que los trabajadores con bajos ingresos son los más afectados por el aumento del desempleo. A medida que aumentan las tasas de desempleo, cada vez más personas saldrán de las comunidades más pobres hacia aquellas partes del mundo que se recuperan más rápidamente.

De nuevo en este Informe de 2020 se tiene en cuenta la crisis migratoria al subrayar que la situación migratoria puede utilizarse contra las víctimas. Las víctimas de la trata que no tienen permiso para trabajar o permanecer en el país de explotación se enfrentan a una capa adicional de vulnerabilidad. El miedo a quedar expuesta como inmigrante irregular puede ser una poderosa herramienta para los traficantes, que suelen amenazar con presentar denuncias a las autoridades y pueden mantener a las víctimas en condiciones de explotación con mayor facilidad. Los migrantes constituyen una parte importante de las víctimas detectadas en la mayoría de las regiones del mundo: el 65% en Europa occidental y meridional, el 60% en Oriente Medio, el 55% en Asia oriental y el Pacífico, el 50% en Europa central y sudoriental y el 25% en Norteamérica.

Con respecto al perfil de las víctimas la UNDOC sigue considerando que las víctimas femeninas siguen siendo especialmente afectadas por la trata de personas. En 2018, por cada 10 víctimas detectadas en todo el mundo, unas cinco eran mujeres adultas y dos eran niñas.

1.3.1. Trata de personas

La explotación extrema de seres humanos puede ser sumamente lucrativa para los grupos delictivos organizados⁴⁶. Si bien las cifras varían, según una estimación realizada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴⁷, alrededor de 2,4 millones de personas son víctimas de la trata en un momento dado, y las ganancias que reporta ascienden a unos 32.000 millones de dólares por año. En Europa la trata de personas es uno de los negocios ilícitos más lucrativos ya que las ganancias obtenidas por lo grupos delictivos ascienden a unos 3.000 millones de dólares por año, lo que la convierte en una actividad delictiva de gran envergadura de la que son presas las personas más marginadas del mundo.

En Europa, más de 140.000 víctimas de explotación sexual se encuentran atrapadas en un círculo vicioso de violencia y degradación, y hasta una de cada siete trabajadoras sexuales viven esclavizadas en la prostitución a resultas de la trata. Por lo general, mediante engaños o coacción, las redes delictivas organizadas hacen caer a las víctimas en una situación de abuso de la que es difícil escapar; pueden golpearlas, violarlas o amenazar a su familia si intentan fugarse. Con frecuencia se apoderan de los pasaportes de sus víctimas y de esa forma las privan de toda clase de identificación. En los casos en que estas han sido llevadas a otro país, muchas veces conocen poco o nada de la cultura o el idioma de su destino, lo cual las deja en una posición de absoluta vulnerabilidad.

La trata de personas afecta prácticamente a todos los países, ya sea como punto de origen, tránsito o destino, y se ha informado de que en 137 Estados se ha explotado a víctimas de al menos 127 países. Es un delito de carácter tanto regional como interno, ya que las víctimas son objeto de trata dentro de su propio país, hacia países vecinos e incluso de un continente a otro. Por ejemplo, en más de 20 países de todo el mundo, entre ellos, países de Europa, América, Oriente Medio, Asia central y África, se han encontrado víctimas provenientes de Asia oriental⁴⁸.

⁴⁶ Todos los datos que aparecen a continuación han sido extraídos de UNDOC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2018. Véase en: www.undoc.org.

⁴⁷ 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, Informe IB, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra 2005, pdf accesible en www.ilo.org.

⁴⁸ Datos extraídos de los diferentes informes de la OIT en su web: www.ilo.org

En cuanto a las formas de explotación de la trata de seres humanos, en los países de África y el Oriente Medio, así como los de Asia meridional y Asia oriental y el Pacífico, se observan más casos de trata para explotación laboral, mientras que en los países de América, Europa y Asia central se detectan más casos de explotación sexual. Al comparar todos los casos a nivel mundial, se puede afirmar que la trata para fines de explotación sexual es más frecuente que la trata con fines de trabajo forzoso⁴⁹.

Entre los fines de explotación de la trata, el trabajo forzoso ha ido en aumento, lo cual podría deberse a que muchos países han incrementado su capacidad para detectar este tipo de explotación y han introducido mejoras para asegurar que esa modalidad de trata quede tipificada. En cuanto a los casos de trata para otras formas de explotación, siguen siendo relativamente bajos, un 6% del total⁵⁰.

Como vemos, la trata de personas es un delito de alcance mundial que afecta a casi todos los países de todas las regiones. Entre 2014 y 2016 se detectaron víctimas de 136 nacionalidades distintas en 118 países de todo el mundo, y la mayoría de los países registraron diversas corrientes de trata. En el período que se examina se detectaron unas 460 corrientes de trata distintas en todo el mundo. La mayoría de las corrientes de trata se desarrollan dentro de una misma región y casi el 50% de las víctimas proceden de un país de la misma región que el país de destino. Casi una cuarta parte de las víctimas fueron trasladadas de una región a otra, y aproximadamente el 27% permaneció en el mismo país, el de su origen⁵¹.

La distancia geográfica entre los países de origen y los de destino influye en la magnitud de las corrientes de trata, al igual que las diferencias económicas. Las víctimas suelen ser trasladadas de zonas relativamente más pobres a zonas más ricas. Esta tendencia es observable en muchas regiones de todo el mundo. Ahora bien, la mayoría de los países no son exclusivamente países de origen o de destino en lo que se refiere a la trata de personas, sino una mezcla de ambas cosas.

Con respecto al destino de estas corrientes, más del 75% de las corrientes de trata examinadas son de recorrido corto o mediano. Esto se debe a que resulta más fácil y menos arriesgado para los tratantes, pues es más fácil controlar la explotación cuando las distancias son más cortas. En cuanto a los destinos de estas corrientes, la mayoría de

⁴⁹ UNDOC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2014.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

las víctimas son trasladadas dentro de su región de origen, esto ocurre en todas las regiones y casi todas las subregiones. Las víctimas de los países de Asia meridional y Asia oriental y el pacífico, así como las de África, Europa oriental y Asia central, provienen casi exclusivamente de otros países de la misma región (lo cual incluye a las víctimas de trata dentro del mismo país), mientras que los países del Oriente medio, América del Norte y Europa occidental y central registran una proporción relativamente elevada de víctimas de otras regiones y subregiones⁵².

Los países de Europa occidental y Europa central registraron la mayor variedad de orígenes y recorridos de las corrientes de trata. En el período que se examina, las víctimas detectadas en esas dos subregiones fueron de 112 nacionalidades distintas y provinieron de todas las regiones del mundo. No obstante, el 64% de las víctimas procedían de países de Europa occidental y Europa central⁵³.

En América del Norte, la situación es parecida: una tercera parte de las víctimas provienen de fuera de la región, mientras que la gran mayoría proviene de América del Norte, América Central y del Caribe.

Oriente Medio es la zona del mundo en el que la trata suele darse desde sitios más diversos, ya que, aproximadamente el 70% de las víctimas detectadas en la subregión provienen de otras regiones. Se detectaron entre 2007 y 2010 víctimas de unas 40 nacionalidades diferentes, entre ellas nacionales de unos 20 países de fuera de África y Oriente Medio (sobre todo países europeos y asiáticos)⁵⁴.

En cuanto al origen de las corrientes de trata, también existen importantes diferencias entre las regiones. Los nacionales de países de Europa occidental y Europa central se detectan casi exclusivamente en Europa. Además, no es común que haya víctimas de América del Norte, América Central y el Caribe ni de África del Norte y Oriente Medio fuera de su región de origen⁵⁵.

Sin embargo, se detectaron víctimas de Asia oriental, Asia meridional, América del Sur, África Subsahariana y Europa oriental en muchos países de otras regiones. Aun así, hay grandes diferencias entre esas corrientes en lo que respecta a su volumen y su difusión geográfica. La trata que procede del África Subsahariana, por ejemplo, es

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

intensa en África y Oriente Medio, así como en Europa occidental, pero se limita en gran medida a esos destinos⁵⁶.

Se encuentran víctimas de América del Sur y Europa oriental en una variedad de países de distintas regiones y subregiones, entre ellas el Oriente Medio, Asia oriental, Europa y América. Sin embargo, esas víctimas se detectan en números reducidos fuera de su región de origen.

Existen números relativamente elevados de víctimas de Asia oriental en muchos países de todo el mundo, lo que convierte a la corriente de trata transnacional con origen en Asia oriental en la más importante del mundo.

En cuanto a la trata a nivel nacional, es decir, la trata dentro de un mismo país, representó más del 25% del número total de víctimas detectadas en todo el mundo y sucedió en 60 de los 83 países que proporcionaron información sobre la nacionalidad de las víctimas. En los últimos años se ha detectado y comunicado un número cada vez mayor de casos de trata a nivel nacional⁵⁷.

- Características y corrientes regionales⁵⁸:

Europa y Asia central

La mayoría de las víctimas de trata detectadas en Europa y Asia central eran mujeres, mientras que las víctimas menores de edad representaron aproximadamente el 16% del total. El tipo de trata que más se detectó fue la trata con fines de explotación sexual.

El lugar de origen más común de las víctimas de trata transnacional en Europa y Europa central fueron los Balcanes: el 30% de las víctimas eran nacionales de esa zona. Las víctimas encontradas en Europa occidental y Europa central provenían de África occidental el 14%, de Asia Oriental el 7%, de América el 7%, de Europa central el 7% y de Europa oriental y Asia central el 5%. Aproximadamente una cuarta parte de las víctimas de trata habían permanecido en sus países de origen.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ UNDOC: *Informe Mundial sobre Trata de Personas*, 2012.

⁵⁸ Datos extraídos de UNDOC: *Informe Mundial sobre Trata de Personas*, 2012. En el Informe de 2018 no se analiza con tanta profundidad estas corrientes regionales, haciendo hincapié en el aumento de la trata en ciertos países, principalmente de Sudamérica, como ya se ha mencionado.

Las víctimas detectadas en los países de Europa oriental y Asia central provenían casi exclusivamente de la misma subregión. También se encontraron víctimas de Europa central y Asia central en Europa occidental y Oriente Medio. Existen indicios de que la trata de personas en Europa y Asia central hacia otras partes del mundo está disminuyendo.

América

La mayoría de las víctimas son mujeres. Los menores de edad representaron un 27%. El trabajo forzoso es un fin muy común en esta región con un 44% de los casos. Poco más de la mitad de los casos tenían que ver con fines de explotación sexual.

La gran mayoría de los casos de trata en América se dan en la misma región. Los países de América del Norte y Central detectaron víctimas de esa misma región que habían permanecido dentro de su país o habían sido trasladadas a otros países de la misma. Las víctimas de América del Sur provenían principalmente del mismo país o de otro país de la subregión.

En cuanto a la trata transnacional, se encontraron numerosas víctimas de Asia meridional y Asia oriental en toda América, y estas representaron aproximadamente el 28% de víctimas en América del Norte, América Central y el Caribe y aproximadamente el 10% en América del Sur. Se detectaron un gran número de casos de víctimas provenientes de América, en particular de América del Sur, América Central y el Caribe, en Europa occidental y Europa central.

Asia meridional, Asia oriental y el Pacífico

La mayoría de las víctimas detectadas en Asia meridional y Asia oriental eran mujeres, y es relativamente alta la proporción de mujeres condenadas por delitos de trata de personas en esa región, donde la explotación de trabajo forzoso es más común (47%) que la explotación sexual (44%) y donde también se registran numerosos casos de trata con fines de servidumbre doméstica.

Gran parte de los casos que afectan a Asia meridional, Asia oriental y el Pacífico se observan en la misma región, incluidas las que se limitan a un mismo país. En esta zona se dan importantes corrientes de trata interregional. Se detectaron víctimas de Asia oriental en 64 países de todo el mundo, a menudo en números relativamente elevados.

También se encontraron víctimas de Asia meridional en una amplia variedad de países de destino.

África y Oriente medio

Unas dos terceras partes de las víctimas detectadas en África y el Oriente Medio eran menores de edad. Prácticamente la mitad de las víctimas fueron explotadas en trabajos forzosos, y el 36% fueron sometidas a explotación sexual. Otras formas de explotación como la trata con fines de utilización como niños soldados, para rituales y otros fines, representaron el 14% de los casos de la región.

Hay grandes diferencias en lo que respecta a las corrientes de trata entre las subregiones. Oriente Medio es una zona de destino de las víctimas, en particular de personas provenientes de Asia oriental, que constituyeron un 35% de las víctimas detectadas en la región en el período que se examina, y de Asia meridional (el 23% de las víctimas). Las otras zonas de origen importantes de las víctimas detectadas en el Oriente Medio fueron África Subsahariana (20%) y Europa oriental y Asia central (10%).

Una gran cantidad de las víctimas en África Subsahariana permanecieron en sus países de origen o dentro de la subregión. La trata de víctimas de África occidental representa una proporción considerable de la que existe con destino a Europa, mientras que la de víctimas de África oriental constituye una proporción importante de las víctimas detectadas en el Oriente Medio.

1.3.2. Trabajo forzoso

Según los datos más recientes aportados por la OIT, no menos de 20,9 millones de personas son víctimas de trabajo forzoso en todo el mundo⁵⁹. Asia y el Pacífico son las regiones con el mayor número de víctimas en términos absolutos, con 11,7 millones de personas, sin embargo, el trabajo forzoso afecta a todas las regiones del mundo y, muy probablemente, a todos los países. Su prevalencia estimada, medida como el número de víctimas por cada 1.000 habitantes, oscila entre el 1,5 por 1.000 de las economías

⁵⁹ Datos extraídos de OIT: Informe *Global estimate of forced labour: Results and methodology*, Ginebra, 2017.

desarrolladas y la Unión Europea y el 4 por 1.000, aproximadamente, de Europa central y sudoriental y la Comunidad de Estados independientes (CEI) y África⁶⁰.

En cuanto al género y edad de las víctimas, las mujeres y las niñas son las más afectadas (11,4 millones), seguidas de cerca por los hombres y los niños (9,5 millones de víctimas). Una cuarta parte (5,5 millones) de todas las víctimas son menores de 18 años⁶¹.

No se disponen de datos contrastados a lo largo del tiempo, pero los estudios nacionales revelan que, en paralelo a un retroceso en determinadas formas tradicionales del trabajo forzoso, han surgido nuevas prácticas. El trabajo forzoso impuesto por las autoridades estatales sigue siendo motivo de preocupación en algunos países. Sin embargo, en la actualidad, este fenómeno es mucho menos persistente que el empleo de trabajo forzoso por particulares y empresas que operan al margen del Estado de Derecho. La OIT afirma que el 90% del trabajo forzoso se da actualmente en la “economía privada”. Tres cuartas partes de este trabajo forzoso se concentran en actividades productivas como la agricultura, el trabajo doméstico, la construcción, la pesca y la fabricación, mientras que el resto implica la explotación sexual con fines comerciales. Aunque la movilidad laboral aporta ventajas a muchos trabajadores y a las economías a los que éstos contribuyen, también es un factor de riesgo importante en lo que respecta al trabajo forzoso. Alrededor del 44 por ciento de las víctimas (9,1 millones) ha emigrado antes de ser explotadas (el 15% han sido víctimas de explotación dentro de su país mientras que el 29% han sido víctimas de explotación transfronteriza)⁶².

En cuanto a la distribución regional⁶³, la gran mayoría de trabajadores forzosos, 11,7 millones, (el 56% del total) se concentra en la región de Asia y el Pacífico. El segundo porcentaje en importancia corresponde a África con 3,7 millones (18% del total), seguida por América Latina y el Caribe con 1,8 millones de víctimas (el 9% del total). En las economías desarrolladas y la Unión Europea hay 1,5 millones de víctimas (el 7% del total), mientras que en los países de Europa central, sudoriental y oriental

⁶⁰ OIT: Informe IV (1) *Intensificar la lucha contra el Trabajo Forzoso*, 103ª reunión, de la OIT, Ginebra, 2014.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Datos extraídos de OIT: *Informe Estimación mundial sobre el Trabajo Forzoso. Resumen ejecutivo*. Ginebra, 2012.

(que no son miembros de la UE) y la Comunidad de Estados Independientes (ECSO y CEI) hay 1,6 millones de víctimas (7% del total). Se estima que en Oriente Medio hay unas 600.000 víctimas (6% del total).

La tasa de prevalencia (número de víctimas por mil habitantes) más alta se registra en los países de ECSO y CEI y en África, con 4,2 y 4,0 por mil habitantes respectivamente, y la más baja en las economías desarrolladas y la Unión Europea con 1,5 por mil habitantes. La prevalencia relativamente alta en los países ECSO y la CEI puede explicarse por el hecho de que, aunque la población es mucho menor que, por ejemplo, en Asia, se dispone de numerosos informes relativos a la trata de personas con fines de explotación laboral y sexual y al trabajo forzoso impuesto por el Estado en la región.

La estimación también permite evaluar cuántas personas terminan atrapadas en una situación de trabajo forzoso a raíz de una migración. 9,1 millones de víctimas (44% del total) se han desplazado ya sea a nivel interno o internacional, mientras que la mayoría, esto es 11,8 millones (56% del total), están sometidas a trabajo forzoso en su lugar de origen o residencia. Los movimientos transfronterizos están estrechamente relacionados con la explotación sexual forzada. En cambio, la mayoría de trabajadores forzados en actividades económicas, y casi todos los que están sometidos a trabajo forzoso impuesto por el Estado, no se han movido de sus lugares de residencia. Estas cifras nos dicen que los desplazamientos pueden ser un importante factor de vulnerabilidad para determinados grupos de trabajadores, pero no para otros.

En cuanto al rendimiento económico del trabajo forzoso⁶⁴, hay que empezar advirtiendo que las ganancias generadas por esta actividad son ilegales por definición. Estas ganancias fueron definidas como la diferencia entre el valor económico añadido promedio y la suma del gasto en pago de salarios y los consumos intermedios. En el año 2005 se estimó que, a nivel mundial, las ganancias anuales obtenidas gracias al uso del trabajo forzoso eran de al menos 44.000 millones de dólares, de los cuales 32.000 millones eran generados por la trata de seres humanos. Gracias a una metodología perfeccionada y a partir de las estimaciones más recientes del número de víctimas, la

⁶⁴ Datos extraídos de OIT: *Informe Ganancias y pobreza. Aspectos económicos del trabajo forzoso*. Ginebra, 2014.

OIT presenta en 2014 una nueva estimación de las ganancias generadas por el trabajo forzoso. Estos beneficios están divididos en las siguientes categorías: explotación sexual comercial, trabajo doméstico, agricultura y otras actividades económicas. Esta última categoría abarca la construcción, la manufactura, la minería y los servicios.

A nivel planetario, en este reciente informe se estima que las ganancias totales obtenidas por el uso del trabajo forzoso en la economía privada equivalen a 150.000 millones de dólares al año. La mayor parte de las ganancias son generadas en Asia, dos terceras partes de las cuales provienen de la explotación sexual comercial.

Las ganancias anuales por víctima más altas se registran en las economías desarrolladas (34.800 dólares por individuo), seguidas por los países en el Oriente Medio (15.000 dólares por individuo) y la más baja en la región de Asia y el Pacífico (5.000 dólares por individuo) y en África (3.900 dólares por individuo).

Del total de la cantidad generada por las ganancias del trabajo forzoso, dos terceras partes son generadas por la explotación sexual comercial, lo cual hace un total de unos 99.000 millones de dólares anuales. Al calcular las ganancias, se asume que los salarios y los consumos intermedios constituyen cerca del 30% del total de las ganancias de las víctimas de trabajo forzoso sometidas a explotación sexual.

Las víctimas de trabajo forzoso, incluyendo el trabajo doméstico, la agricultura y otras actividades, generan ganancias anuales estimadas en 51.000 millones de dólares. De éstos, las ganancias producidas por el trabajo forzoso en la agricultura, incluyendo la silvicultura y la pesca, se calculan en 9.000 millones de dólares por año. Estas cifras se obtuvieron en función de la diferencia entre el valor añadido correspondiente al trabajo (considerando el valor añadido por trabajador multiplicado por la renta del trabajo, que según estimaciones prudentes representa dos terceras partes) y los salarios pagados a las víctimas del trabajo forzoso en ese sector, en base a la información de la Base de datos mundial de 2012.

La cantidad de otras actividades económicas se calculan en 34.000 millones de dólares al año, incluyendo la construcción, la industria, la minería y los servicios. En este caso, el valor añadido derivado del trabajo es calculado utilizando los ingresos medios del sector divididos entre la renta laboral.

Además se calcula que los hogares privados que emplean a trabajadores domésticos en condiciones de trabajo forzoso ahorran alrededor de 8.000 millones de

dólares anuales al no pagar los salarios o pagar menos de lo debido a sus trabajadores. Estos ahorros fueron calculados en base a la diferencia entre el salario que el trabajador doméstico debería recibir y el salario real pagado a los trabajadores domésticos víctimas del trabajo forzoso. A partir de la información contenida en la Base de datos mundial de 2012, se puede estimar que los trabajadores domésticos en situaciones de trabajo forzoso reciben en promedio alrededor del 40% por ciento del salario que les corresponde.

Las ganancias per cápita son más altas en la explotación sexual comercial, lo cual puede explicarse por la demanda de estos servicios y los precios que los clientes están dispuestos a pagar, por la poca inversión de capital y los bajos costos operativos asociados con esta actividad.

En cuanto a la situación de los trabajadores domésticos⁶⁵, es uno de los tipos de explotación más difíciles de cuantificar, ya que son explotados tras las puertas de los hogares, invisibilizando aún más su situación y haciendo inaccesible la mirada del mundo exterior.

Basándose en estadísticas oficiales de 117 países y territorios, se calcula que el número de trabajadores domésticos en el mundo era de 52,6 millones en 2010. Según los datos existentes, se trata de una fuerza de trabajo que ha aumentado en más de 19 millones de trabajadores desde 1995, cuando los trabajadores domésticos en el mundo sumaban 32 millones. Ambas cifras son estimaciones prudentes que tal vez subestimen su verdadero alcance, debido a que en las encuestas de la fuerza de trabajo la incorporación de los trabajadores domésticos suele ser incompleta. Además, estas cifras tampoco incluyen a los trabajadores domésticos de menos de 15 años, que se estiman en 7,4 millones.

Aunque el número de hombres que trabaja en el sector es considerable, ya sea como jardineros, chóferes o mayordomos, sigue siendo un sector en el que predominan las mujeres, que suman más del 80% del total. A nivel mundial, el trabajo doméstico representa el 3,5 % del empleo de las mujeres, y en algunos lugares una de cada cinco trabajadoras (Oriente Medio) o una de cada seis (América Latina y el Caribe) mujeres trabajadoras son trabajadoras domésticas.

⁶⁵ Datos extraídos de OIT: *Informe resumen ejecutivo Los trabajadores domésticos en el mundo Estadísticas mundiales y regionales, y alcance de la protección jurídica*, Ginebra, 2013.

Hoy en día, los trabajadores domésticos realizan su tarea en condiciones de bajos salarios, horas de trabajo excesivas, día de descanso semanal no garantizado y en ocasiones se enfrentan a situaciones de vulnerabilidad frente a abusos físicos, mentales y sexuales o a limitaciones en su libertad de movimientos. Esta explotación puede atribuirse en parte a lagunas existentes en la legislación laboral y del empleo de los países en cuestión, aunque también es el reflejo de un trato discriminatorio por razón de sexo, raza o casta.

La realidad es que existe una falta de protección jurídica de los trabajadores domésticos. Los datos extraídos del informe de la OIT revelan que sólo el 10% de todos los trabajadores domésticos (5,3 millones) está cubierto por la legislación laboral general al mismo nivel que los demás trabajadores. En cambio, más de una tercera parte (29,9%, unos 15,7 millones de trabajadores domésticos) están excluidos por completo del alcance de la legislación laboral de los países. Estas dos situaciones son las extremas, también las hay intermedias. Las exclusiones y la cobertura parcial tienen como resultado una menor protección de los trabajadores domésticos en un considerable número de ámbitos. El informe se centra en tres dimensiones:

- 1)Regulación del tiempo de trabajo
- 2)Régimen de salario mínimo y pagos en especie
- 3)Protección de la maternidad

Basándose en los datos estadísticos relativos al número de trabajadores domésticos y en información sobre las disposiciones de la legislación nacional correspondiente, el informe proporciona nuevas estimaciones mundiales y regionales sobre cada uno de estos aspectos:

1)Regulación del tiempo de trabajo.

Para más de la mitad de la totalidad de los trabajadores domésticos, la legislación nacional no prevé un límite de horas de trabajo semanales y para alrededor del 45% no prevé el derecho a períodos de descanso semanales. Si bien los datos también muestran que muchos países de América Latina y el Caribe, África y el mundo industrializado ya han ampliado las protecciones mínimas para los trabajadores domésticos, en la mayoría de los países de Oriente Medio y Asia el principio de igualdad de trato sigue siendo una tarea a superar. Recientemente se ha ampliado el descanso semanal a los trabajadores domésticos en Singapur, lo cual puede ser un indicio de la inserción de futuras medidas

impulsadas por la adopción del Convenio número 189 de la OIT, con objeto de mejorar la protección jurídica de los trabajadores domésticos en la región y una señal de que los países han empezado a revisar legislaciones ya desfasadas.

2) Régimen de salario mínimo y pagos en especie.

Aunque sea cierto que los bajos salarios de los trabajadores domésticos pueden atribuirse en parte al hecho de que los requisitos formales en materia de competencias en el sector suelen ser relativamente poco exigentes, existen otros factores que son decisivos, como la poca valoración de que es objeto el trabajo doméstico por parte de la conciencia social y la debilidad que caracteriza la posición negociadora de los trabajadores domésticos. Se trata de un fundamento sólido para la fijación de un salario mínimo a fin de proteger a los trabajadores domésticos de la explotación y de los salarios indebidamente bajos. Fijar un salario mínimo justo es tan importante como que los trabajadores domésticos se enfrentan a importantes límites legislativos, administrativos y prácticos para construir sindicatos y utilizar métodos básicos de negociación.

Pese a ello, hoy en día sólo algo más de la mitad de los trabajadores domésticos pueden beneficiarse de dicha protección en condiciones de igualdad con los demás trabajadores, y alrededor del 5,9% reciben remuneraciones por debajo del salario mínimo. Ello constituye una importante desigualdad en la cobertura de 22,4 millones de trabajadores domésticos (46% del total). Las deducciones de los salarios en concepto de alimentos y alojamiento son otra área a tener en cuenta. Estos pagos “en especie” del salario mínimo son habituales, principalmente en aquellos casos en que los trabajadores viven en la propiedad de su empleador. En los datos recogidos en el citado informe existen indicios esperanzadores de que los países han empezado a abordar la situación. Por ejemplo, Namibia ha creado recientemente una comisión salarial para fijar un salario mínimo para los trabajadores domésticos y regular los pagos en especie.

3) Protección de la maternidad.

Puesto que la gran mayoría de los trabajadores domésticos son mujeres, el derecho a la protección de la maternidad es una preocupación que se debe afrontar con una mayor sensibilidad y una especial importancia. En la actualidad, más de una tercera parte de todas las trabajadoras domésticas no tienen ni derecho a la licencia de maternidad ni a las prestaciones de maternidad en metálico asociadas. Las mayores

diferencias de protección se encuentran en Oriente Medio y Asia, pero también existen deficiencias en otras regiones. Incluso en aquellos casos en los que los trabajadores domésticos están incluidos en los regímenes de la seguridad social que proporcionan prestaciones de maternidad, los diferentes criterios restrictivos de elegibilidad llegan a obstaculizar el acceso a las mismas en la práctica. Pese a ello, la experiencia de países como Brasil muestra que la inclusión de los trabajadores domésticos en el régimen de base de la seguridad social puede obtener buenos resultados. Otra iniciativa distinta serían las prestaciones financiadas con fondos públicos.

2. Diferencias entre antigua esclavitud y nueva esclavitud

Como ya se ha advertido, tanto las causas, como los medios y fines de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” distan muchos de aquellos por los que se configuraba la esclavitud clásica. Según distintos sociólogos que han estudiado la esclavitud y cuyas palabras podemos centrar en la persona de BALES constituye un fenómeno transversal a la misma humanidad, con manifestaciones distintas a lo largo de los años y que comenzó a adquirir distintas características tras la segunda Guerra Mundial⁶⁶.

Debido a la enorme explosión demográfica y los rápidos cambios económicos y sociales que se produjeron tras la Guerra, hubo un enriquecimiento de las clases dominantes y un empobrecimiento de las clases sociales ya de por sí desfavorecidas, creándose bolsas de pobreza y una enorme distancia económica y social entre los distintos grupos, brecha favorecida por la globalización económica que comenzó tras el final de la Guerra fría. Todo ello hizo que cambiara la configuración y características en las relaciones esclavistas⁶⁷.

⁶⁶ BALES, K.: *La nueva esclavitud*, op. cit.

⁶⁷ Al respecto, BALES, K.: *La nueva esclavitud*, op. cit. p. 15; también en este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de personas*, op.cit., p. 53 y PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas*, op. cit., pp. 52 y ss., haciendo este autor especial hincapié en el fenómeno migratorio que se ha producido debido al “alarmante crecimiento de la población mundial que ha producido una migración internacional sin precedentes como una consecuencia más de la globalización, llegando a crear profundas desigualdades políticas, sociales y civiles”.

2.1. Color de la piel frente a vulnerabilidad

En la antigüedad, el color de la piel, la raza, era el factor determinante para justificar la existencia de la esclavitud. Se creía que una raza era superior a otra por naturaleza, lo cual otorgaba a los propietarios la capacidad de disponer de las personas a su antojo. Ésta justificación abarcaba cualquier factor que podamos imaginar, como puede ser la cultura, la clase social, el nacer en un lugar u otro, las costumbres de un pueblo o el idioma. Se utilizaba cualquier excusa para poder esclavizar. En el caso del viejo continente, los esclavos africanos se consideraban súbditos de reyes independientes de África, de tal manera que los europeos visitaban dicho continente como comerciantes y compraban aquellas personas que habían sido hechas prisioneras en “guerras justas”, por lo que no era responsabilidad de los europeos preguntarse por el derecho a la libertad de aquellos esclavos. En aquellos tiempos la esclavitud se legalizaba bajo la propia autoridad de los dirigentes africanos que suministraban esclavos a Europa, ya que, el soberano europeo no era el culpable de esa esclavitud puesto que ya lo eran antes de ser comprados.

En los estados del sur de América durante los siglos XV y XVI existieron todo tipo de justificaciones para la esclavitud, llegando a argumentarse en la biblia. Consideraban a los negros descendencia de Esaú y por ello estaban condenados a pagar por la gula de su padre. Esaú al no poner fin a sus deseos, vendió el derecho a la libertad de su estirpe y debido a ello millones de negros hijos suyos estaban pagando el castigo. Tal situación, por tanto, era designio de Dios.

TOLSTOI denunció abiertamente la esclavitud de sus compatriotas obligados a trabajar en jornadas de 37 horas en la descarga de los ferrocarriles, según él los mandatarios pretendían demostrar que Dios había creado a personas diferentes, entre ellas había esclavos y señores, y tanto unos como otros debían aceptar y sentirse bien con su innata condición. Llegaron incluso a justificar que la riqueza era entregada por Dios a determinadas personas a fin de que ellas mismas utilizaran una parte en beneficio de los demás: de esta forma la riqueza de unos y la miseria de otros no suponía ya nada maligno.⁶⁸

La justificación más “racional”, aunque no por ello más justa, era la económica. El cultivar productos tropicales en los estados sureños de América suponía la necesidad

⁶⁸ TOLSTOI, L.: *La Esclavitud de nuestro tiempo*. Ed. Littera Books,, Barcelona, 2000, pp. 29 y ss.

de poder contar con trabajadores que soportaran las duras condiciones ambientales de sol a sol y así mantener el modelo económico productor de azúcar y algodón que consumían tanto en el norte como en Europa. Así, los esclavos eran los que mantenían el sistema económico y además, según los propietarios, gozaban de una mejor vida de la que tenían sus padres en la selva, ya que, recibían buen trato, alimentación, ropa y podrían recibir las bendiciones de la Iglesia y así poder gozar de la vida eterna como buenos cristianos. También se acudió a razones político-económicas cuando las justificaciones religiosas o culturales devenían insuficientes para explicar el trabajo forzoso y las jornadas interminables a las que eran sometidas las personas.

Sin duda, fue el papel de la raza el factor determinante en este tipo de esclavitud tradicional, aunque se inventaran una serie de argucias religiosas, políticas y/o económicas al sentirse moralmente obligados a justificar sus decisiones.

De nuevo TOLSTOI nos explica cómo, con el paso del tiempo, se exigieron nuevos razonamientos, parece que empezaba a quedarse atrás la justificación racial o religiosa, fue entonces cuando se acudió a las razones que hoy llevan a esclavizar a millones de seres humanos, la razón por la que se mueve el mundo: el dinero. Se acudió a la ciencia económica para justificar leyes según las cuales se distribuía entre la gente el trabajo y la producción, de manera que la distribución del trabajo y su explotación se basaban en la oferta y la demanda del capital, la renta, los sueldos, los precios, las ganancias y, en general, de las inalterables directrices que condicionan el poder económico de la gente. Palabras baratas, tanto como la vida de esas personas, para tratar de ofrecer una explicación al orden existente de las cosas, según el cual “unas personas pueden dedicarse a vivir gracias al esfuerzo y al trabajo de otras” y por ello “las relaciones humanas están condicionadas, no por lo que la gente considera bueno o malo, sino por lo que es provechoso para aquellos que se hallan en una situación privilegiada”.⁶⁹ El poder del dinero, tan grande que destruye toda consideración moral para convertirse en el auténtico ejecutor de la toma de decisiones sin necesidad de justificar nada, ni así mismo ni a la sociedad, que no ve lo que pasa a su alrededor, lo único importante es el balance final de las cuentas.

Como ya se anunció, la esclavitud es el negocio más rentable del siglo XXI después del tráfico de armas y ¿por qué es ahora tan rentable? Pensemos en los costes

⁶⁹ *Ibidem.*, pp. 30 y ss.

de adquisición de los esclavos en la América del S. XVIII: era necesario un transporte en barco cruzando el Atlántico, había que cuidarlos y alimentarlos bien debido a la inversión que ya se había hecho, era una propiedad que resultaba cara de adquirir. Por contrario, los esclavos pueden conseguirse hoy en la misma ciudad, región o en el país vecino. No hay que irse al otro lado del mundo para comprar esclavos porque su color de piel “licita” su comercio. El caldo de cultivo en el que navegan los negreros de hoy es la vulnerabilidad de la persona, esa “muerte social” de la que hablaba PATTERSON⁷⁰, porque a aquellos a los que nada les queda, nada esperan, agachan la cabeza y se resignan a su destino. El valor del esclavo se deprecia hasta tal punto que es más barato desecharlo cuando no cumple su función y conseguir otro, ya que hay muchos donde elegir. Son objetos de usar y tirar.

2.2.Derecho de propiedad legal frente a propiedad sin derecho: relación jurídica frente a relación fáctica o de hecho

La esclavitud clásica estaba reconocida legalmente e integrada en el sistema productivo y de mercado del momento. Los esclavos eran propiedad legal de su dueño, los cuales hacían una elevada inversión que debían rentabilizar y, por tanto, cuidar ya que se consideraban bienes de un alto precio. Se trataba a los esclavos como un elemento más de su patrimonio y sobre ellos se ejercían todos los atributos correspondientes al derecho de propiedad, se podían comprar, vender, ceder, etc. Era una relación jurídica perfectamente regida por la ley.

Hoy día, sin embargo, no se puede reclamar el derecho de propiedad sobre una persona puesto que existe una prohibición legal internacionalmente reconocida recogida en la Convención de Ginebra de 1926, prohibición ampliada con el paso del tiempo y recogida en otros muchos instrumentos internacionales. Tanto es así, que el sometimiento a esclavitud ha sido reconocido universalmente como un crimen de lesa humanidad, y el derecho a no ser sometido a esclavitud es considerado un derecho fundamental del ser humano⁷¹. La relación que se establece entre el esclavo y el amo evita de cualquier manera la propiedad legal, aunque “de facto” se sigan ejerciendo los mismos atributos que otorga el derecho de propiedad. La persona sometida a esclavitud

⁷⁰ PATTERSON, O.: *Slavery and social death*, pp. 5 y ss.

⁷¹ OHCHR: *La abolición de la Esclavitud y sus Formas Contemporáneas*. David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, 2002, p. 7.

se siente aún más desprotegida que en el pasado, cuando, al menos, el dueño tenía unos deberes que cumplir con su “cosa”. En la nueva relación, el dueño no pretende que la persona sea de su propiedad aunque de hecho ejerza una verdadera posesión, con lo cual no existen obligaciones jurídicas que cumplir sobre el “objeto” de su propiedad, lo cual deja en una situación de desamparo absoluto a la persona sometida⁷², se convierten en objetos desechables al no existir ningún vínculo jurídico y tener un valor económico muy bajo.

2.3. Bajo número de esclavos frente a exceso de futuribles esclavos: alto coste de adquisición frente a “personas desechables”

En el período de esclavitud clásica el esclavo representaba un elevado coste de adquisición para el amo. Los esclavos escaseaban y su demanda era muy alta. BALES ofrece unos datos a este respecto poniendo como ejemplo el sistema aplicado en el sur de Estados Unidos con anterioridad a 1860. Explica que, hacia 1850, un trabajador del campo costaba entre 1000 y 1800 dólares, lo cual equivalía a entre tres y seis veces el salario medio anual de un trabajador blanco. Pero es que, a pesar de su elevado coste, los esclavos, de media, generaban unos ingresos de sólo el 5% anual. De tal manera que si el precio del algodón subía, el propietario de la plantación podía sacarle mucho partido a sus esclavos, pero si bajaba, es posible que tuviera que vender a alguno de ellos para continuar con el negocio. El hecho de que los inmigrantes europeos pudieran encontrar otros trabajos e incluso fundar sus propias granjas gracias a la expansión hacia el oeste, hacía que el número de futuribles esclavos fuera muy bajo, con lo cual, el precio de compra de uno era muy elevado y había que garantizar la inversión, por lo tanto, aunque el trato hacia ellos fuera inhumano, los alimentaban y procuraban cuidar de lo que era un objeto de su propiedad que le había costado una importante cantidad de dinero⁷³.

Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” basan su mecanismo en el elevado número de personas que viven en unas condiciones que permiten que puedan ser

⁷² En este sentido, PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas*, op. cit., p. 63; también, GARCÍA ARÁN, M.: *Esclavitud y tráfico de seres humanos*. Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Octavio de Toledo y Ubieto, E./Gurdiel Sierra, M./Cortés Bechiarelli, E. (Coords.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 359; de esta misma autora y otros: *Trata de personas y explotación sexual*, op. cit., pp. 5 y ss.

⁷³ BALES, K.: *La nueva esclavitud...*, op. cit. p. 17.

“atrapadas” en las redes criminales del comercio de la carne humana. Debido a una serie de razones demográficas, capitalistas, de comercio globalizado, se ha generado un caldo de cultivo de personas vulnerables que pueden ser explotadas con suma facilidad. Existe por tanto un elevado número de esclavos que implica que para el “nuevo negrero” sea más provechoso deshacerse de uno cuando ya no le es rentable y conseguir otro antes que gastarse dinero en cuidarlo para que perdure más tiempo. Pasamos a un nuevo concepto de esclavitud, en el cual, el valor del esclavo ha disminuido tanto que no merece la pena cuidar de esa inversión. Son, por tanto, objetos desechables, puesto que el coste de uno nuevo es menor que tratar de ampliar la vida del otro.

2.4. Temporalidad del esclavo: rentabilidad normal frente a alta rentabilidad

De la explicación del punto anterior se desprende que aparece un nuevo elemento diferenciador entre la clásica y las nuevas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”: el elemento temporal. La vida de un esclavo que produzca beneficios para su amo es muy corta debido a la explotación a la que son sometidos. La OIT cifra la temporalidad del trabajo forzoso en 18 meses⁷⁴. Como es lógico, en la esclavitud tradicional, el amo pretendía que la relación con la persona de su propiedad durara el máximo tiempo posible, puesto que era una inversión elevada y debía de tratar de rentabilizarla el máximo posible. No era fácil comprar otro esclavo, las comunicaciones eran muy complicadas, en ocasiones, tenían que sufragar el viaje desde ultramar, los esclavos solían vivir con sus patrones y tenían que alimentarlos, a veces incluso también a sus familias, con lo cual la rentabilidad que el esclavo producía se reducía a aquella que era capaz de generar en el campo con sus horas de trabajo y el patrono pretendía alargar esta relación en el tiempo lo máximo posible.

En cambio, lo que está sucediendo en la moderna esclavitud es todo lo contrario. La relación que existe entre el amo y el esclavo es ciertamente fugaz, a veces incluso de unos pocos meses. Como ya hemos visto, el coste del nuevo esclavo es mínimo debido a la gran cantidad de los mismos, no tienen que mantenerlos puesto que no son de su propiedad, las comunicaciones son mucho más fluidas, incluso a veces no existe el elemento transnacional, con lo que no hay que pagar un largo viaje, y si no, son los

⁷⁴ Sección de noticias de la OIT. Disponible en www.ilo.org (Consultada por última vez 07-09-2020).

mismos esclavos los que pagan con su trabajo el viaje que han realizado para lo que pensaban que sería una vida mejor. Por todo ello, la rentabilidad se multiplica. El incremento exponencial de la oferta y el carácter desechable del esclavo ha sido el factor determinante para que la relación entre el esclavo y el patrono se consuma conforme se consume la vida del esclavo, que no vale más de lo que vale su esfuerzo y su sudor, y cuando este se termina, también lo hace su relación con el amo, al cual le cuesta menos dinero conseguir otro nuevo que dará más frutos. Elevadísima rentabilidad basada en las vidas baratas.

3. Características de las nuevas formas de esclavitud

3.1. Traslado internacional o traslado regional

En el pasado siempre había un largo viaje detrás de una vida esclava, ya que estos procedían de otras partes del mundo y generalmente debía realizarse un desplazamiento desde ultramar para enfrentarse a su duro destino.

En la actualidad, la explotación extrema de la vida humana conlleva un menor coste: la apertura de fronteras, la facilidad de las comunicaciones, el mundo globalizado, el mundo migrante en el que vivimos, todos estos factores han permitido que se creen grandes canales de comercio de seres humanos que son captados, reclutados, engañados, coaccionados o que, simplemente, no tenían otra elección que sucumbir a trabajar para sufragar su deuda, que, por otra parte, será eterna.

Cierto es que este fenómeno también tiene un factor transnacional, esto es, la persona va a ser transportada de un país a otro. Como hemos visto en apartados anteriores, más de la mitad de los explotados, lo son en su propio país, aunque esto dependerá de la región del mundo que analicemos. El comercio sexual en Brasil, por ejemplo, suele ser con chicas de la calle, pobres, huérfanas que no encontraron asilo, sin salir del mismo país, tan sólo son trasladadas de una región a otra. La emigración rural, el trabajo forzoso en el campo también puede existir dentro de un mismo país.

Cuando la persona es transportada transnacionalmente para ser explotada en el lugar de destino, el viaje puede tener un doble sentido, esto es, pueden ser las personas explotadas las que se trasladen de un lugar a otro, o bien, que sean los explotadores los que realicen el viaje. No es raro observar como las grandes empresas multinacionales

desplazan sus fábricas a países subdesarrollados para aprovechar la mano de obra barata y los bajos costes de producción o la persona que busca turismo sexual viaja hasta países del tercer mundo sabiendo perfectamente que esta actividad es desarrollada principalmente en esos países⁷⁵.

Sin embargo, también pueden cruzar fronteras para llevar a la persona que será esclavizada a su lugar de trabajo. Este flujo suele tener un sentido que parte desde países menos desarrollados hacia países occidentalizados o del “primer mundo”. Es lógico, son los países subdesarrollados los que tienen un mayor número de personas susceptibles de ser esclavizadas y son los países más ricos los que demandan mano de obra barata, prostitución, servidumbre doméstica, trabajo de campo, etc.

3.2.Desigualdad

El mundo se caracteriza por sus enormes desigualdades en materia de desarrollo económico y social. Los factores por los que se ha llegado a tal situación son múltiples: hambre, guerras, desastres naturales, globalización, falta de legislación, despreocupación de los estados, intereses económicos o políticos, etc. Lo que parece que queda bastante claro según todos los informes de las Organizaciones Internacionales, es que, las enormes desigualdades económicas y sociales son un presupuesto básico para el desarrollo de las prácticas esclavistas del siglo XXI⁷⁶. La extrema pobreza deja al ser humano en una situación idónea para ser el blanco de las mafias internacionales que se dedican a la captación de los nuevos esclavos. Si pensamos en ello como un “generador perfecto” de formas de esclavitud, podremos entender que la enorme diferencia entre la riqueza de los distintos países es la que torna al ser humano en dependiente, dependiente de otros seres humanos que son los que tomarán las decisiones del cuándo y del cómo. La situación de necesidad económica es la que se esconde detrás de cada excusa, la esclavitud es la explotación de la pobreza y la necesidad del ser humano para obtener un provecho económico.

⁷⁵ También se refiere a la nota de transnacionalidad, PÉREZ ALONSO. E.: *Tráfico e inmigración...*, op. cit., pp. 61 y 62.

⁷⁶ A modo de ejemplo OIT: *Informe Ganancias y pobreza. Aspectos económicos del trabajo forzoso*. Ginebra, 2014.

3.3. Ausencia de consentimiento o invalidez del mismo. Situación de vulnerabilidad

Muestra la experiencia histórica que la mera formalidad para prestar consentimiento a la hora de formalizar un contrato puede coexistir con situaciones de angustiosa necesidad y enorme disparidad entre las partes contratantes.

Jamás una persona puede prestar su consentimiento a que le quiten su libre albedrío, su libertad, y en el caso de que lo prestara, ese consentimiento sería inválido debido a las circunstancias que le rodean y que le convierten en una persona vulnerable. Nadie quiere ser sometido a otro, dejar de vivir su propia vida y de tomar sus propias decisiones. En este punto se nos plantea una inapelable cuestión *¿existe ese consentimiento?* Es decir, *¿podía elegir?* Y en tal situación, *¿es válido ese consentimiento?* Desde una perspectiva técnica, para ser válido, el consentimiento requiere que el que lo otorga sea titular del bien jurídico atacado o en peligro y que este bien no sea colectivo o afecte a intereses sociales y de terceros; debe ser otorgado por una persona civilmente capaz, es suficiente la capacidad natural de comprender y de juzgar, de entender y discernir la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho (salvo algunas excepciones como, por ejemplo, la relación sexual); ha de ser voluntario y no debe estar viciado por coacción, engaño ni fraude; debe ser dispuesto por quien entiende plenamente el alcance del mismo y las consecuencias de renunciar total o parcialmente al bien jurídico; y, por último, se debe otorgar con anterioridad al hecho o concomitantemente con él, pero no con posterioridad, pues ya no sería consentimiento, sino el otorgamiento del perdón.⁷⁷

En tal caso, la persona decide “libremente” aceptar una situación que considera que puede cambiar su vida a mejor. Aunque, no podemos perder de vista, que en muchos casos, la decisión de esa persona ya estaba tomada, puesto que no dependía de ella misma, es decir, la persona no es verdaderamente libre de tomar una decisión, simplemente se resigna a ella, nadie quiere ser explotada, perder su identidad de persona, su propia voluntad, perder su dignidad. Por todo ello, el consentimiento prestado por esa persona, quedaría anulado, convirtiéndose en un consentimiento viciado e inválido.

⁷⁷ ALLER; G.: “Aspectos dogmáticos sobre el consentimiento”. *Coloquios penales. Cuestiones penales, político-criminales y criminológicas*, Montevideo, Carlos Álvarez- Editor, 2010.

Tanto es así, que la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, en su artículo 2 habla del consentimiento en una situación de vulnerabilidad, existiendo ésta cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso. En tal caso, el consentimiento no sería válido. Además en su artículo 4 se especifica que el consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1, a saber, 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 la entrega o recepción de pagos o beneficios.

Como vemos, es muy difícil encontrar una situación en la que el consentimiento de la víctima sometida a esclavitud sea válido. Si no existieran los medios coactivos que acabamos de nombrar, en todo caso, la víctima estaría en una situación de vulnerabilidad y no le quedaría otra opción que resignarse, tornándose, por lo tanto, el consentimiento en inválido desde ese mismo momento.

3.4.Sometimiento a la voluntad de otra persona

Como indica BALES, la nueva esclavitud se caracteriza por constituir una relación en virtud de la cual una persona es controlada por otra a través del empleo de la violencia, o la amenaza de la misma, o la coacción psicológica, con la consiguiente pérdida de la libre voluntad y libertad de movimiento, que es económicamente explotada y que no recibe nada más que lo estrictamente necesario para su subsistencia⁷⁸. Esto es el sometimiento pleno a otra persona, no existe ningún otro delito en el que la persona quede tan reducida por el delincuente. Se establece una relación de dominio total, en palabras de PÉREZ ALONSO: “el amo o propietario, como en toda relación posesoria, aunque sea fáctica, se comporta respecto a ellos como si fuera su dueño”⁷⁹. Ese control absoluto es el que hace que la toma de decisiones de la persona se haga a través de su explotador, quedando la persona y, en muchas ocasiones, su familia,

⁷⁸ BALES/TRODD/WILLIAMSON: *Modern Slavery...*, op. cit., p. 31.

⁷⁹ PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración...*, op. cit., p. 64.

reducidos a meros bienes materiales. El propietario ejerce las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre seres vivos, gestionando sus vidas para sacar el mayor rendimiento económico posible, sometidos a su tiranía.

3.5. Pérdida de la condición de persona. “Cosificación” o deshumanización

Está implícito en la práctica esclavista reducir a la persona a un bien semoviente, con la pérdida de las características que nos identifican como persona. La esclavitud es el “negocio de la carne”, se trafica con seres humanos que son vendidos, trasladados y explotados, convertidos en un objeto, cosificados, para obtener el mayor beneficio económico, seres humanos rentables que únicamente significan una ganancia para el explotador. Se ven sometidos durante su explotación a un trato inhumano y degradante mediante el que los esclavistas hacen valer su poder de dueño y señor de sus vidas, lo cual lleva aparejado toda serie de vejaciones a través de las más humillantes prácticas y en la mayoría de ocasiones acompañado de violencia para jugar con el arma más poderosa para controlar a las personas, el miedo.

Debido a ello, se pierde la condición de persona al convertirse en un instrumento, en un medio que sirve a otra persona. En muchos casos, esas personas son el mismo objeto de comercio, como afirma GARCÍA ARÁN, en las organizaciones delictivas que se dedican al traslado de inmigrantes, el propio inmigrante es la mercancía en la que se basa el negocio y se ve sometido a situaciones de dominio en las que su consentimiento resulta irrelevante para el derecho⁸⁰.

Es el grado de explotación al que ve sometida la persona durante su período de cautiverio lo que genera su deshumanización. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos es la que mejor muestra esta relación, aludiendo a la dignidad humana y al reconocimiento de su estatus legal como un elemento nuclear de la problemática relativa a la esclavitud. En este sentido, muchos de los autores que relacionan la esclavitud moderna con la globalización estudian con especial interés los factores que generan la deshumanización del individuo⁸¹.

⁸⁰ GARCÍA ARÁN, M.: *Esclavitud y tráfico...*, op. cit., p. 359.

⁸¹ En este sentido, por ejemplo, QUESADA MONGE, R.: *Globalización y deshumanización: Dos caras del capitalismo avanzado*. EUNA, Costa Rica, , 1998, p. 215.

3.6.Explotación de la persona. Obtención de un beneficio económico

No se puede perder de vista que la finalidad de la esclavitud es la obtención de un beneficio económico a través del trabajo de otra persona. En todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” existe una explotación personal, por unos medios u otros, para obtener una rentabilidad y ello vulnera los derechos humanos más básicos, así como una serie de derechos fundamentales personalísimos como pueden ser el derecho a la libertad, la salud, la intimidad, la seguridad y el mismo derecho a la vida.

La esclavitud está prohibida por numerosos convenios internacionales, es considerada como una de las formas de violación más graves de los derechos humanos de una persona. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo en su considerando (1) establece que “la trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Evitar y combatir la trata de seres humanos es una prioridad para la Unión y los Estados miembros”. El Código Penal Español considera la esclavitud como un delito de lesa humanidad incluido en el art. 607 bis apartado 10. No existe normativa internacional en la materia en la que no se considere el sometimiento a esclavitud como una grave violación de los Derechos Fundamentales de la persona. Es la propia explotación personal de la víctima la que lleva al sujeto sometido a las situaciones más extremas. De este modo, el catálogo de violaciones que acompañan a la esclavitud es prácticamente ilimitado, desde la pérdida de libertad cuando es trasladada, hasta la propia dignidad de la persona que es sometida a prácticas crueles, como el abuso, el engaño, el uso de la violencia, amenazas, servidumbre, coacción, etc. En los casos más graves podemos llegar a hablar de la privación de la identidad de la persona, que puede ser obligada a hablar en otro idioma, a cambiar de religión o a no contraer matrimonio ya que se les obliga a ser amantes de otros.

3.7. Medios empleados

Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” se ocultan bajo distintos disfraces, pero cuando son destapadas, siempre encontramos una relación de dominio de una persona sobre otra, un robo de la libertad de esta escondido bajo cortinas de humo legales y siempre se repiten los mismos medios para llevarlo a cabo: amenazas y violencia.

En toda relación de dominio existe una práctica forzada o abusiva. Para ello, se emplea violencia o intimidación. De este modo, consiguen doblegar la voluntad de la víctima que acaba sometándose, o, plegándose a su triste destino. Las formas que puede adquirir esa violencia o amenaza son muchas y de las más variadas.

En el caso de la trata de personas, proceso por el cual se llega a una explotación personal y a un posible sometimiento a esclavitud, el Código Penal en su art. 177 bis establece que los medios serán el “empleo de violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”. Se desprende de esta lectura, que en alusión directa a los medios empleados, la trata puede ser llevada a cabo mediante 3 prácticas: coactiva o forzada, abusiva y fraudulenta⁸². Como vemos, no es necesario llegar a la violencia física, sino que, la misma intimidación será suficiente para considerar que se está poniendo a la víctima en una situación en la cual no ejerce su propia voluntad en la toma de decisiones, siendo así una práctica de trata forzada o coactiva, en la que encontramos elementos de coacción física y también compulsiva. El engaño y el fraude definen los elementos de una práctica fraudulenta para conseguir el consentimiento del explotado, como puede ser: la promesa de un trabajo falso, mentir sobre las condiciones del viaje o del lugar de destino, etc. Y el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, así como, la concesión o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control de otra, dará lugar a una práctica abusiva para explotar a la persona sometida, como pueden ser la mayoría de los casos de los inmigrantes, individuos sin papeles, que desconocen el idioma, la cultura del país, que se encuentran en una situación de extrema necesidad y pobreza y que tienen una situación jurídico-administrativa irregular, es decir, el caldo de cultivo

⁸² En este sentido, PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas...*, op. cit., p. 69-70; también VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., p. 38-39.

perfecto para ser futuras unidades de compra-venta y aprovechamiento de su trabajo: esclavos.

En el caso del trabajo forzoso que por sus características de falta de libertad y decisión de la víctima sobre su propia vida consideremos esclavitud, es decir, aquel que, a los efectos del Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 (núm. 29), sea “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 medios empleados quedan definidos en el Informe III (Parte 1B) de la OIT, 96ª Reunión, de 2007 “Erradicar el Trabajo Forzoso”⁸³ en el cual queda bien definido el medio empleado, ya que, la definición del “trabajo forzoso u obligatorio” comprende el trabajo o servicio exigido “bajo la amenaza de una pena cualquiera”. En este documento se subraya que la pena podría revestir “no sólo la forma de una sanción penal, sino que podría tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja”. Y se citan algunos ejemplos: 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.

El mismo texto del Convenio establece una distinción entre no haberse ofrecido voluntariamente y la “amenaza de una pena cualquiera”. Ahora bien, en el caso en que el consentimiento para trabajar o prestar servicios ya ha sido dado “bajo la amenaza de una pena cualquiera”, los dos criterios se superponen, es decir, no cabría el “ofrecimiento voluntario” bajo la amenaza. Además, se puntualiza que al considerar la libertad de “ofrecerse voluntariamente” para prestar trabajos o servicios, es necesario tener en cuenta el marco legislativo y práctico que garantiza o limita esa libertad.

Visto lo anterior, una obligación externa o un medio coactivo indirecto que coarte la libertad del trabajador de “ofrecerse voluntariamente” puede resultar no sólo de una normativa de las autoridades superiores, sino también de los mismos empleadores, como puede ser cuando los trabajadores migrantes son inducidos a engaño y víctimas de

⁸³ OIT: *Informe III (1B) Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*, 96ª reunión, de la OIT, Ginebra, 2007.

contratos laborales fraudulentos, falsas promesas, retención de documentos de identificación personal, etc.

3.8. Los nuevos explotadores

Los nuevos negreros del S. XXI son las organizaciones y mafias internacionales. Esto queda patente en el hecho de que el principal instrumento internacional contra la trata de seres humanos, el Protocolo de Palermo, es complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Sobre esta Convención que lucha contra la delincuencia organizada, la Asamblea General ha aprobado tres protocolos, cada uno de ellos sobre las tres principales manifestaciones del crimen organizado, que regulan la normativa que los Estados deben adoptar. El primero de ellos es al que hemos hecho referencia, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, aprobado junto con la Convención de 2000⁸⁴. El segundo de ellos también fue aprobado junto con la Convención, es el Protocolo para reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire. El tercero fue aprobado en una resolución posterior de la Asamblea General, es el Protocolo contra la fabricación y el tráfico y la trata de armas, sus piezas y componentes y municiones. Estas son las tres manifestaciones más importantes a nivel mundial del crimen organizado y entre ellas se encuentra la trata de seres humanos, proceso por el cual una persona puede llegar a convertirse en dueño de otro.

Considero conveniente advertir que el citado instrumento de lucha en su art. 1.3 establece que los delitos en él tipificados se consideran delitos con arreglo a la Convención, es decir, se aplica a delitos que tengan carácter transnacional y que supongan la participación de un grupo delictivo organizado⁸⁵, razón por la cual el delito

⁸⁴ OHCHR: *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*, Nueva York, 15 de diciembre, 2000. (Protocolo de Palermo). Disponible en www.ohchr.org.

⁸⁵ UNDOC: *Convención de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004. (Convenio de Varsovia).

Establece el art. 3.1 de esta Convención, referido al ámbito de aplicación "1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de: a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Disponible en www.unodc.org.

de trata de personas contenido en el art. 5 del Protocolo de Palermo tiene que ser una manifestación de la delincuencia organizada⁸⁶.

En cuanto al ámbito europeo, el instrumento más importante de lucha con el que contamos es el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005, conocido como Convenio de Varsovia. Sin embargo, este documento, a diferencia del Protocolo de Palermo, no está limitado a la persecución delictiva únicamente en el ámbito de una organización criminal organizada⁸⁷, siendo su comisión en estas circunstancias un tipo cualificado sobre el tipo básico⁸⁸.

Por último, otra serie de instrumentos comunitarios que desvelan la interrelación de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” con las mafias internacionales y que tienen su reflejo en la gestación de políticas comunitarias para luchar contra este fenómeno son las sucesivas disposiciones comunitarias que han ido estableciendo obligaciones de incriminación a los Estados parte a través de previsiones de agravaciones punitivas. Esta política agravatoria puede observarse tanto en la Decisión Marco 2002/629/JAI⁸⁹, como en la Directiva que la sustituye, Directiva 2011/36/UE de

⁸⁶ Art. 4 del Protocolo de Palermo, ámbito de aplicación: “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos. Disponible en www.ohchr.org.”

⁸⁷ Art. 2 del Convenio de Varsovia, campo de aplicación: “El presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. Disponible en www.acnur.org.”

⁸⁸ *Ibidem*, art. 24 del Convenio de Varsovia, circunstancias agravantes: “Las Partes adoptarán las medidas necesarias para que las circunstancias siguientes se consideren como circunstancias agravantes en la determinación de la sanción aplicada a las infracciones tipificadas con arreglo al artículo 18 del presente Convenio: a) la infracción ha puesto en peligro a la víctima, deliberadamente o por negligencia grave; b) la infracción ha sido cometida contra un niño; c) la infracción ha sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones; d) la infracción ha sido cometida dentro del marco de una organización delictiva.”

⁸⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*. Art. 3.2 establece: “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el artículo 1 con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan en cualesquiera de las siguientes circunstancias: a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; b) que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía; c) que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves; d) que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contempla”. Disponible en www.eur-lex.europa.eu.”

Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas⁹⁰.

La relación entre las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y el crimen organizado es un hecho demostrado. La normativa internacional y comunitaria es el reflejo de una realidad criminológica patente en la sociedad. Ahora bien, no debemos concluir de tales aseveraciones que toda actividad esclavista suponga una actividad internacional criminal encuadrada en una organización mafiosa de gran envergadura, ya que, en muchos supuestos de prácticas esclavistas, como puede ser la servidumbre doméstica, no existe ningún tipo de organización criminal, y mucho menos internacional, siendo el mismo empleador el que posteriormente explotará a la víctima, convirtiéndose en dueño de la persona, sin que haya habido ningún desplazamiento ni mayores medios logísticos para su finalidad explotadora.

Las razones que llevan a ligar las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, principalmente la trata de personas, con la delincuencia organizada, vienen dadas por varios motivos: los fenómenos migratorios, la explosión demográfica y el empobrecimiento de un alto porcentaje de la población global, producido principalmente por la generalización del modelo económico capitalista⁹¹. Tal circunstancia crea grandes y continuos flujos migratorios desde zonas deprimidas económicamente hacia países que les ofrezcan nuevas oportunidades. Esta desesperada huida hace que la persona sea vulnerable a todo tipo de ofertas, la situación de necesidad, la pobreza, y la exasperada demanda de auxilio no atendida son las causas

⁹⁰ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO: Directiva 2011/36/UE 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, 5 abril de 2011. Art. 4: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción: a) se cometió contra una víctima particularmente vulnerable, la cual, en el contexto de la presente Directiva, incluirá como mínimo a los menores; b) se cometió en el marco de una organización delictiva a tenor de lo dispuesto en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada; c) puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, o d) se cometió empleando violencia grave o causó a la víctima daños particularmente graves. 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere circunstancia agravante el hecho de que alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 2 haya sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. 4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 3 sean castigadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a entrega. Disponible en eur-lex.europa.eu.

⁹¹ Vid. BALES, K.: *La nueva esclavitud...*, op.cit., pp. 13 y ss.

que aprovechan los esclavistas para hacer su negocio. Aunque no toda trata de seres humanos sea un fenómeno internacional, vemos como la razón explicativa de los flujos migratorios tiene mucho que ver con la delincuencia organizada que se dedica a la explotación de las vidas ajenas.

4. Causas de la nueva esclavitud

En un mundo globalizado, con apertura de fronteras y en el que el color del dinero es más importante que la dignidad humana, la pobreza, las situaciones de desigualdad y el capitalismo económico que dominan las decisiones político-sociales, son los factores que gestionan la razón de los enormes flujos migratorios que se están produciendo durante los últimos años. La gente huye. Huye entendiendo que conseguirán una vida mejor y se convierten en la pieza de caza de los nuevos negreros.

El fenómeno de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” es un negocio al alza y la cantidad de esclavos sigue aumentando. Como ha quedado expuesto en líneas anteriores, el número de seres humanos susceptibles de ser esclavizados es creciente, lo cual hace que la vida de la persona valga cada vez menos: los usan y los tiran, son vidas baratas. Las causas que hacen que exista un número cada vez mayor de esclavos y de futuros explotados son de la más diversa índole. La complejidad y transversalidad del fenómeno de la nueva esclavitud hace que se convierta en un problema multidisciplinar en el que los diferentes elementos sociológicos, económicos, políticos y legislativos, se combinan para crear un telón de fondo común, una situación de vulnerabilidad, la creación de una situación de necesidad, de una pérdida del catálogo de derechos sociales más básicos que hacen de las personas elementos de negocio, se convierten en seres vulnerables, en “muertos civiles”, en migrantes sin tierra.

Como principales causas podemos destacar las siguientes: el aumento de la población mundial, la globalización, el capitalismo económico, la corrupción política, las políticas migratorias, etc.

4.1. Aumento de la población mundial

A partir de la Segunda Guerra mundial se ha producido un espectacular aumento de la población mundial. Desde 1950, se ha triplicado pasando de 2 billones de personas

a rondar los 7.5 billones de personas.⁹² Las zonas en las que más ha crecido son, precisamente, dónde más se práctica la esclavitud. Las causas subyacentes son económicas, sociales y culturales. En los países en los que existe un nivel muy bajo de desarrollo económico, el crecimiento real de la población es mayor debido a la alta tasa de natalidad que se da. Esto es debido a que no existen ventajas familiares en el control de la natalidad, ya que tendrán los mismos problemas familiares tengan los hijos que tengan, en cambio sí que existe un beneficio económico, ya que los hijos se convierten en poco tiempo en una fuente de ingresos debido a su trabajo. Las familias se encuentran con dificultades económicas para acceder a los medios de control a la natalidad, su cultura es distinta en cuanto al control del número de integrantes de la familia, podríamos decir que es una mentalidad más tradicional y tienen los hijos que la “madre naturaleza” desee que tengan⁹³.

Nos encontramos con un panorama mundial en el que los países con menor acceso a los recursos culturales y económicos tienden hacia una preocupante superpoblación. En el sureste asiático, el subcontinente indio, África y los países árabes, la población se ha triplicado y la cantidad de niños es ingente. En muchos de estos países, más de la mitad de la población tiene menos de quince años. Se acaban los recursos naturales. Los países más pobres agotan sus propios recursos, necesitando ser abastecidos por otros países que se aprovechan de tal coyuntura, convirtiéndolos en más pobres. Atemorizados por este desalentador futuro y la disminución, cada vez mayor, de recursos, la gente acaba desesperada y opta por huir hacia un incierto destino, transformándose en objeto de deseo de todo tipo de traficantes y explotadores. Se lanzan hacia una desesperada huida, sin trabajo, sin dinero y, en muchas ocasiones, dejando una familia detrás que depende de ellos, agarrándose así a cualquier oferta, verdadera o falsa, que se les presente, por desesperada que sea.

⁹² Datos extraídos de la División de Estadística de las Naciones Unidas, que se puede consultar en: <http://unstats.un.org/unsd/default.htm>

⁹³ Datos extraídos del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre el seguimiento del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo después de 2014.

4.2. Inmigración, globalización y capitalismo económico

No podemos obviar que en muchas de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” los inmigrantes son los principales afectados. Desde la antigüedad ha existido la esclavitud, es cierto, pero como señalamos, los nuevos esclavos no son elegidos por el color de su piel. Los nuevos esclavos son específicamente buscados, elegidos si se quiere, entre los seres más necesitados, pobres y vulnerables del planeta, y en demasiadas ocasiones, son los inmigrantes, seres sin papeles que huían en busca de una vida mejor.

La explotación humana se ceba especialmente con esas personas que pierden los vínculos con su tierra y que son objeto de deseo de las mafias internacionales que, conocedores de su vulnerabilidad, aprovechan su deriva para atraparlos en su red. Ya sean mujeres objeto de trata y explotación sexual o de trabajadores en los sectores más duros, estos son, principalmente, los migrantes extranjeros. Lo realmente importante para el explotador es detectar y aprovechar la mano de obra más barata posible al menor coste posible. Y el coste es muy poco, ya que estos seres son incapaces de hacer valer sus derechos en un mundo que se ha olvidado de ellos, son ciudadanos de ninguna parte. El Estado de Derecho en el que estamos inmersos demuestra una mayor preocupación en el control de sus fronteras que en las políticas de control de flujos migratorios⁹⁴, políticas que se encuentran en el centro de las nuevas formas de sobreexplotación humanas. De este modo, el migrante de nuestro tiempo recuerda a la figura del esclavo NO ciudadano de la tradición romana, las causas son otras, pero el final es lamentablemente parecido.

La migración siempre ha estado presente en la historia de la humanidad. La persona que emigra, sale de su país en busca de un futuro, de nuevas alternativas. Es un fenómeno propio de la inquietud del ser humano. Las causas actuales de estos flujos migratorios han ido modificándose, adaptándose a la realidad social del momento y a las necesidades de los seres humanos por sobrevivir, siendo hoy día el factor económico la razón principal de la migración.

⁹⁴ DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm 23-08, 2021, p. 19.

Estos movimientos migratorios, sin embargo, se han producido en las últimas décadas en un mundo globalizado⁹⁵ y en un contexto absolutamente desigualitario. En el período de la mundialización económica las grandes potencias son las que toman las decisiones, lo cual marca unas profundas desigualdades entre los países, propiciando así una tendencia migratoria continua de salida desde países empobrecidos hacia países del primer mundo. Gestándose en este mundo desigual, aparece la globalización que trata de esconder este proceso mundial político y económico en el que todos somos “ciudadanos del mundo”, aunque algunos de ellos quedan olvidados. Olvidados porque lo que convierte al ser humano en parte integrante de las relaciones globales es ser parte como consumidor, siempre que el individuo sea parte integrante del sistema de relaciones comerciales cuenta para El Mercado y, por tanto, para la sociedad globalizada. De esta manera, la capacidad del mismo para consumir será un elemento de integración en el “nuevo mundo”⁹⁶, elemento que genera unas diferencias sociales insalvables y evidencian, aún más, las desigualdades económicas. Los migrantes, por tanto, no cuentan en este nuevo contexto, para estas nuevas relaciones jurídico-comerciales que se han ido creando a medida que ha ido fomentándose la mundialización. Quedan excluidos entre dos mundos, el suyo del que quieren huir, y el nuevo para el que no cuentan. Su nuevo “estatus” es el del individuo sin papeles, carente de identidad y apátrida.

En este nuevo sistema de capitalismo mundial, sólo domina la máxima de competir en el “Mercado Global”. Sin embargo, no se han operado cambios en el juego. La globalización demuestra así capacidad para quitarle poder a la política de Estado para llegar a la “realización de la utopía del anarquismo mercantil del Estado mínimo”⁹⁷. El globalismo trata de superponer el poder del mercado mundial sobre la política del Estado, así, consigue un predominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo con un objetivo marcado entre sus principales intenciones: reducir toda la dimensión de la globalización a una sola, la económica. Se convierte, por tanto, en un

⁹⁵ Al respecto de la globalización y sus consecuencias ARCOS RAMÍREZ, F.: “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”. *El Derecho Penal ante las Formas Contemporáneas de Esclavitud*, op. cit., pp. 77-93.

⁹⁶ En esta línea, FARIÑAS DULCE, M. J.: *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 27. También en esta línea, PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 1 y ss.

⁹⁷ BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*. Paidós Estado y Sociedad. Barcelona, 1998, p. 27.

imperio del Mercado mundial bajo el cual son las empresas las que exigen sus condiciones básicas con las que conseguir sus objetivos.⁹⁸ En este contexto, parece claro advertir que la miseria y la pobreza que ha provocado la privatización y mercantilización de los últimos años favorecen las condiciones para la aparición de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

En este disparatado mecanismo, los actores se revelan cada vez menos necesarios en su papel de trabajadores del primer mundo, ya que, se da la siguiente circunstancia: mientras que los inmigrantes siguen aumentando en número, en el territorio de los países ricos cada vez son menos necesarios y, por lo tanto, más desechables. La mano de obra inmigrante resulta necesaria sólo para determinados sectores (construcción, agricultura, prostitución), puesto que, para las grandes empresas transnacionales es mucho más barato trasladar su producción a aquellos países donde los costes de producción son más rentables, es por ello que, el trabajo donde se instalan estas empresas se desarrolla en condiciones de esclavitud, reduciendo todos los costes de producción e incrementando los beneficios, bajo la ayuda, por supuesto, de gobiernos corruptos que permiten, en su propio beneficio, el asentamiento de estas empresas explotadoras. Queda demostrado como la moderna esclavitud irrumpe con fuerza y participa en la economía a escala mundial, dado que, como en un efecto mariposa, un puesto de trabajo esclavo supone una amenaza para otros puestos de trabajo en todo el mundo⁹⁹.

Estos procesos revelan que nos encontramos ante un problema de escala planetaria, con un derecho global que no pertenece a ningún Estado, con empresas que no se encuentran bajo ninguna regulación jurídica, surge así la “globalización jurídica que debería ser capaz de reorganizar de nuevo, en el ámbito jurídico-global, la desorganización del capital organizando keynesianamente lo que la globalización económica ha impuesto”¹⁰⁰. El mercado neoliberal rechaza de lleno cualquier posición que defienda la protección de los Derechos Humanos en contra de sus intereses, esto es, aquellos derechos que tengan un bien jurídico de carácter económico o de protección social o cultural del individuo. Avanzando en el recorrido de esta globalización económica vemos como tanto sus ajustes como sus regulaciones no tienen un contenido

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ BALES, K.: *La nueva esclavitud...*, op. cit. pp. 26 y ss.

¹⁰⁰ FARIÑAS DULCE, M.J.: *Globalización, ciudadanía...*, op. cit. p. 31.

neutral, sino que afectan directamente a los mecanismos de protección del ser humano, chocando de manera continua con los derechos sociales, económicos y culturales y con los derechos colectivos en general, desatendiendo las necesidades de los estratos sociales más necesitados y desprotegidos social y económicamente. Esta desregulación jurídica a la que asistimos y que ha impuesto la globalización económica y el neoliberalismo político está teniendo un terrible impacto en los sueldos y en las garantías laborales y sociales de los trabajadores, además de destruir numerosos puestos de trabajo.

La nueva esclavitud, como vemos por lo expuesto hasta ahora, son formas de explotación geográficamente transversales, que suelen traspasar fronteras, pero que también pueden darse de manera localizada. Las redes destinadas al tráfico ilícito de personas aprovechan la necesidad de mano de obra barata en una economía sumergida para sumarse al flujo continuo de inmigrantes. La persona que llega a un país de forma ilegal asienta las bases para una futura explotación, ya que, las condiciones laborales de estos inmigrantes no tienen un amparo legal y pueden ser regidas y dominadas por el contratista, generándose una indefensión desde el principio de la relación. Son condiciones caracterizadas por bajos sueldos, exentos de un contrato y sin ningún tipo de derechos, condiciones de seguridad y/o higiene y unas jornadas interminables. En ocasiones, son los propios Estados los que, con sus políticas restrictivas y de cierre de fronteras, “obligan” a las personas a buscar soluciones siempre ilegales para pasar las fronteras de un país en busca de una salida que consideraban digna. El marco legal y las regulaciones de las políticas migratorias determinan la marginación de una clase social marcada por el estigma de la clandestinidad y la sombra de la expulsión. Así, al inmigrante no le quedan muchas alternativas: el delito o la explotación a través de diversas formas de trabajo forzoso o esclavo. La falta de integración social es un grave problema de derechos fundamentales, la exclusión social a la que se ven abocados antes incluso de pisar la nueva tierra es el ejemplo de la inexistencia de derechos sociales y el grave problema que supone blindar las fronteras¹⁰¹.

A este respecto SAMI NAIR considera que la clave de la inmigración sigue siendo una cuestión política, de derechos y no tanto de diversidad cultural. Entiende que

¹⁰¹ En este mismo sentido PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito...*, op. cit. pp. 7 y ss. También habla de la exclusión social de los inmigrantes como un problema de derechos fundamentales DE LUCAS, J.: “La lucha contra la discriminación”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, CGPJ, 1999 pp. 150 y ss.

sobre el “problema” que supone la inmigración se han hecho balances económicos, cálculos electorales y se han citado muchas tesis, pero lo que sigue faltando es una verdadera política de la inmigración, es decir, tenerla en cuenta como un asunto político y gestionarla de tal manera. Para superar este debate, centra su discurso en prevenirnos contra la “culturización” del fenómeno, reduce la integración a la protección de las diferencias culturales, llevándonos a un modelo de derechos humanos, al expresar que dónde realmente se juega la integración no es tanto en un terreno cultural como en la práctica social, esto es, movilidad derechos, participación e igualdad personal. Afirma que al poner el acento de la cuestión en su aspecto político, los emigrantes pasan a estar en el centro de las políticas públicas y no en su periferia, como un tema de asistencia a grupos marginales o vulnerables, superando, de este modo, el desafío de que Europa deje de considerar el problema migratorio como un problema de seguridad de fronteras y policía y llegue a gestionarlo como un asunto de derechos humanos y ciudadanía, porque el futuro del emigrante debería ser llegar a convertirse en ciudadano y no formar parte de un grupo minoritario y excluido. Por ello subraya que el mayor aprovechamiento que se puede extraer de este debate es que el proceso migratorio debe ser entendido por parte de los estados como una posibilidad de acercamiento y reflexión sobre el vínculo social y el contrato político que permitan el acceso a una sociedad plural. NAIR concluye que no se trata tanto de ver cómo introducimos a los que llegan a nuestra sociedad sino de que la inmigración nos permita abrir la puerta a un orden de cosas que deben naturalizarse¹⁰².

Sin embargo, como he venido subrayando, el utilitarismo del capitalismo global repercute en una masiva destrucción de los niveles de protección de los derechos sociales, económicos y culturales de este colectivo. Este retroceso de los derechos provoca un mayor empobrecimiento económico y cultural, así como una mayor marginación y estigmatización de este sector social, lo cual convierte al migrante en un ser olvidado y cada vez con mayor probabilidad de ser marginado, no existe para una sociedad marcada y regida por las leyes del más poderoso.

El proceso de globalización acaba convirtiéndose en lo que ha venido llamándose una “glocalización”, proceso por el cual se dirime un nuevo reparto de poderes y fuerzas lo cual da lugar a nuevas ausencias de derechos, nuevos ricos y nuevos pobres,

¹⁰² Para una idea general sobre la inmigración en Europa, NAIR, S.: *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía, codesarrollo*. Traducción de Sergio Pawlowsky. Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010.

posibilidades de triunfo para unos y falta de futuro y perspectivas para otros, libertad para unos y falta de ésta para otros¹⁰³.

Existe otro proceso más, involucrado en este juego global, uno en el que están inmersos el comercio, la economía, las finanzas y la información, es lo que se llama “localización” y es este movimiento el que impone los vínculos espaciales y se contrapone a la globalización activando las identidades colectivas con una dinámica opuesta y complementaria al proceso de globalización.

Globalización y localización son, por tanto, dos momentos, dos caras de una misma moneda, son la certificación de dos fuerzas impulsoras, de una polarización a nivel mundial, las formas de expresión de una clasificación mundial en ricos globalizados y pobres localizados. Así, las conquistas de la globalización para algunas personas, se convierten en una reducción a la dimensión local para otros, por lo tanto, lo que para uno es libre elección, para otros es una obligación del destino, es una falta de elección. Esto hace que los espacios que existían entre unas regiones y otras se conviertan ahora en brechas inabarcables. Las estructuras económicas consolidan dos mundos con dos visiones radicalmente distintas y cada vez con posturas más distantes: los ricos son cada vez más ricos y los pobres se hunden cada vez más en su miseria. La inmigración aparece como una estrategia para huir de la pobreza, lo cual provoca cada vez mayores movimientos de personas a los que no les importa el cierre de fronteras.

Los Estados, frente a estas reglas del juego, sólo pueden permitirse gestionar las consecuencias negativas de la globalización económica. Sin embargo, en vez de implementar una normativa que ayude engranar mecanismos de integración global social y económica, mediante normas de regulen el control financiero transnacional, respetando los derechos humanos en todo el mundo, han optado por controlar los flujos migratorios, cerrando férreamente las fronteras y estableciendo controles legales y policiales frente a los inmigrantes, todo ello para preservar un falso “Estado de Bienestar” y una quimérica seguridad jurídica en un tiránico mercado laboral.

Con estas medidas políticas corremos el riesgo de que el acceso a los derechos sociales más elementales no esté al alcance de todas las personas incluso en el “Primer Mundo”, creándose un “Cuarto Mundo” de explotación y formas de esclavitud dentro del primero, convirtiéndose en esencial tomar medidas para integrar socialmente a todas

¹⁰³ Vid. BECK, U.: *¿Qué es la globalización?...*, op. cit., p. 88.

aquellas personas que necesitan ser acogidas en el Norte para que no caigan en las redes de la sobreexplotación humana. Esta integración, es un problema de derechos fundamentales¹⁰⁴.

El Derecho Penal, por tanto, debe involucrarse en la definitiva consolidación y expansión de la tutela a escala mundial de los derechos humanos, de tal manera, que el control de las inversiones no condicione la protección política-criminal de los bienes jurídicos que se ven afectados por la expansión globalizadora económica¹⁰⁵.

4.3. Corrupción y delincuencia organizada

Existe una estrecha relación entre las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y la delincuencia organizada. Evidencia de ello es el primer documento internacional para la lucha contra este tipo de criminalidad, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que se adopta como texto complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La primera dificultad que se presenta al tratar este tema es delimitar el objeto de análisis, tan amplio y complejo como lo es el mundo en el que se desarrolla.

Hoy, el mundo globalizado ofrece infinitas oportunidades a la criminalidad organizada, pues las mayores facilidades tecnológicas dificultan enormemente su persecución. Precisamente, la participación en un mundo económico abierto a través de empresas aparentemente legales facilita el encubrimiento de sus actividades ilícitas.

La criminalidad organizada es quizás la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización. Con ello no se quiere decir que antes no existieran crímenes asociados a organizaciones sino, más bien, que los nuevos tiempos favorecen su conformación.

En el marco de las Naciones Unidas contra el crimen organizado se debe nombrar la Conferencia Mundial Interministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional

¹⁰⁴ En este mismo sentido se expresa DE LUCAS, J.: “La lucha contra la discriminación”, op. cit., p. 150.

¹⁰⁵ En este sentido TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “El derecho de la globalización. Luces y sombras”. *Transformaciones del Derecho Penal en la mundialización*, Capella Hernández, J.R. (Dir.). Estudios de Derecho Judicial, nº16, 1999, pp. 210-211.

(Nápoles, 1994)¹⁰⁶. También merecen resaltarse las propuestas del Comité Especial sobre la elaboración de una Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, en la que se incluye la trata de seres humanos. En la Resolución 1995/10 del Consejo de Naciones Unidas se reconoce que el tráfico de personas indocumentadas era una actividad en la que solían intervenir grupos organizados que trasladan a personas de unos países a otros para posteriormente someterlas a condiciones de explotación quebrantando tanto normativa interna como de Derecho Internacional, instando a los países a legislar contra esta situación. Se entiende, por tanto, que es precisamente el Derecho Internacional el que tiene que hacer frente a este fenómeno, enmascarado en sociedades difícilmente perseguibles por un estado aislado, fomentando la cooperación policial y judicial, cuestiones estas que plantean nuevos retos que deben ser examinados con la máxima atención por las Autoridades competentes a este respecto¹⁰⁷.

En nuestro derecho interno, la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECRIM en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, que reformó la LECRIM en lo que se refiere a la figura del agente encubierto, estableció una definición de criminalidad organizada en su art. 284 bis 4¹⁰⁸. Resulta interesante acudir a la

¹⁰⁶ Asistieron 142 Estados que adoptaron por unanimidad la Declaración Política de Nápoles y el Plan de Acción Global contra el Crimen Transnacional Organizado, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 49/159 de 23 de diciembre de 1994.

¹⁰⁷ En este sentido se expresa GOMEZ NAVAJAS, J.: "Inmigración ilegal y delincuencia organizada". *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 390.

¹⁰⁸ A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a373 del Código Penal.

Exposición de Motivos de esta ley que defiende la necesidad de luchar contra nuevas formas de delincuencia organizada:

“La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el modus operandi con que actúa.

Ante este nuevo reto, los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico.

Asimismo, la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las Partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional.

Las reformas que se incorporan en la presente Ley parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores. Todas estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que, por más abyectas que

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.

Por otra parte, se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «agente encubierto» en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada «delincuencia organizada». De esta forma, se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a peritos y testigos de causas criminales. Asimismo, se delimita a estos efectos el concepto de «delincuencia organizada», determinando las figuras delictivas que comprende. Finalmente, se faculta al agente encubierto para utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación”

Se entiende, por tanto, como la complejidad, internacionalidad y nuevas redes de este fenómeno no pueden abordarse desde una perspectiva doméstica con la simple actuación policial y judicial.

Este tipo de criminalidad organizada tiene además, generalmente, un carácter transnacional¹⁰⁹ puesto que comprende en sus diferentes etapas de expansión del delito una fase de captación en el país de origen de la víctima, su traslado al Estado desarrollado y su posterior explotación, para lo cual se necesita una infraestructura delictiva altamente desarrollada y compuesta por, al menos, más de dos personas. En muchas ocasiones, se utilizan las mismas redes y operativa logística que para el tráfico de drogas o armas, siendo, si cabe más rentable el comercio con seres humanos al haber estado históricamente menos perseguidos que los mencionados. Además, se trata de un comercio más lucrativo y duradero, puesto que, a diferencia del tráfico de armas o de drogas en el que ese intercambio económico se consume al momento, en la trata de personas con objeto de explotación laboral o sexual, la ganancia económica perdura

¹⁰⁹ Sobre la transnacionalidad, PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico e inmigración...*, op. cit., pp. 61 y 62.

durante el tiempo¹¹⁰ puesto que la persona puede ser explotada durante un prolongado período, tanto como dure su posible actividad.

Para poder hablar de organización criminal se han venido exigiendo elementos tales como la concertación de una pluralidad de personas, en principio desde el Derecho de la Unión Europea se habían venido exigiendo un mínimo de tres, aunque actualmente la jurisprudencia y la normativa europea consideran suficiente un mínimo de dos, la durabilidad en el tiempo de este tipo de asociación y otra serie de características provenientes de definiciones internacionales y europeas. Serían por tanto las notas características de una organización delictiva, además de las ya mencionadas, las siguientes¹¹¹:

-Que la organización pretende la realización de delitos graves.

-Que su estructura esté orientada a un modelo jerárquico y piramidal, con planificación del trabajo y cuyo objetivo sea alcanzar el máximo beneficio.

-Que se pretenda un beneficio económico o, incluso, un alcance de poder como objetivo final, incorporando así aquellas organizaciones que persigan fines políticos o religiosos¹¹²

Para CHOCLÁN¹¹³ “la criminalidad organizada es la criminalidad de la globalización” en la cual, ha jugado un papel muy relevante la creación de zonas libres de comercio, a lo que se podría añadir el irrelevante papel de las instituciones de los Estados ante la impunidad de las macrosociedades internacionales, más preocupadas de la rentabilidad de sus ganancias a través de los tributos que las mismas puedan dejar en las arcas del Estado que de configurar debidamente sus actividades y delimitar los servicios y garantías que ofrecen sus actividades económicas. Según este autor “uno de los nuevos riesgos que trae el nuevo modelo es, precisamente, en el ámbito de los delitos internacionales, la criminalidad organizada, como técnica de comisión delictiva especialmente lesiva”.

¹¹⁰ A este respecto GONZÁLES RUS, J.J.: *La Criminalidad Organizada*. Tirant Monografías, 877, Valencia, 2013, pp. 17.

¹¹¹ En este sentido se expresa VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El Delito de Trata de Seres Humanos...*, op. cit., pp. 461-462.

¹¹² En este sentido CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “La criminalidad Organizada. Concepto. Asociación Ilícita. Problemas de autoría y participación”. *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

¹¹³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *La organización criminal. Tratamiento Penal y procesal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000, p. 3.

Ante la necesidad imperiosa de legislar al respecto por parte de los Estados, nos encontramos con que el legislador español no ofrece un concepto de lo que debe entenderse por criminalidad organizada, excepción hecha de la mención al art. 282 LECRIM antes comentado. Dicho sea de paso, la respuesta global a este tipo de delincuencia ha sido más bien escasa, necesitando aún de una respuesta conjunta y de estrategias represivas y preventivas a nivel comunitario y mundial.

4.4.Perspectiva de género

Las nuevas formas de esclavitud y en concreto la trata de seres humanos constituyen una violación a la prohibición de la discriminación por razón de sexo, basten los datos a los que se ha hecho referencia más arriba para observar como son las mujeres y las niñas los principales objetivos de los autores de este tipo de delito.

El derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación se encuentra recogido en la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales. Así, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos establece 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 y puede conducir a una situación de esclavitud para las víctimas. Cualquier acción o iniciativa en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos debe ser no discriminatoria y tomar en consideración la igualdad entre hombres y mujeres, y tener además un enfoque basado en los derechos del niño”¹¹⁴.

¹¹⁴ Véase: <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>>. El texto completo del informe explicativo está disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Erev.pdf>, (véase nota 25). En el informe explicativo del Convenio, por lo que se refiere a la perspectiva de género se señala: “Igualdad de género significa visibilidad de la igualdad, empoderamiento y participación de ambos sexos en todas las esferas de la vida pública y privada. La igualdad de género es lo contrario a la desigualdad de género, no a la diferencia de género. Significa aceptar y valorar la igualdad, la complementariedad de mujeres y hombres y los diferentes papeles que desempeñan en la sociedad. La igualdad entre hombres y mujeres significa no sólo no discriminación basada en el género sino medidas positivas para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres. La igualdad debe ser fomentada por políticas específicas de apoyo a las mujeres que están expuestas con mayor probabilidad a prácticas que se califican de tortura o de tratamiento inhumano o degradante (violencia física, violación, mutilación sexual y genital, trata con fines de explotación sexual. Estas violaciones de los derechos humanos todavía son habituales y han aumentado de forma alarmante en algunas zonas de Europa. Debe señalarse que la Recomendación Rec (2002) 5 para la protección de las mujeres contra la violencia del Consejo de Ministros de los Estados miembros considera la violencia contra la mujer como una forma de trata. La declaración sobre la igualdad de hombres y mujeres del Consejo de Ministros (16 de noviembre de 1988) fue un hito. Afirma

Las distintas violaciones de derechos humanos por razón de género son una de las principales causas de la existencia de la trata de personas y una de las razones de más peso para lograr entender el proceso. La violencia contra la mujer y otras formas de discriminación pueden agravar su situación de vulnerabilidad y permiten acabar siendo víctimas de trata. El manual de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas *Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata personas* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹¹⁵ subraya todas estas cuestiones, haciendo especial hincapié a la labor y las funciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En este manual se destacan especialmente dos referencias fundamentales: la Recomendación general n° 19 sobre la violencia contra la mujer, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer adoptada por la Asamblea General en 1993.

El primer texto citado, la Recomendación General n° 19, estudia la violencia contra la mujer abordándola en el marco de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, estipulando que la definición de discriminación contenida en el artículo 1 incluye la violencia basada en el género, esto es, la violencia en contra de una mujer por el simple hecho de ser mujer, o bien, que la afecta de forma desproporcionada. La violencia basada en el género incluye “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”. A este respecto se debe de advertir en este punto, que no todos los casos de violencia contra la mujer pueden entenderse como casos de violencia de género. Para confirmar que un determinado tipo de violencia esté basado en el género y es, por lo tanto, una forma de discriminación basada en el género, deberán examinarse cuidadosamente los dos aspectos de la definición antes citada, a saber: que la víctima lo sea por hecho de ser mujer y que se vea afectada de forma desproporcionada.

La Recomendación general n.º19 se refiere también de manera específica a la trata de personas y la identifica con una forma de violencia contra la mujer que es

que el principio de igualdad de sexo es una parte integral de los derechos humanos y que la discriminación relacionada con el sexo es un impedimento al ejercicio de las libertades fundamentales”.

¹¹⁵ OHCHR: *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*, Nueva York y Ginebra, 2010. Disponible en www.ohchr.org.

incompatible con la igualdad en el disfrute de los derechos por parte de las mujeres y con el respeto de sus derechos y su dignidad, lo que las expone especialmente a la violencia y los abusos. Deja claro, además, que la discriminación que prohíbe la Convención no se limita a las medidas adoptadas por los gobiernos o en su nombre, sino que implica que los Estados han de adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo.

Con relación a la idoneidad de las medidas a adoptar “las percepciones del género desempeñan un papel importante y no siempre positivo”. La idea comúnmente extendida de que “los varones migran, las mujeres son objeto de trata” ha hecho que los organismos nacionales de justicia penal a menudo parezcan más lentos a la hora de investigar y perseguir los casos de trata de personas que afectan a varones, lo que refleja un sesgo general en la atención, desviándola de la trata con fines de trabajo forzoso y en condiciones de explotación hacia la trata con fines de explotación sexual. Los efectos negativos de esta situación se acusan en todo el espectro de género: los hombres no están protegidos por leyes y políticas diseñadas para las mujeres y los niños objeto de trata, y la percepción de que las mujeres víctimas de trata son débiles e ignorantes se ve reforzada¹¹⁶.

Los *Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas alertan también acerca de que las medidas contra la trata que se adopten en nombre de la protección de las víctimas y la prevención de la trata pueden acabar actuando de forma discriminatoria o dar lugar a nuevas violaciones de los derechos de las mujeres y las niñas. Se citan ejemplos como las restricciones a la emigración de mujeres y la detención de mujeres y niñas víctimas de trata. En estas situaciones las mujeres acaban siendo más vulnerables, “empujándolas hacia modalidades de migración más costosas y arriesgadas”¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 80.

CAPÍTULO 3.

Conceptualización de las formas contemporáneas de esclavitud en el derecho internacional



1. Introducción

Habiendo realizado un recorrido histórico sobre lo que significa en la actualidad la moderna esclavitud y las causas que nos han llevado a la alarmante facilidad con la que un ser humano puede explotar a otro ser humano, debemos, en este punto, analizar y separar cada una de las modalidades que integran las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Este trabajo de investigación lleva por título “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, siendo la palabra nuclear de esta expresión “esclavitud”. Sin embargo, quiero dejar claro desde un primer momento que el hecho de utilizar la fórmula “Formas de Esclavitud” no quiere decir que las distintas formas que engloban el término sean todas una manifestación de lo que pretendo llamar sometimiento a esclavitud. Es decir, siendo un término sociológicamente apropiado para englobar los diferentes métodos de sometimiento extremo del ser humano, cada una de las modalidades deben quedar jurídicamente separadas puesto que más adelante realizaré una propuesta de *lege ferenda* y cada una de ellas constituirá un delito autónomo.

Por tanto, pese a denominarlas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” no todas ellas constituyen un sometimiento a esclavitud propiamente dicho, que sería el delito que más socavaría el bien jurídico protegido que definiremos más adelante. Existe entre las mismas un orden de mayor a menor afectación al objeto de tutela y es precisamente en esta parte donde se definirán cada uno de los conceptos que integran las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, a saber: esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de seres humanos.

El concepto “Formas Contemporáneas de Esclavitud” aparece por vez primera en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que en el año 1988 denomina “Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud” al Grupo de Expertos nombrado en 1975¹¹⁸ para estudiar ciertas prácticas relativas a la esclavitud, la trata de esclavos y otras prácticas esclavistas como el apartheid y el colonialismo y que, al principio, se denominó como “Grupo de trabajo sobre la Esclavitud”.

Más tarde, en el año 2007, es la propia Comisión la que decide cambiar al grupo de trabajo por un Relator Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud,

¹¹⁸ Grupo que aparece en el seno de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías de Naciones Unidas.

incluidas sus Causas y Consecuencias¹¹⁹. Hasta día de hoy, únicamente ha habido dos Relatoras Especiales, la Sra. Gulnara Shahinian, cuyos informes han versado principalmente sobre esclavitud doméstica (2010)¹²⁰, esclavitud infantil (2011)¹²¹ y el matrimonio servil (2012)¹²², y, actualmente, la Sra. Urmila Bhoola que ha realizado un informe anualmente, destacando el informe de 2018 sobre la repercusión de la esclavitud y la servidumbre en las trabajadoras migrantes marginadas en la economía mundial del sector doméstico¹²³.

Como he dicho, es posible que el propio concepto “Formas Contemporáneas de Esclavitud” pueda dar lugar a malentendidos que conviene dejar claros. Este término pretende hacer alusión a una serie de formas de explotación extrema del ser humano que, en mayor o menor grado, suponen un aprovechamiento de la vida de una persona mediante su control y con la finalidad concreta de obtener, de alguna manera, un beneficio económico por distintos medios. Bajo la misma frase se abarcan por tanto una serie de comportamientos delictivos, pero debe quedar claro que sólo existe un tipo de esclavitud, el que viene definido en el artículo 1.1. de la Convención sobre Esclavitud de 1926 y que dice: *“El estado o condición de un individuo sobre el cuál se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”*.

Teniendo en cuenta esta distinción, podemos considerar el resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como una graduación¹²⁴ de formas de explotación humana que pueden tener una finalidad parecida o consecuente con la esclavitud tal y como viene definida en la Convención de 1926, pero que, en ningún caso podrán ser entendidas como esclavitud propiamente dicha si en la relación entre la víctima y la persona explotadora no se manifiesta ningún atributo del derecho de propiedad. Se puede decir que lo que define técnicamente el concepto internacional de esclavitud es el grado de control que se ejerce sobre la víctima mediante el ejercicio de alguno o todos los atributos del derecho de propiedad. Por lo tanto, en todas aquellas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” en las que efectivamente exista una explotación

¹¹⁹ Vid. Resolución 6/14, de 28 de septiembre de 2007. La renovación de su mandato por tres años fue aprobada por Resolución 15/2, de 5 de octubre de 2010.

¹²⁰ Informe. A/HRC/15/20, de 28 de junio de 2010.

¹²¹ Informe. A/HRC/18/30, de 4 de julio de 2011.

¹²² Informe. A/HRC/21/41, de 10 de julio de 2012.

¹²³ Informe. A/HRC/39/52, de 27 de julio de 2018.

¹²⁴ En este sentido se expresa PÉREZ ALONSO, E.: “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”. *El Depeche ante las formas contemporaneas de esclavitud*, p.335-336.

personal, un aprovechamiento de la víctima y de su trabajo y un control, pero en las cuáles no exista una relación en la que aparezca alguno de los atributos del derecho de propiedad, no podrán ser denominadas como esclavitud en sentido estricto.

El concepto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” abarca todas las formas de sometimiento extremo semejantes a la esclavitud en cuanto a explotación del ser humano y falta de control de su propia vida, tales como: servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas. Se podría decir que se trata de un concepto acuñado desde un punto de vista sociológico, desde una perspectiva internacional en la que se pretende llamar la atención de un fenómeno que recoge bajo el mismo prisma una serie de comportamientos en los que la finalidad es la misma pero el grado de control personal es distinto, y, debido a ello, no todas estas formas pueden ser consideradas como sometimiento esclavitud, dependerá de la relación que se entable en cada caso entre explotador y víctima.

BALES, desde este punto de vista sociológico basa su definición legal en tres aspectos:

- 1) Pérdida del libre albedrío.
- 2) La apropiación de la fuerza de trabajo.
- 3) El uso o amenaza de la fuerza¹²⁵.

Su concepto de esclavitud se centra en perseguir, por tanto, el uso de la violencia, el control de la persona y la explotación económica¹²⁶. El primer indicio de esclavitud aparece bajo una forma de control que se demuestra en la dependencia del esclavo hacia su amo, normalmente llevada a cabo por el control físico de la persona que impide que esta pueda escapar de su situación. Hay que destacar en este punto que el estado o condición de esclavitud no queda definida por los medios por los que se llega a tal fin. Es decir, una persona puede llegar a convertirse en esclavo por muchos medios, costumbres, prácticas, métodos o mecanismos, y éstos, si bien pueden ser importantes para entender globalmente la naturaleza de tal estado, no son determinantes para el mismo, es, “tan sólo” el medio por el que se llega, el camino que lo conduce a quedar bajo el control de otro, pero lo que define esta relación es la naturaleza de la misma, el vínculo de control que existe entre ambas personas y no la manera en que se ha llegado

¹²⁵ BALES, K.: “No One Shall be Held in Slavery or Servitude: A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery”. *Understanding Global Slavery: A reader*. University California Press, 2005, p.57.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 91.

a él. Lo relevante es que exista una dominación, de tal modo que quede patente una relación con tal grado de control que aparezca un atributo del derecho de propiedad. Puede aclararse con un ejemplo sobre la tortura: existen mil y una formas de torturar a una persona, al que tortura se le puede ocurrir cualquiera de ellas, a cada cual más macabra, pero en términos legales no es relevante preguntarnos cómo se ha torturado a la persona, lo único importante es la tortura en sí misma. Del mismo modo, los medios no son la base probatoria de la existencia de la esclavitud, podríamos tratar de enumerarlos y seguro se nos escaparía alguno, lo definitivo es la manifestación del control de una persona sobre otra, control equivalente a posesión, aunque bien es cierto que en la mayoría de los casos mediará algún tipo de violencia, amenaza o coacción.

El propio BALEs, ha evolucionado desde una interpretación sociológica del concepto de esclavitud en la que los estudiosos de la materia encontraban problemas de adhesión por su falta de aplicación normativa ya que podía conectarse a cualquier tipo de explotación humana, lo cual la hacía inaplicable desde un punto de vista jurídico¹²⁷, hacia una interpretación conectada con el concepto de control a través del paradigma de la propiedad. Bajo el prisma de la primera interpretación sociológica de BALEs conseguimos la aproximación más cercana de la experiencia vivida por un esclavo en la actualidad y es un punto de referencia metodológica de apoyo a la validez predictiva en el estudio de las ciencias sociales que se dedican a la esclavitud. Sin embargo, no es jurídicamente vinculante y fracasa a la hora de acoplarse con la definición legal de esclavitud establecida en el Convenio sobre Esclavitud de 1926. Sin embargo, gracias a la reinterpretación del concepto de esclavitud y al análisis de los juristas de la propiedad que se sentaron con expertos de la esclavitud, se llegó a la conclusión de que la definición de 1926 no sólo podía ser leída de tal manera que consistiese en lo que se debería considerar en términos científico-sociales como esclavitud, sino que también podía leerse desde una perspectiva “*de iure*” y “*de facto*” internamente coherente con una lectura de la definición legal. Gracias a ello, según admite el propio BALEs, su definición ha evolucionado como esta idea sobre el tema ha evolucionado. Su más reciente comprensión de la esclavitud dice así “la esclavitud es el control de una persona (el esclavo) por otro (el esclavista). Los sistemas de transferencia de control, la libertad de movimiento, el acceso al cuerpo y el trabajo y su producto y los beneficios son para

¹²⁷ ALLAIN, J.: “The Definition of Slavery”. *General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute*. Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, 2007, p. 3.

el esclavista. El control se apoya y se ejerce a través de la violencia y su amenaza. El objetivo de este control es principalmente la explotación económica, pero puede incluir el uso sexual o beneficio psicológico”.¹²⁸

El problema interpretativo de la primera aproximación de BALES al concepto de esclavitud y del movimiento antiesclavista que subsumió el concepto de esclavitud en el olvido fue que consideraban que no podía mantenerse el concepto de propiedad como base en la definición del concepto de esclavitud en el siglo XXI, puesto que no es posible poseer a nadie legalmente y por lo tanto chocaría frontalmente con el “derecho de los acusados a ser informado sin demora y en forma detallada de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos” ante la Corte Penal Internacional,¹²⁹ cuya aparición en 2002 y el derecho del acusado a conocer el contenido de los elementos de los cargos del delito de esclavitud requiere una precisa definición de sus contornos y significado en el derecho penal internacional, problema interpretativo que queda resuelto ampliando los parámetros legales del concepto de esclavitud, no sólo a situaciones “*de iure*”, sino a aquellas manifestaciones “*de facto*” en los que se ejercen poderes o atributos relacionados con el derecho de propiedad.

La definición de esclavitud de 1926 de la Sociedad de Naciones, sigue siendo, pese a los intentos de confusión del movimiento antiesclavista, la establecida en el derecho internacional, la cual aparece por primera vez en la Convención sobre Esclavitud de 1926, se repite 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 y que también aparece en el Estatuto de Roma, elemento constitutivo de la Corte Penal Internacional en 1998.

El elemento que se repite y permanece constante en la definición de esclavitud es la referencia a “los atributos del derecho de propiedad”, por lo tanto, queda claro que la base para comprender este fenómeno se encuentra en el paradigma del derecho de propiedad y aparece como condición para que exista un verdadero sometimiento a esclavitud en el derecho internacional, pero no entendiéndose como un verdadero derecho de propiedad legal, sino a un derecho de propiedad “*de facto*” o “de hecho” que

¹²⁸ ALLAIN, J./BALES, K.: “Slavery and it’s definition”. *Global Dialogue*, Volume 14, Number 2; Summer/Autumn 2012; Queen's University Belfast Law Research Paper No. 12-06, p. 4. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2123155>

¹²⁹ Documento de Naciones Unidas A/CONF.183/9. Artículo 67.1.a del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de junio de 1998.

sería equivalente a posesión, ya que la definición hace referencia a “los atributos” del derecho de propiedad y no a un derecho de propiedad en sí mismo, lo cual actualiza y amplía el campo de aplicación normativo para que pueda ser aplicable en situaciones contemporáneas de explotación humana en las que se ejerce un control sobre la vida de una persona de igual manera que si se ejerciera un derecho de propiedad y es aquí donde debemos centrar nuestra atención para un completo entendimiento de este tipo de explotación.

Desde la aparición de la definición en 1926, los Estados han manifestado sus propios intereses y desde distintas organizaciones se han hecho intentos para confundir el término de esclavitud alejándolo de su definición jurídica para conectarla con cualquier forma de explotación. Fraguándose desde estos motivos individuales se han tratado de eliminar otros tipos de explotación confundiendo los términos de trabajo forzoso, servidumbre o explotación sexual y tratándolos como formas de esclavitud aun cuando no existiera ninguna vinculación con los atributos del derecho de propiedad. Debido a ello, la definición internacional de esclavitud cayó en el olvido y el desuso pese a mantener un valor normativo entre los Estados, y se utilizó en la lucha contra la opresión y la explotación bajo términos como el apartheid y el colonialismo.

Es necesario clarificar la definición legal de la esclavitud para que se convierta en una herramienta jurídica vinculante para los Estados y para que exista una transposición normativa a las legislaciones domésticas. Mediante la delimitación normativa de cada una de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, daremos un paso de gigante hacia su tipificación tanto internacional como nacional, demostrando así que la definición de esclavitud es lo suficientemente amplia como para ser aceptada por sus detractores, siempre y cuando se entienda cuáles son sus elementos y cuál su aplicación y que el resto de formas de explotación extrema están configuradas con sus propios elementos y para otros grados de control personal del ser humano.

2. Redactando la definición de esclavitud. Historia de los Convenios

2.1.El establecimiento del régimen jurídico

2.1.1. Convención sobre Esclavitud de 1926

Pese a que la Convención sobre Esclavitud de 1926 exigió a los Estados que “adoptaran las medidas necesarias para que fueran impuestas penas graves”, una gran parte de los países han incorporado únicamente a su legislación interna la prohibición, pero, sin definir el término. Más aún, algunos, como el caso de España, han incluido un delito sobre esclavitud relativo a los delitos de lesa humanidad, el cual viene referido a un ataque masivo y sistemático contra una población, excluyendo la posibilidad de un delito de sometimiento a esclavitud sobre una sola persona, lo cual hace que el delito no tenga una aplicación contemporánea adaptada a las diversas formas de sometimiento extremo del ser humano en el S. XXI.

Estas consideraciones deben proporcionar unos parámetros a partir de los cuales situar la definición jurídica de esclavitud en el lugar en el que corresponde para que aparezca como jurídicamente vinculante, dejando claro que al incluir este término ligado al derecho de propiedad, hacemos referencia a sus manifestaciones, a los poderes que se desprenden “de facto” al ejercer ese supuesto derecho.¹³⁰

La cuestión de la esclavitud fue debatida en el seno de la Sociedad de Naciones por primera vez en 1922 en referencia con ciertas prácticas que estaban ocurriendo en Etiopía, lo cual dio lugar a que la Asamblea aprobara una resolución general para introducir el tema de la esclavitud a su agenda y que se redactara un informe a este respecto.¹³¹ Debido a esta nueva iniciativa, en 1924 se creó un grupo de expertos en esclavitud, la Comisión Temporal sobre la Esclavitud, cuyo trabajo constituye el núcleo normativo fundamental de la Convención sobre Esclavitud de 1926 y también de la Convención Suplementaria de 1956.

En 1922, el miembro británico de la Comisión Permanente de Mandatos Frederick Lugard, hizo circular un memorando en el que proponía que Etiopía debía colocarse bajo mandato compartido de Francia, Italia y Reino Unido, o bien, administrado directamente por la Sociedad de Naciones, ya que consideraba que era incapaz de

¹³⁰ HONORÉ, A.: “Ownership”. *Oxford Essays in Juresprudence*, Ed. A.G. Guest, 1961, p. 113.

¹³¹ Ver informe de LUGARD, F.: “Slavery in Abyssinia”, *Mandates, The Question of Slavery*, League of Nations, 1922.

suprimir la trata de esclavos en su territorio.¹³² Existía una enorme distancia en el panorama internacional entre Estados europeos y sus colonias en el nuevo mundo y aquellos Estados que estaban lejos de cumplir la normativa mínima para ser considerados estados civilizados, entre ellos Etiopía, se encontraban en una situación precaria.¹³³ En 1923 consiguió su ingreso en la Sociedad de Naciones, una medida que el delegado británico en la Sociedad de Naciones consideró un medio para que Etiopía lograra “crecer en su escala de civilización”.¹³⁴ De este modo, se condicionó la admisión de Etiopía a su adhesión a las disposiciones de la Convención de Saint Germain-en-Laye de 1919 relativas al embargo de su armamento y a un “esfuerzo para asegurar la completa supresión de la esclavitud en todas sus formas y de la trata de esclavos por tierra y mar”.¹³⁵ El delegado italiano de la Sociedad de Naciones tuvo que explicar a Etiopía que esta condición no se trataba de una ofensa hacia el Estado africano, sino que significaba una demostración de que estaban alcanzado “un alto grado de civilización”.¹³⁶

Pese al nuevo estatus de Etiopía, la eliminación de la trata de esclavos dentro de su territorio fue un problema que persistió dentro de la Sociedad de Naciones y se planteó la posibilidad de una investigación en 1924 y más tarde en 1931. Aunque estas no llegaron a materializarse, el problema de la esclavitud en Etiopía fue el detonante para uno de los capítulos más vergonzosos de la Sociedad de Naciones: la anexión de Etiopía por Italia en 1936. Italia lo justificó tratando de deslegitimar la situación de Etiopía al considerarla un estado no civilizado. El representante de Italia ante el Consejo de la Sociedad de Naciones presentó un memorándum que, como informó la revista “Times” de Londres “se refería a los presuntos incumplimientos a las promesas hechas por Etiopía en relación a la supresión de la esclavitud”.¹³⁷ Desde el punto de vista italiano Etiopía había demostrado que no reunía las condiciones necesarias para

¹³² *Ibidem*, (n 1) 10.

¹³³ ALLAIN, J.: “Slavery and the League of Nations: Ethiopia as a Civilised Nation”. 8 *Journal of the History of International Law*, 2006, pp. 213–244.

¹³⁴ LEAGUE OF NATIONS: Record of the Fourth Assembly, Meetings of the Committee, Minutes of the Sixth Committee (Political Questions), 19 September 1923, p. 15.

¹³⁵ Convención de Saint Germain-en-Laye deroga la normativa adoptada tanto la Conferencia de Berlín de 1885 como en la de Bruselas de 1889-1900, pero ordenó que las potencias coloniales en África intentaran suprimir la esclavitud en todas sus formas. Véase artículo 11 de la revisión de la Convención de la General Act of Berlin de 26 de febrero de 1885 y la General Act and Declaration of Brussels de 2 de julio de 1890. 10 September 1919.

¹³⁶ LEAGUE OF NATIONS: Record of the Fourth Assembly, Meetings of the Committee..., op. cit. p. 18.

¹³⁷ Representante italiano, “Italian Case: Charges against Abyssinia, Memorandum to League”. The Times, 6 September 1935, p. 7.

favorecer el impulso necesario para llegar al nivel de otras naciones civilizadas. Fue en este contexto cuando surgió la Convención sobre Esclavitud de 1926 y su definición.

Si bien la esclavitud fue considerada inaceptable para las naciones civilizadas, no tenían el mismo concepto del trabajo forzoso, ya que, incluso, se consideraba esencial para la “misión civilizadora”. El Vizconde Cecil de Chelwood, delegado británico de la Sociedad de Naciones y responsable de la redacción de la definición de esclavitud, señaló que no consideraba que hubiera ninguna nación, civilizada o no, que no tuviera suficientes poderes que permitieran al gobierno, bajo ciertos propósitos y restricciones, aprovecharse del trabajo obligatorio de una parte de sus ciudadanos.¹³⁸ Se utilizaba el trabajo forzoso considerándolo una verdadera necesidad para las potencias coloniales en pos de desarrollar las riquezas y recursos de los países africanos colocados bajo su soberanía.¹³⁹ Es importante entender el contexto y el panorama internacional en el que emergería la definición de esclavitud, para comprender su separación del resto de formas de explotación extrema.

Durante los años 1924 y 1925 el trabajo de la Comisión Temporal de Esclavitud fue establecer los parámetros jurídicos de las formas de explotación humana que serían incluidas en la Convención de 1926 y gran parte de este trabajo perdura hasta la fecha en nuestra comprensión sobre las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. En un primer momento, la Comisión se planteó incorporar bajo el término esclavitud varios comportamientos, sin embargo, esta idea no se llevó a cabo gracias a hombres como el Vizconde Cecil de Chelwood e hijo del ex primer ministro Salisbury y ganador del premio Nobel de la Paz, que actuó como redactor de la definición de esclavitud y trasladó el proceso de redacción de la Convención a la previa aceptación por parte de todos los Estados. Pese a las propuestas de Alemania y Haití de incluir tipos de servidumbres menores que ya se habían mencionado en la Comisión tales como la adopción falsa y el matrimonio infantil, quedó patente la intención del Comité de Redacción de diferenciar entre estos tipos y la esclavitud.¹⁴⁰ De este modo, Robert Cecil

¹³⁸ LEAGUE OF NATIONS: *Question of Slavery*. Report of the Sixth Committee. League of Nations Official Journal (Special Supplement 33) Records of the Sixth Assembly: Text of Debates, Nineteenth Plenary Meeting, 26 September 1925, pp. 156–157.

¹³⁹ LEAGUE OF NATIONS: Note Submitted to the First Sub-Committee of the Sixth Committee by the Portuguese Delegate, General Freire d’Andrade, A.VI/S.C.1/2.1925, 11 September 1925, encontrado en Folder R.67.D.46214 titulado “La question de l’esclavage: Discussions, y relatives, de la VIe Assemblée”, 1925, p. 3.

¹⁴⁰ LEAGUE OF NATIONS: “Draft Convention on Slavery”, Replies of Governments, Reply from the Government of Germany, LofN Doc. A.10(a).1926, p. 4.

propuso el 22 de septiembre de 1925 la definición que finalmente se convertiría en el 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 del derecho de propiedad o algunos de ellos”.¹⁴¹

En la definición se hace mención a los atributos del derecho de propiedad y es justo esta terminología la que distingue la esclavitud del resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. En 1936, el Comité de Expertos en Esclavitud designado por la Sociedad de Naciones se refirió a su entendimiento de la definición de esclavitud considerando las cuestiones sobre la servidumbre de la gleba y la servidumbre por deudas, señalando que debe hacerse una distinción entre la esclavitud como queda definida en la Convención de 1926 y las otras formas de explotación extrema. Respecto a la servidumbre de la gleba, deja claro que debemos mantener la distinción entre esta forma, que es una condición análoga a la esclavitud, y la condición de esclavitud real, y que la cuestión de si puede equivaler a esclavitud tal y como está definida en la Convención dependerá de los hechos en cada situación particular dentro de los diversos sistemas de servidumbre.¹⁴²

El Comité fue incluso más tajante en lo que se refiere a la servidumbre por deudas, subrayando que no puede ser considerada esclavitud bajo los términos de la definición de 1926, a no ser que se ejerciera alguno o todos los atributos del derecho de propiedad.¹⁴³ Con lo cual, queda bien claro que la manifestación de los atributos del derecho de propiedad es un requisito imprescindible para que podamos hablar de esclavitud.

A pesar de estas delimitaciones sobre el concepto de esclavitud, durante la misma época de la Sociedad de Naciones, se hicieron intentos de confundir el término para ampliar su concepto ofreciéndole cabida a manifestaciones que nada tienen que ver con el fenómeno de la esclavitud. Así, fue utilizada para impedir el fenómeno colonial en diversos casos, como por ejemplo, en 1930 en la República de Liberia, en dónde una Comisión Internacional de Investigación debía de estudiar la existencia de esclavitud y

¹⁴¹ LEAGUE OF NATIONS: *Question of Slavery*, art. 1.

¹⁴² LEAGUE OF NATIONS: Report of the Advisory Comm. of Experts on Slavery, Third (Extraordinary) Meeting of the Advisory Comm., League of Nations Doc. C.189(I).M.145.1936.VI.B (May 15, 1936), in *Publication of the League of Nations VI.B. Slavery*, 1936.

¹⁴³ *Ibidem.*, p. 25.

trabajo forzoso en la República de Liberia, Comisión compuesta por un miembro de la Sociedad de Naciones junto con un comisionado de América y Liberia.¹⁴⁴

Dentro de su ámbito de investigación, la Comisión se preguntó si existía esclavitud tal y como se define en la Convención en la República de Liberia, señalando que la misma definición evita una descripción detallada de la fórmula integral y resolviendo que deja poco espacio para distinguir entre los grados de libertad restrictiva. Como resultado, la Comisión justifica un entendimiento más amplio del fenómeno con el fin de tratar de investigar otras formas de sometimiento que se suponían análogas a la esclavitud, quedando claro, por lo tanto, que lo que existía en Liberia no era una auténtica esclavitud sino diferentes formas de trabajo forzoso y servidumbre y que estaban ampliando el concepto deliberadamente para dar cabida a estos otros tipos.

Tanto es así, que la Comisión truncó un informe a la Asamblea de la Sociedad de Naciones de Cecil de Chelwood con el objetivo de que este se leyera en apoyo de su interpretación extensiva del concepto al no mencionar que para que existiera esclavitud doméstica tenía que ejercerse un atributo del derecho de propiedad. En dicho informe la Comisión de Investigación interpretó que no existe referencia expresa en la Convención a la esclavitud doméstica y condiciones similares porque se consideraba que tales condiciones quedaban bajo el amparo de la definición contenida en el artículo 1.1 y, por lo tanto, no era necesario una prohibición expresa, y que, lo mismo sucede con otras formas mencionadas por la Comisión Temporal sobre Esclavitud como la esclavitud por deudas, la esclavitud como pago de una dote, etc. La Comisión de Investigación tergiversa esta información al no mencionar la necesidad de la existencia de los atributos del derecho de propiedad para que pueda ser considerada como un verdadero sometimiento a esclavitud.

En la misma línea de ampliación del concepto, la Comisión Internacional de Investigación establece que se firmaron dos condiciones importantes en la Convención sobre Esclavitud, a saber: llevar a cabo tan pronto y como sea posible la completa abolición de la esclavitud en todas sus formas y adoptar las medidas necesarias para prevenir el trabajo forzoso y obligatorio que se desarrolle en condiciones análogas a la

¹⁴⁴ Informe de la Comisión de Investigación sobre la Existencia de Esclavitud y Trabajo Forzoso en la República de Liberia. Publicación del Department of State, United States Government Printing Office, 8 de septiembre de 1931.

esclavitud.¹⁴⁵ Como resultado de sus exámenes, volvieron a esgrimir sus consideraciones aportando el conjunto de las pruebas consagradas en testimonios y observaciones sobre el terreno en el interior del país, encontrándose sus conclusiones dentro de las dos condiciones antes mencionadas de la Convención. Con lo cual, la Comisión llegó a afirmar las siguientes órdenes para lograr los objetivos de la Convención:

“En aras de conseguir los objetivos de la Convención, se ha decidido agrupar pruebas como base de las conclusiones en las siguientes divisiones:

A. Esclavitud Común.

1. Formas opresivas de esclavitud que implican un tráfico comercializado y transferencia de traficantes de esclavos y su descendencia por venta, donación o herencia.

2. Esclavitud doméstica practicada inter e intratribal en Liberia, que implica derechos de propiedad plenos y en relación con el sistema social de las tribus involucradas.

3. Pignoración.

*B. Prácticas opresivo-restrictivas de la libertad de las personas, que constituyen condiciones análogas a la esclavitud y que tienden a adquirir la condición de esclavitud común o clásica”.*¹⁴⁶

Como puede deducirse de estas conclusiones, la Comisión de Investigación Internacional creada para examinar la situación en Liberia, llegó al convencimiento de que el concepto de esclavitud de la Convención no era definitoria en Liberia¹⁴⁷ y, en vez de hacerlo saber y considerar otras posibles formas sometimiento o explotación, se dispuso a ampliar el contenido conceptual del término a través de su tergiversación y de una incorrecta interpretación del informe de Cecil dándole cabida a tipos que nada tienen que ver con la esclavitud, ya que son prácticas en las cuales no se ejerce ni se manifiesta ningún atributo del derecho de propiedad.¹⁴⁸ Como resultado, la Comisión

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁴⁷ *Ídem*.

¹⁴⁸ Destacar que el mismo significado de esclavitud para la inclusión de las servidumbres menores por parte de la Comisión de Investigación de 1930 fue utilizado por David Weissbrodt y Anti-Slavery International en su informe a Naciones Unidas en el año 2000. Ver Naciones Unidas Subcomisión on the Promotion and Protection of Human Right, Contemporary Forms os Slavery, en la actualización y revisión de la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre esclavitud, en un artículo publicado por David Weissbrodt y Anti-Slavery International UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/3, 26 de mayo de 2000.

consideró que aunque la esclavitud clásica, que lleva consigo la idea de mercados de esclavos y traficantes, ya no existía en la República de Liberia, sí que se podía hablar de esclavitud según la Convención de 1926 ya que consideraron formas de esclavitud doméstica inter e intra tribal y otras formas de trabajo forzoso.¹⁴⁹

Como se puede comprobar de la lectura de estos documentos de Naciones Unidas, la definición internacional de esclavitud surgió en pleno apogeo de la era colonial europea, utilizándose la cuestión de la esclavitud para cuestionar el estado de civilización de ciertos países según el estándar determinado por los miembros de Naciones Unidas. Durante esta época, tanto Etiopía como Liberia fueron víctimas de un sistema internacional en el que se utilizó la esclavitud como pretexto y de forma malintencionada para cuestionar la soberanía del país. En el caso particular de Liberia, la definición fue tergiversada ya que era insuficiente para ser utilizada, lo que permitió a la Comisión de Investigación ir más allá de sus propios poderes. El resultado fue que las necesidades del colonialismo y los dictados de las potencias europeas fueron los que triunfaron bajo imperativos legales subjetivos y aparentes.

2.1.2. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956

Con el final de la Segunda Guerra Mundial, adelantándose a la amenaza que supondría que los países recién descolonizados pudieran formar parte en la toma de decisiones en la agenda de la ONU, los países occidentales dominadores de Naciones Unidas negociaron y establecieron la Convención Suplementaria de 1956. Esta Convención amplió el alcance y la aplicación de la Convención de 1926 incorporando cuatro formas de servidumbres que ya se habían debatido con anterioridad en el marco de la Comisión Temporal sobre Esclavitud de 1924. Ya que los Estados negociantes en la Convención de 1956 no querían abolir estas otras formas de sometimiento de forma inmediata, llamaron a estas formas “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”. Con esta maniobra diplomática se pudo evitar el fracaso de no alcanzar el mínimo

Esta misma crítica puede encontrarse en el trabajo de ALLAIN, J.: “A Legal Consideration of Slavery in Light of the Travaux Préparatoires of the 1926 Convention”, Wilberforce Institute, Hull, 2006, p. 5.

¹⁴⁹Report of the International Commission of Inquiry into the Existence of Slavery and Forced Labour in the Republic of Liberia, Nº 18, p. 133.

exigido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 4 se establece que “nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre”, mientras que prefirieron seguir el ejemplo de la Convención de 1926 y establecer que se comprometían a llevar a cabo “progresivamente y tan pronto como sea posible” la supresión de “la esclavitud en todas sus formas”¹⁵⁰ cuando aún existan y estén cubiertas o no por la definición de esclavitud contenida en el artículo 1 de la Convención sobre Esclavitud. Estas cuatro instituciones o prácticas análogas a la esclavitud establecidas en la Convención de 1956 son: la servidumbre de la gleba, la servidumbre por deudas, el matrimonio forzoso y la explotación infantil.

En lo que se refiere a la definición de esclavitud que se establece en la Convención de 1926, las negociaciones de la Convención Suplementaria tienen una gran importancia. Cuando queremos interpretar las disposiciones de un tratado internacional, los artículos de referencia son el 31 y el 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Así, el artículo 31.1 establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” y el punto 2 del mismo artículo se refiere a que “para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos”. Cuando a pesar de ello, el sentido del Tratado sea “ambiguo y oscuro” o “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable” el artículo 32 afirma que “se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31”.¹⁵¹

Extrapolando estas disposiciones al contexto de esta investigación, para interpretar y dotar de sentido normativo al término internacional de esclavitud establecido en la Convención de 1926 debemos de examinar las negociaciones previas a la firma del Convenio de 1925 y 1926, los llamados “trabajos preparatorios”, pero en este caso, la historia legislativa tiene más antecedentes, ya que, las disposiciones de la

¹⁵⁰ Para mayor información el cambio del término servidumbre por “prácticas análogas a la esclavitud”, ALLAIN, J.: “On the Curious Disappearance of Human Servitude from General International Law”. *Journal of the History of International Law*, N° 11, 2009, pp. 303–332.

¹⁵¹ Véanse artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

definición fueron negociadas una vez más cuando se incluyó el concepto en el artículo 7.a) de la Convención Suplementaria de 1956. Volviendo a la Convención de Viena, de nuevo el artículo 31 señala que cuando se deban interpretar disposiciones en su contexto se debe acudir a “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de su disposición”, tal y como señala el artículo 31.2.a). La Convención Suplementaria debe ser considerada como un acuerdo ulterior, puesto que, aunque la definición de 1926 sea reproducida íntegramente en la Convención de 1956, ello no quiere decir que no se estudiara y considerara su significado a fondo. De hecho, de una lectura del proceso de negociación, se entiende que en un principio se pensó que la definición podría mejorarse bajo el prisma de una situación más actual, pero en última instancia se decidió que las definiciones de esclavitud y trata de esclavos que aparecen en el artículo 1 de la Convención de 1926 seguirían siendo aceptadas como términos internacionales precisas y adecuados al contexto actual¹⁵².

Considero un elemento fundamental para el entendimiento de la Convención Suplementaria el informe del Secretario General de Naciones Unidas en 1953, en el cuál se analizan las cuestiones generales sobre esclavitud, trata de esclavos y otras formas de explotación. En este examen, el Secretario se separa de la interpretación que realizó la Comisión Internacional de Investigación en 1930 y que incorporaba a su entendimiento de esclavitud ciertas “servidumbres menores”. Trató de poner de manifiesto y subrayar el elemento de la explotación en lugar de su forma señalando que de un estudio pormenorizado de la definición de esclavitud y de los trabajos preparatorios del Convenio en el que se negocian sus elementos y significado, las obligaciones de las partes son extensibles a todas aquellas prácticas que aunque no sean designadas como esclavitud manifiesten un ejercicio de alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona.¹⁵³

Lo más relevante de este informe es que el Secretario estableció lo que bajo su parecer constituyen las manifestaciones de los atributos del derecho de propiedad y, por lo tanto, cuándo ciertas prácticas pueden ser consideradas esclavitud, diciendo lo siguiente:

1. El individuo de condición servil puede ser objeto de compra.

¹⁵²Economic and Social Council, Report of the Ad Hoc Committee on Slavery (Second Session), UN Doc. E/1988, E/AC.33/13, 4 May 1951, pp. 7 y 19.

¹⁵³United Nations Economic and Social Council, Slavery, the Slave Trade, and other forms of Servitude (Report of the Secretary-General), UN Doc. E/2357, 27 de enero de 1953, p. 27.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

2. *El amo podrá utilizar a la persona de condición servil, y en particular su capacidad de trabajo, de manera absoluta, sin ninguna restricción distinta de la que eventualmente se hubiera previsto expresamente por la ley.*
3. *Los productos del trabajo de la persona de condición servil pasan a ser propiedad del amo sin ninguna indemnización acorde con el valor de la mano de obra.*
4. *La propiedad de la persona de condición servil se puede transferir a otra persona.*
5. *La condición servil es permanente, es decir, no puede darse por terminada por la voluntad de la persona sometida a ella.*
6. *La condición servil se transmite “ipso facto” a los descendientes de la persona que posea dicho carácter.*¹⁵⁴

A modo de resumen de este apartado, podemos decir que el establecimiento del régimen jurídico relativo a la esclavitud y a las llamadas “servidumbres menores” surgió a través de la época colonial del S. XX y tras la Segunda Guerra Mundial, momentos de tempestad internacional en los cuales los intereses estatales se superponían a las decisiones legislativas más racionales. El trabajo de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud dio lugar a la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y también dio lugar posteriormente a las distintas formas de servidumbre y a su inclusión en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. Este régimen jurídico, como hemos visto, se vio alterado por el equilibrio político en Naciones Unidas y con el proceso descolonizador.

2.2.La redacción del texto

La definición del fenómeno de esclavitud surgió en un contexto en el que el panorama internacional era de una lucha entre los defensores de la eliminación de la esclavitud y los estados coloniales que pretendían incluir en el término tipos que nada tenían que ver con ésta, estados miembros de la Sociedad de Naciones, dentro de un período comprendido entre 1924 y 1926. Para definir y acuñar el término de esclavitud, nació la Comisión Temporal sobre la Esclavitud, formada por un grupo de expertos independientes que propusieron la creación de un Convenio específico sobre el tema que tuviera la finalidad inmediata de suprimir la esclavitud en todas sus formas. Durante

¹⁵⁴ *Ibidem.*, p. 28.

dicho proceso, un proyecto de convención de 1925 redujo su ámbito de aplicación eliminando algunas formas consideradas menores de explotación como, por ejemplo, el trabajo forzoso, dejando patente la falta de interés de ciertos estados miembros de la Sociedad de Naciones en acabar con algunas formas de explotación de las que ellos mismos se beneficiaban, con lo cual, se centraron en hacer frente únicamente a la esclavitud legal.

Como ya hemos explicado, fue el Vizconde Cecil de Chelwood el que actuó como ponente y dirigió el comienzo del proyecto de Convenio de lo que más tarde se convertiría en el instrumento internacional más poderoso para combatir la esclavitud, señalando los límites de lo que debe considerarse esclavitud y dejando claro en el informe que acompañaba el proyecto de Convención que “los atributos del derecho de propiedad” son un requisito indispensable para que exista la esclavitud, con lo que, a partir de entonces los defensores de una comprensión más amplia deberían de justificar sus reclamaciones.

Cierto es que el debate que se produjo en el seno de la Comisión Temporal no aclaró lo que debe entenderse por “alguno o todos los atributos del derecho de propiedad”, frase que está dotada de un sentido jurídico de una gran lógica si tenemos en cuenta la dimensión normativa del concepto de esclavitud. Por otra parte, en los “trabajos preparatorios” se analiza la noción de “la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas”, expresión que aparece en el artículo 2.b de la Convención de 1926 y que se deriva de las definiciones del artículo 1. El actual artículo 2 establece:

“Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio o tutela:

a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos;

*b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas”.*¹⁵⁵

Sin embargo, tal y como se propuso en el proyecto de convención del año 1925, el artículo 2.b decía:

¹⁵⁵ Artículo 2 de la Convención sobre Esclavitud de 1926, de 25 de septiembre de 1926. League of Nations Doc. R.67.D.46214 (1925).

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

“Para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la desaparición de la esclavitud en todas sus formas, especialmente en el caso de la esclavitud doméstica y condiciones similares”¹⁵⁶.

El Vizconde Cecil hace referencia a la noción de “esclavitud doméstica y condiciones similares” en su informe a la Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1925, afirmando que se acuñaba este concepto para incluir todas las formas de esclavitud por deudas, como la esclavitud fingiendo la adopción de niños, la adquisición de niñas mediante la compra simulada del pago de la dote, etc.¹⁵⁷ Sin embargo, durante el año transcurrido desde el informe, Cecil de Chelwood se percató de que su lenguaje podía crear dudas de comprensión conceptuales por las observaciones formuladas por parte de los Estados y cambió la expresión “esclavitud doméstica y condiciones similares” para dejar claro que sólo existía un tipo de esclavitud: “cuando se ejercitan los atributos del derecho de propiedad”. Cuando tuvo que incluir los trabajos de la Comisión Temporal sobre Esclavitud, el Vizconde, astutamente cambió las manifestaciones de la explotación con el objetivo de incluir el término esclavitud que había quedado ausente en el informe de la Comisión Temporal, enumerando los tipos de esclavitud doméstica y condiciones similares como todas aquellas a las que ya había hecho referencia en su informe y las que se incluyen en el informe de la Comisión.¹⁵⁸

No obstante, existen diferencias en los términos utilizados, ya que, el Vizconde Cecil habla de “esclavitud por deudas” mientras que la Comisión se refiere a “formas de promesa o reducción a servidumbre de las personas por deudas”. En lugar de utilizar el lenguaje de la Comisión, Cecil utiliza el concepto de esclavitud¹⁵⁹ de personas reafirmando la relación con los atributos del derecho de propiedad subrayando que aunque ciertas prácticas no entren en la definición de esclavitud del artículo 1, la redacción de la Comisión considera que deben ser combatidas, por ello, el artículo 2 debe interpretarse de forma genérica, de manera que tienda a hacer desaparecer de la legislación escrita del país o de la costumbre cualquier tipo de derecho individual que

¹⁵⁶ LEAGUE OF NATIONS, Annex: Draft Convention, League of Nations Official Journal (Special Supplement 33) Records of the Sixth Assembly: Text of Debates, 26 de septiembre de 1925, p. 439.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 156. El Vizconde Cecil señaló en 1925 que esas condiciones similares estaban muy próximas de hecho a ser formas de esclavitud, pero que de forma genérica no estaban incluidas en el término. Tanto es así que el Comité de Redacción pidió su abolición y se pidió a todos los Estados que lograran una reforma progresivamente y tan pronto como fuera posible.

¹⁵⁸ LEAGUE OF NATIONS: Slavery Convention. Report presented to the Assembly by the Sixth Committee, LofN Doc.A.104. VI, 1926, p. 1.

¹⁵⁹ *Ídem.*

una persona pueda tener sobre otra de la misma naturaleza que se puedan tener sobre las cosas.¹⁶⁰

De esta forma, el redactor de la definición de esclavitud subrayaba la importancia de que la esclavitud en cualquiera de sus formas requiere la existencia de los atributos del derecho de propiedad ejercidos sobre un individuo tal y como se establece en la definición del artículo 1.

Mediante la modificación del proyecto de convenio de 1925 se eliminó el término “esclavitud doméstica y otros tipos de esclavitud”. Esto se debió a distintas observaciones de los Estados que trataron de asegurarse de que únicamente se incluyera la definición de lo que ellos consideraban una esclavitud “*de iure*” o esclavitud legal y que los otros tipos de explotación serían excluidos. Más concretamente, una de esas observaciones fue hecha por la Unión de Sudáfrica al decir que la redacción del proyecto de 1925 parecía ir más allá de lo que era necesario para abolir la esclavitud.¹⁶¹

Sin las explicaciones contenidas en los documentos de Naciones Unidas por medio de los cuales los Estados negociaron lo que se debía incluir en la Convención de 1926, podría parecer que el informe del Vizconde Cecil a la Sociedad de Naciones es ambiguo en lo que a la esclavitud se refiere, pero nada más lejos de la realidad, ya que, este no buscaba ampliar la noción de esclavitud. El hecho de que la “esclavitud doméstica y condiciones similares” fuera omitida del convenio es el resultado del entendimiento de que cuando este tipo de comportamiento manifestara alguno o todos los atributos del derecho de propiedad, este quedaría comprendido dentro de los límites de la definición establecida en el artículo 1. Si esto no fuera así, ese tipo de explotación no estaría cubierta por la Convención.

En la siguiente década, muchos de los Estados dentro del ámbito de la Sociedad de Naciones malinterpretaron el contenido de la definición de esclavitud para promover la eliminación de aquellas prácticas que se mencionaban en el informe de la Comisión

¹⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 1-2.

¹⁶¹ LEAGUE OF NATIONS: Draft Convention on Slavery, Replies of Governments, Reply from the Government of the Union of South Africa, LofN Doc.A.10(a).1926.VI, 22 de julio de 1926, p. 5.

Temporal de 1924 y que nada tenían que ver con la definición de esclavitud, tergiversando la comprensión del término.¹⁶²

En 1936 el Comité de Expertos sobre Esclavitud de la Sociedad de Naciones analizó el concepto de condición de siervo y consideró que debía de hacerse una distinción fundamental entre la esclavitud y otras formas de explotación, explicando que del análisis del estado de servidumbre se entiende que esta es una condición análoga a la esclavitud y no una situación de esclavitud en sí misma y que, dependerá de los hechos conectados a cada caso dentro de los varios sistemas de servidumbre, que pueda llegar a considerarse como esclavitud en sentido estricto.¹⁶³

Este Comité fue incluso más explícito en cuanto al tema de la esclavitud por deudas, afirmando que este tipo de esclavitud suele tener una forma temporal, suponiendo que la esclavitud termina en cuanto la deuda es pagada, pero que en la práctica real, las condiciones de vida del esclavo se alargan ya que el pago de la deuda es imposible y el deudor suele permanecer en esclavitud de por vida, o, peor aún, estas condiciones pueden transmitirse de padres a hijos e incluso nietos, por lo que, debe entenderse que, sea el sistema que sea, con las diferencias que existen entre los distintos países, no puede considerarse esclavitud a menos que alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sean ejercidos por el señor.¹⁶⁴

Años después del establecimiento de la definición de la esclavitud en la Convención de 1926, el tema de la esclavitud seguía siendo un punto permanente en la

¹⁶² Este problema surge debido al Informe de la Comisión de Investigación de 1930 sobre la Existencia de la Esclavitud y el Trabajo Forzoso en la República de Liberia que malinterpretó el Informe del Vizconde Cecil de 1926 y dijo lo siguiente:

“El Informe de la Comisión responsable de la redacción del convenio ha explicado que la referencia a la esclavitud doméstica y a las condiciones similares se omitió “porque se creía que tales condiciones entraban dentro del ámbito de la definición de esclavitud que figura en el primer artículo y que no era necesaria una prohibición expresa de las mismas. Esto se aplica no sólo a la esclavitud doméstica, sino a todas las condiciones mencionadas por la Comisión Temporal sobre la Esclavitud es decir, la esclavitud por deudas, esclavitud de por pago de dote, etc”.

De este modo, se llegó a la conclusión de que todas esas condiciones similares quedaban cubiertas por el Convenio de 1926. Como he dicho en una nota al pie anterior, este error es repetido años después en el seno de Naciones Unidas en la Subcomisión on the Promotion and Protection of Human Right, Contemporary Forms os Slavery, en la actualización y revisión de la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre esclavitud, en un trabajo preparado por David Weissbrodt y Anti-Slavery International UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/3, 26 de mayo de 2000. Puede encontrarse la misma crítica en el trabajo de ALLAIN, J.: “A Legal Consideration of Slavery in Light of the Travaux Préparatoires of the 1926 Convention”. Wilberforce Institute, Hull, 2006, p. 5.

¹⁶³ LEAGUE OF NATIONS: Report of the Advisory Committee of Experts, Third (Extraordinary) Meeting of the Advisory Committee, LofNDoc.C.189(I). M.145.1936,VI, 13-14 de abril de 1936, p. 27.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, pp.24-25.

agenda de Naciones Unidas. En 1949, la Asamblea General solicitó al Consejo Económico y Social un estudio sobre el problema de la esclavitud. Como resultado el Secretario General designó un Comité Especial sobre Esclavitud que propusiera métodos para acabar con los problemas de la esclavitud y de la servidumbre,¹⁶⁵ y, que si lo consideraba necesario, el nuevo Comité podía proponer una nueva Convención a la luz de la situación actual si consideraba que la definición de esclavitud del artículo 1 no resultaba satisfactoria.¹⁶⁶

En su primer informe, el Comité “*Ad Hoc*” consideró necesarias ciertas modificaciones de la Convención Internacional y que parecía oportuno redactar una nueva convención de alcance más amplio, o, como alternativa, elaborar un nuevo instrumento normativo complementario a la Convención ya existente.¹⁶⁷

En un segundo informe, el Comité reiteró su intención de redactar un convenio internacional complementario a la Convención sobre Esclavitud de 1926, el cual debía de ser más preciso en cuanto a la definición exacta de las formas de servidumbre examinadas.¹⁶⁸ Tras mandar al Consejo Económico y Social su informe sobre el análisis de la esclavitud, este respondió señalando que no eran capaz de hacer frente a las recomendaciones del Comité ya que no disponían de suficiente material como para permitirles actuar sobre el estado en cuestión de la situación de la esclavitud y pidieron al Secretario General que estudiara el caso y les suministrara más información para valorar cuál sería la opción más apropiada con el objetivo de eliminar la esclavitud, la trata de esclavos y las formas de servidumbre que se asemejen a la esclavitud y sus efectos.¹⁶⁹

Una vez recaída la responsabilidad en el Secretario General, éste informó al Consejo Económico y Social en el año 1953 indicando que el Comité “*Ad Hoc*” había previsto un instrumento que abarcara el contenido de la Convención de 1926 y algunas otras instituciones y prácticas y que esta nueva convención sería un complemento a la

¹⁶⁵Economic and Social Council, Resolution 238(IX), 20 de julio de 1949.

¹⁶⁶Economic and Social Council, Notes on the Terms of Reference of the Ad Hoc Committee on Slavery (Memorandum submitted by the Secretary-General), UN Doc. E/AC.33/4, 3 de febrero de 1950, pp. 3-4.

¹⁶⁷United Nations Economic and Social Council, Report of the First Session of the Ad Hoc Committee on Slavery to the Economic and Social Council, UN Doc E/AC.33/9, 27 de marzo de 1950, p. 11.

¹⁶⁸United Nations Economic and Social Council, Report of the Ad Hoc Committee on Slavery (Second Session), UN Doc E/AC.33/13, 4 de mayo de 1951, pp. 16-17.

¹⁶⁹Economic and Social Council, Resolution 388(XIII), 10 de septiembre de 1951.

anterior.¹⁷⁰ Además, el Secretario analizó la definición de esclavitud de 1926 haciendo referencia al informe del Vizconde Cecil y citando el texto correspondiente en su totalidad, de lo cual vino a decir que se deducía de un estudio de la convención y de los trabajos preparatorios que las obligaciones de las partes pueden extenderse a todas las instituciones y prácticas que se consideren esclavitud siempre y cuando como se indica en el artículo 1 se ejerzan alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona durante la manifestación de estas instituciones o prácticas.

Además, el Secretario General adjunto una nota al final del párrafo en la cual realizaba una consideración sobre el significado de la frase “alguno o todos los atributos del derecho de propiedad”. Según el informe del Secretario, no encontró ninguna indicación que precisara el contenido de esta frase en los trabajos preparatorios o al sistema legal por el cual fueron guiados, por lo que, él mismo dedujo que era razonable suponer que el concepto que tenían en mente era el de la autoridad del amo sobre el esclavo en el Derecho Romano, la llamada “*dominica potestas*”. Esta autoridad, seguía explicando el Secretario, era de carácter absoluto, comparable al derecho de propiedad, que incluía, por lo tanto, el derecho a adquirir, a utilizar o a disponer de una cosa o de un animal o sus frutos o descendencia. Consideraba, que en virtud de este derecho, en su forma más amplia, el amo podría utilizar los servicios del esclavo en su casa o en su tierra. Sus hijos también pertenecían al amo y este podía venderlos por separado de su padre y de su madre. En resumen, subrayaba el Secretario, una autoridad de libre potestad total sobre la vida de su esclavo y sus descendientes.¹⁷¹

Para argumentar su interpretación, el Secretario hizo referencia a la presentación que hizo la Unión de Sudáfrica señalando que este parecía haber sido el concepto rector en Ginebra, tal y como se desprende de la cita de comunicación del gobierno de la Sociedad de Naciones en 1926, que dice:

“Una persona es un esclavo si cualquier otra persona puede, por ley o costumbre aplicable, reclamar propiedad sobre él como si la reclamara sobre un objeto inanimado y, por lo tanto, pierde la libertad natural que posee una persona para ofrecer su trabajo o para controlar los frutos del mismo. El término también parece implicar el status o condición de una persona a la que le es quitada su libertad natural, por el interés del

¹⁷⁰United Nations Economic and Social Council, Slavery, the Slave Trade, and other forms of Servitude (Report of the Secretary-General), UNDoc.E/2357, 27 de enero de 1953, p.40.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p.27. Cabe señalar que la noción de “*dominica potestas*” parece provenir del estudio de NIEBOER, H.J.: *La esclavitud como un sistema industrial*. American Economic Association, 1910, pp.8-9.

propietario de otra persona en la persona a la cual se le atribuye un derecho de venta, donación o intercambio”.¹⁷²

En lo que respecta al Derecho Romano, en su clásico texto de 1908, W.W. BUCKLAND hace un estudio de las leyes aplicables a los esclavos durante la época romana. Curiosamente, gran parte del libro trata del esclavo como hombre y de la ley aplicable a un esclavo como persona, mientras que únicamente uno de los capítulos está dedicado al esclavo como cosa. Ello es así porque la naturaleza de las leyes de los esclavos desde tiempos inmemoriales se ha basado en la incapacidad para tratar a los mismos exclusivamente como propiedad y, por lo tanto, reconocen en ellos su humanidad. En el Derecho Romano la esclavitud como institución persiste a pesar de que se reconoció ser contraria a la ley natural, por ello, siguió vigente en contra de ese “*ius naturale*” como el “*ius gentium*”, en el que se consideraba que los cautivos de guerra, en vez de ser condenados a muerte, perderían sus vidas en favor de sus captores y así se convertirían en esclavos.¹⁷³ A partir de aquí, encontramos la noción del individuo como “*res*”, como cosa u objeto, que puede ser considerado como propiedad, como bien mueble. Esta noción de bien mueble como propiedad personal de alguien es la base fundamental de la esclavitud romana. Como dice BUCKLAND, “el esclavo, al igual que otros bienes muebles, puede ser objeto de todas las transacciones ordinarias”¹⁷⁴.

2.3. Problemas terminológicos. Esclavitud, instituciones y prácticas análogas a la esclavitud

Tras la Segunda Guerra Mundial se produjeron importantes cambios en las relaciones internacionales. La Sociedad de Naciones se convirtió en Naciones Unidas y los países entablaron un diálogo para evitar que algo tan execrable como el holocausto judío pudiera volver a ocurrir, marcando así como uno de sus propósitos “*fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras*

¹⁷² *Ibidem.*, p. 28.

¹⁷³ BUCKLAND, W.W.: *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian*. Cambridge University Press, 2007, p. 1.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 11.

medidas adecuadas para fortalecer la paz universal“.¹⁷⁵ Si bien es cierto que durante los primeros años de la existencia de Naciones Unidas las relaciones internacionales estuvieron marcadas por la Guerra Fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética y se hizo difícil acordar una fórmula para permitir la integración de otros países a la organización internacional, a partir de 1955 el número de estados miembros fue en aumento principalmente debido al proceso de descolonización, lo cual desniveló el equilibrio de poder dentro del organismo desde el norte hacia el sur dentro de los órganos democráticos.

Tras la entrada en vigor de la Convención Suplementaria de 1956, no había prisa en el seno de Naciones Unidas para abordar cuestiones de explotación humana a escala mayor. Entre 1960 y 1962 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas no hizo más que aprobar acuerdos instando a los estados que se adhirieran a los Convenios de 1926 y 1956.¹⁷⁶ Pero en 1963, el Consejo consideró que existía una necesidad de información precisa, completa y actualizada de la situación en la que se encontraba la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud que aún persistían. De este modo, se le pidió al Secretario General de Naciones Unidas que nombrara un relator especial para que actualizara un estudio que se había llevado a cabo en 1955 por Hans Egen para que precisara en qué medida seguía existiendo la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre.

Dentro de este contexto en Naciones Unidas, el primer paso en el camino hacia la confusión lo dio precisamente el nuevo Relator Especial sobre Esclavitud Mohamed Awad. Presentó su informe en 1966 y en él establece por primera vez una relación entre esclavitud y apartheid debido a una comunicación de la URSS en la que consideraba que el texto de la Convención de 1956 no era correcto y se señalaba que los principales factores esclavistas eran el colonialismo, el apartheid y el racismo.¹⁷⁷ Este texto fue reproducido íntegramente por Awad en su informe en la sección de “sugerencias para una posible acción de la ONU en el marco de la esclavitud”.¹⁷⁸

El examen del Comité Social y Económico del informe sobre Esclavitud del nuevo Relator se refirió a la sección sobre sugerencias de una posible acción de la ONU.

¹⁷⁵Artículo 1.2 de la Carta de Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.

¹⁷⁶United Nations, United Nations Action in the Field of Human Rights, UN Doc ST/HR/2/Rev.4, 1994, p. 77.

¹⁷⁷ United Nations, Mohamed Awad, Report on Slavery, UN Doc. E/4168/Rev.1, 1966, p. 285.

¹⁷⁸ *Ibidem.*, p. 303.

Durante estas deliberaciones centraron su atención en el término que he traducido como “prácticas esclavistas” o “prácticas esclavizadoras” como se traduce en el documento en castellano de la ONU, que hacía referencia al apartheid y al colonialismo y lo incorporaron al informe que se remitió al Consejo Económico y Social, el 26 de julio de 1966 como la Resolución 1126 (XLI). El representante de la Unión Soviética agradeció su trabajo a Awad y señaló que “la esclavitud no se limita a los hechos mencionados en el informe. El apartheid y ciertas formas de explotación colonial siguen existiendo en Sudáfrica y en territorios administrados por Portugal y constituyen formas de esclavitud contra las que Naciones Unidas deben luchar”.¹⁷⁹ Pese a que la URSS fue la primera que llamó la atención a este respecto, fue el representante de la República de Tanzania, el Sr. Waldron-Ramsey el que tomó la iniciativa y defendió la vinculación directa entre la esclavitud y el apartheid y el colonialismo y se erigió como el motor intelectual del término “prácticas esclavistas”, en su opinión, “la política del apartheid en Sudáfrica y en el Sur de África occidental y los métodos colonialistas aplicados por el Gobierno portugués en sus territorios de Mozambique, Angola y la Guinea portuguesa eran flagrantes ejemplos de esclavitud y, por tanto, debían de considerarse prácticas análogas a la esclavitud”.¹⁸⁰ Además, no estuvo de acuerdo con el relator en la proposición de que se estableciera un comité de expertos para tratar las cuestiones de esclavitud a menos que primero se hiciera un esfuerzo por ampliar la definición.¹⁸¹

Intentó equiparar el fenómeno de “prácticas esclavistas” con el de “prácticas análogas a la esclavitud” de la Convención Suplementaria de 1956, es decir, las diferentes servidumbres convencionales, o lo que aquí llamamos “servidumbres menores” traducido del contexto de los documentos de Naciones Unidas. Los nuevos Estados independientes y el bloque socialista respaldaron esta iniciativa, pero no los Estados occidentales, lo cual quedó plasmado en un proyecto de resolución que buscaba un camino diferente al propuesto en el informe de Awad.

Llegados a este punto de la discusión, se presentaron dos propuestas distintas, una de ellas se centraba en “la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, mientras que la segunda consideraba “la esclavitud, la trata

¹⁷⁹ United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Summary Record of the Five Hundred and Thirty-Fourth Meeting, 1966, UN Doc E/AC.7/SR.534, 1966, p. 11.

¹⁸⁰United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Summary Record of the Five Hundred and Thirty-Sixth Meeting, 7 de julio de 1966, UN Doc E/AC.7/SR.536, 1966, p. 5.

¹⁸¹ *Ibidem.*, p. 6.

de esclavos y las instituciones del apartheid y el colonialismo que forman parte de la práctica de la esclavitud”.¹⁸² El representante de Grecia reafirmó la postura de Waldron Ramsey en cuanto al desarrollo de una definición más amplia de esclavitud, pero expresó que sería necesario convocar una nueva conferencia de plenipotenciarios puesto que era el único procedimiento legal y adecuado, ante lo cual el representante de Tanzania busco una respuesta política diciendo que “no se pidió al Comité volver a los Convenios de 1926 y 1956 a los que el representante griego se había referido, sino que para hacer frente a la esclavitud en 1966, algunas delegaciones interpretaron la noción de esclavitud en un sentido técnico limitado y se esforzaron para restringir su definición para satisfacer sus propios fines, no se dejen engañar por su embaucamiento”.¹⁸³

Se refirió también a la esclavitud que supuestamente existía en India y Pakistán como resultado de las relaciones entre deudores y acreedores, o en los Altos Andes de Perú y Bolivia, las cuáles se derivan de las relaciones entre propietarios e inquilinos, afirmando que en realidad no había esclavitud ni en Asia ni en América Latina, pero que, sin duda, existía en los países africanos mencionados (Sudáfrica, Rhodesia, etc).

Del mismo modo, afirmó que existían manifestaciones de esclavitud en ciertas costumbres islámicas, especialmente la poligamia y protestó contra ciertas acusaciones que, según él, fueron diseñadas exclusivamente para camuflar otros motivos. Tampoco se excluyó la cuestión del racismo, ya que, para él fue el germen que dio origen a la esclavitud. En su opinión, la definición clásica de esclavitud que existía debía ser aceptada o ampliarse para incluir todas las manifestaciones relacionadas con la misma sin excepción.¹⁸⁴

A raíz de estas deliberaciones, el Comité Económico y Social decidió suspender el examen sobre la esclavitud por un día para que los Estados trataran de llegar a un acuerdo sobre un proyecto de resolución. No lo consiguieron, pero surgieron una serie de textos que marcaron la división del Grupo de Trabajo entre los partidarios de un

¹⁸²United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Slavery, Draft resolution by the Working Group established by the Social Committee at its 536th Meeting, UN Doc E/AC.7/ L.486, 8 de julio de 1966, pp. 2–3.

¹⁸³United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Summary Record of the Five Hundred and Thirty-Eight Meeting, 11 de julio de 1966, UN Doc E/AC.7/SR.538, 14 de diciembre de 1966, p. 5

¹⁸⁴ *Ídem.*

texto que reflejara la Convención de 1926 y la de 1956 y aquellos que querían incluir el apartheid y el colonialismo dentro del término esclavitud.¹⁸⁵

Los representantes de EEUU y Francia se posicionaron a favor de mantener el texto de 1926 y 1956. El delegado de EEUU subrayó que consideraba que algunas delegaciones representadas en el Comité habían perdido de vista la definición en la que el Relator Especial Awad había basado su estudio, ya que, su definición estaba establecida sobre la base de los Convenios de 1926 y 1956. Estaba de acuerdo con el representante de Grecia en que cualquier desviación de esa definición tendría que hacerse únicamente después de un análisis más cuidadoso.¹⁸⁶ El representante de Francia fue mucho más sucinto, afirmando simplemente que dudaba de la conveniencia de una ampliación de la definición de esclavitud tal y como figura en el proyecto de resolución con el apoyo de la mayoría.

Tras estas cavilaciones, no es de extrañar que el texto que emergió del Consejo Económico y Social fuera más una necesidad diplomática para mantener las buenas relaciones internacionales que un texto de lucha contra la explotación humana. El texto fue finalmente apoyado por países como Algeria, Gabón, Camerún, Irán, Irak, Marruecos y la República de Tanzania, y no se entendieron las “prácticas esclavistas del apartheid y el colonialismo” como un elemento independiente de la esclavitud y de la trata de esclavos, sino que, se consideraron estas prácticas dentro del mismo concepto. Así, la Resolución introduce en el preámbulo que “deben tomarse medidas para poner fin a la esclavitud y a la trata de esclavos en todas sus formas y manifestaciones incluyendo las prácticas esclavistas del apartheid y el colonialismo”. Del mismo modo, en la parte dispositiva del Proyecto de Resolución, el párrafo 5 dice:

¹⁸⁵ United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Slavery, Canada, Panama, Philippines and Sweden; draft resolution, UN Doc E/AC.7/L.487, 12 de julio de 1966; United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Slavery, Draft Resolution submitted by Algeria, Gabon, Iraq and the United Republic of Tanzania, UN Doc E/AC.7/L.488, 12 de julio de 1966; United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Slavery, Draft Resolution submitted by Algeria, Gabon, Iraq and the United Republic of Tanzania, UN Doc E/AC.7/L.488/Rev.1, 13 de julio de 1966; y United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Slavery, Algeria, Gabon, Cameroon, Iran, Iraq, Morocco and the United Republic of Tanzania: draft resolution, UN Doc E/AC.7/L.492, 14 de julio de 1966.

¹⁸⁶ United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Summary Record of the Five Hundred and Forty-First Meeting, 15 July 1966, UN Doc E/AC.7/SR.541, 14 de diciembre de 1966, p. 8.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

“Se decide remitir la cuestión de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones a la Comisión de Derechos Humanos, incluyendo las prácticas esclavistas del apartheid y el colonialismo”.¹⁸⁷

En el nuevo texto de Naciones Unidas que vería la luz el 26 de julio de 1966 se introdujo en el léxico de Naciones Unidas el término “prácticas esclavistas” y la Resolución 1126 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas hace referencia a la cuestión de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones, incluyendo las prácticas esclavistas del apartheid y el colonialismo.

Con el paso del tiempo la importancia del colonialismo fue disminuyendo, pero la cuestión del apartheid persistiría como una “práctica esclavista” durante toda la Guerra Fría, aunque en última instancia acabaría fracasando en su búsqueda de alguna base legal. Tanto es así, que cuando los estados negociaron el establecimiento de un convenio para suprimir y castigar el apartheid en 1972, en ninguno de sus proyectos de redacción se pudo establecer una conexión legal entre este fenómeno y la esclavitud.¹⁸⁸

La redacción más cercana al proyecto original de Convención sobre apartheid estableció un vínculo con la esclavitud mediante el castigo de un comportamiento en el cual el apartheid debía ser cometido con el propósito de establecer y mantener una dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial oprimiéndolo sistemáticamente y explotando el trabajo de sus miembros.¹⁸⁹

Una vez establecida la Convención sobre Apartheid y a pesar de que no se pudo vincular con la esclavitud, en 1974 Naciones Unidas nombró un Grupo de Trabajo sobre Esclavitud de cinco personas que echaron por tierra toda la conceptualización del término esclavitud llegando a considerar el apartheid como la práctica más extendida de la esclavitud, argumentando que era una situación en la cual toda una población se encontraba sometida al control de unos pocos bajo la fuerza. Reclamaron que el apartheid y el colonialismo eran en sí mismas formas de esclavitud y que la fórmula “prácticas esclavistas del apartheid y el colonialismo” debía ser reemplazada por la

¹⁸⁷United Nations, Economic and Social Council, Social Committee, Slavery, Algeria, Gabon, Cameroon, Iran, Iraq, Morocco and the United Republic of Tanzania: draft resolution, UN Doc E/AC.7/L.492, 14 de julio de 1966.

¹⁸⁸ Annex I, Guinea and Union of Soviet Socialist Republics: draft Convention on the suppression and punishment of the crime of apartheid, United Nations, General Assembly, Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Draft Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, Note of the Secretary-General, UN Doc A/8768, 14 de septiembre de 1972.

¹⁸⁹ Ver Artículo 2.e) de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973.

fórmula “la esclavitud del apartheid y el colonialismo”, iniciativa que nunca llegó a concretarse.¹⁹⁰ Durante todo el proceso de la Guerra Fría y el desmantelamiento del apartheid en Sudáfrica, el vínculo con la esclavitud fue estudiado anualmente por un Grupo de Trabajo bajo el nombre de Formas Contemporáneas de Esclavitud. Con ello, la propia naturaleza y el contenido del concepto jurídico de esclavitud dio paso a un concepto político como medio para que las Naciones Unidas lo utilizaran para llamar la atención sobre otros males sociales que nada tenían que ver con ella.

A finales de la década de los 80 y ya entrados los 90, éstas prácticas consideradas esclavistas fueron perdiendo importancia relativa dentro de Naciones Unidas y el término consiguió una existencia independiente al ser utilizado para ciertas explotaciones que implicaban a mujeres.¹⁹¹ En 1989, el Grupo de Trabajo sustituyó el término “prácticas esclavistas” que hacía referencia a esta mezcla de explotaciones y lo cambió por el de “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”. En el segundo punto de sus informes en el período comprendido entre 1989 y 1994, el Grupo de Trabajo mantenía un encabezado en el que se decía:

*“Examen de la información recibida sobre la situación y la aplicación de los Convenios sobre esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud”.*¹⁹²

Con ello, se hacía una distinción con un segundo elemento que contenía un examen sobre el contenido de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, en el cual, con el paso del tiempo se incluyeron distintas cuestiones que se alejaban de los campos de aplicación de los Convenios de 1926 y 1956, tales como: el tráfico de personas, la explotación de prostitutas, pornografía infantil, niños en conflicto armado, extracción de órganos, incesto, trabajadores migrantes, turismo sexual, adopción ilegal y detención de menores.

¹⁹⁰ United Nations, Economic and Social Council, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report of the Working Group on Slavery on its First Session, UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.2/3, 28 de agosto de, p. 5.

¹⁹¹United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Updating of the Report on Slavery Submitted to the Sub-Commission in 1966, Report of Mr. Benjamin Whitaker, Special Rapporteur, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1982/20, 5 de julio de 1982.

¹⁹²United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Question of Slavery and the Slave Trade in All their Practices and Manifestations, including the Slavery-like Practices of Apartheid and Colonialism, Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its fourteenth session, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1989/39, 28 de agosto de 1989, p. 1.

Tras este período, se llevó a cabo una fusión de ambos términos en un documento de trabajo de Naciones elaborado por David Weissbrodt y Anti-Slavery International en el año 2000, en el cual se declaraba que la propiedad era el elemento común que existe en todas las convenciones relativas a la supresión de la esclavitud y de las prácticas análogas a la esclavitud, pero se extendió el concepto de esclavitud para dar cabida a otras explotaciones en las que no se manifiesta ningún elemento del derecho de propiedad.¹⁹³

En resumen, la propia Convención sobre el apartheid mostró la incapacidad de los Estados de establecer una relación jurídico-normativa entre el apartheid y la esclavitud. Pero en lugar de aclarar los términos, Naciones Unidas acuñó el término “prácticas esclavistas” (“*slavery-like practice*”), concepto que más tarde se fusionaría con el de esclavitud y/o prácticas similares a la esclavitud. Como resultado de todo este caos y confusión y de la continua reutilización de la terminología, los conceptos legales entraron en una sombra jurídica y se perdieron oscurecidos por un sistema en el que Naciones Unidas intentó llegar más allá de los límites de los Convenios de 1926 y de 1956, otorgándole mayor importancia a la diplomacia y a la política que al plano normativo.

3. Hacia la Corte Penal Internacional

3.1. Esclavitud en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Se centra ahora el análisis en la introducción del crimen de esclavitud en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la evolución que se ha llevado a cabo en el derecho penal internacional. Un camino que sigue recorriéndose y que tiene unos antecedentes legislativos que parten de Roma en 1998. Por otra parte, el examen debe entenderse como aplicable “*mutatis mutandi*” al término esclavitud como una manifestación de la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra.

¹⁹³United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Contemporary Forms of Slavery: Updated review of the implementation of and follow-up to the conventions on slavery, Working Paper prepared by David Weissbrodt and Anti-Slavery International, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/3, 26 de mayo de 2000, p. 7.

La esclavitud es considerada un crimen de lesa humanidad en virtud del artículo 7.1.c del Estatuto de Roma y se define en el artículo 7.2.c:

“Por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

Lo más destacable de esta definición es la inclusión de los atributos del derecho de propiedad en el curso de la trata de personas, en particular mujeres y niños. De lo cual debemos concluir que incorporado en la definición de trata de personas se encuentra el término esclavitud y que, en una situación dada, aun cumpliéndose los elementos del delito de trata, si se ejercen los atributos del derecho de propiedad, esto es, si se cumplen los elementos del delito de esclavitud, constituirá un delito de esclavitud ante la Corte Penal Internacional. Esta reflexión es de suma importancia para entender por qué considero incluida la trata de seres humanos dentro del catálogo de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, ya que, pese a ser un delito instrumental, el propio proceso de trata puede llegar a considerarse un sometimiento a esclavitud si se cumplen los elementos que más adelante propondré en el tipo delictivo que llamaré delito de sometimiento a esclavitud en la propuesta de *lege ferenda*. Mientras que, si estos elementos no se cumplen, la trata será considerada como un delito que integra aquellos incluidos en el concepto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, como también lo son la servidumbre y el trabajo forzoso. Es decir, el sometimiento a esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso son los tres delitos que pretendo incorporar como típicos en el Código Penal, dependerá de la relación existente entre autor y víctima una catalogación u otra. Mientras que la trata se une a ellos tanto como proceso para llegar a una posible explotación como por ser un atentado que también afecta en mayor o menor medida al mismo bien jurídico protegido que los delitos anteriores.

Volviendo a materia, en la legislación secundaria de la Corte Penal Internacional, los “Elementos de los Crímenes”, el delito de esclavitud viene desarrollado en el artículo 7.1.c de la siguiente manera:

“Crimen de lesa humanidad de esclavitud

Elementos

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

1. *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.*
2. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
3. *Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo*¹⁹⁴.

En esta definición, los puntos 2 y 3 vienen referidos a la esclavitud como un delito de lesa humanidad, lo cual implica la manifestación de un ataque contra una parte de la población de forma sistemática y generalizada, del mismo modo que se hace en el Código Penal español. Sin embargo, esta forma de esclavitud reduciría su aplicación de tal manera que no podría imputarse un sometimiento a esclavitud de una persona sobre otra de forma individual.

En el apartado 1 vuelve a establecerse el ejercicio del derecho de propiedad como condición para que la acción pueda ser considerada esclavitud y, además, se ofrecen una serie de ejemplos de lo que constituiría el ejercicio de estos atributos, es decir, acciones en las cuales queda patente que la persona ha ejercido un poder vinculado con el derecho de propiedad, como la compra, la venta, el préstamo o darlas en trueque. Al hacer una lectura detallada de los ejemplos ofrecidos, nos vienen a la mente los formulados por el Secretario General de Naciones Unidas en su informe de 1953 mencionado con anterioridad, aunque en este informe se citan ejemplos que ofrecen la posibilidad de ir más allá ya que se ofrecen ejemplos de lo que constituirían estos poderes en materia de, por ejemplo, el uso de un individuo o de su mano de obra de forma absoluta y obteniendo el beneficio sin trabas de ese trabajo.¹⁹⁵ Los ejemplos proporcionados en los Elementos de los Crímenes de atributos del derecho de propiedad no configuran una lista con “*numerus clausus*” sino que perfectamente podría dar cabida a esa comprensión más amplia manifestada por el Secretario General de la ONU.

Además de establecer estos ejemplos, el apartado 1 añade una cláusula final que dice “o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad”. Esta frase puede

¹⁹⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add., 2000.

¹⁹⁵ A este respecto, para un estudio más profundo ALLAIN, J.: “The Definition of Slavery in International Law”. *Howard Law Journal*, Vol. 52, 2009, pp. 239-275.

interpretarse de dos maneras, aunque el resultado final sea equivalente. Por una parte, se puede pensar que los ejemplos dados de los atributos del derecho de propiedad vienen subordinados a la primera parte del párrafo y que, por tanto, su supresión significaría que el apartado se leería de la siguiente manera: el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas [...] o les imponga algún tipo similar de privación de libertad. En este sentido, la palabra “imponerles” hace referencia a una o más personas sobre las que se ejerce un atributo del derecho de propiedad y la mención “una privación similar de libertad” debe entenderse como una privación de libertad que sería equivalente a la que existe sobre una persona sobre la que se ejerce alguno de los atributos del derecho de propiedad. Por lo tanto, bajo esta hipótesis, estaríamos hablando de una persona sobre la que se manifiesta una falta de libertad tal que sería igual a que una persona ejerciera sobre ella un poder vinculado con el derecho de propiedad. Por otra parte, la cláusula “o imponerles algún tipo similar de privación de libertad” puede ser interpretada como un ejemplo más de las acciones que dan lugar a que se manifieste alguno de los atributos del derecho de propiedad que se manifiesta en el apartado, esto es, entraría dentro de la lista enumerada en el párrafo 1, que quedaría de la siguiente manera: comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad. Bajo este entendimiento, las privaciones similares de libertad son aquellas que equivalen a comprar, vender, prestar o dar en trueque a una persona, y puesto que son acciones en las que se manifiestan atributos del derecho de propiedad, esas “privaciones similares” también serán ejercidas bajo la influencia de los atributos del derecho de propiedad. Como vemos, sea a través de una u otra interpretación, llegamos a la misma conclusión, que la cláusula “privación similar de libertad” debe ser comprendida como una privación de libertad de tal grado que se manifieste algún atributo del derecho de propiedad ejercido sobre otro ser humano.

Aunque nuestro análisis del citado párrafo 1 pueda ser correcto, en los Elementos de los Crímenes existe una nota al pie (nota 11) que trata de aclarar el sentido del mismo y que establece:

“Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o 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,

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”.

Cuando pensábamos que todo quedaba aclarado y que la interpretación era coherente con el texto, aparece esta nota al pie para volver a oscurecer el término esclavitud mezclando los términos y fines de las diferentes formas de explotación que aparecen en los Convenios. De una lectura literal de esta nota es comprensible pensar que se vuelve a extender el concepto de esclavitud equiparándolo con trabajo forzoso y con las que se han venido denominando “servidumbres menores” nombradas en el Convenio de 1956, a saber: la servidumbre de la gleba, la servidumbre por deudas, el matrimonio forzoso y la explotación infantil. Ampliando esta concepción se engloba dentro del término esclavitud una serie de comportamientos de explotación personal en los cuáles no se ejercen los atributos del derecho de propiedad, con lo cual, vuelve a abrirse una brecha conceptual que parecía cerrada por lo establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incluso, se va más allá, ya que esta nota al pie, no parece estar en armonía con el texto del Estatuto y el artículo 9.3 del mismo establece que “*los Elementos de los Crímenes y sus enmiendas serán compatibles con los dispuesto en el presente Estatuto*”. Es decir, en los Elementos de los Crímenes no cabe disposición alguna que vaya en contra del texto del Estatuto, como parece que sucede con la citada nota 11 que expande el concepto de esclavitud dándole cabida al trabajo forzoso y a las servidumbres menores como formas de explotación en las que no se ejercen los poderes vinculados al derecho de propiedad, lo cual indica una falta de coherencia con el Estatuto.

Sin embargo, podemos tratar de razonar el texto de la nota para dotarla de una armonía normativa con el contenido del Estatuto y así tratar de solucionar la incongruencia aparente que aparece en ambos apartados, aunque de ello se derive la falta de necesidad de dicha nota y la absoluta certeza de que sería mejor su eliminación por medio del proceso de enmienda descrito en el artículo 9.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El texto de la nota al pie viene referido a una serie de privaciones de libertad bajo la frase “en algunas circunstancias”, es decir, su aplicación al trabajo forzoso y a las “servidumbres menores” sólo se llevará a cabo en determinadas ocasiones. Aferrándonos a este “condicionante”, podríamos entender, haciendo un ejercicio de fe, que tales circunstancias son aquellas en las que se manifieste el ejercicio de los atributos

del derecho de propiedad tal y como exige el artículo 1 de la Convención sobre Esclavitud de 1926, y que lo pretende esta nota al pie es advertir de la probabilidad de que estas otras explotaciones menores pueden llegar a ser esclavitud siempre y cuando esa privación de libertad esté vinculada al ejercicio de uno de los poderes del derecho de propiedad, lo cual sería coherente con los convenios, ya que, la Convención de 1926 reconoce que el trabajo forzoso puede llegar a ejercerse bajo condiciones de esclavitud y la Convención Suplementaria de 1956 prevé que las servidumbres puedan degenerar en condiciones esclavistas.¹⁹⁶

En cuanto al trabajo forzoso u obligatorio el Convenio Número 29 sobre Trabajo Forzoso en su artículo 2 establece que:

*“A los efectos del presente Convenio, 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”.*¹⁹⁷

No obstante, anteriormente a esta definición, el trabajo forzoso es incluido en una disposición de la Convención sobre Esclavitud de 1926 en cuyo artículo 5 se dice que:

“Las Altas Partes Contratantes reconocen que la utilización de trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que respecta a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio o tutela, a tomar todas las medidas necesarias para prevenir que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud”.

Este párrafo introductorio deja claro que el trabajo forzoso puede llegar a convertirse en esclavitud, siempre que se desarrolle bajo determinadas condiciones, por lo tanto, este sería el caso de una privación de libertad tal y como adjunta la nota al pie número 11 de los Elementos de los Crímenes.

En cuanto a las servidumbres menores, el artículo 7.b de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 establece 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”.

Y estas instituciones o prácticas del artículo 1, son las siguientes:

¹⁹⁶ En este sentido ALLAIN, JEAN: “The Definition of Slavery in General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute”, op. cit., pp. 16-18.

¹⁹⁷Artículo 1.2 de la Convención Nº 29 de la OIT sobre Trabajo Forzoso, 1930.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

a) *La servidumbre por deudas, o sea, 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;*

b) *La servidumbre de la gleba, o sea, 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 ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;*

c) *Toda institución o práctica en virtud de la cual:*

i) *Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;*

ii) *El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;*

iii) *La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;*

d) *Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.*

Existe un párrafo introductorio a este artículo 1 que señala que “*cada uno de los Estados Parte 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 estas instituciones y prácticas*” y continúa diciendo que la abolición o el abandono de estas instituciones o prácticas se llevará a cabo “*dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre Esclavitud de 1926*”. De este modo, se reconoce que, aunque las servidumbres menores pudieran ser abolidas “*de iure*”, es decir, según su propio derecho, cabría la posibilidad de que se manifestaran atributos del derecho de propiedad y que, en ese caso, serían consideradas esclavitud y quedarían cubiertas por la definición de la Convención de 1926, y es en este caso en el que cobra sentido el análisis que se ha elaborado de la nota al pie número 11 de los Elementos de los Crímenes, equiparando esta misma situación a esas “*privaciones de libertad en algunas circunstancias*”.

En conclusión, únicamente cuando el autor someta a trabajo forzoso o reduzca a servidumbre a una persona hasta el punto de que, en esas determinadas circunstancias, la acción manifieste alguno o todos de los atributos del derecho de propiedad, se podrá interpretar con coherencia la privación de libertad señalada en los Elementos de los Crímenes y tal comportamiento será considerado como esclavitud ante la Corte Penal Internacional.

Llegado a este punto del análisis del delito de esclavitud en el derecho penal internacional en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se debe resaltar la referencia que se hace en la definición al tráfico de personas, que viene a ser a la trata de seres humanos, aunque exista un problema conceptual de ambos términos, mediante la frase *“incluido el ejercicio de estos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”*.

De nuevo asistimos a una contradicción entre el texto del Estatuto y su legislación secundaria los Elementos de los Crímenes. Recordemos el artículo 7.2.c. del Estatuto que dice:

“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”.

De esta lectura se puede entender que en el curso de la trata de personas se puede llegar a manifestar un sometimiento a esclavitud, siempre y cuando se ejerzan los atributos del derecho de propiedad. Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes, a través de la ya mencionada nota al pie número 11 se llega mucho más lejos haciendo de la trata un sinónimo de esclavitud, incluyéndose elementos que no tienen relación alguna con el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, ya que se afirma que *“se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”*, refiriéndose al contenido del artículo 7.1.c que describe el concepto de esclavitud poniendo ejemplos de los atributos del derecho de propiedad.

En la definición de la legislación principal citada arriba únicamente se pone de relieve que los atributos del derecho de propiedad pueden aparecer en el curso de la trata de personas, pasando este delito a convertirse en un delito de esclavitud ante la Corte Penal Internacional. En el caso TANG de 2008, el Tribunal Supremo Australiano construyó una definición similar en el contexto de un caso en el que encontró

situaciones de esclavitud “*de facto*” de diez mujeres Tailandesas trabajando como prostitutas en un burdel de Melbourne. El Código Penal australiano define la esclavitud en la sección 270.1 en los siguientes términos:

“Esclavitud es la condición de una persona sobre la cual son ejercidos alguno o todos los atributos del derecho de propiedad, incluyendo esa condición como resultado de una deuda o un contrato hecho por la persona”.

Bajo esta definición el Tribunal Supremo Australiano declaró que las últimas palabras de esa frase, incluida esa condición como resultado de una deuda o contrato, no alteran el significado nuclear del término puesto que únicamente se da ese caso cuando aparece tal “condición”, es decir, la condición descrita en los términos de la Convención de 1926, y por tanto, sólo aplicable en ese caso.¹⁹⁸ El mismo argumento podemos utilizar para el caso que se está examinando en el artículo 7.2.c del Estatuto de la Corte, ya que, las últimas palabras que incluyen el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas no deben alterar el significado de la primera parte de la definición puesto que sólo es aplicable si aparecen esos atributos. De hecho, el Tribunal Australiano vino a decir que esto es una técnica común de redacción, es decir, que las palabras posteriores incluidas no se extiendan al funcionamiento de las palabras anteriores, quedando claro que son una condición que resulta de una deuda o de un contrato (o en el caso de la esclavitud, del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad en el curso de la trata) pero que no debe excluirse de la definición ya que, de este modo, engloba esas otras situaciones.¹⁹⁹

Bajo esta fórmula, aplicando las disposiciones del artículo 7.2.c del Estatuto, la Corte Penal Internacional no debería de excluir los casos de trata de sus atribuciones, sino que, podría incluir estas situaciones siempre que resultaran cubiertas por la definición de esclavitud como una manifestación del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. Se demuestra así la evolución que ha habido desde la Conferencia Diplomática de Roma en la que se negoció el Estatuto de la Corte dentro del consenso internacional que ha surgido en cuanto a la definición de “trata de personas”, lo cual es reflejo de su aparición en el Protocolo de Palermo del año 2000 de Naciones Unidas y en el Convenio de 2005 del Consejo de Europa en los siguientes términos:

¹⁹⁸Tribunal Supremo de Australia, caso *The Queen v Tang*, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008, p. 33.

¹⁹⁹ *Ídem*.

*“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”.*²⁰⁰

Como se establece en la definición, la trata de personas tiene tres elementos, la acción (captación, traslado, acogida o recepción), los medios (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 la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra) y la finalidad (explotación y el resto de ejemplos que se ofrecen). Entre los tipos de explotación enumerados aparece la esclavitud o sus prácticas análogas, es decir, las “servidumbres menores” descritas en el Convenio de 1956, el trabajo forzoso, la servidumbre (que tiene su propia posición en los derechos humanos internacionales por ejemplo en el artículo 8 de los Pactos) y la extracción de órganos. Cuando aparecen estos elementos, entonces podemos hablar de la existencia de trata de personas. Sin embargo, si el fin perseguido era la explotación mediante el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, entonces este acto se convierte en esclavitud en virtud del artículo 7.2.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Después de analizar el concepto de trata en el marco de la Corte Penal Internacional, volvamos al análisis de los Elementos de los Crímenes. Recordemos que el párrafo 1 del artículo 7.1.c establece:

“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”.

En esta definición no se menciona la trata de personas, pero, al final de este párrafo se encuentra la nota al pie número 11 que dice:

“Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a

²⁰⁰ Ver Artículo 3.a), del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Castigar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y niños del año 2000 y artículo 4.a) del Convenio Contra la Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa del año 2005.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

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. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”.

La última frase de esta nota sí incluye la trata de personas, ampliando la noción de esclavitud no solamente para aquellas situaciones de privación de libertad que “en algunas circunstancias” manifiesten poderes o atributos vinculados al derecho de propiedad, sino que, no ofrece ninguna condición, hace una equiparación directa de la trata con la esclavitud. Surge así una propuesta totalmente diferente de la del Estatuto, en la cual, los Elementos de los Crímenes, mediante su nota adjunta, van mucho más lejos, considerando que cuando exista una acción y un medio equiparable a los elementos de la trata, estará presente un comportamiento de esclavitud. Esta comprensión expandida no es coherente con los límites establecidos en el Estatuto y, por tanto, en palabras del artículo 9 del Estatuto, no es “consistente con el Estatuto”. Equiparando la trata con la esclavitud, los Elementos de los Crímenes buscan incluir dentro de la jurisdicción de la Corte otros tipos menores de explotación en los que la trata está presente. Esta expansión del término esclavitud es de composición abierta ya que los tipos de explotación enumerados son tan solo ejemplos y son los más graves, con lo cual, esta fórmula permitiría dar entrada a otros tipos aún menores de explotación dentro del contexto de la trata de personas ante la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

3.2. Convenios sobre Trata de Personas y su relación con el Concepto de Esclavitud

A medida que el S. XX tocaba a su fin, el régimen jurídico internacional, en lo referente a esclavitud y servidumbre, se iba oscureciendo y cayendo en el más absoluto desuso. Tanto la Convención de 1926 como la Convención Suplementaria de 1956 fueron sustituidas en el seno de Naciones Unidas por un Sistema de Derechos Humanos que fusionó y confundió los términos de “prácticas esclavistas” (“*slavery-like practice*”) y de “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” (“*practices similar to slavery*”) con el de “esclavitud”. Durante todo el S. XX sólo hubo un juicio internacional en

relación con la esclavitud, el caso *Muscat Dhows*²⁰¹ en 1905. Gracias al desarrollo del régimen de la justicia penal internacional y a los Tribunales Internacionales hemos asistido durante la primera década del siglo XXI a un renacimiento, con más o menos fortuna, de los conceptos internacionales de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de seres humanos, las cuatro grandes formas de sometimiento extremo del ser humano que componen lo que se ha denominado “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. De este modo, hemos vivido varias decisiones relacionadas con la esclavitud en distintos Tribunales Internacionales como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (caso *Kunarac*²⁰²), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Siliadin* en 2005 y caso *Rantsev* en 2010²⁰³), el Tribunal de Justicia de la ECOWAS (caso *Mani Koraou*²⁰⁴ en 2008) y el Tribunal Especial para Sierra Leona (caso *Brima*²⁰⁵ en 2008).

El otro gran impulso al reconocimiento jurídico internacional de la esclavitud vino dado a través del conocido como Protocolo de Palermo dentro del marco de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Naciones Unidas en el año 2000, cuyo nombre es Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y que establece una definición de trata de personas en la que se tipifican distintos tipos de explotación humana.

La naturaleza de este Protocolo no es la lucha contra la explotación humana “*per se*” ya que las disposiciones se refieren al delito de trata con fines de explotación, siendo delito la “*captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas*”, y no, por ejemplo, la esclavización real de la persona. Una de las mayores ventajas de este Protocolo es que nombra y distingue los distintos tipos de explotación humana que están vinculados a los diferentes instrumentos internacionales y los reúne por primera vez.²⁰⁶

El Protocolo es de carácter transnacional, es decir, al igual que la Convención de 1926

²⁰¹ Corte Permanente de Arbitraje, caso *Muscat Dhows*, 13 de octubre de 1904.

²⁰² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Kunarac* y otros (núm. IT-96-23/1-T), n22 de febrero de 2001..

²⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

²⁰⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, caso *Hadijatou Mani Koraou* contra la República de Nigeria (núm. ECW/CCJ/JUD/06/08), 27 de octubre de 2008.

²⁰⁵ Corte Especial de Sierra Leona, caso *Brima* y otros (SCSL-2004-16-A), 22 de febrero de 2008.

²⁰⁶ Convenio de Naciones Unidas Para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, dotado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949; Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930 (OIT No. 29); Convención sobre la Esclavitud de 1926; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

sobre Esclavitud y la Convención Suplementaria de 1956, no crea un régimen internacional, pero exige que cada país actúe dentro de su jurisdicción criminalizando la conducta establecida en la definición de la trata de personas.²⁰⁷ El mayor avance con respecto a la esclavitud se encuentra en el hecho de que se confirma la relevancia de la definición de esclavitud establecida en el Convenio de 1926. El proceso de negociación del Protocolo de Palermo revela que los diplomáticos tenían en mente la definición de esclavitud tal y como aparece en la Convención de 1926 cuando se incluyeron estos términos en el instrumento contra la trata.²⁰⁸

Por tanto, el renacimiento de la definición legal de esclavitud se ha debido principalmente a la actualización de la justicia penal internacional a través de los convenios sobre trata y también gracias a la creación de Tribunales Penales Internacionales “*ad hoc*” como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda en 1993 y 1994, así como a la creación del Estatuto Penal de la Corte Penal Internacional, lo cual significa que el S. XXI está dotado de un sistema jurídico penal internacional que es capaz de procesar el crimen de la esclavitud.

Tan importante en este renacer ha sido el régimen de la justicia penal internacional como lo es el hecho de que la Corte Penal Internacional sólo tenga la intención de hacer frente a “*los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto*”.²⁰⁹ Este mandato es limitado, sin embargo, ejerce un efecto en las legislaciones domésticas, ya que los países que han firmado el Estatuto están obligados a transponer a su normativa interna las disposiciones internacionales, con lo cual, es necesaria una revisión de su articulado relativa a los crímenes competenciales de la Corte, de este modo, se garantiza que el sistema jurídico interno de un país tipifique este tipo de comportamientos delictivos y que sus tribunales puedan imputar estos crímenes. El Convenio contra la trata también ha conseguido que los países vuelvan a examinar su legislación relativa a los tipos de sometimiento extremo del ser humano que se mencionan en la definición sobre trata de personas, entrando en juego la definición de esclavitud en el ámbito jurídico de un país, algo que, de otra manera, no hubiera ocurrido.

²⁰⁷ Artículo 5 del Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños del año 2000.

²⁰⁸ United Nations, Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols there to, United Nations Publication Sales No. E.06.V.5, 2006.

²⁰⁹ Artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

4. Definición de esclavitud

Resulta curioso advertir que, a día de hoy, el término esclavitud y sus límites sigan siendo controvertidos, más aún cuando la definición internacional de esclavitud fue establecida en 1926, fue repetida en 1956 y reproducida de nuevo en la definición incluida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998.

Es necesaria una detallada lectura y un concienzudo análisis de cada uno de los elementos de la terminología utilizada en la definición para extraerle todo el sentido a un término que parece desfasado en el tiempo y que nos traslada al paradigma del derecho de propiedad como piedra angular del concepto y es por ello precisamente que surge tal controversia. Puede parecer que una persona necesita poseer a otra para que exista esclavitud, lo cual nos llevaría a una esclavitud tradicional o clásica en dónde una persona podía ejercer un derecho de propiedad legal sobre otra, pero, como sabemos, esa situación está prohibida hoy en día y nos llevaría a englobar muy pocas situaciones contemporáneas en las que pueda darse ese tipo de esclavitud que llamaremos “tradicional”, ya que, nadie puede reclamar tal derecho frente a un tribunal. Sin embargo, mientras que la definición de esclavitud nos lleva hacia un derecho legal sobre una persona, también reconoce la posibilidad de que exista un derecho de propiedad “*de facto*” o de hecho a través del término “condición” frente a “estado” (términos contenidos en la definición de esclavitud) que implicaría una propiedad “*de iure*” o de derecho. Es fundamental el entendimiento de estos conceptos ya que los bienes “*de iure*” no pueden existir en la esclavitud a día de hoy.

Esta es la gran relevancia contemporánea de la definición, su aplicación a situaciones “*de facto*”. La manera de poseer algo o a alguien en un sentido “de hecho”, pero no “de derecho” o legal, se puede explicar poniendo como ejemplo productos ilegales como drogas o armas, cuya propiedad, al igual que pasa con la de los seres humanos, está prohibida, es decir, si a alguien lo detienen portando armas de fuego o drogas no puede afirmar un derecho de propiedad sobre tales objetos puesto que es ilegal, no obstante, un juez podrá reconocer en estos casos un derecho de propiedad “*de facto*” sobre estos objetos.²¹⁰ Haciendo esta analogía se puede resolver la controversia suscitada por el texto del artículo 1 de la Convención de 1926 y darle una explicación a la idea rectora de la definición que está constituida no sólo por el derecho de propiedad

²¹⁰ ALLAIN, J.: *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, pp. 121-122.

en sí mismo, sino por el ejercicio de los “atributos del derecho de propiedad” que darían lugar a una esclavitud en la que el autor no ejerce un derecho de propiedad legal (esclavitud “*de iure*”) que suponga un “estado” de esclavitud, si no que ejerce alguno de los atributos del derecho de propiedad que suponen una “condición” de esclavitud (esclavitud “*de facto*”).

A continuación, se examinará el artículo 1 de la Convención de 1926 para dotarlo de una aplicación a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, por lo que, será necesario desgarnar el concepto de “atributos del derecho de propiedad” y explicar detenidamente la relevancia que tiene esta construcción en las manifestaciones contemporáneas de la explotación o sometimiento extremo de la persona y, particularmente, en aquellas que pueden llegar a ser consideradas como esclavitud. Puesto que la definición está basada en la propiedad, hay que hacer referencia al derecho de propiedad en el que los juristas del pasado y del presente hacen énfasis en los poderes y privilegios asociados al propietario, lo que el dueño de la cosa tiene derecho a tener, a hacer o a esperar con respecto a su cosa. Existen una serie de poderes y privilegios asociados a la figura del propietario que se pueden relacionar y aplicar a situaciones de esclavitud con el fin de calibrar hasta qué punto ejerce una persona algún poder relacionado con el derecho de propiedad sobre otra persona, por lo tanto, se debe de hacer un ejercicio de similitud y pensar en la esclavitud en estos términos.

El argumento central es que la forma de dominio personal sobre un individuo puede seguir ejerciéndose produciendo los efectos sustanciales que existirían si se manifestara un derecho de propiedad sobre una persona a pesar de su abolición formal, lo cual explica la enorme relevancia del derecho de propiedad con respecto a la manifestación contemporánea de un sometimiento a esclavitud en sentido estricto.

4.1. Propiedad

Como se ha advertido en las últimas páginas de esta investigación, hay que centrar nuestra atención en el derecho de propiedad para poder vislumbrar el camino a seguir en la aplicación de la definición de esclavitud. La construcción del derecho de propiedad se asemeja a una serie de peldaños que forman una escalera, un todo. Cada uno de esos peldaños constituiría un poder que se integra dentro de un todo hasta llegar al último de ellos en el cual se manifiesta la propiedad con mayor intensidad que en ningún otro, que

podría equipararse con la posesión, pero ello no quiere decir que en el resto de peldaños o poderes no se ejerza un vínculo con el derecho de propiedad. Así, la propiedad está compuesta por una serie de atributos como usar, vender, comprar, recibir los beneficios, etc. Cada uno de esos atributos representan una parte de un todo y al manifestarse se está ejerciendo un poder vinculado con la propiedad, por lo tanto, se entenderá que existe una relación establecida bajo un poder inherente al derecho de propiedad.

En los estudios sobre la propiedad fue de suma relevancia el ensayo que ANTONY HONORÉ hizo en 1961²¹¹. HONORÉ identifica once atributos relacionados con el derecho de propiedad y afirma que la presencia de cualquiera de estos elementos es suficiente para identificar la existencia de una relación de propiedad, señala que “son derechos legales, obligaciones y otro tipo de incidentes que se aplican ordinariamente a la persona que tiene el mayor interés en una cosa admitido por un sistema legal maduro”.²¹² Ese término de “mayor interés” no quiere decir que una persona posea un derecho soberano o absoluto sobre una cosa, sino, más bien, la capacidad de gozar o de disponer de la cosa. Por lo tanto, la propiedad implica derechos, pero estos no son, en la mayoría de los casos, derechos absolutos, sino que son derechos en los que la persona tiene el mayor poder de reclamación sobre una cosa. Siguiendo la caracterización de la propiedad, HONORÉ enumera lo que constituye ese conjunto de derechos que él denomina “incidentes de la propiedad”. Estos son:

1) El derecho a la posesión.

La posesión se refiere a la condición fáctica de tener un control físico o el custodio de algo, así que, “el derecho a poseer” sería el derecho de tener físicamente el dominio de algo. Se identifica a menudo como el atributo más básico del propietario. HONORÉ lo define como “el fundamento en el cual reside el conjunto de la superestructura de la propiedad”²¹³. Es un incidente que tiene manifestaciones positivas y negativas, de manera que comprende el derecho de tener el control de una cosa y también la correspondiente negación hacia otras personas, es decir, nadie puede interferir en el control de esa cosa sin el permiso del poseedor. El propietario se reserva el derecho de exclusión sobre su cosa poseída.

²¹¹ HONORÉ, A.: “Ownership”, op. cit. p. 105.

²¹² *Ídem*.

²¹³ *Ibidem.*, p. 113.

El análisis posesorio resulta de especial relevancia en el entorno del sometimiento a esclavitud, puesto que una persona podría llegar a ejercer un derecho de posesión sobre otra, ya que la posesión puede abarcar desde un control físico hasta un control directivo más abstracto. De este modo, cuando se observa un control continuado y efectivo de una persona sobre otra, pueden estar presentes características del derecho de propiedad y, con ello, indicios de que pueda existir esclavitud.

2) El derecho a usar, administrar y a la renta de la cosa.

Estos tres incidentes están relacionados entre sí.

El derecho de usar es aquel que tiene un propietario de disfrutar de manera personal de las características y prestaciones que le ofrezca la cosa.

El derecho de administrar se refiere al derecho a tomar decisiones sobre el uso de su cosa: quién puede usarla, cuándo y con qué propósito. También implica el poder necesario para dirigir la cosa y conseguir los objetivos que se proponga, como, por ejemplo, la facultad de hacer acuerdos o celebrar contratos para un propósito marcado y un tiempo determinado.

El derecho a la renta es el derecho a beneficiarse de las ganancias derivadas del uso de su cosa. HONORÉ identifica este derecho con el derecho de usar señalando que es un “sucedáneo del derecho de usar”, significa que aquellos réditos que un propietario obtiene por el permiso concedido a otro para explotar su cosa pueden considerarse un beneficio o compensación por la renuncia del propietario a usarla. Un propietario puede explotar su cosa por sí mismo o decidir que la explote otra persona por él, reclamando y estipulando un beneficio en consecuencia. Es por ello, que se puede afirmar que cuando alguien toma estas decisiones “*de facto*” en relación con una cosa en particular, esa persona puede ser identificada como propietario.²¹⁴ Analógicamente cuando alguien toma “*de facto*” ese tipo de decisiones sobre una persona, esta puede ser considerada como un esclavo.

3) El derecho al capital.

El propietario tiene un poder de disposición sobre la cosa, puede transferirla o cederla a otra persona en vez de disfrutar de su uso o de las rentas. Siempre que una

²¹⁴ Por supuesto, las funciones pueden ser delegadas a un agente o empleado del propietario, pero los accesos no comprometen la posición general que mantengo sobre la propiedad.

persona manifieste los poderes que implican disponer completamente del bien estamos ante uno de los incidentes del derecho de propiedad.

De la misma forma que el derecho a poseer, la cesión absoluta o alienación a otra persona está considerado como uno de los máximos poderes del derecho de propiedad. Existen varias formas de alienación, tales como, venta, donación o sucesión en la muerte, pero en todos ellos queda patente la autonomía del propietario en la toma de decisiones.

En lo que a la esclavitud se refiere, resulta complicado encontrar hoy día intentos expresos de manifestar el derecho de transferencia sobre una persona, pero sí que podemos encontrar ciertas manifestaciones que resultan equivalentes en la práctica y que revelan la existencia de una relación de propiedad esclavista.²¹⁵

4) El derecho a la seguridad.

Una de las características del derecho de propiedad es que el propietario puede protegerse frente a una expropiación injustificada de sus bienes, lo cual preserva una esfera privada de autonomía en el tratamiento de sus bienes. De la misma manera, mediante este derecho el propietario se asegura que, además de la seguridad frente a estos procesos, la transferencia o alienación de su propiedad sólo podrá llevarse a cabo bajo su previo consentimiento, con lo que, de nuevo, se preserva la autonomía del propietario en la toma de decisiones sobre los bienes de su propiedad.

La articulación de este atributo en el plano de la esclavitud es compleja. En general, los estados no suelen sancionar las formas de esclavitud “*de iure*” por lo que entendemos poco probable encontrar un régimen en el que se tipifiquen expresamente las relaciones esclavistas procedentes de la expropiación. Aunque sí que es cierto que cuando un Estado no toma las medidas necesarias para acabar con las prácticas esclavistas se refuerza la seguridad “*de facto*” de aquellos que participan en tales actividades facilitando así las posibles relaciones de esclavitud.²¹⁶

5) Atributos de transmisibilidad y ausencia de plazo.

Otro de los incidentes que destaca HONORÉ es que la relación con la cosa no tiene límite de duración. La transmisibilidad es el poder del propietario de transmitir su

²¹⁵ HICKEY, R.: “Seeking to understand the definition of slavery”. *The legal understanding of slavery. From the historical to the contemporary*, Oxford University Press, UK, 2012, p. 228

²¹⁶ *Ibidem.*, p. 228.

derecho de propiedad sobre la cosa a sus sucesores en caso de muerte bajo las normas legales sobre sucesión. Por tanto, la ausencia de plazo significa que la participación en la propiedad sobre la cosa no tiene un límite establecido.

Estos atributos del derecho de propiedad tienen una clara manifestación en el contexto de la moderna esclavitud, tanto es así, que en las Directrices de la Red de Investigación sobre los Parámetros Legales de la Esclavitud, las llamadas *Guidelines Bellagio-Harvard* se destaca que una de las características centrales de la esclavitud desde la perspectiva de la víctima es que el control que experimenta es indefinido, es decir, no sabe cuándo va a terminar.²¹⁷

En cuanto a la relación sucesoria, se considera legalmente imposible que una persona sea transferida a otra por la muerte desde que la esclavitud fue jurídicamente abolida, sin embargo, aunque nos cueste creerlo, siguen existiendo ciertas prácticas y costumbres tribales en las que se lleva a cabo una transferencia del control de la persona tras la muerte a sus descendientes o herederos. Esta relación de control y dominación cosifica a la persona, existiendo manifestaciones del derecho de propiedad y, por tanto, una esclavitud “*de facto*” en sentido propio.

6) Prohibición del uso dañino, responsabilidad de la ejecución, carácter supletorio.

Aunque en cuanto a estos incidentes resulta más complicado encontrar ejemplos en las relaciones esclavistas, merece la pena señalarlos y darlos por conocidos. Pese a la amplitud del derecho de propiedad y la libertad de la que goza el propietario con respecto a su bien, ese poder no es totalmente ilimitado. Los sistemas modernos de propiedad prohíben usar la cosa para dañar a otros. Estas limitaciones en la libertad de uso no significan que desaparezca la relación de propiedad. El propio Estado puede, en ocasiones, limitar este derecho como en supuestos de quiebra o para satisfacer deudas.

El sistema de propiedad reconoce la posibilidad de relaciones posesorias menores que las del propietario, como pueden ser arrendamientos, servidumbres, etc. Frente a estos otros derechos, el propietario sigue teniendo un control último en la distancia

²¹⁷ RED DE INVESTIGACIÓN SOBRE LOS PARÁMETROS LEGALES DE LA ESCLAVITUD: *Guidelines Bellagio-Harvard* 2012. Traducción al español por Eulogio Bedmar Carrillo (Universidad de Granada) y Carlos Espaliú Berdud (Universidad Internacional de Catalunya).
Guideline 3. “La posesión es fundamental para la esclavitud”.

sobre su cosa, lo cual nos lleva a concluir que el tenedor del derecho de propiedad es la persona que decide en última instancia sobre el bien.

Es bastante común encontrar ejemplos de estos incidentes en las relaciones esclavistas modernas, como puede ser el caso de una persona sometida a servidumbre con carácter de esclavitud que es prestada a otra familia con la misma finalidad, sabiendo que en última instancia será devuelta a su “amo”.

7) Derechos, libertades, poderes e inmunidades.

El derecho de propiedad es un conjunto de varios fenómenos legales, muchos de ellos son precisamente derechos, otros son libertades y poderes y algunos otros son inmunidades, e incluso puede darse el caso de que algunas veces exista una combinación de varios de estos elementos.²¹⁸

Estos son los once incidentes del derecho de propiedad descritos por HONORÉ. Se trata de utilizar esta descripción trasladándola al concepto de esclavitud para estudiar qué tipo de construcción de la propiedad es utilizada en el artículo 1 del Convenio de 1926.

Existen opiniones diversas con respecto a la composición del derecho de propiedad referido en la definición del artículo 1. Algunos autores argumentan que son únicamente los poderes propiamente dichos los que componen el concepto de propiedad de la esclavitud.²¹⁹

Sea cual sea el punto de vista, debemos de dotar de sentido jurídico al término de esclavitud y para ello hemos de estudiar cada uno de los elementos que componen el concepto de atributos del derecho de propiedad.

4.2. Propiedad y moderna esclavitud. Los atributos del Derecho de Propiedad

Como se ha analizado hasta ahora, en términos generales el derecho de propiedad legal sobre una cosa (aquel que los Tribunales pueden confirmar) se compone de una serie de atributos tales como poseer y usar una cosa, tomar decisiones sobre su uso y sobre cómo puede ser usada por otros, disfrutar de lo producido por la cosa, venderla,

²¹⁸ En este sentido HOHFELD, W. N: “Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, 1913-14, p. 16.

²¹⁹ Apoyando esta línea de pensamiento PENNER, J.: *The idea of Property in Law*. Clarendon Press, 1997, p. 24

regalarla o incluso darla en sucesión. El propietario espera unas medidas de seguridad sobre su cosa, que no pueda ser tomada por otra persona o expropiada por el propio Estado sin una buena causa y compensación. Incluso que su propiedad sea mantenida en el tiempo hasta que el propietario decida en otro sentido regalándola, vendiéndola, consumiéndola o construyéndola. Ahora bien, lo verdaderamente importante es de qué manera se puede trasladar analógicamente todas las implicaciones que suponen este concepto de propiedad a una terminología coherente con la definición de esclavitud y que todo ello le sea aplicable a los seres humanos. La respuesta es compleja, pero se basa en la relación de control que se establece en la persona a través de las manifestaciones “*de facto*” de los atributos del derecho de propiedad, que son todos aquellos incidentes que componen el entramado del derecho de propiedad.

De igual modo que un jurista de la propiedad entendería el derecho de propiedad en relación con una cosa, en esta investigación debemos reconocer que el ejercicio de “los atributos del derecho de propiedad” (tal y como expresa la definición de esclavitud) se manifiestan sobre el control de una persona de tal manera que privan a la persona de su libertad individual, de su libertad en el sentido más amplio, de “*status libertatis*”, término que desarrollaremos más adelante, y de lo que resulta una disminución en su autonomía y en la toma de decisiones sobre su propia vida y desarrollo personal. Como resultado final de todo este proceso esclavista aparece la habilidad, una vez que el control ha sido establecido, de explotar a la persona convertida en esclavo a través de su uso, dirección, beneficio, transferencia o disposición, esto es, a través de todos los derechos que la persona tendría sobre una cosa sobre la que ejerciera un derecho de propiedad.

El telón de fondo sobre el que se asienta la relación esclavista es el control. La propiedad implica una relación de dominación, de control, que debe ser reconocida como posesión. Este es el atributo sobre el que se asienta el concepto de propiedad que da cabida a este paradigma en la definición de esclavitud, el cual permite determinar lo que significa la esclavitud en términos normativos legales. Por tanto, si se quiere analizar en un caso concreto la existencia de esclavitud, hay que observar si se establece una relación de dominación en el que el control sea equivalente a posesión, es decir, que una persona controle a otra como si tuviera una cosa poseída en sentido legal.

Pongamos un ejemplo para entender esta idea: imaginemos una discusión entre dos traficantes de droga sobre un kilo de heroína.²²⁰ Ninguno de los dos puede tener un derecho de propiedad legal, “*de iure*”, sobre la droga puesto que sería ilícito, sin embargo, los Tribunales reconocerán el ejercicio de un poder atribuido al derecho de propiedad sobre ella, un derecho en un sentido “*de facto*” con el fin de poder aplicar a uno u otro traficante un delito contra la salud pública. El mismo razonamiento se puede extrapolar a la propiedad que el esclavista ejerce sobre la persona esclavizada en el sentido de que se manifiesta un atributo del derecho de propiedad en un “bien” sobre el que no se puede tener tal derecho porque está legalmente prohibido pero que, en la práctica, se ejerce del mismo modo que si tuviera tal derecho. Así, el Tribunal, tanto en el caso de la heroína como del esclavo actuaría con el mismo razonamiento del paradigma de la propiedad, esto es, determinando una propiedad “*de facto*” y resolviendo por una cuestión de posesión: si la persona X tenía el control sobre la heroína/esclavo, entonces la poseía, *ergo*, ejerce sobre ella un atributo del derecho de propiedad, que se concreta en una propiedad “*de facto*”.

Estableciéndose la posesión como el pilar sobre el que se asienta la construcción del sistema de propiedad en lo que a sometimiento a esclavitud se refiere, se observa que existe una interrelación entre esta y el resto de los atributos del derecho de propiedad. De manera que, mientras que es el control o dominación equivalente a posesión el que hace posible que se ejerzan el resto de atributos, ese ejercicio del resto de poderes también son indicativos de la presencia del control y dominio de la persona. Esta correlación entre la posesión y los demás atributos del derecho de propiedad, nos permite alumbrar la idea de que cuando son ejercidos en el contexto de una relación posesoria estaremos ante la presencia legal de lo que pretendo incorporar a nuestro texto punitivo como delito de sometimiento a esclavitud.

Una vez entendida la idea, traslademos ahora la noción de los atributos más relevantes del derecho de propiedad al contexto de la esclavitud:

1) Comprar o vender a una persona.

Uno de los incidentes más poderosos del derecho de propiedad es la capacidad de comprar o vender a una persona. Para que una persona sea vendida y cosificada, el concepto de control equivalente a posesión debe existir como piedra angular de la

²²⁰ ALLAIN, J.: *Slavery in International Law...*, op. cit. pp. 121-122.

relación de dominación y de ese modo se explica que esa transacción pueda llevarse a cabo. Pongamos otro ejemplo que nos permite entender las diferentes manifestaciones de este atributo: un jugador de fútbol profesional puede ser “vendido” o “cedido” a uno u otro club distinto al que posee sus derechos, incluso de manera “forzada” ya que el jugador puede preferir quedarse en el club al que pertenece. En este caso, aunque sea cierto que el jugador es “vendido” a otro club y esté “obligado” a irse a otra ciudad a prestar sus servicios, esta situación está muy lejos de acercarse al umbral de esclavitud por mucho que existan indicadores de que se están ejerciendo atributos del derecho de propiedad. Puede que sus servicios sean vendidos a otro club, pero su libertad de decisión con respecto a su vida permanece intacta, es decir, puede buscar otra salida, buscar otro club o incluso dejar de ejercer su profesión en el club que no le quiere. Por tanto, no se observa una relación de control que sea equivalente a posesión, puesto que el club no es dueño de sus decisiones, nadie le priva de su libertad y autonomía personal. En los casos de esclavitud, se ejerce un dominio tal que se le quita a la persona su libertad individual y, con ella, su libertad de decidir sobre su propia vida, generalmente a través de amenazas o violencia, aunque el medio por el que se llega a esclavizar a la persona no es definitorio para la situación final. De este modo, en este ejemplo no existe esclavitud puesto que es necesario que se establezca una relación equivalente a posesión y que en ese marco se ejerza un atributo del derecho de propiedad tal como la venta o la compra de una persona.

Se estudia la noción del atributo de vender o comprar como un incidente del derecho de propiedad, dentro de un concepto amplio de transferencia de seres humanos en el cual se incluyen otras transacciones similares como el trueque, el intercambio o incluso dar o recibir a una persona como regalo.

La antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Formas contemporáneas de Esclavitud, Gulnara Shahinian, aportó información sobre situaciones de transferencia en el contexto de préstamo o alquiler de niños en el Informe sobre Ecuador en 2011:

“La Relatora Especial también recibió información sobre el alquiler o préstamo de niños por pequeñas cantidades de dinero por un determinado período de trabajo que oscila entre 30 y 80 dólares para ayudarlos en una amplia variedad de tareas. Durante el tiempo que los niños son alquilados se les deja a merced de sus inquilinos y sus padres no saben lo que hacen ni dónde están. En algunos casos los niños son usados como vendedores ambulantes y trabajadores de granjas, en otros casos han sido utilizados como servidores domésticos o

*traficados a países vecinos (incluyendo Chile, Colombia Perú y la Republica de Venezuela) para trabajos forzosos, explotación sexual y mendicidad”.*²²¹

También se puede incluir dentro de este incidente la capacidad de transferir a una persona en concepto de herencia o el traslado del estado o condición de esclavo a una generación sucesiva. Con respecto al primero de los casos, la ONG *Human Rights Watch* señaló en su informe de 2003 sobre las violaciones de los derechos de las mujeres en Kenia que era bastante común para las viudas una vez que moría su marido ser heredada por un miembro de su familia. Esta herencia de la propiedad de una persona aún existe en Mauritania. Como dijo la Relatora “*Mauritania aún es una sociedad altamente estratificada entre etnias y líneas raciales*”, en la cual, “*los esclavos y sus descendientes están muy abajo*”. Aunque en su informe de 2010 señaló que en el Oeste de África negaban la existencia de esclavitud ya que había sido legalmente abolida, ella concluyó que “*la esclavitud de facto continuaba existiendo en ciertas partes de Mauritania*”:

*“Después de analizar las entrevistas hechas con víctimas de esclavitud en Atar, en Rosso y en Nema, la Relatora Especial cree que la situación descrita por ella tenía los elementos de la definición de esclavitud. Las víctimas describían situaciones en las cuales eran completamente controladas por otras personas usando amenazas físicas y/o mentales, no podían tomar ninguna decisión relativa a sus vidas sin el permiso del amo; eran tratadas como productos (por ejemplo, las chicas eran regaladas como regalo de boda), carecían de libertad de movimiento y eran forzadas a trabajar muchas horas con casi ninguna o ninguna remuneración. Además, se les negó el derecho a heredar. Estas víctimas escaparon y hablaron sobre lo que habían dejado atrás y de quienes aún viven en la esclavitud”.*²²²

Para resumir, se reconoce que la transferencia de una persona, como en el caso de la compra o la venta (o en los otros ejemplos dados) es un atributo del derecho de propiedad. Esa transferencia se considerará esclavitud solamente en situaciones en las que una persona ejerza un control equivalente a posesión sobre otra. Así, la transferencia de una persona puede ser un acto que indique la presencia de un control en una situación dada.

2) Usar a una persona.

²²¹ Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de Esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, Un Doc. A/HRC/15/20/Add.3, 20 de junio de 2011, p. 13.

²²² Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de Esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, Un Doc. A/HRC/15/20/Add.2, de 16 de agosto de 2010.

Otro de los atributos del derecho de propiedad es la capacidad de usar a una persona. De nuevo, al igual que en el resto de los atributos del derecho de propiedad, se reconoce que el simple uso de la persona no se puede considerar esclavitud. En relación con la definición de esclavitud enmarcada en el contexto del derecho de propiedad, el uso de una persona implica una relación de control de fondo que puede acercarse al umbral de esclavitud. Usar a una persona quiere decir conseguir el beneficio de sus servicios o trabajo. Un esclavo, por tanto, podría ser usado para trabajar o utilizado para proporcionar servicios de diversa índole (laboral, sexual, etc.).

El caso de los “matrimonios forzosos” podría enmarcarse dentro de la categoría de uso de una persona sin ninguna limitación. Existen muchos ejemplos en el marco de diferentes zonas de guerra como la República Democrática del Congo, Liberia, Sierra Leona, Ruanda y Uganda. Las mujeres son forzadas por los militares que las obligan mediante amenazas y violencia a cocinar, lavarles la ropa o a prestarles favores sexuales. En estos casos de esclavitud, se tiene un dominio absoluto de la víctima manifestada mediante su uso.

3) Gestionar a una persona.

Relacionado de forma directa con el anterior atributo, aparece el poder de gestionar a una persona. En términos generales la afirmación de gestionar a una persona no puede considerarse esclavitud. La propia división del trabajo supone que los empleadores tomen decisiones diarias sobre la dirección de sus trabajadores. Esta gestión de sus empleados puede acercarse a la definición normativa de esclavitud desde el momento en el que existe un control equivalente a posesión. La dirección de la persona puede ser de manera directa o en términos más abstractos. De manera abstracta, la gestión del uso de una persona puede ayudar a consolidar el proceso de esclavitud. Una vez establecida la posesión de la persona a través de la violencia, el esclavo puede ser dirigido de tal manera que la necesidad de violencia activa sea cada vez menor, siendo reemplazada por formas latentes de violencia y coacción hasta aceptar su nueva vida. De este modo, el esclavo se va forjando una nueva identidad que aísla al individuo haciéndolo más maleable a su nueva condición. También puede llevarse a cabo obligándolo a adoptar una nueva religión, un nuevo lugar de residencia o relación marital. Pensemos en este sentido en el destino de las mujeres de Europa del Este que han recibido falsas promesas de una vida mejor para ser trasladadas a un país extranjero

con una lengua extraña siendo apaleadas y violadas para someterlas y explotarlas como trabajadoras sexuales en el mercado de Europa occidental.

En términos más precisos, la gestión de la persona o de su uso deberá existir en el fondo de una relación de control que implique una posesión de esa persona para que pueda ser considerada como esclavitud.²²³ A partir de entonces, la administración del esclavo se hace aún más evidente cuando el esclavista delega la responsabilidad de su gestión en otra persona, como puede ser el caso de administradores de burdeles que delegan su autoridad para dirigir a las trabajadoras sexuales en condición de esclavitud.

4) Beneficio del uso de una persona.

Se podría pensar que una persona se beneficia de otra únicamente en sentido económico, pero en el contexto del derecho de propiedad se debe ir más allá, puesto que se pueden incluir los beneficios que aparecen de arrendar a una persona o de usarla colateralmente. Un buen ejemplo de ello serían las personas que trabajan en la recogida de tomates en EEUU: los agricultores son controlados de tal manera que se les quita su libertad individual, lo cual implica una relación de fondo similar a la que se tendría sobre una cosa poseída, identificándose dos tipos de beneficios del uso de estos trabajadores. El primero sería la ganancia individual obtenida del producto de la cosecha, esto es, la ganancia de los frutos del trabajo. En segunda lugar, la ganancia obtenida de apropiarse de sus sueldos, en aquellos casos en los que existiera algún tipo de remuneración por su trabajo.²²⁴

5) Agotar o consumir la propiedad.

Otro ejemplo de atributo del derecho de propiedad relacionado con el uso de una persona es la capacidad de agotar la propiedad o de consumirla. Uno puede usar una moto hasta que no arranque o puede consumir toda su comida. En el caso de la esclavitud, este tipo de atributo debe ser entendido como la capacidad de disponer de una persona. En este contexto, el maltrato o la negligencia sobre una persona puede ser un indicio de esclavitud. Cuando el control llevado a la posesión está presente, ese maltrato puede acarrear el agotamiento físico y mental de la persona, y, si persiste, en última instancia, su destrucción. Este atributo supone la capacidad de usar a la persona, de agotarla, de manera que el esclavo es considerado un bien desechable. Las señales

²²³ ALLAIN, J.: *Slavery in international Law...*, op. cit. p. 135.

²²⁴ *Ibidem.*, p. 137.

del maltrato o negligencia pueden incluir sufrimiento físico o psicológico, tanto si es calculado como indiscriminado. La imposición de tales demandas físicas y psíquicas pueden restringir seriamente la capacidad del cuerpo humano de realizar sus funciones de forma efectiva.

6) Seguridad en la tenencia.

Entre los atributos del derecho de propiedad existe un caso más, la llamada seguridad en la tenencia. Esa seguridad protege al propietario de los intentos de tomar la cosa por parte de otros, o de ser expropiada por parte del Estado. Como es reconocido en Derecho Internacional, el Estado tiene el poder de expropiar propiedades con una compensación justa y respetando (dependiendo del Estado) el debido proceso. Trasladado al ámbito de la esclavitud contemporánea, puesto que el Estado no puede reconocer un derecho de propiedad sobre las personas, no existe tal seguridad en la tenencia. En cambio, en lo que la esclavitud es ciertamente preocupante es justamente en el caso contrario, es decir, en la “inseguridad en la tenencia” puesto que el Estado debe expropiar y confiscar a todas aquellas personas recluidas en la esclavitud con el fin de acabar con su privación de libertad mediante su liberación. Esa inseguridad en la tenencia queda establecida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el cual se afirma que cada Estado debe “asegurar a todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción” el no ser “sometidos a esclavitud” y que “la esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas”.²²⁵ En la Convención sobre Esclavitud de 1926 se requiere a los Estados que “adopten todas las medidas necesarias para que sean impuestas penas severas” en relación a “la completa supresión de la esclavitud y la trata de esclavos”.²²⁶ De este modo, el artículo 6.1 de la Convención Suplementaria de 1956 va más allá, estableciendo elementos auxiliares en lo referente a esclavitud para ser criminalizados:

“El hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella para quedar reducida a esclavitud, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención y las personas declaradas culpables de ellos incurrirán en penalidad”.

²²⁵Artículo 2. y 8.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966. Además, en el contexto europeo las obligaciones positivas en relación con la trata y esclavitud son cada vez más amplias como resultado del caso Rantsev contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010 en el marco del TEDH.

²²⁶ Artículo 6 de la Convención sobre Esclavitud de 1926 de la Sociedad de Naciones.

Además de lo dicho, la misma Convención Suplementaria también establece que “*el acto de mutilar o de marcar a fuego, o, por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil*” será castigado.²²⁷

4.3. Características de los atributos del Derecho de Propiedad

Después de exponer los atributos del derecho de propiedad que integran el concepto de esclavitud y mediante los cuales se articula el paradigma de la propiedad, hay que destacar la referencia que hace el Secretario General de Naciones Unidas en su informe de 1953, en el cual, menciona las características de los poderes que atribuye al derecho de propiedad y detalla lo que debería ser entendido, no como un derecho de propiedad en lo que concierne a esclavitud, sino más bien, sino como el ejercicio de todos aquellos incidentes o poderes que se atribuyen a ese derecho de propiedad. Estas características son las siguientes:

- 1) El individuo de condición servil puede ser objeto de compra
- 2) El amo podrá utilizar a la persona de condición servil, y en particular su capacidad de trabajo, de manera absoluta, sin ninguna restricción distinta de la que eventualmente se hubiera previsto expresamente por la ley;
- 3) Los productos del trabajo de la persona de condición servil pasan a ser propiedad del amo sin ninguna indemnización acorde con el valor de la mano de obra;
- 4) La propiedad de la persona de condición servil se puede transferir a otra persona;
- 5) La condición servil es permanente, es decir, no puede darse por terminada por la voluntad de la persona sometida a ella;
- 6) La condición servil se transmite “*ipso facto*” a los descendientes de la persona que posea dicho carácter.²²⁸

²²⁷ Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, art. 5:

“En cualquier país donde la esclavitud o las instituciones y prácticas mencionadas en el artículo 1 de esta Convención no hayan sido completamente abolidas o abandonadas, el acto de mutilar o de marcar a fuego, o por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil -- ya sea para indicar su condición, para infligirle un castigo o por cualquier otra razón --, o la complicidad en tales actos, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables incurrirán en penalidad”.

Considerando estas seis características, cualquier situación en la que aparezca alguna de ellas en relación con la definición de esclavitud, aparecen una serie de elementos que, aisladamente o en conjunto, constituyen esclavitud en derecho.

Analicémoslas por separado:²²⁹

1) En primer lugar, hay que aclarar que el uso de la expresión “condición servil” es anterior a la utilizada en el artículo 7.2 de la Convención de 1956: “*la persona de condición servil es aquella que se encuentra en una condición o estado que resulta de cualquiera de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de esta convención*”. Por lo tanto, la definición que figura en este artículo no se le puede aplicar a la “condición servil” a la que hizo referencia el Secretario General al ser esta anterior a la del Convenio. En lugar de ello, se entiende que hace referencia al “estado o condición” de la persona, en el cual, si se manifiesta una de las características antes enumeradas, se estará ejerciendo uno de los atributos del derecho de propiedad y podremos hablar de esclavitud. En cuanto a la primera y la cuarta característica, la persona que fuera objeto de compra o transferencia podría considerarse un esclavo. Se hace evidente que el hecho de ser objeto de una compra o transferencia, si esta fuera legal, crearía para el individuo un estado de esclavitud y para el amo un derecho de propiedad sobre la persona, ya que esta estaría sometida al ejercicio de un atributo del derecho de propiedad, que no del derecho de propiedad mismo, ya que este no podría ser reivindicado ante un tribunal.

2) La segunda de las seis características se refiere a la capacidad de explotar a otro. Existe en este punto una aparente contradicción entre ser capaz de utilizar a otro “de manera absoluta” y hacerlo “sin ninguna restricción distinta de la que eventualmente se hubiera previsto expresamente por la ley”. Esta contradicción podría quedar resuelta volviendo al discurso que el Secretario hizo con respecto al derecho romano en el que señalaba que la “*autoridad del amo sobre el esclavo fue sometida, sucesivamente, a mayores limitaciones, pero a pesar de tales restricciones, el amo nunca tuvo con respecto a su esclavo las obligaciones que el empleador tiene hoy con su sirviente o empleado*”.²³⁰ Obviamente, en una situación de esclavitud “*de facto*”, debido a su naturaleza de por sí ilegal, no existiría restricción alguna prevista en la ley, sino, en todo

²²⁸United Nations Economic and Social Council, Slavery, the Slave Trade, and other forms of Servitude (Report of the Secretary-General), UN Doc. E/2357, 27 de enero de 1953, p.28.

²²⁹ A este respecto ALLAIN, J.: “The Definition of Slavery...”, op. cit., pp. 14-15.

²³⁰ *Ibidem.*, p.29.

caso, una prohibición general, pero, a pesar de ello, o, más bien, en consecuencia, el amo estaría en condiciones de utilizar a la persona y su trabajo de manera absoluta.

3) La tercera de las características va en consonancia con la segunda, refiriéndose a los productos del trabajo de la persona de condición servil y a que estos serán propiedad del amo sin ninguna retribución. En este caso en concreto, encontrarse en un estado de esclavitud o en una condición, resulta irrelevante para el hecho en sí, ya que el amo seguirá beneficiándose del trabajo de la persona. Cabe recordar en este momento la petición de la Unión de Sudáfrica en 1926:

*“Esa definición es la prueba de que la esclavitud es el estado o condición de una persona sobre la cual se ejercen alguno o todos los atributos del derecho de propiedad. En otras palabras, una persona es un esclavo si alguna otra persona puede reclamar, por ley o costumbre aplicable, un derecho de propiedad sobre ella como si lo reclamara sobre un objeto inanimado y, por lo tanto, la libertad natural de la voluntad poseída por una persona para ofrecer su trabajo o controlar los frutos del mismo o la consideración que toma de los mismos”.*²³¹

4) En cuanto a la quinta característica: “la condición servil es permanente, es decir, no puede darse por terminada por la voluntad de la persona sometida a ella”. La idea del Secretario General se centra en una afirmación hecha en 1926 por la Unión de Sudáfrica que decía que la definición de esclavitud:

*“También parece implicar un permanente estado o condición de una persona a la que se le quita su libertad natural por el interés de propiedad de otra persona que implica un derecho de disposición, de venta, donación o intercambio”.*²³²

Sin embargo, no parece que el Secretario General se refiriera a la existencia de un estado permanente o condición que duraría hasta la muerte del esclavo, sino, más bien, que ese estado o condición no puede terminarse por la voluntad de la persona sometida, con lo que, se convierte en indefinido para ella.

5) La última característica explica que la condición servil se transmite “*ipso facto*” a los descendientes de la persona que posea dicho carácter. Hay poco que decir sobre este atributo, salvo que, a diferencia de los derechos o incidentes de transmisibilidad a los

²³¹ League of Nations, Draft Convention on Slavery, Replies of Governments, Reply from the Government of the Union of South Africa, LofN Doc.A.10(a).1926, p.5.

²³² La cuestión de si la esclavitud tenía que ser temporal según su naturaleza también surgió en las consideraciones de la Comisión de Investigación en 1930 sobre la existencia de esclavitud y trabajo forzoso en la República de Liberia. 8 de septiembre de 1930.

que se refiere HONORÉ, un poder de ese tipo es ilegal y, por tanto, no se podría transmitir como un estado legal. Sin embargo, para casos en el ámbito de la servidumbre por deudas, la “condición” de esclavitud se manifiesta a través de la herencia de la deuda, y, como tal, sigue siendo, al igual que el resto de las características, una descripción fidedigna de una manifestación del ejercicio de un atributo del derecho de propiedad y, por lo tanto, de un posible sometimiento a esclavitud.

Cierto es que el Informe del Secretario se manifestó en contra de la necesidad de un instrumento internacional que regulara formas menores de explotación a la esclavitud tal y como queda definida en la Convención de 1926. A este respecto dijo:

*“Un examen de las instituciones y prácticas descritas por el Comité “ad hoc” sobre la esclavitud indica que en su mayoría estas manifestaciones están incluidas en el compromiso contenido en el artículo 2.b de la Convención sobre Esclavitud de 1926, interpretado a la luz de la definición de esclavitud que figura en el artículo 1.1 de la misma Convención”.*²³³

La Convención Suplementaria de 1956 se convierte por tanto en una manifestación palpable de que los Estados no estaban de acuerdo con el Informe del Secretario General de 1953 y, debido a ello, se estableció este nuevo instrumento de lucha contra la explotación, lo cual no resta ni un ápice de importancia al análisis del Secretario General, ya que, la propia Convención de 1956 acepta que las instituciones y prácticas que se pretenden abolir pueden llegar a estas cubiertas por la definición del Convenio de 1926, sin embargo, lo que se pretende es prohibirlas incluso si no estuvieran bajo el amparo de la definición de esclavitud.

La idea que se plasma en la Convención suplementaria de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud fue, por primera vez, puesta en consideración mediante un proyecto de Convención de 1954 llevado a cabo por Reino Unido. El artículo 1 de este proyecto comenzaba con el siguiente párrafo:

²³³United Nations Economic and Social Council, Slavery, the Slave Trade, and other forms of Servitude (Report of the Secretary-General), UNDoc.E/2357, 27 de enero de 1953, p.29.

*“Serán tomadas todas las medidas pertinentes y necesarias, incluso de carácter legislativo, en su caso, para lograr de manera progresiva y lo más pronto posible, la completa abolición o el abandono de las siguientes instituciones y prácticas que aún existen”.*²³⁴

El Comité de Redacción “*Ad Hoc*” del Consejo Económico y Social que fue el que estableció la redacción de la Convención de 1956, estudió el Proyecto de Convención Británico de 1954 y en su informe al Consejo señaló que el representante de Reino Unido propuso²³⁵ añadir al final del párrafo introductorio la frase “*estén o no incluidos en la definición contenida en el artículo 1 de la Convención sobre esclavitud*”, lo cual indicaba que esta propuesta se encontraba en consonancia con las propuestas formuladas por la *Anti-Slavery Society*²³⁶, que pretendían incluir bajo el significado de esclavitud una serie de manifestaciones que normativamente se hallaban muy lejos de este término. El representante de la India y el de Australia estuvieron de acuerdo en que era necesaria la introducción de este párrafo y que dotaría al texto de mayor claridad. El Comité aprobó por unanimidad la enmienda en la 11ª reunión.²³⁷

Esta propuesta fue adoptada durante la Conferencia de Plenipotenciarios de 1956 de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de forma que el primer párrafo del Artículo 1 dice lo siguiente:

“Cada uno de los Estados Parte en la presente convención adoptarán todas las medidas pertinentes y necesarias, incluso de carácter legislativo, en su caso, para lograr de manera progresiva y lo más pronto posible, la completa abolición o el abandono de las siguientes

²³⁴Economic and Social Council, The Draft Supplementary Convention of Slavery and Servitude Submitted by the Government of the United Kingdom and Comments There on (Memorandum by the Secretary-General), UN Doc E/AC.43/L.1, 2 de diciembre de 1955, p.24.

²³⁵Economic and Social Council, Committee on the Drafting of a Supplementary Convention on Slavery and Servitude, United Kingdom: Amendment to Article 1 of the Draft Convention on the Abolition of Slavery and Servitude (E/2540/Add.4), UN Doc. E/AC.43/L.2, 16 de enero de 1956.

²³⁶ Ver la proposición de Anti-Slavery Society al Consejo Económico. The Draft Supplementary Convention of Slavery and Servitude Submitted by the Government of the United Kingdom and Comments There on (Memorandum by the Secretary-General), UN Doc E/AC.43/L.1, 2 de diciembre de 1955, pp. 21-22. En su Memorandum, el Secretario General vino a explicar que la propuesta de Anti-Slavery Society pretendía que se reconociera la posibilidad de ofrecer diferentes opiniones sobre el alcance exacto de estas definiciones. *Ibidem.*, p. 22.

²³⁷Economic and Social Council, Slavery Draft Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery: Report of the Committee appointed by Resolution 564 (XIX), 7 de abril de 1955, UN Doc E/2824, 15 de febrero de 1956, p. 20.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

*instituciones y prácticas que aún existen, estén o no incluidas por la definición contenida en el Artículo 1 de la Convención sobre Esclavitud de 25 de Septiembre de 1926”.*²³⁸

Tras haber quedado expuestos los trabajos preparatorios y las negociaciones que dieron lugar a la Convención de 1956, debe de quedar claro que este es un instrumento de lucha para hacer frente a las diversas manifestaciones de formas extremas de explotación humana en las cuales no se ejercen atributos correspondientes al derecho de propiedad y que, por lo tanto, no pueden ser considerados, en derecho, como sometimiento a esclavitud tal y como más adelante propondré incorporarle a nuestra legislación penal interna. El término “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” puede llevarnos a confusión, pero, pese a ello, hay que saber discernir entre unas formas de sometimiento o explotación extrema que no cruzan el umbral de esclavitud y aquellas en las que el dominio de la persona es tal que se ejerce un poder atribuido al derecho de propiedad como si se manifestara sobre una cosa. Es por ello que durante décadas estos instrumentos han caído en el olvido legislativo más profundo, por la confusión conceptual que se ha generado debido a la mala interpretación de cada uno de los términos que se encuentran recogidos en los distintos instrumentos internacionales de lucha contra las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

4.4. Esclavitud “de iure” o “de facto”

Avanzando en la interpretación de la definición de esclavitud que sigue imperando hoy en día en el panorama internacional con el ánimo de hacerla jurídicamente vinculante y funcional frente a los tribunales internacionales, hay que analizar en este punto el significado último de cada uno de los elementos que aparecen tras una lectura literal del artículo 1 de la Convención de 1926, donde se declara que:

“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”.

1) Atributos del derecho de propiedad.

Lo primero que llama la atención es que en la definición no se habla de un derecho de propiedad sobre una persona, sino que, literalmente se dice “los atributos del

²³⁸ El Artículo 1 de la Convención de 1956 fue adoptado durante la sexta reunión de plenipotenciarios del Consejo Económico y Social, 16 de agosto de 1956, UN Doc E/CONF.24/SR.6, 11 de noviembre de 1958, p.3.

derecho de propiedad”. Esta forma de expresarse no es aleatoria y revela que lo que se manifiesta sobre una persona que está sometida a esclavitud no es un derecho de propiedad en sí mismo, sino una serie de poderes, una serie de manifestaciones de ese derecho de propiedad, nombrados en la definición como “atributos” que son los que indican que en esa situación dada existe un comportamiento esclavista. Esta interpretación indica dos caminos o posibilidades de entender la esclavitud: aquella que surgiría de un ejercicio literal de un derecho de propiedad, es decir, una esclavitud “*de iure*”, y, aquella que aparecería tras el ejercicio de un atributo del derecho de propiedad, conocida como esclavitud “*de facto*”²³⁹.

La primera de ellas, no podría existir hoy en día, puesto que está legalmente prohibido tener una propiedad legal sobre una persona, sería una esclavitud jurídica, amparada por la ley. Aunque es cierto que en ciertas tribus africanas puede existir algo parecido a esto por costumbres enraizadas cientos de años atrás, no es lo que pretende proteger la definición que estamos analizando. Es el segundo caso el que nos permite que la terminología utilizada en el artículo 1 pueda ser operable para englobar los casos de esclavitud contemporáneas. Es una esclavitud “*de facto*” o “de hecho”, no “de derecho”, un tipo en el que, pese a no existir un derecho de propiedad legal, se manifiesta bajo una apariencia tal que “de hecho” es como si esa persona ejerciera uno o varios atributos del derecho de propiedad sobre un individuo como si este fuera una cosa, eliminando de esa forma toda su autonomía personal.

El legislador pretendía hacer hincapié en este punto. No existía la necesidad de eliminar un tipo de esclavitud que ya estaba abolida jurídicamente desde hacía varias décadas, una esclavitud legal cuyo derecho podía ser llevado ante los tribunales, una capacidad de comprar, vender o traspasar a un ser humano. Si hubieran querido referirse a una esclavitud legal ¿por qué elaboraron una definición tan compleja? La respuesta es bien sencilla, porque lo que pretendían era hacer una herramienta de lucha contra la esclavitud moderna, aquella en la que no se puede poseer a un individuo normativamente, pero en la que se manifiestan alguno o todos los poderes que componen el derecho de propiedad.

2) Estado o condición.

²³⁹ En este sentido ALLAIN, J.: “The Definition of Slavery”, op. cit.; CASSADEI, T.: “La nueva esclavitud”, op. cit., pp. 167 y ss.

El siguiente elemento que apoya el argumento expuesto hasta ahora es la referencia en la definición a dos situaciones distintas de esclavitud: “estado” o “condición”. La palabra “estado” trae a la mente una situación legal del individuo, una posición de la persona con respecto a la legislación de su país o incluso con su propio ser. Tanto es así que el Diccionario de la Real Academia Española define la palabra “estado” en una de sus acepciones como “*condición de cada persona en relación con los derechos y obligaciones civiles*”.²⁴⁰ En inglés esta definición y su vinculación con una posición legal queda aún más clara, ya que, el Diccionario Oxford la define como “*la posición legal de una persona determinada por su pertenencia a una clase de personas que gozan legalmente de ciertos derechos y están sujetos a ciertas limitaciones; posición con respecto a, por ejemplo, su libertad o servidumbre, el matrimonio o el celibato, la minoría o mayoría de edad*”.²⁴¹ Se infiere de esta elección del legislador una clara intención de darle un sentido legal al término en relación a la esclavitud, tanto es así, que en el informe final de la Comisión Temporal sobre Esclavitud en 1925 se afirma que “*la medida más importante para la abolición gradual de la esclavitud es que el estado de esclavitud no debe ser reconocido a ojos de la ley*”, y se llegó incluso a definir lo que se entiende por abolición de la condición jurídica de esclavitud, señalando que:

“La abolición del estado legal quiere decir que cada esclavo tiene el derecho de hacer valer su libertad sin necesidad de ser rescatado y sin tener que pasar por ningún proceso formal ni cumplir ninguna condición previa, simplemente puede abandonar a su amo si desea hacerlo. Disfruta, por tanto, de todos sus derechos y puede ejercerlos como hombre libre que es, puede, por ejemplo, demandar y ser demandado ante un tribunal, puede procesar a su amo por malos tratos y puede legar y heredar bienes”.²⁴²

Aunque esta definición no quedó plasmada en el proceso de redacción que dio lugar al Convenio de 1926, sí es cierto que la propuesta de la Comisión Temporal de abolir la condición jurídica de la esclavitud queda reflejada en la intención del legislador dentro del propio texto de la definición del artículo 1.1.

²⁴⁰ Definición obtenida en la edición Online del Diccionario de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/>

²⁴¹ Definición obtenida en la edición Online del Diccionario Oxford: <http://www.oxforddictionaries.com/>

²⁴² League of Nations, Temporary Slavery Commission, Report of the Temporary Slavery Commission adopted in the Course of its Second Session, del 13 al 25 de julio de 1925, LofNDoc A.19.1925.VI, 25 julio de p.3.

El Tribunal Supremo Australiano en el caso TANG también se refiere a este concepto de “estado” de la siguiente manera:

*“Estado es un concepto legal. Desde que el estado legal de esclavitud ya no existe en muchas partes del mundo y desde que se intentó que dejara de existir en cualquier parte, el propósito evidente a la referencia de ‘condición’ fue para englobar la esclavitud ‘de facto’ y también la ‘de iure’”.*²⁴³

Estudiado el término “estado” y la causalidad de su integración en la fórmula de la esclavitud, el concepto con el que se combina es el de “condición”, ya sabemos: “estado o condición de esclavitud”. La palabra condición hace referencia a un requisito previo, algo exigido o requerido como requisito previo para la concesión o el cumplimiento de algo. En el Diccionario de la RAE, para el contexto que nos interesa, se define como “Estado, situación especial en que se halla alguien o algo”,²⁴⁴ sin vincular esa situación especial con ningún aspecto legal. Con respecto a las referencias a la palabra condición, en los trabajos preparatorios del Convenio de 1926, este término fue usado durante las negociaciones como parte de la frase “*esclavitud doméstica y condiciones análogas*”, la cual fue extraída del texto, pero fue reconocida como incorporada dentro de la propia definición de esclavitud mediante la frase “*el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad*”. Pensando en los tipos de explotación que la Comisión Temporal pretendía incluir en la Convención, el Vizconde Cecil reconoció que, si bien dichas condiciones no siempre pueden incluirse en la definición del artículo 1, quedaba claro que la obligación contenida en el artículo 2 (“*para llevar a cabo, de forma progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas*”), hace referencia a dos tipos de obligaciones, por una parte, la desaparición de la ley escrita, y, por otra, la eliminación de la costumbre de un país de aquellos elementos que admiten “*el mantenimiento por un particular, de los derechos sobre otra persona de la misma naturaleza que los derechos que un individuo puede tener sobre las cosas*”.²⁴⁵

Por tanto, después de analizar el contenido de ambas palabras, se puede deducir que la frase “estado o condición” trata de hacer referencia y distinguir entre esclavitud “*de iure*” y esclavitud “*de facto*”, en dónde la esclavitud como “estado” es un reconocimiento a la esclavitud legal y la esclavitud como “condición” debe ser

²⁴³ Tribunal Supremo de Australia, caso *The Queen v Tang*, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008, p. 13.

²⁴⁴ Definición obtenida de la Edición Online del Diccionario de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/>

²⁴⁵ League of Nations, Slavery Convention: Report presented to the Assembly by the Sixth Committee, LofN Doc.A.104.1926.VI, 22 de julio de 1926, p.5.

entendida como la esclavitud de hecho.²⁴⁶ Este argumento queda apoyado en primer lugar por la ambivalencia planteada por el Vizconde Cecil con la supresión de la esclavitud en la ley o “legislación escrita” y la esclavitud de hecho o “costumbre del país”. También es confirmado con la petición hecha en 1926 de la Unión de Sudáfrica ante la Sociedad de Naciones, solicitud con comentarios sobre el Proyecto de Convenio en la que dicho estado reformuló la definición para que se incluyera la frase “estado o condición” y dijera, “*en otras palabras, una persona es un esclavo si cualquier persona puede, por ley o costumbre aplicable, reclamar un derecho de propiedad sobre ella como si fuera reclamado sobre un objeto inanimado*”.²⁴⁷

3) Ejercicio de los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos.

Habiendo establecido la interpretación de cada uno de los elementos de la definición, sólo queda incorporar la última frase del párrafo, aquella que dice “*se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos*”. El significado de la elección de “los atributos” frente a derecho de propiedad, ya ha sido tratada en estas páginas, baste aquí con subrayar que es otro argumento a favor de la interpretación que se ha hecho del significado de la definición, ya que, el legislador pretende separar la esclavitud “*de iure*” y la “*de facto*”, haciendo referencia esos atributos a la posibilidad de existencia de una esclavitud “*de facto*”, puesto que se manifestarán una serie de poderes del derecho de propiedad, frente al supuesto, prohibido legalmente, de la existencia de una esclavitud “*de iure*” la cual estaría representada por el ejercicio de un derecho de propiedad en sí mismo.

Para reforzar este análisis, el artículo 33.4 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁴⁸ establece que cuando exista una diferencia de significado entre los textos auténticos de un tratado, el significado que mejor concilie con el objeto y fin del tratado es el que debe ser adoptado. En este caso existe una diferencia en los

²⁴⁶ A este respecto véase ALLAIN, JEAN: “The Definition of Slavery” en *General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute*. Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, 2007, p. 12

²⁴⁷ League of Nations, Draft Convention on Slavery, Replies of Governments, Reply from the Government of the Union of South Africa, LofN Doc. A.10(a).1926.VI, 22 de julio de 1926, p. 5.

²⁴⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, Artículo 33, Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas:

1. “Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos”.

textos oficiales de la Sociedad de Naciones. En el texto en inglés se habla de “*the powers attaching to the right of ownership*” (“los poderes atribuidos al derecho de propiedad”), mientras que en el texto en francés se dice literalmente “*les attributs*” (“los atributos”, igual que en castellano) del derecho de propiedad. Queda reflejado aquí también que no se hablan de un derecho de propiedad, sino del ejercicio de una serie de atributos de ese derecho de propiedad sin ejercer el derecho legal en sí mismo.

Por tanto, sobre la base de este estudio, hay varios elementos que apoyan el argumento de que la definición de esclavitud está diseñada para que sea aplicable en casos de esclavitud tanto “*de iure*” o de derecho, como “*de facto*” o de hecho, a saber:

1. Redacción de una definición compleja que engloba varios elementos para abordar distintas aplicaciones.
2. Diferenciación de los términos “estado” y “condición”.
3. Inclusión de la frase “atributos del derecho de propiedad” frente a “derecho de propiedad”.
4. Redacción del texto en un idioma oficial, el francés, con la palabra “*les attributs*”.

4.5. Control equivalente a posesión

La definición de esclavitud está basada en el paradigma de la propiedad y detrás de este derecho se esconde una particular relación de fondo entre el sometido y la persona que somete la cual está fundamentada en el control, es por ello, que la posesión se erige como el incidente, poder o atributo fundamental de la propiedad.

En Derecho Romano, el propietario, el “*dominus*”, era el señor de la cosa poseída, esa propiedad indicaba la facultad que corresponde a una persona de obtener directamente de una cosa determinada toda la utilidad jurídica que la cosa era susceptible de proporcionar. El esclavo era una cosa (*res*) es decir un bien sujeto a la propiedad de ese “*dominus*”, en ese sentido los esclavos no gozaban de ningún tipo de derecho, y el poder que tenía el “*dominus*” era tan absoluto que le permitía darle muerte a su esclavo, castigarlo o venderlo. Es un concepto que conlleva la idea del poder del propietario para gestionar y tomar decisiones con respecto a la cosa y también de la sujeción vinculada a la voluntad del dueño. Esta sujeción no necesita ser absoluta, es decir, otros pueden tomar un papel importante a la hora de decidir el uso que se hace de la cosa, pero en

última instancia es la voluntad del propietario la que se impone. Se hace referencia en este punto al Derecho Romano a modo de ejemplo del tipo de relación que se establece entre autor y víctima, ya que, parece ser que cuando se buscan manifestaciones de los poderes vinculados al derecho de propiedad, estos siempre aparecen en el contexto de una relación de control personal, lo cual implica que la esclavitud existe siempre que una persona controle a otra como si tuviera el control de una cosa poseída, en palabras de las *Guidelines Bellagio-Harvard*, que la esclavitud implica control de una persona equivalente a posesión.²⁴⁹

Este entendimiento se puede extrapolar al concepto de propiedad establecido en el artículo 1 de la Convención de 1926, y, además, encaja perfectamente con el tenor de la definición y como argumento descriptivo y explicativo. El control es un requisito imprescindible para cualquier ejercicio “*de facto*” de los atributos del derecho de propiedad. Una persona sólo puede ser comprada, vendida o usada si primero se establece un control real de la misma. Si este no existe, carecería de sentido hablar de cualquier tipo de transacción o disponer del esclavo para cualquier uso, puesto que no sería posible. Además, como el amo debe primero controlar al esclavo, se desprende de ello un significado normativo en cualquier ejercicio “*de facto*” de los atributos con respecto a la capacidad de vender, usar, prestar o desechar, y así, se testimonia el control y la sujeción.

Si la definición del artículo 1 implica, por tanto, que se establezca un control equivalente a posesión, una consecuencia de esta reflexión es que no se podrá hablar de esclavitud cuando se ejerza “*de facto*” cualquier poder atribuido al derecho de propiedad en situaciones en las que no exista ese control sobre la persona, al igual que valdría para resolver manifestaciones de control personal que ofrecen indicios de ser esclavitud pero en las que esa “cantidad de control” es algo inferior a la posesión.

Mediante esta interpretación de la definición se puede diferenciar y dibujar la línea que separa las diferentes formas de explotación, estableciendo una graduación de las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y, teniendo en cuenta, que sin un control que sea equivalente a posesión no se puede hablar de esclavitud, el resto de sometimientos extremos del ser humano quedarán castigados en otros tipos delictivos,

²⁴⁹RED DE INVESTIGACIÓN SOBRE LOS PARÁMETROS LEGALES DE LA ESCLAVITUD: *Guidelines-Bellagio Harvard* 2012. Traducción al español por Eulogio Bedmar Carrillo (Universidad de Granada) y Carlos Espaliú Berdud (Universidad Internacional de Catalunya).

aunque dentro del mismo Título, y serán manifestaciones de diferentes explotaciones extremas algo menos gravosas para la esfera personal del individuo, tales como servidumbre, trabajo forzoso o trata de personas.

El mecanismo que nos permite separar las distintas formas de explotación extrema y que se encuentra recogido en la definición de esclavitud es que la construcción de la propiedad que se encuentra en el artículo 1 conlleva control equivalente a posesión.²⁵⁰

Mediante esta herramienta, a la hora de establecer un umbral en el que el control es equivalente a posesión, aparecen casos de esclavitud en los que el control es ejercido en una magnitud menor. Entonces se diferencia el control que indica esclavitud de aquel que se ejerce sobre una persona en otras situaciones, por ejemplo, en las que un director de empresa toma decisiones legítimas en relación a la gestión de sus trabajadores. En este caso concreto, también se ejerce un control, pero no es equivalente al control que se tiene sobre algo poseído. Lo mismo podría decirse en relación al control sobre un niño. Utilizando, de este modo, el paralelismo control=posesión, se consiguen separar situaciones dentro de unos límites más estrechos, como puede ser el sometimiento a esclavitud de otras “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que no suponen sometimiento a esclavitud, como, por ejemplo, cuando una persona trabaja por menos del salario mínimo bajo la amenaza de ser despedida, u otros casos de trabajo forzoso en los que una persona es explotada pero que no se encuentra dentro de la definición de esclavitud, ya que el individuo en cuestión tiene libertad fuera del trabajo y puede tomar la decisión de dejarlo. La esclavitud en el derecho, requiere más, y esta interpretación permite cribar todas las explotaciones a las que es sometido el ser humano y discernir entre lo que es y lo que no es esclavitud.

Dicho esto, se pueden escalonar o graduar las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” en una serie de peldaños consecutivos según sea el grado de control y, por tanto, afectación del bien jurídico “*status libertatis*” que analizaremos posteriormente. En lo alto de la escalera se encontraría la esclavitud en sentido estricto. La relación de control y dominación es absoluta. En el siguiente peldaño se situaría la servidumbre, ya sea servidumbre de la gleba o servidumbre por deudas, que se define como un trabajo forzoso agravado por un elemento temporal.

²⁵⁰HICKEY, R.: “Seeking to understand the definition of slavery”....pp. 228-229

En tercer lugar, estaría el trabajo forzoso, que se considera una explotación grave pero no llega a afectar del mismo modo a la persona, no existe el mismo grado de control/posesión del individuo. Y el último lugar lo ocuparía la trata de personas, que es el proceso mediante el cual se puede llegar a cualquiera de las formas de sometimiento anteriores, pero que, en principio, el proceso en sí mismo, pese a ser punible y tener una afectación personal al mismo bien jurídico, no se puede incluir en los peldaños anteriores.

5. Tribunales Internacionales

Una vez analizados los elementos que componen la definición de esclavitud en el derecho internacional y habiendo articulado un mecanismo que permita a este concepto ser aplicado en situaciones modernas de sometimiento a esclavitud y, lo que es más importante, separar este concepto del resto de formas de sometimiento, dígase servidumbre, trabajo forzoso y/o trata de personas, resulta necesario hacer un estudio de la jurisprudencia internacional sobre el concepto de esclavitud.

Este análisis pondrá de manifiesto que los propios Tribunales Internacionales han contribuido a la confusión terminológica que siempre ha imperado sobre las distintas formas de explotación humana, llegando a confundir unas con otras o ampliando o restringiendo su significado. Cierto es que nunca ha existido una doctrina internacional a este respecto que ayudara a los Tribunales a interpretar los Convenios y, por ende, a interpretar el contenido de los mismos, apareciendo una serie de sentencias, a cada cual más confusa, una serie de reinterpretaciones y de fallos contradictorios con respecto a lo que significa esclavitud en Derecho Internacional y sobre cuál es su alcance.

5.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵¹

5.1.1. Caso Siliadin contra Francia

A diferencia del Derecho Penal Internacional en el que la explotación sólo se manifiesta en el delito de esclavitud, en el Derecho Internacional de los Derechos

²⁵¹ Para un estudio detallado de las sentencias de los distintos Tribunales Internacionales al respecto de las "Formas Contemporáneas de Esclavitud", BEDMAR CARRILLO, E.: "Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud". *El Derecho ante las Formas Contemporáneas de Esclavitud*, op. cit. pp. 211-249.

Humanos la servidumbre y la esclavitud aparecen a menudo relacionadas, puesto que están establecidas en el mismo artículo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y, en relación al caso que nos ocupa, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

En el caso *Siliadin*, el TEDH consideró que existía un caso de trabajo forzoso y servidumbre que violaba el artículo 4, pero no consideró que existiera esclavitud según la definición del Convenio de 1926.

1) Hechos ocurridos.

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 73316/2001) dirigida contra la República francesa, que una ciudadana togolesa, la señora Siwa Akofa Siliadin (“la demandante”), presentó ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”), el 17 de abril de 2001.

La demandante alega que las disposiciones penales aplicables en Francia no le aseguraron una protección suficiente y efectiva contra la “servidumbre” a la que estaba sometida o, al menos, contra el trabajo “forzado u obligatorio” que se le exigía, en el sentido del artículo 4 del Convenio.

Nació en 1978 y residía en París. Llegó a Francia el 26 de enero de 1994 a la edad de quince años y siete meses con la señora D., ciudadana francesa de origen togolés. Iba provista de un pasaporte con un visado de turista. Se había convenido que trabajase en casa de la señora D. hasta que pagase su billete de avión y que ésta se ocuparía de regularizar su situación administrativa y de escolarizarla. En realidad, la demandante fue la criada no remunerada del matrimonio D., habiéndosele asimismo confiscado el pasaporte.

En el segundo semestre de 1994, la señora D. “prestó” a la demandante al matrimonio B., que tenía dos hijos, para ayudar a la señora B., que estaba embarazada, en las tareas del hogar. La señora B. tenía asimismo otra hija nacida de un primer matrimonio que venía en vacaciones y los fines de semana. La demandante se quedó en casa del matrimonio B. con el consentimiento de su padre. A su regreso de la maternidad, la señora B. explicó a la demandante que había decidido mantenerla en casa. La demandante se convirtió desde entonces en la chica para todo del matrimonio

B. Trabajaba siete días a la semana, sin día de descanso, con un permiso de salida excepcional algunos domingos para asistir a misa. Sus tareas consistían en levantarse a las siete de la mañana para preparar el desayuno, vestir a los niños, llevarles a la escuela de párvulos o a sus lugares de ocio, ocuparse del bebé, hacer la limpieza, lavar la ropa y planchar. Por la noche preparaba la cena, se ocupaba de los niños mayores, fregaba los platos y se acostaba sobre las diez y media de la noche. Además, debía limpiar el estudio del mismo edificio en el que el señor B. había instalado un despacho. La demandante dormía en un colchón en el suelo de la habitación del bebé, del que debía ocuparse si se despertaba.

En una fecha no precisada, la demandante logró recuperar su pasaporte y se lo confió a un conocido de los esposos B. Además, le explicó su situación a una vecina que alertó al Comité contra la esclavitud moderna, el cual sometió el caso de la demandante a la Fiscalía. El 28 de julio de 1998, los servicios de policía intervinieron en el domicilio del matrimonio B.

Éstos fueron enjuiciados por haber obtenido de una persona, de julio de 1995 a julio de 1998, abusando de su vulnerabilidad o de su situación de dependencia, unos servicios no retribuidos o a cambio de una retribución sin relación manifiesta con la importancia del trabajo realizado, por haber sometido a una persona, abusando de su vulnerabilidad o de su situación de dependencia, a unas condiciones de trabajo o de alojamiento incompatibles con la dignidad humana y haber contratado y conservado a su servicio a un extranjero sin permiso de trabajo.

2) Consideraciones del TEDH.

El principal inconveniente que se encuentra el TEDH en el presente caso es la falta de tipificación de un delito de sometimiento a esclavitud en el Código Penal Francés, lo cual, se refleja en la falta de concreción de una conducta delictiva que debería estar establecida en el instrumento punitivo más importante que deben tener los estados. A este respecto, y con el motivo de incentivar a los diferentes Estados Miembros a que incluyan en sus códigos un delito de esclavitud se citan en la sentencia los Trabajos de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa que establecen en su Informe a la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres de 17 de mayo de 2001 que:

*“En Francia, desde su creación en 1994, el Comité contra la esclavitud moderna (CCEM) se ha hecho cargo de más de 200 víctimas de esclavitud doméstica. La mayor parte de ellas son originarias de África oriental (Costa de Marfil, Togo, Benin). Numerosas víctimas proceden también de Madagascar, Marruecos, India, Sri Lanka o Filipinas. Las víctimas son en su mayoría mujeres (95%). Una tercera parte llegó a Francia siendo menor de edad y la mayor parte ha sufrido violencias físicas o se ha abusado de ellas sexualmente”.*²⁵²

La Recomendación 1523 (2001) adoptada el 26 de junio de 2001, citada en los fundamentos jurídicos del caso, afirma que *“desde hace algunos años, ha aparecido en Europa una nueva forma de esclavitud: la esclavitud doméstica. Se han contado así más de 4 millones de mujeres vendidas cada año en el mundo.*

La Asamblea recuerda y reafirma a este respecto el artículo 4, apartado 1, del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) que condena la esclavitud y la servidumbre, así como la definición de esclavitud que se deriva de los dictámenes y decisiones de la Comisión europea de Derechos Humanos y del Tribunal europeo de Derechos Humanos.

*La mayor parte de las víctimas de esta nueva forma de esclavitud son personas en situación irregular, contratadas en su mayor parte por agencias y que piden prestado dinero para pagar su viaje. El aislamiento físico y afectivo en el que se encuentran estas víctimas, asociado al temor al entorno exterior, implica unos trastornos psicológicos que perduran tras su liberación, privándoles así de todos sus puntos de referencia. El TEDH lamenta que ninguno de los Estados miembros del Consejo de Europa reconozca expresamente la esclavitud doméstica como delito en su Código Penal”.*²⁵³

Además, la Recomendación 1663 (2004) adoptada el 22 de junio de 2004 también encontrada en el fallo, dice lo siguiente: La Asamblea recomienda al Comité de Ministros:

*“Alentar a los Estados miembros a luchar urgentemente contra la esclavitud doméstica bajo todas sus formas y velar por que el mantenimiento de una persona bajo cualquier forma de esclavitud se considere un delito en todos los Estados miembros”.*²⁵⁴

Por esta razón el TEDH concluye que:

“Limitar el cumplimiento del artículo 4 del Convenio únicamente a las actuaciones directas de las autoridades del Estado iría en contra de los instrumentos internacionales consagrados específicamente a este problema, y equivaldría a vaciar a éste de su contenido. En consecuencia, de esta disposición derivan necesariamente unas obligaciones

²⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005, p. 12.

²⁵³ *Ibidem*, p. 13

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 14

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

positivas para los Gobiernos, al igual que en el caso del artículo 3 por ejemplo, de adoptar unas disposiciones en materia penal que sancionen las prácticas citadas por el artículo 4 y aplicarlas en la práctica (caso M.C. contra Bulgaria, número 39272/98, 4 de diciembre de 2003). ”²⁵⁵

De todo lo cual se deriva que Francia incumple las obligaciones positivas vinculadas a los Convenios de los cuales es un Estado Parte al no transponerlas a su normativa interna. Como señala el Tribunal:

“La legislación penal francesa no incluye tipificaciones específicas como delito de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado u obligatorio y menos aún una definición lo suficientemente precisa y flexible de estas tres nociones con el propósito de permitir una aplicación adaptada a sus formas contemporáneas ”²⁵⁶.

Y que:

“Conforme a las normas y tendencias contemporáneas en la materia, procede considerar que las obligaciones positivas que recaen sobre los Estados miembros, en virtud del artículo 4 del Convenio, exigen la tipificación como delito y la represión efectiva de todo acto tendente a mantener a una persona en este tipo de situación (ver, “mutatis mutandis” caso M.C. contra Bulgaria, número 39272/98, 4 de diciembre de 2003). ”²⁵⁷

En cuanto a las nociones que nos interesan, el TEDH comienza haciendo referencia al artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), disposición en la que se prohíben el sometimiento a esclavitud, a servidumbre y a trabajo forzoso.

Con respecto al trabajo forzoso, el TEDH tiene en cuenta, además del CEDH, la legislación aplicable en el Convenio N29 de la OIT en el que se define el trabajo forzoso y relaciona el artículo 4.3 del CEDH con el artículo 2.2 del Convenio N29 subrayando que existe una analogía sorprendente y no casual. El TEDH establece que:

“El trabajo forzado u obligatorio evoca la idea de una coacción, física o moral. Debe tratarse de un trabajo exigido (...) bajo la amenaza de cualquier pena y, además, contrario a la voluntad del interesado, para el que éste no se haya ofrecido voluntariamente (caso Van der Musselle contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983). En este caso, aunque la demandante no se encontraba bajo la amenaza de una pena, sí se encontraba en una situación equivalente en cuanto a la gravedad de la amenaza que podía sentir ”.²⁵⁸

²⁵⁵ *Ibidem.* p. 26.

²⁵⁶ *Ibidem.* p. 28

²⁵⁷ *Ibidem.* p. 30

²⁵⁸ *idem.*

En consecuencia, el Tribunal considera que se cumple la primera condición, más aún cuando, e insiste en ello, la demandante era menor.

En cuanto al hecho de si realizó dicho trabajo voluntariamente, se desprende claramente de los hechos constatados que no se puede sostener seriamente que ese fuese el caso. Es por el contrario flagrante que no tenía otra elección.

En estas condiciones, el TEDH considera que la demandante fue, como mínimo, sometida a un trabajo forzado en el sentido del artículo 4 del Convenio siendo ella menor.

El siguiente aspecto que se trata es el del sometimiento a esclavitud. De entrada se recoge el texto del artículo 1 del Convenio sobre Esclavitud de 1926 para a continuación hacer una interpretación excesivamente limitada del significado de esclavitud señalando que:

*“Esta definición corresponde al sentido clásico de la esclavitud, tal y como se practicó durante siglos. Si bien en este caso la demandante fue claramente privada de su libre arbitrio, no se desprende del expediente que fuese mantenida en esclavitud en el sentido propio del término, es decir, que el matrimonio B. hubiese ejercido sobre ella, jurídicamente, un verdadero derecho de propiedad, reduciéndole al estado de objeto”.*²⁵⁹

En cuanto al concepto de servidumbre, según jurisprudencia del TEDH, ésta *“prohíbe una forma de negación de libertad particularmente grave”*²⁶⁰, se considera, por tanto, una obligación de prestar servicios bajo el impero de la coacción y que debe vincularse a la noción de “esclavitud” que la precede. Teniendo en cuenta que la demandante fue obligada a realizar trabajo forzados y que este tenía una duración de siete días a la semana y unas quince horas al día, que la demandante era menor de edad, sin recursos, era vulnerable y se encontraba sola, sin ningún otro medio de vida fuera de la casa del matrimonio B. y que dependía totalmente de estos puesto que sus papeles le habían sido confiscados, se entiende que no disponía de ninguna libertad de movimiento ni de ningún tiempo libre. Por todo ello, el TEDH concluye que se mantuvo a la demandante, menor de edad, en estado de servidumbre en el sentido del Artículo 4 del CEDH.²⁶¹

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 31.

²⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Droogenbroeck contra Bélgica (núm. 7906/77, 24 de junio de 1982, p. 30.

²⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005, p. 32.

3) Conclusión personal.

El TEDH acaba entendiendo que la demandante se encuentra sometida a servidumbre y a trabajo forzoso pero no a esclavitud, puesto que, el TEDH incurre en el error de hacer una interpretación del artículo sin tener en cuenta las articulaciones que se derivan de las palabras “estado” o “condición”, de la frase “atributos del derecho de propiedad” y del hecho de que la definición de esclavitud tiene una aplicación contemporánea mediante una situación de esclavitud “*de facto*”, a través de las manifestaciones de los poderes del derecho de propiedad y no se refiere únicamente a una esclavitud “*de iure*” en la que el individuo ejerza un verdadero derecho de propiedad sobre la víctima, si no, más bien, a un ejercicio de una serie de atributos que se manifiestan en situaciones en las que el individuo controla a la víctima como si realmente estuviera poseída.

Además, se desprende una conclusión importante del incumplimiento de las obligaciones positivas impuestas por el CEDH, ya que, el TEDH señala que la esclavitud y la servidumbre no están tipificadas como delito en la legislación penal francesa y, por ello, los Tribunales domésticos tuvieron que aplicar unos artículos (225-13 y 225-14 del Código Penal) que no hacen referencia específicamente a los derechos que garantiza el artículo 4 del Convenio, sino que aluden, de forma mucho más restrictiva, a la explotación por el trabajo y la sumisión a unas condiciones laborales o de alojamiento incompatibles con la dignidad humana. De todo lo cual, establece que las disposiciones vigentes en Francia no aseguraron a la demandante una protección concreta y efectiva contra los actos de los que fue víctima y que por ello existió una violación de las obligaciones positivas que corresponden al Estado en virtud del artículo 4 del Convenio.²⁶²

Podría deducirse también de esta Sentencia, en apoyo al argumento de la graduación de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, que el TEDH muestra una línea argumental en la que sitúa en diferentes peldaños las diferentes formas de explotación del ser humano, teniendo en cuenta que considera a la demandante sometida a servidumbre y a trabajo forzoso, pero no a esclavitud. Como ya se ha explicado en este trabajo de investigación, cabe separar en diferentes peldaños de mayor a menor intensidad de afectación del bien jurídico protegido, y, por lo tanto, de sometimiento y

²⁶² *Ibidem*, pp. 34-35.

control, las explotaciones a las que puede ser sometido el ser humano. Esta Sentencia es un claro ejemplo de esa diferenciación.

5.1.2. Caso Rantsev contra Chipre y Rusia

Este caso resulta de interés en nuestro estudio porque se analizan extremos relevantes tales como la inclusión de la trata de personas en el tenor del artículo 4 CEDH, sin que esté recogida de forma específica, o la definición expansiva que el Tribunal hace del concepto de esclavitud, incorporando en esta todas aquellas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que cumplan una suerte de “factores o indicios” que desarrollaremos más adelante.

Más allá de las obligaciones contractuales establecidas en los Convenios de 1926 y 1956, se le imponen otros mandatos a los Estados para que interfieran en la relación entre el esclavista y el esclavo. El caso *Rantsev* del TEDH resulta instructivo. Aunque solamente son aplicables las decisiones del Consejo de Europa a los Estados Parte, se pueden ampliar más allá de los dominios de Europa de “*lege ferenda*”. Este caso, trata sobre la corta vida y la muerte de Oxana Rantsev que entró a trabajar en un club nocturno en Chipre. Después de dejar el trabajo, su antiguo jefe hizo que la arrestaran por cargos de inmigración, sin embargo fue absuelta y la policía la liberó dejándola en manos de su antiguo jefe, en cuya casa murió esa misma noche.

El solicitante, padre de la Sra. Rantsev, alegó la violación del artículo 4 del Convenio por las autoridades rusas y chipriotas a la luz de su incapacidad para proteger a su hija de ser objeto de trata de personas y su incompetencia para llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias de su llegada a Chipre y la naturaleza de su empleo allí.

1) Hechos ocurridos.

El demandante, D. Nikolay Mikhaylovich Rantsev, es un nacional de Rusia que nació en 1938 y vivía en Svetlogorsk, Rusia. Él es el padre de la Dña. Oxana Rantseva, también nacional de Rusia, nacida en 1980 y que resultó muerta. Oxana Rantseva llegó a Chipre el 5 de marzo de 2001. El 13 de febrero del 2001, X.A., el dueño de un cabaret en Limmssol, le consiguió un visado de “artista” y un permiso de trabajo para que trabajara como artista en su cabaret regentado por su hermano M.A.

Así, se le otorgó una residencia temporal de visitante hasta el 9 de marzo de 2001 y se alojó en un apartamento con otra mujer que trabajaba en el cabaret de X.A. Empezó a trabajar el 16 de marzo del 2001. El 19 de marzo del 2001, cerca de las 11 horas de la mañana, M.A fue informado por la mujer que vivía con la Dña. Rantseva, de que esta había dejado el apartamento y se había llevado todas sus pertenencias. La mujer le dijo que había dejado una nota en ruso diciendo que estaba cansada y quería regresar a Rusia. En la misma fecha M.A informó al Oficial de Inmigración en Limassol que la Dña. Rantseva había abandonado su trabajo y su residencia. De acuerdo con el testimonio de M.A, quería que fuera arrestada y deportada de Chipre para que pudiera traer otra mujer a trabajar en el cabaret. Sin embargo, el nombre de la Dña. Rantseva nunca llegó a figurar en la lista de personas buscadas por la policía.

El 28 de marzo de 2001, M.A. la encontró en otro club nocturno, la cogió y se la llevó por la fuerza a la comisaría de policía declarando que era una ilegal y que debían encarcelarla. Tras la pertinente investigación, la policía llegó a la conclusión de que no se encontraba en situación ilegal y que no debía ser encarcelada y avisaron a M.A. para que viniera a recogerla. Después de recogerla en la madrugada del mismo día, se la llevó a casa de un empleado del cabaret. Cerca de las 6.30 horas de la mañana, Dña. Rantseva fue encontrada muerta en la misma calle del apartamento, una sábana colgaba del balcón del que, supuestamente había saltado. Las autopsias determinaron que murió a causa de la caída. Respecto de cómo llegó a caer, la investigación chipriota concluyó que “bajo circunstancias extrañas, saltó al vacío y fue fatalmente herida como resultado de ello (...) En circunstancias que parecen ser accidentales, en un intento de escapar del apartamento en el cual se encontraba en calidad de invitada”.²⁶³

El Sr. Rantsev no se resignó y comenzó una batalla legal para que ambos países investigaran y esclarecieran las extrañas circunstancias de la muerte de su hija. Tras la falta de resultados satisfactorios en numerosos procesos internos reclamó, invocando el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tanto Chipre como Rusia, debido al curso de los hechos, habían propiciado la muerte de su hija por su falta de diligencia en el proceso y por no haber investigado el posible delito de trata de seres humanos del que estaba siendo víctima su hija, produciendo como resultado la impunidad para aquellos que le causaron daño. Se produjo, por tanto, en opinión del padre de la supuesta víctima,

²⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rantsev contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010, p. 6.

una violación de los derechos de ambos, padre e hija, ya que, tanto el país de destino (Chipre) como el país de origen (Rusia) tenían pleno conocimiento de la peligrosa realidad a la que mujeres jóvenes y susceptibles de ser víctimas de trata de Rusia a Chipre se enfrentaban, para posteriormente ser usadas en la industria del sexo y, sin embargo, no tomaron medidas efectivas para proteger a su hija en vida ni para lograr la justicia tras su muerte. Por consiguiente, reclamó, de acuerdo con los artículos 2 (vida), 3 (tortura), 4 (esclavitud) y 5 (libertad), entre otros, por violaciones sustantivas y procesales de los derechos de su hija y de los suyos propios: falta de protección adecuada de la vida, la integridad física y la libertad de su hija por parte de la policía chipriota; falta de diligencia en la protección contra la trata por parte de Rusia, y falta en la investigación efectiva de su muerte y de castigo a los responsables, por parte de ambos países.

2) Conclusiones del TEDH.

La primera cuestión que se plantea es si el presente caso está comprendido en el ámbito del artículo 4. El Tribunal recuerda que el artículo 4 no hace mención de la trata, la prohibición es sobre la “esclavitud”, la “servidumbre” y el “trabajo forzado u obligatorio”.

El TEDH nunca ha considerado las disposiciones de la Convención como el único marco de referencia para la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en ella. Durante mucho tiempo se dijo que uno de los principios fundamentales de la aplicación de las disposiciones del CEDH es que no las aplican en el vacío. Como tratado internacional, el CEDH debe ser interpretado a la luz de las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

En virtud de esta Convención, está obligado a determinar el sentido que haya dado a las palabras en su contexto a la luz del objeto y fin de la disposición de la que se extraen. Debe tener en cuenta el hecho de que el contexto de la disposición es un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos individuales y que el CEDH debe ser leído en su totalidad e interpretado de tal manera que se promueva la coherencia interna y la armonía entre sus diversas disposiciones. Asimismo, según el TEDH, deben tenerse en cuenta las normas y principios pertinentes del derecho internacional aplicable

en las relaciones entre las Partes Contratantes y el CEDH, interpretándose, en la medida de lo posible, en armonía con las demás normas de derecho internacional.

Se señala, además, que el objeto y fin del CEDH, como instrumento para la protección de los seres humanos, requiere que sus disposiciones se interpreten y apliquen de manera que hagan sus medidas preventivas prácticas y efectivas.²⁶⁴

La materia de más interés en este caso, es el análisis que se hace del artículo 4 CEDH. El TEDH señala que en este artículo se establece la protección efectiva contra la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio, pero se pregunta si estaría incluida tácitamente la protección contra la trata de personas.

La ausencia de una referencia expresa a la trata en el CEDH no es sorprendente. Este se inspiró en la DUDH, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que a su vez no hizo mención expresa de la trata. En su artículo 4, la DUDH prohíbe “*la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas*”. Sin embargo, al evaluar el alcance del artículo 4 del CEDH, no se deben perder de vista las características especiales de este y el hecho de que es un instrumento que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Los estándares cada vez más altos requeridos en el ámbito de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales consecuente e inevitablemente requieren una mayor firmeza en la evaluación de las infracciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. El TEDH señala que la trata de seres humanos es un fenómeno global que ha aumentado significativamente en los últimos años. En Europa, su crecimiento ha sido facilitado en parte por el colapso de los antiguos bloques comunistas. El Protocolo de Palermo en 2000 y la Convención de Lucha contra la Trata de Personas en 2005 demuestran el creciente reconocimiento a nivel internacional de la prevalencia de la trata de personas y la necesidad de medidas para combatirla.²⁶⁵

En vista del aumento del fenómeno de la trata y de las medidas adoptadas para combatirla, considera pertinente en el presente caso examinar el grado en que la trata actúa en contra del espíritu y la finalidad del artículo 4 CEDH como para entrar en el ámbito de las garantías ofrecidas por dicho artículo, sin la necesidad de evaluar cuál de

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 65

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 66.

los tres tipos de conducta prohibida se adaptan al fenómeno de la trata según el tratamiento particular en el caso de que se trate.

El TEDH llegó a la conclusión de que el concepto tradicional de "esclavitud" ha evolucionado hasta abarcar las diversas "Formas Contemporáneas de Esclavitud" basada en el ejercicio de alguno o de todos los poderes atribuidos al derecho de propiedad. Al evaluar si una situación constituye una "Formas Contemporáneas de Esclavitud", el TEDH sostuvo lo siguiente:

"La cuestión de si un determinado fenómeno es una forma de esclavitud dependerá de la operación de los factores o indicios de esclavitud tales como el control de los movimientos de una persona, control del entorno físico, el control psicológico, las medidas tomadas para prevenir o disuadir escape, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, la duración, la afirmación de la exclusividad, el sometimiento a tratos crueles y abusos, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso. En consecuencia, no es posible enumerar de forma exhaustiva todas las Formas Contemporáneas de Esclavitud que están comprendidas en la expansión de la idea original".²⁶⁶

Considera el TEDH que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y finalidad de explotación, se basa en el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad. Se trata a los seres humanos como mercancías que se compran y se venden y son sometidos a trabajos forzados, a menudo con poca o ninguna remuneración, por lo general en la industria del sexo, pero también en otros ámbitos. Implica una estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos son a menudo circunscritos, lo que, en la mayoría de las ocasiones, hace necesario el uso de la violencia y las amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en malas condiciones. Es descrito por *Interights* y en el informe explicativo que acompaña al Convenio de Lucha contra la Trata de Personas como la forma moderna de la trata de esclavos en el mundo antiguo.²⁶⁷

No cabe duda de que la trata amenaza la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas y no puede considerarse compatible con una sociedad democrática y con los valores expuestos en el CEDH. En vista de su obligación de interpretar el CEDH a la luz de las condiciones actuales, el TEDH considera que no es necesario determinar a qué comportamiento de los descritos en el art. 4 pertenece este

²⁶⁶ *ídem.*

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 66-67.

fenómeno de la trata, si constituye “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzoso u obligatorio”. Por tanto, concluye que la trata de personas, en el sentido del artículo 3.a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4.a) de la Convención de Lucha contra la Trata de Personas, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4 del CEDH. Con este argumento desecha a objeción del Gobierno ruso de la incompatibilidad “*ratione materiae*”.²⁶⁸

El TEDH recuerda que, junto con los artículos 2 y 3, el artículo 4 consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa.

Al evaluar si ha habido una violación del artículo 4, hay que tener en cuenta el marco jurídico o legal en el lugar (ver, “*mutatis mutandis*”, Nachova y otros contra Bulgaria²⁶⁹). El TEDH considera que el espectro de las salvaguardias establecidas en la legislación nacional debe ser las adecuadas para garantizar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas o posibles víctimas de la trata. En consecuencia, además de las disposiciones penales para castigar a los traficantes, el artículo 4 obliga a los Estados miembros a poner en práctica medidas adecuadas que regulen las empresas que a menudo son usadas como tapadera para el tráfico de personas. Además, las leyes de inmigración de un Estado deben abordar las preocupaciones relacionadas con el estímulo, la facilitación o la tolerancia de la trata (véase, “*mutatis mutandis*” Guerra y otros contra Italia, 58-60²⁷⁰).²⁷¹

En la sentencia *Siliadin*²⁷², el TEDH confirmó que el artículo 4 implica una obligación positiva específica para los Estados miembros de penalizar y perseguir eficazmente actos tendentes a mantener a una persona en una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio. Con el fin de cumplir con esta obligación, los Estados miembros están obligados a establecer un marco legislativo y administrativo para prohibir y castigar la trata. Por ello, observa que el Protocolo de Palermo y la Convención de Lucha contra la Trata de Personas se refieren a la necesidad de un

²⁶⁸ *Ibidem*. p. 67.

²⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Nachova y otros contra Bulgaria (núms. 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005

²⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Guerra y otros contra Italia (núm. 14967/89), 19 de febrero de 1998.

²⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rantsev contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010, p. 67.

²⁷² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

enfoque integral para combatir la trata, que incluya: medidas para prevenir la trata, medidas para proteger a las víctimas, medidas para castigar a los traficantes.

Se desprende de las disposiciones de estos dos instrumentos que los Estados contratantes, incluida la casi totalidad de los Estados miembro del Consejo de Europa, han formado la opinión de que sólo una combinación de medidas destinadas a tratar los tres aspectos puede ser eficaz en la lucha contra el tráfico. En consecuencia, el deber de penalizar y enjuiciar la trata es sólo un aspecto de la empresa de los Estados miembros para combatir el tráfico general. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 debe considerarse dentro de este contexto más amplio.²⁷³

3) Conclusiones personales.

A diferencia del caso *Siliadin*, en el cual el TEDH hace una interpretación restrictiva del concepto de esclavitud, considerando que únicamente abarca situaciones de esclavitud clásica en donde la persona posee un derecho real de propiedad sobre el individuo sometido, en este caso, se amplía el contenido del artículo 4 del CEDH incorporando situaciones de trata de personas sin que en la redacción del texto se nombre en ningún momento este tipo de explotación y equiparándola a la esclavitud cuando existan ciertos indicios de control de movimiento, control del entorno físico, uso de fuerza, amenazas, duración o sometimiento a ciertos tratos crueles. De este modo, se obvia el verdadero núcleo conceptual de la definición de esclavitud, haciendo una regresión a la confusión terminológica existente en las últimas décadas del S. XX al convertir en esclavitud cualquier manifestación de explotación sobre la persona que implique un aprovechamiento de su fuerza de trabajo mediante violencia o amenazas, vaciando de contenido el verdadero sometimiento a esclavitud mediante un control que sea equivalente a posesión a través del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. El problema que se revela de esta interpretación del TEDH es que se confunde el término esclavitud con el resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, como son la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos.

Cierto es que a través de la trata se puede llegar gradualmente a un sometimiento a esclavitud, pero ello no dependerá de los medios usados para explotar a la persona, sino de la relación que se establece entre el autor y la víctima. Entre el proceso de trata y la

²⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rantsev contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010, p. 68.

explotación final, pueden existir una serie de peldaños de sometimiento más o menos opresivos para el individuo y el control que se manifieste sobre la persona sometida será el que defina en que peldaño nos encontramos. Por lo tanto, hay que centrarse en el final del proceso de explotación extrema, en la cosificación de la persona debida a la manifestación de poderes del derecho de propiedad ejercidos sobre ella y no en los medios por los que se ha llegado a tal fin.

Será necesario un proceso de análisis circunstancial de cada caso, para ello es fundamental separar cada una de esas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” a las que se refiere el TEDH, porque cada una de esas formas son distintas entre ellas en cuanto al control que se manifiesta sobre la persona.

5.1.3. Caso C.N. y V. contra Francia

En este caso el TEDH examina el concepto de servidumbre y de trabajo forzoso y su interconexión, así como la posible situación de trata de personas de los demandantes.

1) Hechos ocurridos.

Dos ciudadanas francesas de origen burundí denuncian al gobierno francés por considerarse sometidas a servidumbre y a trabajo forzado a su llegada a Francia por parte de la única familia que allí tenían capacidad de cuidarlas y de darles una educación adecuada. Fueron alojadas en lo que describieron como una bodega en el sótano de la casa. Al principio, compartieron esta estancia con sus tres hermanas menores. En cuanto quedaron alojadas, el señor y la señora M. buscaron familias de acogida para las tres hermanas pequeñas.²⁷⁴

Las obligaron a realizar todo el trabajo doméstico y el mantenimiento de la casa familiar. Alegaron que fueron utilizadas como empleadas domésticas. La primera demandante dijo que tenía que cuidar de su hijo discapacitado y hacer los trabajos de jardinería y que nunca se les pagó ni tuvieron un día de descanso. Además afirmaron que no tenían acceso a un baño y que sólo podían lavarse en un aseo improvisado y antihigiénico. No se les permitía comer con la familia y únicamente se alimentaban de pasta y arroz.

²⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012, pp. 3 y ss.

En definitiva, ambas se encontraron en una situación de indefensión y vulnerabilidad manifiesta que dio lugar a diferentes tipos de explotación según el grado de lesividad personal de cada una.

2) Conclusiones del TEDH.

Debido a las condiciones de trabajo que les fueron impuestas, el TEDH examina si estuvieron sometidas a trabajo forzoso según el tenor del artículo 4.2 de la CEDH. Para aclarar este concepto se basa en los términos del artículo 2.1 del Convenio N°29 de la OIT de 1930 el cual define el trabajo forzoso como “*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquier y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*”.

Para determinar el concepto de “trabajo” en el sentido del artículo 4.2 del CEDH, aclara que no todo trabajo exigido bajo la amenaza de una pena puede constituir “trabajo forzoso u obligatorio” y estar prohibido por esta disposición, sino que, conviene tener en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza y el volumen de la actividad, y, así, poner límites a ese trabajo prohibido y distinguirlo de lo que podría considerarse como un trabajo normal y razonable en materia de apoyo familiar o convivencia. En este sentido, el Tribunal apoya su argumento en el caso de *Van Der Musselle* contra Bélgica²⁷⁵ para desarrollar el concepto de “carga desproporcionada”.²⁷⁶

Además el TEDH establece un concepto de “pena” amplio a raíz del informe “El costo de la coacción” adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo de 1999²⁷⁷, en el que se puede incluir no sólo una pena que sea violencia física o coacción física, sino que también abarca una coacción psicológica.²⁷⁸

En cuanto a la primera solicitante, el TEDH considera que efectivamente estuvo sometido a trabajo forzoso, mientras que, en el caso de la segunda, no se entiende que fuera víctima de este delito ya que no entra dentro del marco conceptual acuñado a este respecto.

²⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Der Musselle contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983.

²⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012, p. 16

²⁷⁷ OIT: *El costo de la coacción*. Informe del Director General Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 98.ª reunión, Informe I (B), 2009.

²⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012, p. 18.

Ya en el caso *Siliadin*²⁷⁹ el TEDH definió la servidumbre como una “obligación de prestar servicios bajo coacción” sin especificar el alcance de estos servicios.

Las demandantes alegan que se vieron obligadas a vivir y a trabajar sin paga en la propiedad de otras personas, actos que, según ellas constituyen un estado de servidumbre. Además, argumentan que los demandados las acogieron en su casa con fines de explotación utilizando engaño y aprovechándose de su situación de vulnerabilidad, cometiendo actos que podrían enmarcarse dentro del concepto de trata de personas en virtud de la Convención del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

Cierto es que, como ya se ha explicado, el TEDH afirmó en el caso *RANTSES*²⁸⁰ que la trata de seres humanos se encuentre dentro del alcance de lo establecido en el artículo 4 de la CEDH en la medida en que es, sin duda, un fenómeno contrario al espíritu y la finalidad de esta disposición, sin embargo, considera que en el presente caso los hechos se refieren principalmente a actividades comprendidas en el marco del “trabajo forzoso” y la “servidumbre”, conceptos jurídicos específicamente previstos en el CEDH.

El TEDH define la servidumbre como “*una forma especialmente grave de negación de la libertad*”, describiéndola como un “*deber de prestar servicio bajo coacción*”²⁸¹ y, como tal, es un concepto que debe estar obligatoriamente vinculado al concepto de esclavitud del artículo 4.1 CEDH.

Finalmente, el TEDH considera con respecto a la servidumbre que a la situación de la primera demandante le era aplicable el artículo 4.1 y 2 CEDH y que se encontraba en una situación de servidumbre y de trabajo forzoso. En cuanto a la segunda, el Tribunal determinó que no se le podía aplicar este artículo ya que su situación no se encontraba bajo el amparo de esta disposición.

3) Conclusiones personales.

La vinculación existente entre la negación de la libertad y prestar servicio bajo coacción con un posible sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso se

²⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

²⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev* contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010.

²⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005, p.31.

torna evidente en la medida en que esa persona es privada de su libertad de decisión, autonomía e incluso movimiento. Sin embargo, será el grado de control ejercido por la persona el que determine si nos encontramos ante un caso de sometimiento a esclavitud o estaremos ante otra “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Control que se plasma a través de la manifestación de los atributos del derecho de propiedad ejercidos sobre una persona, lo cual sería indicio de que existe un verdadero sometimiento a esclavitud.

Bajo el estudio de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 hecho por la Comisión del caso Van Droogenbroeck²⁸², se entiende que el concepto de servidumbre comprende “*además de la obligación de prestar determinados servicios a los demás (...) el requisito de que el siervo está obligado a vivir en la propiedad de los demás y no pueda cambiar su condición*”.

Teniendo en cuenta estos criterios, el TEDH observa que la servidumbre es una forma de trabajo forzoso u obligatorio, o en otras palabras, sería como un trabajo forzoso u obligatorio "agravado". De este modo, el elemento fundamental que distingue a la servidumbre del trabajo forzoso u obligatorio, en el sentido del artículo 4 CEDH, es el conocimiento de la víctima de que su condición es inmutable y que la misma no va a evolucionar de manera favorable. A este respecto, es suficiente que esta creencia esté basada en factores objetivos o situaciones mantenidas por los autores de los actos. Existiría, de este modo, una graduación en la vinculación entre servidumbre y trabajo forzoso por el “sentimiento” de la víctima. Mientras que en el sometimiento a servidumbre la víctima considera que su situación no va a cambiar o es ciertamente perdurable en el tiempo, en el trabajo forzoso es sometida a un trabajo bajo la amenaza de una pena y sin su consentimiento, pero de forma particular, de modo que, el individuo considera que esa “relación laboral” no va durar más de lo necesario en el tiempo.

5.1.4. Caso Van Der Mussele contra Bélgica

De nuevo nos encontramos ante un caso de trabajo forzoso en el que se definen los parámetros que configuran el término en el Derecho Internacional.

²⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Droogenbroeck contra Bélgica (núm. 7906/77, 24 de junio de 1982.

1) Hechos ocurridos.

El demandante es un nacional belga nacido en 1952. Reside en Amberes, donde ejerce la profesión de abogado. Después de ser inscrito como pasante el 27 de septiembre 1976, abrió su propio despacho. Su maestro, sin embargo, le confió una serie de casos y le pagó algo por su trabajo²⁸³. Tras terminar su pasantía, el Colegio de Abogados lo nombra abogado de Oficio en un caso por el cual nunca percibió ninguna remuneración y que le ocupó muchas horas de trabajo. El demandante alega violación del art. 4.2 del CEDH, trabajo forzoso.

2) Conclusiones del TEDH.

Como ya se ha advertido, el problema con el que se encuentra el TEDH es que el artículo 4 no define lo que se entiende por "trabajo forzoso u obligatorio", con lo cual, se hace referencia a la definición establecida en el Convenio N° 29 de la OIT sobre trabajo forzoso, que establece que será *“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”*. Esta definición puede proporcionar un punto de partida para la interpretación del art. 4 CEDH. Sin embargo, no se deben perder de vista las características especiales de esta Convención o el hecho de que es un instrumento en permanente evolución y que sus preceptos deben interpretarse *“a la luz de los conceptos actualmente vigentes en los Estados democráticos”*²⁸⁴.

En cuanto al análisis del trabajo forzoso u obligatorio, señala el TEDH que el primer adjetivo “forzado” trae a la mente la idea de coacción física o mental. Con respecto al segundo adjetivo “obligatorio”, no se refiere sólo a cualquier forma legal de coacción u obligación. Por ejemplo, el trabajo que se lleva a cabo en cumplimiento de un contrato negociado libremente no puede considerarse comprendido dentro del ámbito del artículo 4, debido a que una de las partes se ha comprometido con el otro para hacer ese trabajo y estará sujeto a las sanciones correspondientes si no cumple con su cometido.²⁸⁵

²⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Der Musselle contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 9-13.

²⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Guzzardi contra Italia (núm. 7367/76), 6 de noviembre de 1980.

²⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Der Musselle contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 34.

Por tanto, el TEDH concreta que lo que tiene que existir para que la situación quede amparada en el ámbito del art. 4 es “un trabajo exigido...bajo la amenaza de una pena cualquiera ”y también realizado contra la voluntad de la persona interesada”, que es un trabajo para el que “no se ha ofrecido voluntariamente”.

La definición dada en el artículo 2.1 del Convenio de la OIT N ° 29 lleva al Tribunal a preguntarse en primer lugar si existe en las circunstancias del presente caso “la amenaza de una pena cualquiera”.

Si el Sr. Van der Mussele hubiera rechazado sin una buena razón la defensa del Sr. Ebrima, su negativa no habría sido castigada con una sanción de carácter penal. Sí es cierto, que habría corrido el riesgo de que el Colegio de Abogados le hubiera denegado su solicitud de inscripción en el registro. Sin embargo, el TEDH no considera ésta razón suficiente para incluirse dentro de la expresión “bajo la amenaza de una pena cualquiera” y aún menos teniendo en cuenta tanto el uso del adjetivo “cualquiera” en la definición de las normas adoptadas por la OIT en este punto.²⁸⁶

Debe ahora determinarse si el solicitante “se ofrece voluntariamente” para el trabajo en cuestión. De acuerdo con el criterio del TEDH, el demandante había dado su previo consentimiento a una situación que debería haber tenido en cuenta que podía llegar a ocurrir. Su argumento era el siguiente. A la hora de embarcarse en su carrera, el futuro abogado debe sopesar los pros y los contras, considerar las ventajas e inconvenientes que conlleva su profesión y, en opinión del TEDH, los inconvenientes eran “perfectamente previsible” y aceptó las condiciones normales del ejercicio de la profesión aceptando así un régimen legal de carácter general. Por lo tanto, uno de los rasgos distintivos del trabajo forzoso u obligatorio, “no ofrecerse voluntariamente”, no se cumplía y esto fue suficiente para establecer que no se había producido una violación del artículo 4.2 CEDH²⁸⁷.

Sobre la base de la jurisprudencia en este ámbito que se remonta hasta 1963, en la decisión sobre admisibilidad en el asunto Iversen contra Noruega²⁸⁸, la Comisión estableció que para que exista trabajo forzoso u obligatorio a los efectos del CEDH,

²⁸⁶ OIT: Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). Conferencia Internacional del Trabajo 96ª reunión, Informe III (Parte 1B), 2007, apartado 21.

²⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Der Mussele contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 36.

²⁸⁸ Resolución de la Comisión, asunto Iversen contra Noruega (núm. 1468/62), Anuario de la Convención, vol. 6, 17 de diciembre de 1963, pp. 327-329.

deben existir dos condiciones acumulativas: no sólo es necesario que el trabajo se realice en contra de la voluntad de la persona, sino que, además, es necesario que la obligación de llevarlo a cabo sea "injusta" u "opresiva" o bien que su desempeño constituya una "carga evitable". Después de examinar el asunto, la Comisión concluyó por mayoría que la segunda condición no se cumplía en el mismo grado que la primera.

En este sentido, el TEDH concluye que la segunda condición no está incluida en el contenido del artículo 2.1 del Convenio de la OIT, sino que más bien es un criterio que se deriva del artículo 4 y siguientes de dicho Convenio, que nada tiene que ver con el concepto de trabajo forzoso u obligatorio, sino que establece los requisitos que deben de cumplirse para la imposición de un trabajo forzoso u obligatorio durante el período transitorio previsto en el artículo 1.2.²⁸⁹

El TEDH subraya que la estructura del artículo 4 es de carácter informativo en cuanto al contenido del punto 3, ya que considera que no pretende "limitar" el ejercicio de los derechos garantizados por el párrafo 2, sino que "delimita" el contenido mismo de este derecho, ya que constituye un todo con el párrafo 2 e indica lo que el término "trabajo forzoso u obligatorio" no comprende. Siendo esto así, el párrafo 3 sirve como una ayuda para la interpretación del párrafo 2.

Los cuatro apartados del párrafo 3 de este artículo, a pesar de su diversidad, se basan en ideas rectoras del interés general, la solidaridad social y lo que se considera habitual en el curso normal de una pena privativa de libertad. De este modo, el TEDH concluye que el último párrafo, es decir, "*cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales*" en el ámbito del trabajo forzoso u obligatorio, tiene un significado especial en el contexto del presente caso.²⁹⁰

Analizados todos los elementos del articulado, el TEDH llega a la conclusión de que la obligación del Sr. Van der Musselle es de un orden similar a las "obligaciones cívicas normales" mencionadas en el artículo 4.3.d.

La carga impuesta al demandante no era desproporcionada. Según su propio testimonio, la representación del Sr. Ebrima representó sólo diecisiete o dieciocho horas de su tiempo de trabajo.

²⁸⁹ *Ibidem*, párr. 37.

²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 38.

El TEDH entiende que no necesita determinar si el trabajo en cuestión queda de alguna manera justificado por el art. 4.3, y, en particular si la noción de obligaciones cívicas normales se extiende a las obligaciones de toda una categoría de ciudadanos en razón de su trabajo o de las funciones que están llamados a desempeñar en la comunidad.

En consecuencia, el Tribunal declara que no ha habido violación del art. 4 por sí solo o en combinación con el artículo 14 o el art. 1 del Protocolo nº 1.

3) Conclusiones personales.

El TEDH nuevamente recurre al contenido del Convenio N°29 para conseguir dotar de significado a la prohibición que se realiza en el CEDH con respecto al trabajo forzoso. Esta analogía “*in malam partem*” no puede realizarse en el contexto de nuestro texto punitivo, por ello, es conveniente analizar punto por punto los elementos que en esta sentencia se detallan con respecto a una posible incorporación de un delito de trabajo forzoso en nuestro Código Penal.

Efectivamente, un trabajo forzoso es aquel que se realiza bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual la persona no se ha ofrecido voluntariamente. A diferencia de lo que sucede con la servidumbre, en la cual la persona no tiene consciencia de cuando pueda terminar ese sometimiento y con el sometimiento a esclavitud en el que existe un control que es equivalente a posesión mediante la manifestación de atributos del derecho de propiedad, en el trabajo forzoso la persona es obligada a realizar un trabajo concreto durante un tiempo limitado. Este factor temporal resulta clave a la hora de determinar ante qué tipo de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” nos encontramos.

El análisis de este caso del TEDH me parece interesante para definir la línea que separa la explotación laboral o, traducido a nuestro derecho interno, un posible delito contra los derechos de los trabajadores, y lo que supone estar sometido a trabajo forzoso. Concuero con la línea argumental del TEDH en el sentido de que el Sr. Ebrima podía suponer que un pasante no va a cobrar lo que quizás merezca por su trabajo o esfuerzo, pero, sobre todo, que podía decidir sobre la oportunidad de ese trabajo puesto que no exista el elemento nuclear “no ofrecerse voluntariamente”. Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” suponen una violación de la personalidad individual y de la libertad en sentido amplio, esto es, degradan a la persona hasta el

punto en el que esta no tiene la capacidad de decidir libremente. Ese objeto de tutela, concretado en el “*status libertatis*”, será quebrantado en diferentes niveles según la “Formas Contemporáneas de Esclavitud” ante la que nos encontramos: esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trata de seres humanos. Pero, en todas ellas existe una violación clara y terminante de ese bien jurídico, atacando frontalmente la libertad de decidir si desea o no desea realizar ese trabajo en el caso del trabajo forzoso.

5.1.5. Caso C.N. contra Reino Unido

Se analizan los conceptos de trabajo forzoso y servidumbre y su aplicación en el ámbito del derecho doméstico de Reino Unido. Destaca en este asunto el incumplimiento del Reino Unido de la obligación positiva que se deriva del artículo 4 CEDH de criminalizar internamente estas explotaciones.

1) Hechos ocurridos.

La demandante, nacida en Uganda en 1979, viajó a Reino Unido huyendo de la violencia sexual a la que había sometida en su país de origen. A través de un pariente, el Sr. S, consiguió un pasaporte falso para entrar a Reino Unido, sin embargo, a su llegada, su mismo familiar le quitó el pasaporte y sus documentos de viaje²⁹¹. Vivió durante meses retenida en varias casas y trabajó proporcionando cuidados personales sin descanso alguno y sin percibir ninguna remuneración.

La demandante sostiene que en el momento de su explotación el Gobierno incumplía sus obligaciones positivas de protección al no contar con leyes penales que castigaran el trabajo forzoso y la servidumbre en virtud del artículo 4 CEDH.

Además, señaló que en caso *Siliadin*²⁹² el TEDH definió la servidumbre como “*una forma particularmente grave de la negación de la libertad*”, que incluía, “*además de la obligación de realizar ciertos servicios para otros... la obligación para el siervo de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de modificar su condición*”.

²⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso C.N. contra Reino Unido (núm. 4239/08), 13 de noviembre de 2012, párr. 4-10.

²⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

2) Conclusiones del TEDH.

El TEDH vuelve a hacer referencia al caso *Siliadin*²⁹³ que define el trabajo forzoso u obligatorio a través del Convenio N° 29 de la OIT, que incluye "*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*", además, señaló que el término trae a la mente la idea de "coacción física o mental".

Consideró que este elemento estaba presente debido a que la demandante era una adolescente ilegal en un país extranjero y vivía con el temor de ser detenida por la policía. En el presente caso, a la luz de la definición adoptada por el TEDH y la OIT, y teniendo en cuenta los informes del "*Poppy Project*" y del psiquiatra, la demandante alegó que la falta de pago era debido a que estaban congraciados entre ellos y que el Gobierno desconocía los indicadores clave de la OIT de trabajo forzoso y tenía un desconocimiento preocupante de la vulnerabilidad de los inmigrantes ilegales²⁹⁴.

Sostiene que las disposiciones pertinentes del derecho interno no incluían, en el momento de comisión de los actos, los delitos de trabajo forzoso o de servidumbre.

De hecho, la policía confirmó por escrito al solicitante que no había delito que amparara su situación. Como resultado, a pesar de la evidente explotación comprendida en el ámbito del artículo 4 CEDH, no se llevó a cabo ninguna investigación y no fue detenida ninguna persona por estos hechos.

El TEDH considera que la jurisprudencia del caso *Siliadin*²⁹⁵ ya dejó clara la necesidad de crear una normativa específica para criminalizar las conductas que entran en el ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH. Ciertos delitos auxiliares que podrían ser cometidos en el curso de una explotación a través de trabajo forzoso o servidumbre no proporcionan suficiente protección en el ámbito de la CEDH.²⁹⁶

En vista de las conclusiones del TEDH en *Siliadin*, entiende que las disposiciones legislativas en vigor en el Reino Unido en el momento de los hechos no eran suficientes para ofrecer una protección práctica y efectiva contra tratos comprendidos en el ámbito

²⁹³ Ídem.

²⁹⁴ *Ibidem*, párr. 49.

²⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

²⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso C.N. contra Reino Unido (núm. 4239/08), 13 de noviembre de 2012, párr. 51.

del artículo 4 del CEDH, concluyendo que la víctima estuvo sometida a trabajo forzoso y a servidumbre.

3) Conclusiones personales.

Este caso resulta de alarmante interés académico puesto que los órganos jurisdiccionales en España no tienen a su alcance las herramientas jurídicas apropiadas para castigar con todo su desvalor de acción y su antijuricidad algunos comportamientos que son transportados al ámbito de la prostitución forzada o de los delitos contra los derechos de los trabajadores, es decir, se castigan a través de otros delitos ciertos acciones que suponen un sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso.

En el caso que acabamos de analizar, las autoridades se limitaron a investigar y sancionar los delitos que a menudo acompañan a los delitos de esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio. Por ello, el TEDH consideró que el derecho penal vigente en el momento de los hechos no ofreció protección práctica y efectiva contra los tratos comprendidos en el ámbito del artículo 4 CEDH.

Al igual que ocurre en esta sentencia del TEDH, en España se están castigando como delito de trata de seres humanos en concurso real con un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 311 situaciones tales como transportar transnacionalmente a mujeres para “contratarlas” como “chicas de alterne” y obligarlas a acostarse con clientes y a pagar tanto su estancia como la deuda del viaje. Igualmente, cuando una mujer es obligada a prostituirse día y noche para pagar su estancia en el burdel y poder comprar algo de comida para sobrevivir, se castiga con un delito de prostitución forzada.

Esto es así, porque no existe en nuestro Código Penal ningún otro tipo delictivo para poder criminalizar estos comportamientos, porque lo que realmente existiría en estos ejemplos sería un delito de sometimiento a esclavitud, porque esas personas están sometidas a un control equivalente a posesión al ejercerse sobre ellas atributos del derecho de propiedad. Sin embargo, se acaban castigando las “condiciones ilegales de los trabajadores” o la “prostitución forzada” porque es el único delito que pueden utilizar los jueces y magistrados para castigar tales acciones.

Igualmente, en el propio delito de trata de seres humanos, en el art. 177 bis. apartado 1.a) aparecen finalidades de explotación tales como “*imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la*

servidumbre”. Estas finalidades serían de imposible castigo al no encontrarse definidas en el Código Penal. Por tanto, resulta imposible castigar las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” ni como tipo autónomo ni como finalidades de la trata, por ello los órganos judiciales acaban subsumiendo estos comportamientos en ámbitos delictivos que, si bien, en algunos casos podrían estar presentes, no conllevan el castigo adecuado para el autor de los mismos.

A modo de ejemplo de lo que pretendo advertir y de la importancia de una reforma del Código Penal para añadir un catálogo delictivo completo de este tipo de prácticas, se analizarán sentencias del Tribunal Supremo en las que aparecen diferentes “Formas Contemporáneas de Esclavitud” castigadas a través de otros tipos delictivos dada la falta de tipología delictiva de estos sometimientos extremos.

5.1.6. Caso Chowdury y otros contra Grecia

En esta Sentencia el TEDH analiza un posible sometimiento a trabajo forzoso y a trata de seres humanos²⁹⁷.

1) Hechos ocurridos.

Un informe sobre Grecia, elaborado en el marco del proyecto “*Combatiendo la trata de seres humanos: yendo más allá*” por parte del Centro de Reintegración de Trabajadores Migrantes con apoyo de la Comisión Europea, denunció la respuesta de las autoridades a la situación experimentada por trabajadores migrantes en los campos de fresa de Manolada. El informe incorpora numerosos artículos de prensa publicados en 2008 con el contenido que se describe seguidamente.

La situación de los trabajadores en Manolada atrajo la atención del público en la primavera de 2008 a raíz del extenso artículo titulado “*Oro rojo: sabor dulce con raíces amargas*” publicado en el suplemento de la edición de Domingo del periódico Eleftherotypia. El artículo describió detalladamente las condiciones laborales de los trabajadores migrantes en Manolada, así como prácticas de trata de seres humanos, lo que generó debates en el Parlamento Griego. Como consecuencia de la publicación, el Ministro de Empleo requirió a Inspección de Trabajo para que llevaran a cabo

²⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Chowdury y otros contra Grecia (núm. 21884/15), 30 de marzo de 2017.

inspecciones. Asimismo, el Ministro de Salud ordenó chequeos médicos y el Ministro del Interior expuso que se estaba preparando una decisión que obligara a los empleadores a proveer alojamientos decentes a los trabajadores estacionales.

El Ministro de Empleo detectó que se habían llevado a cabo inspecciones en 2006 y 2007 las cuales derivaron en acusaciones infructuosas. Por su parte, las investigaciones ordenadas por el Ministerio no tuvieron consecuencias: la mayor parte de los empleadores de fresas escondieron a los ciudadanos migrantes y solamente hubo acusaciones por dar empleo a migrantes en situación irregular o menores.

Según los artículos de prensa en los que se basaba el informe, hubo 1500 trabajadores que se negaron a trabajar en abril de 2008, concentrándose en la plaza del pueblo para demandar el pago de sus salarios, así como una subida del sueldo a 30 euros diarios. En el segundo día de “huelga”, organizaciones sindicales del Partido Comunista secundaron a los migrantes, mientras que los guardas armados de los “productores” atacaron y golpearon a los sindicalistas a los que consideraban los responsables de la actitud de los migrantes, así como a los periodistas. Los últimos, desalentados de continuar escribiendo sobre la materia, recibieron incluso amenazas de muerte. Esa tarde, los guardas armados destruyeron las cabañas de los migrantes y dispararon al aire con armas de fuego con el fin de intimidarles. La policía no llevó a cabo ninguna detención. Los migrantes se refugiaron en la costa, lugar donde pasaron la noche.

Los demandantes reclaman que los trabajos efectuados en los campos de fresa de Manolada constituyeron trabajos forzosos u obligatorios. Demandan que el Estado tiene la obligación positiva de prevenir la trata de seres humanos, de adoptar las medidas necesarias para lograr tal fin, así como de sancionar a los empleadores, que según declaran, son responsables del delito. Acusan al Estado de fallar en el cumplimiento de tal obligación. Alegan violación del artículo 4.2 CEDH, según el cual: *“Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”*.

Además, según los demandantes, los hechos del caso muestran claramente la situación de trabajos forzosos, habiéndose basado el Tribunal de lo Penal en una interpretación demasiado estricta del concepto “trata de seres humanos”, incompatible con la de “trabajos forzosos” en los términos previstos en el artículo 4 del CEDH así como en otros instrumentos internacionales. También alegaron que la prohibición contenida en el artículo 4 del CEDH no se aplica exclusivamente a supuestos de

absoluta debilidad de las víctimas, total abandono de la libertad o “exclusión respecto del mundo exterior” y añaden que los conceptos de “amenaza de castigo” y “trabajo involuntario” incluyen sutiles formas de amenazas psicológicas, tales como amenazas con denunciar a la policía o a las autoridades de inmigración así como oposiciones al abono de sus salarios. Los demandantes consideran que existen similitudes entre su caso y el de *Siliadin*²⁹⁸ y señalan que en aquel caso el TEDH examinó la legislación en cuestión y su aplicación fue tan deficiente como para constituir por parte del Estado demandado una violación del artículo 4 del CEDH.

2) Conclusiones del TEDH.

El TEDH, apoyándose en su jurisprudencia más relevante relativa a la aplicación del artículo 4 en el contexto específico de la trata de seres humanos²⁹⁹ y partiendo de la importancia en el CEDH del artículo 4, expone que su ámbito de aplicación no puede limitarse a las acciones directas de las autoridades estatales. De esta cláusula se derivan las obligaciones positivas que los Estados tienen de prevenir la trata de seres humanos, de proteger a las víctimas y de adoptar disposiciones de derecho penal que penalicen tales prácticas³⁰⁰.

En primer lugar, en aras a combatir este fenómeno, los Estados están obligados, además de a la incorporación de normas de castigo de los tratantes, a la adopción de una estrategia integral y a la puesta en marcha de medidas tanto de prevención de la trata como de protección de las víctimas³⁰¹. De esta jurisprudencia se infiere que los Estados tienen primeramente la responsabilidad en el establecimiento de un marco legislativo y administrativo que confiera una protección real y efectiva de los derechos de las víctimas de trata de seres humanos. Además, las normas estatales de inmigración deben afrontar los problemas de incitación o complicidad con la trata de seres humanos, o la tolerancia hacia ella³⁰².

²⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

²⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev* contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010.

³⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

³⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev* contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010.

³⁰² *Ídem*.

En segundo lugar, el TEDH considera que el Estado tiene, en determinadas circunstancias, la obligación de llevar a cabo acciones operativas para la protección de las víctimas, actuales o potenciales, de sufrir tratamientos contrarios al artículo 4. Tal y como sucede con los artículos 2 y 3 del CEDH, el artículo 4 exige en ocasiones la adopción de las mencionadas medidas. En cumplimiento de las obligaciones positivas que se deben adoptar en casos concretos, es necesario acreditar que las autoridades estatales conocieron o debieron conocer aquellas circunstancias de las que se infieran sospechas fundadas de que una persona identificada, ha sido, o estaba, en grave riesgo de ser víctima de trata o explotada en el sentido del artículo 3.a del Protocolo de Palermo y artículo 4.a del Convenio sobre trata de seres humanos. En caso afirmativo, habría una violación del artículo 4 del CEDH al haber errado las autoridades a la hora de adoptar medidas apropiadas en el ámbito de sus competencias que pudieran alejar a la persona de la situación de riesgo.

El TEDH reitera, además, que el término “trabajos forzados” evoca la idea de coerción física o mental, pero como sucede con el concepto “trabajo obligatorio”, no se incluyen las formas legales de obligación. Por ejemplo, el trabajo desempeñado en virtud de un contrato negociado libremente no comprende el ámbito del artículo 4 del CEDH por el solo hecho de que una de las partes hubiera asumido la realización de un trabajo sujeto a sanciones si no cumpliera con su promesa. Lo que deberá concurrir es un trabajo “*exigido bajo la amenaza de una pena cualquiera*” y cuya realización haya sido en contra del afectado, es decir, trabajo para el cual “*no se hubiera ofrecido voluntariamente*”. En la sentencia *Van Der Musselle*³⁰³, el TEDH consideró que la “carga relativa” debía conectarse con la alegación del demandante respecto del “consentimiento previo” y optó por abordar el caso teniendo en consideración todas las circunstancias. En particular, el TEDH observó la existencia de supuestos los cuales “no podrían considerarse como voluntariamente aceptados” por el afectado debido a las circunstancias concretas. Por consiguiente, la validez del consentimiento debe ser examinada a la luz de todas las circunstancias concurrentes a cada caso.

En aras a clarificar el concepto “trabajo” en el sentido del artículo 4.2 del CEDH, el TEDH pone de relieve que no todo trabajo desempeñado bajo la amenaza de

³⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Van Der Musselle* contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983.

“castigo” tiene necesariamente la consideración de “trabajo forzoso u obligatorio”. Es necesario tener en cuenta, especialmente, la naturaleza y volumen de la actividad en cuestión, lo que permite distinguir los “trabajos forzosos” de los trabajos desempeñados en un régimen de asistencia familiar o de convivencia. En este punto, en el caso *Van Der Mussele*, el Tribunal se basó, en particular, en el concepto de “carga desproporcionada” para determinar si un abogado en prácticas había sido sometido a trabajo forzoso cuando fue requerido para actuar sin remuneración alguna defendiendo clientes como abogado de oficio.

En el caso que nos acontece, el TEDH señala que los demandantes fueron reclutados en diversas fechas comprendidas entre octubre de 2012 y febrero de 2013 y que habían estado trabajando al menos hasta el día de los hechos, el 17 de abril de 2013, sin haber recibido los salarios que les eran debidos. Si bien es cierto, que los empleadores les ofrecían alojamiento y pensión por bajo precio (3 euros al día), sus condiciones tanto de vida como laborales eran especialmente penosas: trabajaban diariamente en invernaderos desde las 7 horas de la mañana hasta las 7 horas de la tarde recogiendo fresas bajo la supervisión de guardas armados, vivían en improvisadas chozas de cartón, nylon y bambú y sin baños o agua corriente; sus empleadores no les pagaron diciéndoles que solamente cobrarían si continuaban con sus servicios.

El TEDH también constata 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.

Además, el TEDH considera que 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. El consentimiento previo de la víctima no es suficiente para excluir la calificación de trabajo forzoso.

Así, el TEDH observa que los demandantes comenzaron a trabajar cuando se encontraban en situación de vulnerabilidad como migrantes en situación irregular, sin recursos y con riesgo de ser arrestados, detenidos y deportados. Los demandantes

constataron, probablemente, que en el caso de que dejaran de trabajar nunca cobrarían los sueldos debidos, cuyo montante se incrementaba con el transcurso de los días. E incluso, cuando los demandantes hubieran asumido tal circunstancia, hay que destacar que se habrían ofrecido voluntariamente para trabajar creyendo de buena fe que recibirán sus salarios, por lo que, la situación cambió por la conducta de los empleadores.

El TEDH valora que ciertamente la situación de los demandantes no puede ser catalogada de servidumbre. En este punto, recuerda que la característica fundamental diferenciadora entre la servidumbre y los trabajos forzados en el sentido del artículo 4 del CEDH radica en el sentimiento de la víctima acerca de la permanencia de su situación y la poca probabilidad de cambio.³⁰⁴ Mientras que esas circunstancias concurrían en el caso C.N. y V. contra Francia, en esta situación, no tuvieron los demandantes tal sentimiento en tanto que todos ellos eran trabajadores temporales reclutados para la recogida de la fresa.

El TEDH manifiesta que los hechos son acordes con la definición de trata de seres humanos del artículo 3.a del Protocolo de Palermo y artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa Sobre Trata de Seres Humanos; este delito se encuentra recogido en el artículo 323a del Código Penal griego, el cual reproduce en esencia la definición contenida en los instrumentos internacionales antes referenciados. A este respecto, el TEDH reitera que no es su función sustituir a los tribunales nacionales; corresponde a las autoridades nacionales, y en especial a los tribunales, la resolución de los problemas de interpretación de la legislación nacional. Su papel es verificar si los efectos de tal interpretación son compatibles con el CEDH³⁰⁵.

El TEDH señala, además, que según el artículo 28 de la Constitución Griega, los tratados internacionales, tras su ratificación y entrada en vigor, forman parte integral de la legislación doméstica y prevalecen sobre cualquier disposición que sea contraria a ellos, lo que conlleva que los tribunales tengan la obligación de interpretar la legislación nacional teniendo en consideración aquellos instrumentos internacionales de los que Grecia es parte. En este caso, los tribunales domésticos han interpretado y aplicado de

³⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012.

³⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Nedjet Sahin y Perihan Sahin contra Turquía (núm. 12379/0549) ,20 octubre 2011.

manera muy restrictiva el concepto de trata de seres humanos, igualándolo prácticamente al de servidumbre.

El TEDH concluye que la situación de los demandantes se encuentra comprendida en el artículo 4.2 del Convenio como trata de seres humanos y trabajos forzados.

3) Conclusiones personales.

De nuevo se analizan los elementos que integran el trabajo forzoso. Estas clarificaciones por parte del TEDH me serán de ayuda para definir en mi propuesta de “*lege ferenda*” un delito de trabajo forzoso.

En el ámbito del elemento “ofrecerse voluntariamente” resulta destacable la apreciación del TEDH al afirmar que si el patrón abusa su situación de poder o se aprovecha de la vulnerabilidad de los trabajadores se considera que este no se habrá presentado voluntariamente al trabajo. En otras palabras, el consentimiento del trabajador hacia el trabajo a realizar será nulo al cambiarse unilateralmente las condiciones de trabajo.

Por otra parte, el propio TEDH advierte de la confusión terminológica existente entre la normativa internacional y su transposición al derecho doméstico de cada país. Advierte que la Constitución griega obliga al Estado a tener en consideración los instrumentos internacionales de los que Grecia es parte a la hora de interpretar la legislación nacional. Lo que para el Tribunal del orden Penal griego suponía servidumbre, para el TEDH era una manifestación de trata de seres humanos y de trabajo forzoso.

Otro ejemplo de la importancia de clarificar los conceptos internacionales en el ámbito de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” para criminalizarlos de forma correcta en el derecho doméstico y así poder luchar de forma conjunta contra este tipo de sometimientos extremos del ser humanos. Este esfuerzo previo supone un trabajo de base de suma importancia para definir correctamente las líneas que separan cada forma de explotación extrema entre ellas y entre otros tipos del Código Penal.

5.1.7. Caso S.M. contra Croacia

El TEDH dicta una de las últimas sentencias sobre nuestro objeto de estudio, en concreto encuentra defectos significativos en la respuesta procesal nacional sobre un

posible caso de trata de seres humanos y prostitución forzada. Considera que la trata de seres humanos entra en el ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH si se da una combinación de los tres elementos constitutivos (acción, medios y finalidad de explotación) de su definición internacional. Además, establece una noción de "trabajo forzado u obligatorio" que protege contra la prostitución forzada, con independencia de que esté relacionada con el contexto de la trata de seres humanos.

1) Hechos ocurridos.

La demandante nació en 1990 y vive en Z. Debido a problemas en su familia, entre 2000 y 2004 vivió con una familia de acogida. Luego se trasladó a un hogar público para niños y jóvenes, donde permaneció hasta que terminó su formación profesional en el sector de la hostelería. Después se trasladó a vivir con su padre en S. y ocasionalmente visitaba a su madre en Z.

El 27 de septiembre de 2012 la demandante se presentó en una comisaría de policía de Z. para presentar una denuncia penal contra un tal T.M. Alegó que durante el verano de 2011 T.M. la había obligado a través de medios físicos y psicológicos a prostituirse. La demandante afirmó que en algún momento antes del verano de 2011 T.M. había contactado con ella a través de Facebook y se había presentado como amigo de sus padres. Tras este contacto inicial, durante uno o dos meses ella había continuado intercambiando mensajes con T.M. sobre cosas cotidianas. Entonces, en torno al mes de junio o julio de 2011 había quedado con T.M. y había ido a tomar una copa con él. En esa ocasión T.M. le había explicado que quería ayudarla a encontrar un trabajo porque conocía a sus padres. Para ello, le dejó su número de teléfono. Ya en aquella ocasión la demandante sintió que T.M. era una persona que insistía en hacer las cosas a su manera y a la que no se podía contradecir.

La demandante declaró además que tras esta reunión había seguido intercambiando mensajes con T.M. a través de Facebook. Unas dos semanas después del primer encuentro se puso en contacto con T.M. y decidieron volver a reunirse. Esta vez, cuando se reunieron, T.M. dijo que la llevaría con un hombre al que ella debería prestar servicios sexuales a cambio de dinero, explicándole que debía cobrar 400 kunas croatas (aproximadamente 50 euros) por sus servicios y que le diera la mitad de ese dinero. Ella le hizo saber que no quería hacerlo, pero este le dijo que sólo tendría que

hacerlo hasta que él le encontrara un trabajo adecuado. Debido al miedo que le provocaba contradecir a T.M. aceptó ir con él a ver al hombre.

Llegaron a una casa en la que estaba el cliente y la demandante le explicó al hombre lo que ocurría, diciéndole este que no hacía le insistiría en tener relaciones sexuales, que le daría las 400 HRK T.M. había escuchado esta conversación detrás de la puerta y, tras salir el cliente de la habitación, abofeteó a la demandante diciéndole que nunca debía hablar con los clientes y que debía escucharle y hacer sólo lo que él le dijera.

Tras este incidente, T.M. la recogía todos los días frente al lugar donde vivía en Z. y la llevaba en su coche a prestar servicios sexuales a hombres que habían respondido a un anuncio en una red social. Al cabo de un tiempo, le dio un teléfono móvil para que los clientes pudieran ponerse en contacto con ella. Poco después, T.M. alquiló un piso en Z. donde siguió obligándola a prestar servicios sexuales. De esta forma T.M. consiguió tenerla constantemente controlada, ya que siempre estaba en el piso y también le advirtió de que instalaría cámaras para poder saber lo que ocurría en todo momento. La demandante manifestó su temor a lo que pudiera hacerle ya que este le dijo que ya había hecho lo mismo con otras chicas a las que castigaba físicamente si no le hacían caso, cosa que ya había hecho con ella puesto que cuando se negaba a prestar servicios sexuales a otros hombres, él la golpeaba.

La demandante declaró que, a principios de septiembre de 2011, cuando supo que T.M. iba a estar ausente del piso durante un tiempo, se fue a casa de su amiga M.I., a quien explicó todo lo que había sucedido. Cuando se dio cuenta de que le había dejado, T.M. empezó a ponerse en contacto con ella a través de Facebook para pedirle que volviera diciéndole que la amaba y que nunca más tendría que prestar servicios sexuales. Como la demandante no había respondido a estos mensajes, T.M. la amenazó diciéndole que la encontraría y que ella y sus padres "pagarían" por todo.

Un año después, y dos semanas antes de que la demandante presentara su denuncia penal, T.M. había vuelto a ponerse en contacto con ella a través de Facebook mencionando a su madre. Todo ello hizo que la demandante temiera por su propia seguridad y por la seguridad de sus padres y su hermana.

2) Conclusiones del TEDH.

El Tribunal señala que en su jurisprudencia ha tendido a aplicar el artículo 4 CEDH a cuestiones relacionadas con la trata de seres humanos (véase *Rantsev*, C.N. y V. c. Francia, C.N. c. el Reino Unido). Considera que este planteamiento le permite situar los posibles malos tratos (en virtud del artículo 3) y el abuso de la integridad física y psicológica (en virtud del artículo 8) en su contexto general, a saber, el de la trata de seres humanos y la explotación sexual. En efecto, las alegaciones de malos tratos y abusos están intrínsecamente vinculadas a la trata y a la explotación, siempre que ese sea el propósito final por el que se infligieron los malos tratos o los abusos (véase el artículo 8). Por todo ello, el Tribunal entiende que las alegaciones de la demandante que la deben ser examinadas en virtud del artículo 4 Convenio.

El Tribunal consideró innecesario identificar si el trato recibido constituía esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio. En su lugar, concluyó que la trata en sí misma, así como la explotación de la prostitución en el sentido del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo, el artículo 4 (a) de la Convención contra la Trata y el artículo 1 de la Convención de 1949 entraban en el ámbito de aplicación del artículo 4 del CEDH.

Por lo tanto, el Tribunal decidió evaluar el presente caso en virtud del artículo 4 del CEDH. A este respecto, también señaló que era irrelevante que la demandante fuera realmente nacional del Estado demandado y que no había habido ningún elemento internacional, ya que el artículo 2 del Convenio contra la trata de seres humanos abarcaba "todas las formas de trata de seres humanos, ya sean nacionales o transnacionales" y el Convenio de 1949 se refería a la explotación de la prostitución en general.

Basándose, en particular, en los principios generales desarrollados por el Tribunal en el asunto *Rantsev*, el Tribunal consideró que la demanda se basaba en tres aspectos y los evaluó por separado. El primer punto era la existencia de un marco jurídico legal y reglamentario adecuado a nivel nacional; el segundo era si la demandante había recibido la asistencia y el apoyo adecuados para aliviar el miedo y la presión que había sentido mientras testificaba contra T.M.; y el tercero era si en la aplicación de este marco en el caso particular de la demandante, las autoridades nacionales habían cumplido con sus obligaciones procesales.

En cuanto al primer aspecto de la denuncia, el Tribunal entiende que en el momento en que se cometió y se persiguió el presunto delito existía un marco jurídico adecuado a nivel nacional relativo a la trata de seres humanos, la prostitución forzada y la explotación de la prostitución. En cuanto al segundo aspecto de la denuncia, consideró que la demandante había recibido el apoyo y la asistencia adecuados. En cuanto al tercer aspecto de la reclamación, señala que no había habido ningún indicio de que las autoridades nacionales hubieran hecho un intento serio de investigar en profundidad todas las circunstancias relevantes para valorar si T.M. había obligado a la demandante a prostituirse. Además, subraya que la valoración de la declaración de la demandante por parte de los tribunales nacionales no había tenido en cuenta el posible impacto del trauma psicológico en la capacidad de la demandante para relatar de forma coherente y clara las circunstancias de su explotación. En estas circunstancias, decide que las autoridades estatales competentes no habían cumplido su obligación procesal por lo que se había violado el artículo 4 del CEDH.

Con respecto al alcance de los conceptos incluidos en el artículo 4 CEDH, este incluye la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso. Sin embargo, como ya ha observado el Tribunal en su jurisprudencia, el Convenio no define ninguno de ellos (véase *Van der Musselle* y *Siliadin*). Por lo tanto, al determinar el alcance material del artículo 4 del CEDH, el Tribunal ha buscado orientación en diversos instrumentos de derecho internacional que tratan estos conceptos. En su primera jurisprudencia, en lo que respecta al concepto de “esclavitud”, el TEDH se refirió al Convenio para la Represión de la Trata de Esclavos y la Esclavitud de 1927 que definía la esclavitud como "el estado o la condición de una persona sobre la que se ejercen alguno o todos de los atributos inherentes al derecho de propiedad". En cuanto al concepto de “servidumbre”, el Tribunal tuvo en cuenta la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Convención para la Represión de la Trata de Esclavos y la Esclavitud de 1956 para la Supresión de la Trata de Esclavos y la Esclavitud, según la cual este concepto se refería a una “forma especialmente grave de negación de la libertad” e incluía “además de la obligación de realizar determinados servicios para otros ... la obligación de que el siervo viva en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de modificar su condición”. En resumen, teniendo en cuenta estos elementos, el Tribunal sostuvo que el concepto de “servidumbre” debía entenderse como “una obligación de prestación de servicios que se impone mediante el uso de la coacción” (véase *Siliadin*). También

observó que la “servidumbre corresponde a un trabajo forzoso u obligatorio agravado” (véase C.N. y V. c. Francia).

En cuanto a la definición de “trabajo forzoso u obligatorio”, en el asunto *Van der Mussele*, el TEDH señaló que los distintos documentos del Consejo de Europa relativos a los trabajos preparatorios del Convenio. Sin embargo, el Tribunal consideró evidente que el texto del artículo 4 se basaba en gran medida en el Convenio sobre el trabajo forzoso N. 29 de 1930 de la OIT. Por lo tanto, teniendo en cuenta que este instrumento jurídico era vinculante para casi todos los Estados miembros del Consejo de Europa, el Tribunal consideró que la definición de la OIT de “trabajo forzoso u obligatorio” debía tomarse como punto de partida para la interpretación del artículo 4 del Convenio (véanse *Siliadin*, y *Stummer v. Austria*). Según esta definición, se entiende por trabajo forzoso u obligatorio “todo trabajo o servicio que se exige a una persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el que dicha persona no se ha ofrecido voluntariamente.

Sobre la base de la definición de la OIT, en lo que respecta al concepto de “trabajo” en virtud del artículo 4.2 del CEDH, el Tribunal subrayó que debe entenderse en un sentido más amplio como “todo trabajo o servicio”. En cuanto al carácter “forzoso u obligatorio” de dicho trabajo, el Tribunal considera que el adjetivo “forzoso” evoca la idea de coacción física o mental y el segundo adjetivo (“obligatorio”) se refiere a una situación en la que el trabajo se exige “bajo la amenaza de cualquier pena” y también se realiza contra la voluntad del interesado, es decir, un trabajo para el que “no se ha se ha ofrecido voluntariamente”. Además, en caso de existir un riesgo inminente en la amenaza de esa pena, la argumentación con respecto al “consentimiento previo” debe tener un peso relativo (véase *Van der Mussele*, *Siliadin*, *Stummer* y *Chowdury* y otros).

Con respecto a la inclusión de la trata de seres humanos en el contenido del artículo 4 CEDH, el Tribunal cita la sentencia *Rantsev* y declara que la ausencia de una referencia expresa a la trata en el CEDH no es sorprendente, ya que este se inspiró en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sólo se refiere a “la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”. Sin embargo, entiende que al evaluar el alcance del artículo 4 de la CEDH no hay que perder de vista las particularidades de la Convención ni el hecho de que se trata de un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales.

A este respecto, de *Rantsev* se desprende que la conducta impugnada puede dar lugar a una cuestión de trata de seres humanos en virtud del artículo 4 del CEDH si se dan todos los elementos constitutivos (acción, medios, finalidad) de la definición internacional de trata de seres humanos. En otras palabras, de acuerdo con el principio de interpretación armoniosa del CEDH y de otros instrumentos de derecho internacional y teniendo en cuenta que el propio CEDH no define el concepto de trata de seres humanos, no será posible calificar una conducta o una situación como trata de seres humanos si no cumple los criterios establecidos para este fenómeno en el derecho internacional.

Teniendo en cuenta estas observaciones, el concepto de trata de seres humanos puede incorporarse correctamente, en opinión del Tribunal, al ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH. En efecto, dadas las características especiales del CEDH como y el hecho de que se trata de un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales, existen suficientes argumentos para aceptar la afirmación de *Rantsev* de que el fenómeno global de la trata de seres humanos es contrario al espíritu y la finalidad del artículo 4 y, por tanto, entra en el ámbito de las garantías que ofrece dicha disposición.

Esta conclusión también encuentra apoyo en la comparación de los elementos esenciales de los conceptos enunciados en el artículo 4 CEDH, tal y como se interpretan en la jurisprudencia del Tribunal y los elementos constitutivos del fenómeno de la trata de seres humanos. Además, este enfoque del fenómeno de la trata de seres humanos se expone de forma convincente en los materiales de la OIT que tradicionalmente han desempeñado un papel clave en el alcance de las garantías previstas en el artículo 4 CEDH. También hay que señalar que se desprende del material de derecho comparado del que dispone el Tribunal que existe un reconocimiento universal de la trata de personas como un delito grave que implica, entre otras cosas la explotación sexual. De hecho, los treinta y nueve Estados miembros del Consejo de Europa de los que se dispone de información comparativa tipifican como delito la trata de seres humanos.

Sin embargo, hay que señalar que existe una aparente diferencia entre el Protocolo de Palermo y la Convención contra la Trata de Personas en cuanto a su ámbito de aplicación, ya que este último es aplicable a todas las formas de trata de seres humanos, ya sean nacionales o transnacionales, estén o no relacionadas con la delincuencia organizada, mientras que el primero se refiere a la trata transnacional con participación

de un grupo delictivo organizado. Por lo tanto, es necesario que el Tribunal aclarar su posición sobre este punto concreto.

En opinión del Tribunal, hay varias razones por las que debe seguirse el enfoque de la Convención contra la Trata de Personas. En primer lugar, la exclusión de un grupo de víctimas de una conducta caracterizada como trata de seres humanos iría en contra del objeto y propósito del CEDH como instrumento para la protección de los seres humanos, que exige que sus disposiciones se interpreten y apliquen de forma que sus salvaguardias sean prácticas y efectivas.

A este respecto, tal como se desprende del material internacional, la trata interna es actualmente la forma más común de tráfico. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud del artículo 4 CEDH deben interpretarse a la luz del Convenio del Consejo de Europa (véase *Chowdury* y otros). En tercer lugar, el limitado alcance de la definición del Protocolo de Palermo es relativo, ya que, cuando se lee en conjunción con su instrumento matriz, el Protocolo proscribía la trata de personas con independencia de un elemento transnacional o de la participación de la delincuencia organizada.

Por lo tanto, el Tribunal considera que, desde la perspectiva del artículo 4 CEDH, el concepto de trata de seres humanos abarca la trata de seres humanos, ya sea nacional o transnacional, esté o no relacionada con la delincuencia organizada, en la medida en que los elementos constitutivos de la definición internacional de la trata de seres humanos, en virtud de la Convención y el Protocolo de Palermo, estén presentes. Dicha conducta o dicha situación de trata de seres humanos cae entonces en el ámbito del artículo 4 CEDH.

Las últimas consideraciones del TEDH tienen que ver con la “explotación de la prostitución según el artículo 4 CEDH”. Existen diferentes opiniones, a menudo contradictorias, sobre si la prostitución como tal puede ser siempre consentida o es siempre una forma coercitiva de explotación. En este contexto, cabe señalar que la prostitución se aborda de forma diferente en los distintos sistemas jurídicos, dependiendo de las circunstancias de la sociedad en cuestión. En el caso *V.T. contra Francia*, como único caso hasta la fecha que aborda esta cuestión concreta, el Tribunal señaló las diferencias sustanciales en los sistemas jurídicos en cuanto al enfoque de la prostitución. En las circunstancias de ese caso, el Tribunal no consideró pertinente

entrar en el debate sobre si la prostitución en sí misma era contraria, en particular, al artículo 3 CEDH. Sin embargo, subrayó que la prostitución era incompatible con la dignidad de la persona si es forzada. Sostuvo que cuando se obliga a una persona a ejercer la prostitución o a continuar en ella se plantea un problema en virtud del artículo 3. Del mismo modo, en lo que respecta al artículo 4 CEDH el Tribunal consideró que, en ausencia de coacción sobre la demandante para continuar con la prostitución, no podía considerarse que hubiera sido obligada a realizar “trabajos forzados u obligatorios” en el sentido de dicha disposición.

Basándose en el análisis anterior de su jurisprudencia sobre el artículo 4 CEDH, el Tribunal considera que la noción de “trabajo forzoso u obligatorio” tiene por objeto proteger contra los casos de explotación grave, como la prostitución forzada independientemente de si, en las circunstancias particulares de un caso, están relacionados con el contexto específico de la trata de personas. Además, cualquier conducta de este tipo puede tener elementos que la califiquen como “servidumbre” o “esclavitud” según el Artículo 4, o puede plantear una cuestión en virtud de otra disposición del Convenio. En este contexto, es importante destacar que la “fuerza” puede abarcar formas sutiles de conducta coercitiva identificadas en la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 4 así, asó como por la OIT y en otros textos internacionales. Señala también que la cuestión de si una situación particular implica todos los elementos constitutivos de la trata de seres humanos (acción, medios, finalidad) y/o da lugar a una prostitución forzada es una cuestión de hecho que debe examinarse a la luz de todas las circunstancias pertinentes de un caso.

3) Conclusiones personales.

Esta reciente sentencia del año 2020 pone de manifiesto la reiterada jurisprudencia sobre los conceptos internacionales que se han venido estudiando en este trabajo.

Las nociones de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso son repetidas en lo que a sus elementos principales se refieren, diferenciando cada uno de los términos en cuanto a gravedad y afectación personal del individuo.

Al igual que en el caso *Rantsev*, incorpora la trata de personas al ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH pese a no estar explícitamente incluida en el contenido del artículo considerando esta forma criminal una grave forma de degradación de la persona siempre y cuando aparezcan los elementos constitutivos de este delito en el

derecho internacional, esto es: acción, medios y finalidad de explotación. Además, subraya que este comportamiento incluye tanto su forma nacional como su forma transnacional.

Con respecto a la inclusión de la prostitución forzada en el ámbito de aplicación del trabajo forzoso, deja claro que esta forma delictiva es considerada como una grave violación de la dignidad de la persona y que cuando exista en su forma coactiva o forzosa podrá ser considerada como trabajo forzoso, llegando a compartir elementos con la servidumbre y la esclavitud. No obstante, puntualiza que el hecho de que una conducta concreta sea relativa a la trata de seres humanos o a la prostitución forzada es algo que se debe examinar de forma concreta y puntual a la luz de los datos obtenidos de cada caso en particular.

5.2. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

5.2.1. Caso Kunarac

En este caso, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), se pronunció sobre la esclavitud como un crimen contra la humanidad e hizo importantes puntualizaciones que son más cercanas a la comprensión de esclavitud que existe en el Derecho Internacional general. La Sala de Primera Instancia determinó, después de haber estudiado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, y la jurisprudencia de los Tribunales de Tokio y Nuremberg, que en el momento de los hechos la esclavitud, como crimen de lesa humanidad en el Derecho Internacional consuetudinario, consistía en el ejercicio de alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona.³⁰⁶ Señaló que si bien esta definición puede ser más amplia que las definiciones tradicionales y a veces aparentemente distinta a la de esclavitud, la trata de esclavos, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio se encuentran en otras áreas del Derecho Internacional, citando la jurisprudencia de los Tribunales de Nuremberg y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en apoyo de su argumento.

³⁰⁶ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kunarac y otros (núm. IT-96-23/1-T), 22 de febrero de 2001, p. 192.

1) Hechos ocurridos.

Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, tres hombres de etnia Serbia, fueron acusados por violar leyes o prácticas de guerra y por cometer crímenes de lesa humanidad de violación, tortura, esclavitud y atentados contra la dignidad personal. Los hechos tuvieron lugar en el contexto del conflicto armado entre las fuerzas serbias y musulmanas de la región de Foca. El objetivo de la campaña serbia era despejar el área de personas musulmanas y lograron su cometido. Sus ataques estuvieron también dirigidos contra la población civil, especialmente contra las mujeres. En el contexto del conflicto, las mezquitas y los símbolos religiosos fueron incinerados, los hombres y las mujeres fueron separados y transferidos a centros de detención y campos de concentración.

Kunarac, un comandante serbio a cargo de cerca de 15 hombres fue acusado de esclavitud y violación como crímenes de lesa humanidad. Transportó a varias mujeres a apartamentos y centros de detención y las violó repetidamente. Además las obligó a cumplir labores domésticas y de otro tipo mientras las mantuvo retenidas o sujetas a esclavitud sexual. Muchos testigos de estas violaciones declararon que las amenazó de muerte o de matar a sus hijos y que les decía cuando las violaba que iban a tener bebés serbios.

Kovac también fue acusado por crímenes de esclavitud y de violación como crímenes de guerra y de lesa humanidad. Violó repetidamente a varias mujeres que estaban bajo su custodia, a quienes obligaba a bailar desnudas para los soldados y algunas de ellas fueron vendidas a soldados de Montenegro. En múltiples ocasiones violó y esclavizó a A.B., una niña de 12 años que fue vendida a los soldados y nunca más se supo de ella.

La Sala de Primera Instancia consideró la evidencia del conflicto armado en la región de Foca para determinar si los supuestos crímenes habían sido cometidos en un contexto de ataques generalizados o sistemáticos, necesario para establecer si los crímenes fueron cometidos en el ámbito de crimen de lesa humanidad.

El TPIY constató los brutales métodos de violencia empleados por ambos grupos del conflicto en los pueblos y el ataque contra civiles de religión musulmana. Sin embargo, muchas de las personas que huyeron fueron capturadas en pueblos como Ulog, en donde los hombres y mujeres eran frecuentemente separados por los soldados.

Los hombres eran golpeados, detenidos por largos períodos sin juicio alguno o simplemente asesinados, mientras que las mujeres y niñas eran transferidas a hospitales o escuelas, a apartamentos y centros deportivos, a los que comúnmente se les conocía como “campos de violación”. En dichos centros había poca comida, terribles condiciones sanitarias y altos niveles de violencia sexual y brutalidad. Los testigos declararon que no podían salir a voluntad.

Las mujeres que fueron retenidas en dichos centros testificaron que no tenían más opción que obedecer a los hombres que entraban y se las llevaban para violarlas. En ocasiones, las mujeres y las niñas eran violadas al mismo tiempo por varios soldados. La frecuencia y número de violaciones variaba según los diferentes campos pero las mujeres y las niñas eran cambiadas entre los campos al cabo de 10 ó 15 días o se les mantenía en apartamentos por seis meses. Algunas de las mujeres que testificaron ante la corte habían sido violadas tantas veces y por un número tan alto de soldados que les era imposible decir con precisión el número de veces que habían sido agredidas. Una de las testigos (FWS-95) declaró que en un período de 40 días fue violada aproximadamente 150 veces.

Las mujeres declararon sobre la forma en que fueron violadas, cómo se les obligaba a bailar o desfilarse desnudas por la ciudad, a acompañar a los soldados a cenar y a prestarse como sus "novias" y sobre cómo carecían de control alguno sobre sus vidas.

2) Conclusiones del TPIY.

La sala de Primera Instancia analizó la historia del crimen de esclavitud y servidumbre en el contexto del Derecho Internacional, incluyendo los juicios de Nuremberg, en los que sólo hubo una condena por trabajo forzoso como crimen de lesa humanidad.

Estimó los siguientes elementos como de particular relevancia para el crimen de esclavitud, el cual consiste en el ejercicio de cualquiera de los poderes derivados del ejercicio de propiedad sobre una persona, el control sobre el poder de circulación de una persona, del contexto físico, control psicológico, la toma de medidas para evitar o desincentivar el escape, el uso de la fuerza, de amenazas o coerción, duración, reafirmación de exclusividad, sujeción a tratos crueles o abusos, control de la sexualidad y trabajos forzados. Comprar o vender a una persona podría también ser un factor relevante.

La sala en este caso encontró que estaban presentes estos elementos ya que las mujeres y las niñas fueron detenidas (a pesar de que este acto por sí mismo no constituiría esclavitud), las obligaban a hacer todo lo que les ordenaban e, incluso, Kunarac afirmó su exclusividad sobre la testigo FWS 191 al reservársela para sí mismo. Estaban, por tanto, a su completa disposición, les fue negado todo control sobre sus vidas. Kovac vendió algunas de las mujeres, incluyendo a una niña de 12 años, que fueron maltratadas y vivieron en precarias condiciones, incluyendo la falta de comida.

La "adquisición" o "eliminación" de alguien por una compensación monetaria o de otro tipo no es un requisito para la esclavitud. Si existe, sin embargo, será un gran indicador del ejercicio de un atributo del derecho propiedad sobre una persona. La duración del presunto ejercicio de los poderes atribuidos al derecho de propiedad es otro factor que puede tenerse en cuenta a la hora de determinar si alguien fue ha sido esclavizado. Sin embargo, su importancia en cualquier caso dado dependerá de la existencia de otros indicios de esclavitud. La detención o el mantenimiento de alguien en cautiverio sin más, aunque dependerá de las circunstancias de cada caso, por lo general, no sería suficiente para hablar de esclavitud.

Por su parte, la Sala de Apelaciones aceptó la tesis principal de la Sala de Primera Instancia en cuanto a que el concepto tradicional de esclavitud, según se define en la Convención sobre Esclavitud 1926 y, a menudo referida como “esclavitud del bien mueble”, ha evolucionado hasta abarcar diversas “Formas Contemporáneas de Esclavitud, que también se basan en el ejercicio de los poderes atribuidos al derecho de propiedad”³⁰⁷. Continuó diciendo:

“En el caso de estas diversas formas contemporáneas de esclavitud, la víctima no está sujeta al ejercicio de los derechos más extremos de la propiedad asociados a la esclavitud del bien mueble, pero en todos los casos, como consecuencia del ejercicio de alguno o todos de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, hay cierta destrucción de la personalidad jurídica, la destrucción es mayor en el caso de esclavitud del bien mueble, pero la diferencia es de grado”.

La Sala de Apelaciones, en efecto, considera que la definición de esclavitud de 1926 llega a las mismas conclusiones que emergen del estudio anterior de los trabajos preparatorios, no obstante, la Sala de Apelaciones observa que:

³⁰⁷ *Ibid.* p. 117.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

“La ley no se refiere a un derecho de propiedad sobre una persona. El artículo 1.1 de la Convención sobre Esclavitud 1926 habla con más detalle de un individuo sobre el cual alguno o todos los poderes atribuidos al derecho de propiedad son los ejercidos”.

Se entiende de esta reflexión que la redacción de la definición revela una aplicación más efectiva y concreta. Considera que la cuestión de si un determinado fenómeno es una forma de esclavitud dependerá del funcionamiento o la existencia de los factores o indicios de esclavitud identificados por la Sala de Primera Instancia. Estos factores incluyen:

*“El control de movimiento de una persona, el control del entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o disuadir el escape, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, la duración, la afirmación de la exclusividad, el sometimiento a tratos crueles y abusos, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso. En consecuencia, no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud que están comprendidas en la expansión de la idea original; esta sentencia se limita al caso en cuestión”.*³⁰⁸

En cuanto al trabajo forzoso, la Sala de Primera Instancia señala que el Derecho Internacional, incluyendo algunas de las disposiciones del IV Convenio de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, deja claro que no todo trabajo o servicio de las personas protegidas, incluidos los civiles, en los conflictos armados, está prohibido, aunque se establecen estrictas condiciones para este tipo de trabajo o servicio.

Además, se examinó la afirmación de los recurrentes según la cual la falta de resistencia o la ausencia de una falta clara y constante de consentimiento durante todo el tiempo de la detención, podría ser interpretada como un signo de consentimiento. Además de esto, afirmó que

“No acepta la premisa de que la falta de consentimiento es un elemento del delito, ya que, en su opinión, la esclavitud deriva de los derechos reivindicados en la propiedad”.

En consecuencia, la falta de consentimiento no tiene que ser probada por el fiscal como elemento del delito. Sin embargo, el consentimiento puede ser relevante desde el punto de vista de si el fiscal lo ha establecido en relación con el ejercicio por parte del acusado de los atributos del derecho de propiedad. A este respecto, la Sala de Apelaciones considera que las circunstancias que hacen que sea imposible expresar el

³⁰⁸ *Ibid.* pp. 118-119.

consentimiento pueden ser suficientes para presumir la ausencia de consentimiento. En opinión esta Sala, las circunstancias en este caso eran de este tipo.

Los recurrentes sostienen que debe estar presente otro elemento delictivo, a saber, que las víctimas sean esclavizadas por tiempo indefinido o, al menos, por un período de tiempo prolongado. La Sala de Primera Instancia estableció que la duración es otro factor que se puede tener en cuenta, pero que su importancia dependerá de la existencia de otros elementos de esclavitud. La Sala de Apelaciones confirma este punto y señala que la duración de la esclavitud no es un elemento del delito. La cuestión está en la “calidad” de la relación entre el acusado y la víctima, existiendo diferentes elementos que determinan ese tipo de relación, siendo uno de ellos la duración, pero, como establece la propia Sala de Apelaciones, el período de tiempo apropiado dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

Por último, la Sala de Apelaciones examinó la cuestión del dolo con respecto a la esclavitud, donde se mostró de acuerdo con la Sala de Primera Instancia en que

*“El dolo requerido consiste en el ejercicio intencional de uno de los atributos del derecho de propiedad. No es necesario probar que el acusado tuviera la intención de tener a las víctimas bajo un control constante durante un período prolongado de tiempo con el fin de utilizarlos para actos sexuales”.*³⁰⁹

La Sala de Apelaciones concluyó entonces que:

“Tiene la misma opinión que la Sala de Primera Instancia en cuanto a que la definición del delito de esclavitud no es demasiado amplia y refleja el Derecho Internacional consuetudinario en el momento en que los presuntos delitos fueron cometidos”.

Kunarac fue condenado a 28 años de prisión por tortura como crimen de lesa humanidad, tortura como violación de las leyes o prácticas de guerra, violación sexual como crimen de lesa humanidad y violación sexual como violación contra las leyes o prácticas de guerra y por esclavitud como crimen de lesa humanidad. En el momento de la sentencia, la Sala de Primera Instancia afirmó que su comportamiento merecía una pena severa dada la gravedad de los crímenes que cometió y su activa participación en la barbarie de horror de explotación sexual que se creó y que la corte denominó “repugnante”. La sala sostuvo que:

“Por la totalidad de estos actos usted ha demostrado el más flagrante irrespeto por la dignidad de las mujeres y por sus Derechos Humanos fundamentales a la autonomía sexual

³⁰⁹ *Ibid.* p. 122.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

(...) Usted ha abusado y ultrajado a mujeres musulmanas por su sola etnia y entre ellas simplemente escogía la que le apeteciera en un momento dado”.

Radomir Kovac fue condenado a 20 años de prisión por esclavitud como crimen de lesa humanidad, violación sexual como crimen de lesa humanidad, violación sexual como violación a las leyes y prácticas de la guerra y atentados contra la dignidad humana como violación a las leyes y prácticas de guerra por, entre otros, las violaciones sexuales, la esclavitud sexual y por forzar a mujeres y niñas a bailar desnudas sobre una mesa, por golpearlas y por darlas “en préstamo” o venderlas a otros hombres.

3) Conclusiones personales.

Lo más interesante de este Sentencia del TPIY es la diferenciación que hace entre la esclavitud y otras formas de explotación extrema, subrayando que el trabajo forzoso u obligatorio y la servidumbre se encuentran en otras áreas del Derecho Internacional. Además, considera el sometimiento a esclavitud como una forma de sometimiento extremo en el que se manifiestan ciertos poderes vinculados con el derecho de propiedad que proporcionan al explotador un control sobre el individuo que se plasma en la vida del esclavo de las formas más opresivas a través de un control sobre su libertad de movimiento, un control psicológico, diversas formas de violencia, amenazas y coacciones, pero lo más relevante es que el TPIY centra su atención en el control mediante el ejercicio de un derecho de propiedad, es decir, determina la “calidad” de la relación, al tipo de vinculación que se establece entre explotador y explotado, no en los medios por los que se llegó a tal estado.

Analiza de forma muy cercana al entendimiento defendido en este trabajo la definición del artículo 1.1. de la Convención de 1926 al afirmar que el contenido del término no es expansivo y que se refiere a la manifestación de un derecho de propiedad sobre alguna persona, lo que sería “esclavitud del bien mueble” o “esclavitud clásica” (“*chattel slavery*”), pero que se puede adaptar a situaciones contemporáneas mediante el ejercicio de un atributo correspondiente al derecho de propiedad sobre una persona y que la diferencia es una cuestión de grado, siendo necesario analizar cada caso de forma particular. Sin embargo, también incorpora ciertos elementos para analizar la existencia de esclavitud que nada tienen que ver con el paradigma del derecho de propiedad, aunque finalmente llega a la conclusión de que lo importante es analizar la “calidad” de esa relación en cuanto al control que se ejerce sobre la víctima, ya que, los medios a través de los cuáles se llega a ese dominio son innumerables.

Asimismo, se hace referencia al consentimiento de la persona esclavizada, estableciendo que no es necesario probar la falta de consentimiento ya que se ejerce un control que se deriva de un derecho de propiedad, de una relación posesoria y que, por tanto, las propias circunstancias hacen que sea difícil o imposible manifestar una falta de consentimiento, considerándose así probada la ausencia del mismo. No se considera, por tanto, un elemento del delito. Reflexión que debemos destacar por su interés para el tema que nos ocupa.

5.3. Tribunal Supremo Australiano

5.3.1. Caso Tang

Ha quedado demostrado que los diferentes Tribunales Internacionales han ofrecido su propia versión de lo que consideran esclavitud en Derecho Internacional, sumándose a la confusión terminológica que ya existía en los textos de los Convenios Internacionales y sus interpretaciones por parte de los Estados.

El caso que analizo a continuación, aporta cierta luz a la definición de esclavitud al realizar un análisis exhaustivo del término y dotar al concepto de una aplicación hasta el momento no comprendida para situaciones de esclavitud “*de facto*”, a diferencia de lo que encontramos en el caso Siliadin ante el TEDH, en el que el Tribunal sólo entendía el concepto bajo una aplicación de esclavitud “*de iure*”, aunque tampoco llega tan lejos como el TPIY que incorporaba a la definición ciertos elementos que nada tenían que ver con el derecho de propiedad.

1) Hechos ocurridos.

Wei Tang, demandado ante el Tribunal Supremo, fue juzgado inicialmente ante el Tribunal del Condado de Victoria, junto con otro acusado en abril de 2005. El jurado, en ese caso, encontró al co-acusado no culpable, pero no pudo llegar a un veredicto en cuanto a Tang. Después de haber sido juzgado de nuevo el 3 de junio de 2006, Tang fue declarado culpable de cinco cargos de posesión de esclavos y otros cinco cargos de usar esclavas en la industria del sexo en relación a cinco mujeres de nacionalidad tailandesa que explotaba como prostitutas en un burdel en Melbourne entre los años 2002 y 2003.

Las mujeres, que habían trabajado ofreciendo sus servicios en sus casas, llegaron a Australia voluntariamente a trabajar como prostitutas. Fueron escoltadas durante su

viaje y al llegar fueron "tratadas como un objeto por aquellos que habían conseguido sus billetes", los cuales gastaron un total de 20.000 dólares en "comprar" a cada mujer.³¹⁰ La cantidad que cada una de ellas tenía que pagar por su traslado fue fijada en 45.000 dólares (que incluía la compra de 20.000, además del billete de avión y gastos de dietas que estaban fuera de la deuda). Este pago debía hacerse trabajando seis días a la semana y la reducción de su deuda sería de 50 dólares por cada cliente atendido. Cuando el burdel, el Club 417 en el barrio de Fitzroy de Melbourne, fue investigado en mayo de 2003 dos de las mujeres ya habían pagado su deuda, pero fueron retenidas como prostitutas. El Tribunal Supremo resume los hechos así:

"Cada demandante estaba trabajando en el burdel en Melbourne seis días a la semana, atendiendo a 900 clientes en un período de cuatro a seis meses. Las denunciantes no ganaban nada en efectivo según el contrato excepto cuando trabajaban el séptimo día que era su día libre de la semana para poder reducir su deuda en 50 dólares por cliente, ya que el resto de la semana, lo que ganaban era para pagar sus deudas contractuales".³¹¹

El juez de primera instancia determinó que las mujeres estaban en una situación de vulnerabilidad al llegar a Australia, ya que no hablaban inglés, apenas tenían dinero, no conocían a nadie y no tenían conocimiento de ninguno de los términos de su deuda o de sus condiciones de vida. Estaban obligadas a mantenerse ocultas para evitar a las autoridades de inmigración puesto que sus pasaportes y billetes de vuelta estaban en poder de Wei Tang. El Tribunal Supremo consideró que las cinco mujeres "estaban bien aprovisionadas, alimentadas, y provistas" y que "no se mantenían bajo llave". Sin embargo, el Tribunal de primera instancia señaló que "sus movimientos estaban restringidos a los locales". Las mujeres que llegaban a pagar su deuda eran liberadas de sus restricciones, les devolvían su pasaporte y sus billetes de avión y eran libres de elegir sus horas de trabajo y sus alojamientos concedidos.³¹²

Los cargos contra Wei Tang se establecen en la sección 270.3.1 del Código Penal de Australia de 1995 que dice:

"Toda persona, ya sea dentro o fuera de Australia, intencionalmente:

a) Posea un esclavo o ejerza sobre un esclavo cualquiera de los otros atributos del derecho de propiedad o;

³¹⁰ Tribunal Supremo de Australia, caso The Queen contra Tang, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008, pp. 7-8.

³¹¹ *Ibidem*, p. 9.

³¹² *Ibidem*, p. 10.

b) Haga alguna transacción comercial que implique un esclavo [...], es culpable de un delito, siendo la pena 25 años de prisión”.

La definición de esclavitud que encontramos en la sección 270.3.1 del Código difiere en dos cosas de la definición de la Convención sobre esclavitud de 1926. La primera es que la Convención de 1926 habla de “el estado o condición” mientras que la sección 270.3.1 menciona sólo “el estado” de esclavitud. La segunda, es que la definición del Código añade una cláusula final, que dice:

*“A los efectos de esta sección, la esclavitud es la condición de un individuo sobre el cual se ejercen todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, incluyendo cuando esta condición resulta de una deuda o un contrato hecho por la persona”.*³¹³

Dos de los motivos de la apelación se centraron en lo que significa el término esclavitud en derecho, y esa es la pregunta a la que el Tribunal Supremo se refirió. Puntualizó que la definición encontrada en la sección 270.3.1 proviene de la definición del Artículo 1.1 de la Convención de Esclavitud de 1926 y es repetida, en esencia, en la Convención Suplementaria de 1956 y más recientemente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. Asimismo, el presidente del Tribunal Supremo, Gleeson C.J., señaló que los “*travaux préparatoires*” (los trabajos preparatorios) de la Convención de Esclavitud de 1926 no especifican de manera concreta el significado del Art. 1, sin embargo, “*se pueden encontrar ciertas observaciones en cuanto al texto y al contexto, de lo cual se deduce el propósito de la Convención*”.³¹⁴

Las tres siguientes observaciones condujeron a la mayoría del Tribunal a concluir que la definición de esclavitud establecida en la Convención sobre Esclavitud hace referencia a dos tipos de esclavitud, de manera que es válida para luchar contra los tipos esclavistas que se dan hoy en día, a saber, “*de iure*” y “*de facto*”.

En primer lugar, Gleeson C.J. observó que, para muchos Estados, incluido Australia, que es parte en la Convención de 1926, el estatus legal de esclavitud no puede existir a día de hoy, puesto que está legalmente prohibido tener un derecho de propiedad sobre una persona que se pueda hacer valer frente a un Tribunal. En segundo lugar, el objetivo principal de la Convención es describir un marco legal de aplicación universal. Y en tercer lugar, la frase “el estado o condición” encontrada en la definición de 1926 hace una distinción entre la esclavitud “*de iure*” (el estado es una situación legal) y

³¹³ *Ibidem*, pp. 64-65.

³¹⁴ *Ibid.* p. 12.

teniendo en cuenta la primera y la segunda observación, el “*evidente propósito de hacer referencia a la condición era para incluir la esclavitud de facto*”.³¹⁵

El Tribunal manifestó que la definición se refiere al ejercicio de ciertos poderes sobre una persona y que, en condiciones “*de facto*”, se vincula con los atributos del derecho de propiedad cuando el estatus legal de propiedad no es posible. Así, pasó a considerar lo que debería ser entendido por estos poderes que se manifiestan cuando la propiedad sobre una persona no es legal.

Llegados a este punto, la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos hizo partícipe al Tribunal de su análisis de lo que significan los atributos del derecho de propiedad y de una lista de factores que podrían ser identificados como estos atributos. Esta enumeración es la siguiente:

1. La destrucción total o parcial de la personalidad jurídica de la víctima.
2. Restricciones o control de la autonomía individual, libertad o elección de libertad de movimiento.
3. El control en relación con la autonomía sexual de la persona.
4. El control psicológico o presión de un individuo.
5. El control total o parcial de las pertenencias personales de un individuo.
7. Medidas para prevenir o detener a una persona en caso de fuga.
8. La ausencia de consentimiento o que este se vuelva irrelevante por el uso de amenazas o coacción, falsas promesas o abuso de poder en el contexto de una relación en la que el individuo sobre el que se ejercen los atributos esté en una posición de vulnerabilidad.
9. La amenaza o el uso de otras formas de coacción.
10. El uso del miedo o el uso de violencia incluyendo, por ejemplo, el trato cruel o el abuso de posición sobre un individuo.
11. La calidad de la relación entre el acusado y la persona sobre la cual se ejercen los poderes, incluyendo cualquier abuso de poder, la vulnerabilidad de la persona, la situación socioeconómica de la persona y la duración de la relación.

³¹⁵ *Idem.*

12. La imposición de trabajo o servicio forzoso u obligatorio, muchas veces sin remuneración y con frecuencia, aunque no necesariamente, implica sufrimiento físico, sexual, prostitución y trata de personas.³¹⁶

La Comisión fue más allá de la comprensión que hasta ahora se ha tenido sobre los atributos del derecho de propiedad introduciendo cuestiones tales como la opresión del individuo, el engaño, el abuso de poder creando una situación de vulnerabilidad y el trato cruel. Es por ello que el Tribunal no estaba dispuesto a expandir el concepto más de lo que consideraba necesario y no tuvo en cuenta esta enumeración de factores, por lo que, basó su consideración en el informe del Secretario General de Naciones Unidas de 1953 sobre el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. Así como la definición de 1926 habla de “alguno o todos” los atributos del derecho de propiedad, Gleeson C.J. mencionó los atributos relevantes para el caso, incluyendo:

*“La capacidad de hacer a una persona objeto de compra, la capacidad de utilizar una persona y su trabajo de manera absoluta, sin restricciones, y el derecho a los frutos del trabajo de la persona sin una indemnización acorde con el valor de la mano de obra. Cada uno de estos poderes son relevantes en el presente caso”.*³¹⁷

El Presidente del Tribunal Supremo terminó su examen sobre el primer motivo de casación señalando que:

*“Sobre la base de las pruebas analizadas, el jurado concluye que cada una de las demandantes fue hecha objeto de compra, que, por la duración de los contratos, los propietarios tenían la capacidad para usar a las demandantes y su trabajo de manera absoluta, sin restricciones, y que los propietarios tenían derecho a los frutos del trabajo de las demandantes sin indemnización acorde”.*³¹⁸

En el segundo motivo de casación, Tang argumentó que el Tribunal de Apelaciones determinó erróneamente la tipificación de su conducta bajo el artículo 270.3.1.a (es decir: poseer un esclavo o ejercer sobre un esclavo alguno de los atributos del derecho de propiedad) puesto que este Tribunal consideró que:

“La conducta alegada en el presente caso no se limita a situaciones semejantes a la esclavitud tradicional o en las que el demandante es teóricamente propiedad del acusado o de otro en el momento pertinente”.

³¹⁶ COMISIÓN DE IGUALDAD Y DERECHOS HUMANOS DE AUSTRALIA: *Submission in Support of the Application for Leave to Intervene and Submission on the Appeal*, Commonwealth Director of Public Prosecution v Wei Tang, High Court of Australia, Melbourne, 5 Mayo de 2008, p. 15.

³¹⁷ Tribunal Supremo de Australia, caso The Queen contra Tang, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008, p. 13

³¹⁸ *Ibidem*, p. 15

Gleeson C.J., como la mayoría del Tribunal Supremo, afirmó que queda claro que la esclavitud tradicional:

“Se incluye dentro de la definición [...] pero sería inconsistente [...] leer la definición como si estuviera limitada a esta forma de esclavitud”.³¹⁹

El Tribunal Supremo se refirió al caso Kunarac ante el TPIY³²⁰ para reforzar su entendimiento de que la esclavitud va más allá de tratar a una persona como bien mueble, señalando que:

“La esclavitud como crimen de lesa humanidad en el derecho internacional consuetudinario consiste en el ejercicio de cualquiera o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona”.³²¹

De este modo, Gleeson C.J. señaló entonces que era “innecesario e inútil” en el presente caso “trazar fronteras entre la esclavitud y conceptos afines como la servidumbre, peonaje, trabajo forzoso o servidumbre por deudas”. En cambio, el presidente del Tribunal Supremo observó que los conceptos no se excluyen mutuamente, que la Convención Suplementaria de 1956 reconoce la posibilidad de que las servidumbres puedan llegar a ser un sometimiento a esclavitud cuando se manifiesten los atributos del derecho de propiedad y que:

“Aquellos que se refieren a la trata son desafortunadamente poco complacientes como para organizar sus prácticas conforme a una taxonomía conveniente”.³²²

El Tribunal también hizo referencia a la jurisprudencia del TEDH, en concreto al caso *Siliadin*³²³, diciendo que lo considera poco útil ya que se hace una interpretación excesivamente limitada y poco convincente de la definición de esclavitud, es por ello que Gleeson C.J. trata de distanciarse de esa interpretación y afirma que el TEDH no tuvo en cuenta la referencia que se hace en la definición a “condición” como alternativa a “estado” o de la palabra “atributos” en lugar de “derecho de propiedad” o a las palabras “alguno o todos”.

³¹⁹ *Ídem*.

³²⁰ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kunarac y otros (núm. IT-96-23/1-T), n22, de febrero de 2001.

³²¹ Tribunal Supremo de Australia, caso The Queen contra Tang, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008, p. 14.

³²² *Ibidem*, p. 15

³²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

La reflexión del Tribunal Supremo Australiano sobre el concepto de esclavitud tal y como está definido en el artículo 1.1. del Convenio sobre Esclavitud de 1926 fue la siguiente:

“Es importante no degradar el valor del lenguaje o banalizar los crímenes contra la humanidad, dando a la esclavitud un significado que podría ir más allá de los límites establecidos por el texto, el contexto y el propósito de la Convención sobre la Esclavitud 1926. En particular, es importante tener en cuenta que algunas condiciones de trabajo son duras y pueden ser causantes de explotación, pero no por ello son equivalentes a esclavitud. El término esclavitud es utilizado algunas veces de manera metafórica para describir víctimas de tales situaciones, pero esta analogía no es relevante para el caso. Algunos de los factores identificados como importantes en el caso Kunarac, tales como el control del movimiento y el control físico de su entorno, implican cuestiones de grado. Un empleado siempre tiene cierto grado de restricción sobre su movimiento o sobre su entorno físico por parte de su empleador. Más aún, la geografía y algunas otras circunstancias pueden limitar la libertad de movimiento del empleado. Los poderes de control, en el contexto de la esclavitud, son poderes del tipo y del grado que se atribuirían a un derecho de propiedad si ese derecho fuera legalmente posible, y no poderes que son indicativos de un empleo duro, ya sea en general o en un momento determinado”.³²⁴

El examen del Tribunal pasó entonces a centrarse de un contexto Internacional a uno doméstico, afirmando que la sección 270.1 únicamente habla de “condición” no de “estado”, subrayando que el estado legal de esclavitud no existe en Australia, y que, por tanto, la ley australiana “se refiere a la esclavitud *de facto*” y consecuentemente:

“La referencia a los atributos del derecho de propiedad que son ejercidos sobre una persona en una condición descrita como esclavitud, es una referencia a poderes de una naturaleza y extensión tal que puedan ser atribuidos al propietario (aunque no de manera legal, ya que eso es imposible)”.³²⁵

Asimismo, las palabras con las que termina la definición del artículo 270.1 (“*incluyendo cuando esta condición resulte de una deuda o contrato hecho por una persona*”), no alteran el significado de la frase precedente porque sólo es cuando “tal condición” resulte de la aplicación según el caso. Las palabras siguientes a “incluyendo”, por lo tanto, no extienden el significado del funcionamiento de las precedentes, pero debe quedar claro que la condición que resulta de una deuda o de un contrato no debe ser excluida solo por ello, sino que por el contrario proporciona otro ámbito de cobertura. Como resultado de esto y considerando la frase “incluyendo

³²⁴ Tribunal Supremo de Australia, caso The Queen contra Tang, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008, p. 16

³²⁵ *Ídem*.

cuando tal condición resulte de una deuda o de un contrato hecho por una persona”, el Tribunal Supremo determinó que:

*“La definición de esclavitud del art. 270.1 entra dentro de la definición del art.1 de la Convención sobre Esclavitud de 1926 y las disposiciones de la sección 270 son razonables y susceptibles de ser consideradas adecuadas y adaptables para dar efecto a las obligaciones de Australia en virtud de dicho Convenio [...] No se limitan solo a la esclavitud tradicional”.*³²⁶

Con esta reflexión, el Presidente del Supremo concluye su examen de los dos primeros motivos de casación.

Además de este análisis, Gleeson C.J. dedicó mucho tiempo a repasar la opinión del Tribunal de Apelaciones en cuanto a los considerados como puntos críticos en el juicio, a saber, aquellos referidos al carácter de los atributos ejercidos por parte del acusado sobre la víctima. A este respecto afirmó que:

*“La respuesta a esta pregunta, en un caso dado, se puede encontrar en la naturaleza y el alcance de los poderes ejercidos sobre el demandante. En particular, la capacidad para tratar al demandante como una mercancía, como un objeto de compra y venta, puede ser un poderoso indicativo de sometimiento a esclavitud. También el ejercicio de ciertos poderes vinculados con el control de movimiento que se extienden mucho más allá de los poderes ejercidos en casos normales de explotación laboral, o la ausencia o falta de proporcionalidad en el pago por los servicios. La respuesta, sin embargo, no se encuentra en la necesidad de una reflexión por parte de una persona acusada sobre la fuente de sus poderes ejercidos, sino en la relación que se establece entre ambos individuos”.*³²⁷

3) Conclusiones personales.

El caso Tang nos trae a colación por primera vez en lo que a jurisprudencia se refiere una interpretación de la definición de esclavitud en la que se distingue entre una esclavitud “*de iure*” y una “*de facto*”.

Se analizan cada uno de los elementos definatorios y se determina que las palabras “condición”, “alguno o todos” y “atributos” están vinculadas con la intención del legislador de permitir un sometimiento de hecho en el cual la persona sometida es controlada, no por un derecho de propiedad real, inexistente legalmente en la actualidad, sino por una serie de poderes provenientes del derecho de propiedad y que son equiparables a una verdadera posesión.

³²⁶ *Ibid.* p. 17.

³²⁷ *Ibidem*, p. 18.

Además, el Tribunal analiza otros elementos de control personal como pueden ser el grado de restricción de movimientos, el control del entorno físico de la persona o su capacidad para tomar decisiones libremente y concluye que estos pueden ser factores indicativos de un sometimiento a esclavitud, pero que, por sí mismos, no son suficientes para llegar a este umbral, ya que, un trabajador puede tener ese tipo de restricciones diarias por parte de su empleador y no por ello hablamos de esclavitud, sino que, pueden servir para graduar el tipo de sometimiento al que está siendo sometido el individuo, es decir, son factores que pueden utilizarse no para determinar la existencia de esclavitud pero sí para saber cuál es el peldaño de explotación extrema en el que nos encontramos.

Esta reflexión del Tribunal viene a apoyar la tesis descrita en este trabajo de investigación en cuanto a lo que realmente define una situación de esclavitud es que se manifieste sobre una persona un control tal que equivalga a posesión, el resto de los elementos de tiempo, violencia, amenazas, coacciones, restricción de la libertad, pueden ser indicios de un posible acto esclavista, pero no equivalen a esclavitud por si mismos.

5.4. Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOWAS)

5.4.1. Caso Hadijatou Mani contra Níger

En este caso, ocurrido en 2008, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (Corte de Justicia de ECOWAS)³²⁸ entendió que la República de Nigeria era responsable por la experiencia vivida por Hadijatou Mani Koraou.

1) Hechos ocurridos.

Cuando Koraou tenía 12 años de edad, el líder de su tribu la vendió como sirvienta doméstica y concubina a un hombre de cuarenta y seis años, el Hadji Souleymane Naroua de Hausa. Durante nueve años, pasó sus días realizando tareas domésticas para el Sr. Naroua mientras era sometida a actos sexuales forzados. Nueve años después de que la señorita Koraou fuera vendida, el Sr. Naroua le entregó a

³²⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, caso Hadijatou Mani Koraou contra la República de Nigeria (núm. ECW/CCJ/JUD/06/08), 27 de octubre de 2008.

Koraou un documento de emancipación. Sin embargo, se negó a dejarla salir de la casa y aseguró que era su esposa.

Comenzó así una acción legal, pero antes de la resolución final del procedimiento, ella contrajo matrimonio con otro hombre. Tras haberse enterado de este otro matrimonio, el Sr. Naroua presentó un cargo de bigamia contra la que era su mujer en la división penal de la Alta Corte de Konni. La Sra. Koraou, su hermano y el hombre con el que contrajo matrimonio fueron sentenciados a seis meses de prisión. Mientras Koraou estaba detenida, su abogado presentó una demanda ante el fiscal público contra el Sr. Naroua basada en un delito de esclavitud. La Alta Corte de Konni falló a favor de la demandante en el “proceso de divorcio” y sostuvo que debía “observar un período legal mínimo de tres meses de viudez antes de volver a contraer matrimonio”. Fue liberada de prisión y elevó su caso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad de ECOWAS.

2) Conclusiones del Tribunal.

El Tribunal determinó que fue víctima de esclavitud en violación del Artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos internacionales y que la República de Nigeria era responsable debido a la falta de acción de sus autoridades administrativas y judiciales. Ordenó a la República de Nigeria el pago de 10.000.000 CFA (Francos de África Central) a su favor más los costos de reparación por el daño que ella sufrió.

3) Conclusiones personales.

Puede ser este el único caso en el que nos encontramos ante una situación de esclavitud “*de iure*”, ya que la demandante es vendida y comprada, tratada como objeto de propiedad de otra persona. Es sometida a trabajos forzosos y a servidumbre en los cuáles se manifiestan una serie de atributos del derecho de propiedad ejercidos sobre la persona e, incluso, un derecho de propiedad “*de iure*” puesto que es comprada como si de un objeto se tratara destruyendo así su personalidad para cosificarla y usarla como una “*res*” de su propiedad, elementos estos que configuran un delito de sometimiento a esclavitud.

5.5.Corte Interamericana de Derechos Humanos

5.5.1. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil³²⁹

El análisis de esta Sentencia de 20 de octubre de 2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que el profesor ALLAIN participó con una Opinión Jurídica como perito experto³³⁰, nos acerca un poco más a la aplicación de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que se estudian en este trabajo desde el ámbito del derecho penal brasileño.

1) Hechos ocurridos.

El 4 de marzo de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil. El caso se relaciona con una supuesta práctica de trabajo forzoso y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el Estado de Pará. Según se alega, los hechos del caso se enmarcaron en un contexto en el que decenas de miles de trabajadores eran sometidos anualmente a trabajo esclavo.

Adicionalmente, se alega que los trabajadores que lograron huir declararon sobre la existencia de amenazas de muerte en caso de abandonar la hacienda, el impedimento de salir libremente, la falta de salario o la existencia de un salario ínfimo, el endeudamiento con el hacendado, la falta de vivienda, alimentación y salud dignas. Asimismo, esta situación sería presuntamente atribuible al Estado, pues tuvo conocimiento de la existencia de estas prácticas en general y específicamente en la Hacienda Brasil Verde desde 1989, y a pesar de dicho conocimiento no habría adoptado las medidas razonables de prevención y respuesta, ni proveído a las presuntas víctimas de un mecanismo judicial efectivo para la protección de sus derechos, la sanción de los responsables y la obtención de una reparación. Finalmente, se alega la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición de dos adolescentes, la cual fue denunciada ante autoridades estatales el 21 de diciembre de 1988, sin que presuntamente se hubieran adoptado medidas efectivas para dar con su paradero.

³²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde contra Brasil, sentencia de 26 de octubre de 2016.

³³⁰ ALLAIN, J.: Opinión Jurídica del Testigo Experto para la República Federal de Brasil. Human Rights Centre, School of Law Queen’s University, Belfast. En el caso de, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 12 de febrero de 2016. Traducción por Bedmar Carrillo, E. (Universidad de Granada).

Los representantes de las presuntas víctimas y del Estado alegan violaciones a la prohibición de la esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso, y a los derechos a la integridad personal, libertad personal, personalidad jurídica, honra y dignidad, y circulación y residencia, establecidos en los artículos 6, 5, 7, 3, 11 y 22 de la Convención Americana³³¹.

2) Conclusiones de la Corte.

La Corte realiza un análisis respecto alcance del artículo 6 de la Convención Americana de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y las figuras de esclavitud, trabajo forzoso, servidumbre y tráfico de personas, la aplicación del referido artículo a los hechos del presente caso y la alegada responsabilidad del Estado en relación con lo anterior.

El artículo 6 de la Convención Americana dispone que:

“Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

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.

2. 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.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. 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;

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”.

³³¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

- Análisis de la Corte sobre la esclavitud.

La Corte considera que, del estudio de los instrumentos internacionales vinculantes y las decisiones de tribunales internacionales listados anteriormente, se observa que la prohibición absoluta y universal de la esclavitud está consolidada en el derecho internacional, y la definición de ese concepto no ha variado sustancialmente desde la Convención de 1926: “*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*”. En relación con los dos elementos de la definición de esclavitud tradicional, o *chattel slavery* (estado o condición de un individuo; ejercicio de uno o más atributos del derecho de propiedad) se verifica que: desde la Convención de 1926 la trata de esclavos es equiparada a la esclavitud para efectos de la prohibición y su eliminación; la Convención suplementaria de 1956 extendió la protección contra la esclavitud también para “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, como la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, entre otras, además de precisar la prohibición y las obligaciones de los Estados respecto a la trata, y el Estatuto de Roma y la Comisión de Derecho Internacional agregaron el “ejercicio de los atributos del derecho de propiedad en el tráfico de personas” a la definición de esclavitud.

Por todo ello, la Corte opta por un concepto de “esclavitud moderna” que apoya la idea que se expone en este trabajo, en la línea de lo que se establece en las “*Guidelines Bellagio-Harvard*” y en concordancia con lo decidido por el TPIY disponiendo que a partir del desarrollo del concepto de esclavitud en el derecho internacional y de la prohibición establecida en el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, observa que este concepto ha evolucionado y ya no se limita a la propiedad sobre la persona.

Al respecto, la Corte considera que los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: el estado o condición de un individuo y el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima. De modo que, para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad”:

a) restricción o control de la autonomía individual;

- b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona;
- c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador;
- d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas;
- e) el uso de violencia física o psicológica;
- f) la posición de vulnerabilidad de la víctima;
- g) la detención o cautiverio,
- i) la explotación

- Análisis de la Corte sobre la servidumbre.

La Corte constata que la prohibición absoluta de la esclavitud tradicional y su interpretación han evolucionado de modo que también comprende determinadas formas análogas de ese fenómeno, el cual se manifiesta en los días actuales de diversas maneras, pero manteniendo determinadas características esenciales comunes a la esclavitud tradicional, como el ejercicio de control sobre una persona mediante coacción física o psicológica de tal manera que implique la pérdida de su autonomía individual y la explotación contra su voluntad. Por lo tanto, la Corte Interamericana 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.

Además, indica que la Convención suplementaria de 1956 definió las formas análogas a la esclavitud como servidumbre de la gleba, servidumbre por deudas, entre otras formas haciendo referencia en este punto a la Sentencia Siliadin³³² ya analizada en el contexto del TEDH que consideró la servidumbre como “*una forma agravada de trabajo forzoso o compulsorio*”, en el sentido de que la víctima siente que su condición es permanente y no hay posibilidad de cambios.

Por lo anterior, la Corte coincide con la definición que el TEDH hace sobre el concepto “servidumbre” y considera que esa expresión del artículo 6.1 de la Convención debe ser interpretada como:

³³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

“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”.

- Análisis de la Corte sobre la trata de esclavos y la trata de mujeres.

La corte se adhiere al concepto dado por el TEDH al expresar que las definiciones contenidas en los tratados internacionales en la materia y la interpretación realizada por el TEDH en el Caso *Rantsev*³³³, dejan muy claro que los conceptos de trata de esclavos y de mujeres han trascendido su sentido literal a modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las “personas” traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento. El elemento que vincula las prohibiciones de trata de esclavos y de mujeres es el mismo, es decir, el control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. Asimismo, la Corte identifica los siguientes elementos comunes a ambas formas de trata: el control de movimiento o del ambiente físico de la persona, el control psicológico, la adopción de medidas para impedir la fuga, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución.

De lo anterior se deduce que la Corte Interamericana considera que, a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio *pro persona*.

- Análisis de la Corte sobre el trabajo forzoso.

Con respecto al trabajo forzoso la Corte recuerda que ya se había pronunciado a este respecto en el Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia³³⁴. En esa Sentencia, la Corte aceptó la definición de trabajo forzoso contenida en el artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT, la cual dispone que:

³³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev* contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010.

³³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia* (Serie C No. 148), 1 de Julio de 2006.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

“La expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

En dicha Sentencia, el Tribunal consideró que la definición de trabajo forzoso u obligatorio consta de dos elementos básicos: que el trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena”, y que estos se llevan a cabo de forma involuntaria. Asimismo, ante las circunstancias del caso, el Tribunal consideró que para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención sería necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos.

Según se expresa la Corte respecto a la “amenaza de una pena”, puede consistir, entre otros, en la presencia real y actual de una intimidación, que 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. Y en lo que atañe a la “falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio”, esta consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica. En relación con el vínculo con agentes del Estado, la Corte considera que dicho criterio se restringe a la obligación de respetar la prohibición del trabajo forzoso, lo que era relevante en el Caso de las Masacres de Ituango en virtud de sus circunstancias fácticas específicas. Pero ese criterio no puede ser sostenido cuando la violación alegada se refiere a las obligaciones de prevención y garantía de un derecho humano establecido en la Convención Americana, por lo que no resulta necesaria la atribución a agentes del Estado para configurar trabajo forzoso.

- Conclusiones finales.

Según aprecia la Corte, es notable la existencia de un mecanismo de reclutamiento de trabajadores a través de fraudes y engaños. Además, considera que, en efecto, 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, 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: la presencia de guardias armados, la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida, la coacción física y psicológica por parte de los guardias de seguridad, y 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.

Visto lo anterior, es evidente para la Corte que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzosos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera que las características específicas a que fueron sometidos los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 sobrepasaban los extremos de servidumbre por deuda y trabajo forzoso, para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud establecida por la Corte, en particular el ejercicio de control como manifestación del derecho de propiedad. En ese sentido, la Corte constata que: los trabajadores se encontraban sometidos al efectivo control de los gerentes y guardias armados de la hacienda, y en definitiva también de su propietario de forma tal que se restringía su autonomía y libertad individuales, sin su libre consentimiento a través de amenazas, violencia física y psicológica, para explotar su trabajo forzoso en condiciones inhumanas.

Asimismo, las circunstancias de la fuga emprendida por varios trabajadores y los riesgos enfrentados hasta denunciar lo ocurrido a la Policía Federal demuestran la vulnerabilidad de los trabajadores y el ambiente de coacción existente en dicha hacienda, los cuales no les permitían cambiar su situación y recuperar su libertad.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que la situación verificada en la Hacienda Brasil Verde en marzo de 2000 representaba una situación de esclavitud.

Por otra parte, considerando el contexto del presente caso respecto a la captación o reclutamiento de trabajadores a través de fraude, engaño y falsas promesas desde las regiones más pobres del país sobre todo hacia haciendas de los Estados de *Maranhão*,

Mato Grosso, Pará y Tocantins, así como la declaración pericial de la Procuradora Federal Raquel Elías Dodge durante la audiencia pública de este caso, en la cual precisó con detalles el funcionamiento de la trata de seres humanos contemporánea para fines de explotación laboral en Brasil, además de las “fichas de entrevista” de diferentes trabajadores, durante la diligencia *in situ* del presente caso, la Corte considera probado que los trabajadores rescatados en marzo de 2000 habían sido también víctimas de trata de personas.

Por último, añadir que la Corte considera que Brasil no demostró haber adoptado, respecto del presente caso y al momento de los hechos, las medidas específicas, conforme a las circunstancias ya conocidas de trabajadores en situación de esclavitud y de denuncias concretas contra la Hacienda Brasil Verde, para prevenir la ocurrencia de la violación al artículo 6.1 constatada en el presente caso. Manifiesta que el Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y que en el período entre la denuncia y la inspección, el Estado no logró coordinar la participación de la Policía Federal activamente en la referida inspección, más allá de la función de protección del equipo del Ministerio del Trabajo. Todo esto demuestra que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente la forma contemporánea de esclavitud constatada en el presente caso y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a ese tipo de violación. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente grave debido al contexto conocido por el Estado y a las obligaciones impuestas en virtud del artículo 6.1 de la Convención Americana y específicamente derivadas del carácter de *ius cogens* de esta prohibición.

Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde.

3) Conclusiones personales.

Tanto la Sentencia de la Corte como la propia Opinión Jurídica del perito experto ALLAIN dejan claro tanto la aplicación contemporánea del contenido del artículo 1 del

Convenio sobre Esclavitud de 1926 como la separación de cada una de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

En primer lugar, en otra sentencia más de un Tribunal Internacional aparece un concepto de esclavitud de aplicación moderna basado en las Directrices *Bellagio-Harvard* en el que se defiende un sometimiento a esclavitud basado en la aparición de dos elementos fundamentales: el control equivalente a posesión y los elementos “atributos del derecho de propiedad” y “condición” que ponen de manifiesto un concepto que ha evolucionado y ya no se limita a la propiedad sobre la persona. Esto reafirma, una vez más, que el concepto de esclavitud debe ser observado desde una óptica actual, en la cual no existe la propiedad de personas legalmente entendida, sino que, debe considerarse una propiedad “*de facto*” que aparece cuando el autor del delito somete a una persona para controlarla como si tuviera una posesión sobre ella, esta idea se deduce de los propios elementos de la definición de esclavitud.

Con respecto al concepto de servidumbre la Corte se apoya en la definición que el TEDH realiza al respecto en el caso *Siliadin* como “*una forma agravada de trabajo forzoso o compulsorio*”, en el sentido de que la víctima siente que su condición es permanente y no hay posibilidad de cambios. Esto supone una doble implicación: por un lado, deja fuera del ámbito del delito de sometimiento a esclavitud propiamente dicho a la servidumbre puesto que no se manifiesta ningún atributo del derecho de propiedad y, por otro, separa el concepto de servidumbre del concepto de trabajo forzoso situándolo por encima de este.

En cuanto al trabajo forzoso, de nuevo otro Tribunal Internacional se basa en el concepto de trabajo forzoso contenido en el Convenio N°29 de la OIT de 1930, aunque en esta sentencia no llegan a analizarse en profundidad los elementos de este futuro delito autónomo, sí que vuelve a guiarnos en el camino correcto de una configuración de diferentes delitos que engloban las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” al considerarlas distintas entre sí y separarlas entre ellas y entre el propio delito de sometimiento a esclavitud.

Por último, al igual que hace el TEDH incorporando la trata de seres humanos en el catálogo del art. 4 CEDH sin nombrarlo específicamente, la Corte entiende que se debe interpretar el Convenio Americano a la luz del contexto y desarrollo del derecho internacional en los últimos años, considerando que la “trata de esclavos y mujeres”

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

debe ser considerada como la actual trata de seres humanos y que, por tanto, se debe proteger a la persona contra esta forma de explotación extrema y no únicamente a aquellos considerados esclavos.

CAPÍTULO 4.

Estudio de derecho comparado sobre formas contemporáneas de esclavitud



1. Italia

El Ordenamiento penal italiano recoge varios supuestos de explotación junto con la trata de personas en un mismo capítulo, es decir, que en un mismo apartado se pueden encontrar las fases del proceso que pueden conducir a una persona a una situación de esclavitud

Los delitos contra la persona individual, fueron introducidos en el año 1930 en el Código Rocco en el Título XII relativo a los delitos contra la persona, fueron objeto de reforma mediante la Ley 228/2003 que actuó en otra línea de política criminal para centrar su atención en las víctimas de esos crímenes. Las razones principales de la reforma se encuentran en la constatación de que estos fenómenos han adquirido unas dimensiones desconocidas hasta la fecha. El legislador italiano ha constatado la necesidad de articular una disciplina penal regida por las indicaciones contenidas en la Convención para la protección de los derechos humanos de 1950, en la Convención Suplementaria de 1956 y en la Convención de la ONU sobre la Criminalidad Organizada Transnacional.

Estas formas de explotación, incluidas la trata y el sometimiento a esclavitud, están recogidas en el Capítulo III (“De los delitos contra la libertad individual”) dentro del Título II de la Parte Especial (“Delitos contra la personalidad individual”). Una reforma de 1998 introdujo otros tipos relacionados con la prostitución, la pornografía de menores y el turismo sexual, que también están regulados junto a los delitos contra la persona individual. Según la doctrina, se puede interpretar de la ubicación de estos tipos delictivos que el legislador pretende tutelar un concepto amplio de libertad y no un aspecto concreto, que viene referido al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación, por tanto, vendrían referidos al “status libertatis” y estas figuras delictivas se encaminarían a proteger la dignidad humana³³⁵.

En el verano de 2003, el 11 de agosto, la *Legge di Misure contra la tratta di persone*³³⁶ reformó los delitos de reducción o mantenimiento en una situación de esclavitud o servidumbre (art. 600 CPI), de trata de personas (art. 601 CPI), de compra venta de esclavos (art. 602 CPI)³³⁷ y, por último, el delito de plagio (art. 603 CPI). Esta

³³⁵ En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Delito de trata de seres humanos...*, p. 329

³³⁶ Parlamento italiano, Legge 11 agosto 2003, n. 228 “Misure contro la tratta di persone” pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 23 agosto 2003.

³³⁷ 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.

reforma tuvo como finalidad la transposición a la normativa interna de los mandatos dictados desde la esfera internacional, principalmente por el Protocolo de Palermo.

Por otra parte, era necesario cambiar la opinión pública ante las características y dimensiones totalmente desconcertantes de estos “nuevos fenómenos”, particularmente, algo que alarmó de forma exacerbada a la comunidad internacional en esos años, fue la presencia de una perfecta organización criminal transnacional en la gestión de la trata de los seres humanos más débiles, como niños y mujeres. Además, fue necesario adaptar la legislación interna a los Convenios Internacionales. La Asamblea General de la ONU aprobó en diciembre de 2002 la Convención sobre Criminalidad Organizada Transnacional y dos Protocolos Adicionales, entre ellos uno sobre trata de blancas y menores. También se pretendía garantizar una serie de principios constitucionales como el de certeza y taxatividad de la norma penal incriminadora. Así, el legislador de la reforma no utiliza un modelo de descripción sintética y de construcción analógica de los diferentes conceptos, sino que, se preocupa por indicar punto por punto y de forma analítica el contenido de los nuevos elementos e hipótesis del delito. Con esta nueva redacción también se supera el debate de si el contenido del artículo venía referido únicamente a la esclavitud legal o si incluía a la esclavitud de hecho.

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 trata³³⁸.

Se analizan a continuación los tipos delictivos contemplados en los arts. 600, 601 y 602 del Código Penal Italiano.

1.1. Reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre

Art. 600: Cualquiera que ejerza sobre una persona poderes correspondientes a los del derecho de propiedad o someta o mantenga a una persona en estado de sujeción continua, obligándola a prestaciones laborales o sexuales, a mendicidad o a prestaciones que impliquen explotación, será castigado con la pena de prisión de ocho a veinte años.

El sometimiento o mantenimiento en estado de sujeción tiene lugar cuando la conducta se cometa por medio de violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad, aprovechamiento de

³³⁸ 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.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

*una situación de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, mediante la promesa o atribución de sumas de dinero o de otras ventajas a quien tiene la autoridad sobre la persona*³³⁹.

Este nuevo delito describe de forma analítica las conductas típicas que pueden manifestarse sobre una persona, de forma que, constituye un delito que puede cometerse en la última fase del proceso de explotación, es decir, la explotación propiamente dicha.

La conducta castigada consiste en ejercer sobre una persona un poder que corresponde al derecho de propiedad de tal manera que se le obligue a realizar prestaciones de carácter laboral o sexual o bien a someterse a una servidumbre o a exigir prestaciones que supongan su explotación considerando una parte de la doctrina italiana que no es necesario probar el empleo de unos medios determinados³⁴⁰. Según estos autores el contenido nuclear del delito de sometimiento a esclavitud es la llamada “reificación de la persona”, lo cual explica que no sea necesario que se aparezca un medio comisivo concreto para que se consume el tipo³⁴¹.

Como puede deducirse, el legislador basa su definición en el concepto de esclavitud contemplado en el artículo 1 de la Convención sobre Esclavitud de 1926 y lo completa con las definiciones establecidas en la Convención Suplementaria de 1956 en dónde se recogen las llamadas condiciones análogas a la esclavitud, tales como servidumbre, matrimonio forzoso o explotación infantil. Existieron numerosas polémicas interpretativas principalmente sobre el concepto de condiciones análogas a la esclavitud. Las secciones unidas de la Casación interpretaron que cualquier condición análoga a la esclavitud debía comprender una situación en la cual una persona ejerce de hecho sobre otra persona los atributos del derecho de propiedad, prescindiendo de cualquier apreciación del derecho positivo. De este modo, una condición análoga a la

³³⁹ Artículo 2.1.b) del Decreto legislativo No.24 de 4 de marzo de 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, costringendo la prestazione lavorativa o sessuale 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.*

³⁴⁰ TRINCI, A./FATINI, S.: *Compendio di diritto penale. Parte speciale*. Ed. Dike Giuridica Editrice, Roma, 2015, p. 538

³⁴¹ MANTOVANI, F.: *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, op. cit., pp. 266 y ss; 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.

esclavitud debía de reconocerse en toda aquella situación en la cual una persona estuviera sujeta a un poder/atributo similar al que ejercer el amo sobre el esclavo.

Esta interpretación por parte de la Corte Suprema italiana dio lugar a varios posicionamientos en contra tanto en el ámbito legal, en el cual podría calificarse de analogía “*in mala partem*”, como sobre la reconstrucción del concepto de condición análoga en la Convención de Ginebra de 1956. Se consideró que estos problemas se vieron superados gracias a la nueva formulación que no tiene en cuenta el concepto de condición análoga, sino que, junto a la esclavitud, aparece la reducción o mantenimiento en condiciones de servidumbre. Sin embargo, al incorporar los supuestos de reducción o mantenimiento en servidumbre equiparándolos juntos a los supuestos de esclavitud tal y como vienen ambos reflejados en los Convenios de 1956 y 1926 respectivamente, el legislador va más allá de los límites establecidos del artículo 1 del último Convenio mencionado, el de 1926. De este modo, mediante la redacción unificada de ambos tipos de explotación se castiga de la misma forma un sometimiento a esclavitud, que debería ser aquel en el que se manifiesten poderes correspondientes al ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona, que un sometimiento a servidumbre, que no llegaría a sobrepasar la línea marcada por el artículo 1 de la Convención de 1926, en cuanto a que no llegan a manifestarse estos atributos del derecho de propiedad. Queda contemplada la esclavitud “de derecho” y la esclavitud “de hecho”, pero no en la forma en la que exige el concepto internacional de esclavitud interpretado en este trabajo, puesto que se pone en el mismo peldaño de graduación a la esclavitud y a la servidumbre. Tanto es así que Además, el Tribunal Supremo ha sostenido que para exista esclavitud “no es necesaria una negación integral de la libertad de la persona, siendo suficiente una lesión importante en su capacidad de autodeterminación”³⁴².

Se contempla en esta figura delictiva que la reducción o mantenimiento en un estado de sujeción tiene lugar cuando los medios comisivos con la violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física psíquica de la víctima, de una situación de necesidad, o mediante promesa o dación de sumas de dinero o algún tipo de ventaja a quien tenga autoridad sobre la persona. El tipo

³⁴² Sentencia de Casación Penal No. 42751, de 16 de mayo de 2017:

“*Non è necessaria un'integrale negazione della libertà personale, ma è sufficiente una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa*”.

exige que estos medios aparezcan incluso cuando la víctima sea menor de edad³⁴³, aun cuando en estos casos la pena de ocho a veinte años del tipo básico se incrementa entre un tercio y la mitad, al igual que en aquellos otros en los que el delito tiene como finalidad la explotación de la prostitución o la extracción de órganos de la persona.

En el tipo delictivo se describen dos conductas castigadas que pueden ser cometidas tanto en la forma de la reducción a esclavitud o del mantenimiento, como en la de reducción o mantenimiento en servidumbre.

En la primera modalidad se describe el ejercicio de una persona que está sometida a los poderes que integran el derecho de propiedad³⁴⁴. Esta fórmula utilizada por el legislador está concebida para incorporar situaciones tanto de hecho como de derecho³⁴⁵. La reducción o el mantenimiento harían referencia al momento en el que se ejercen los poderes, de tal forma que, en el primer caso se deduciría un sometimiento directo a esclavitud y, en el segundo, se resolvería un mantenimiento sucesivo e indirecto del sujeto sometido a situación de esclavitud.

La segunda conducta, castiga la reducción o el mantenimiento en servidumbre. El legislador la define como una:

“Condición de sujeción continua en la cual se obliga a la persona a prestaciones laborales o sexuales, a mendicidad o a prestaciones que impliquen su explotación. Los medios comisivos por los que se llega a este estado son la violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica, o de una situación de necesidad, o bien, fruto de una promesa o atribución de dinero o de otras ventajas a la persona que detenta la autoridad sobre el sometido”.

³⁴³ Algunos autores no están de acuerdo en que se exija el empleo de medios comisivos incluso en el supuesto de menores, al menos en relación al delito de trata de personas del artículo 601, aunque no tanto en cuanto al delito de reducción o mantenimiento en la esclavitud. De esta opinión DOLCINI, E/MARINUCCI, G: *Codice Penale Commentato*, Ed. Wolters Kluwer, Italia, p. 4129; GRASSO, G./LUCIFORA, A.: “Evaluation of the impact in Italy of the 19th July Framework Decision of the trafficking human beings”, en *The evaluation of European criminal law*, Ed. Anne Weyembergh and Veronica Santamaria en l'Université de Bruxelles, Bruselas, Bélgica, p. 224.

³⁴⁴ Una parte de la doctrina considera la esclavitud como una condición *secundum ius* y, por tanto, no aplicable. En cambio, otros consideran que la expresión “condición similar a esclavitud” venía referida a la esclavitud “*de facto*”. Pese a ello, antes de la reforma de 2003 la jurisprudencia extendió la definición de esclavitud incluyendo en la misma las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” de la realidad contemporánea. A este respecto CIAMPA, G.: *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Jovene, 2008, pp. 236 y ss.

³⁴⁵ PICOTTI, L.: “Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale”. L'indice penale, op. cit., pp. 26 y ss.

Esta definición incorpora, por tanto, dos elementos principales: la condición de sujeción o sometimiento y la explotación de la persona³⁴⁶.

La sujeción que se produce a través de la explotación se torna relevante en el orden penal únicamente cuando es fruto de actividades específicas tales como violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad, aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica, de una situación de necesidad o mediante la promesa o atribución de dinero o de otras ventajas a quien posee la autoridad sobre la persona³⁴⁷.

Además, la sujeción total de la persona debe tener como objeto la posterior explotación de la persona sometida³⁴⁸. El tipo contiene una serie de posibles formas de explotación³⁴⁹ como son trabajo o servicios sexuales, mendicidad, cualquier otra actividad que implique explotación, o extirpación de órganos, aunque no se considera una lista exhaustiva, esto es, el sujeto pasivo puede llegar a ser explotada por diferentes motivos siempre y cuando lo sea de manera continuada³⁵⁰.

Por último, subrayar que, como se ha explicado, se considera un delito de mera actividad o de resultado en función de cuál sea la modalidad comisiva que se trate. Así, cuando la conducta consista en la reducción o mantenimiento de la persona en una situación de esclavitud o servidumbre mediante su constante sujeción, explotándola para realizar determinadas actividades, se entiende que nos encontramos ante un delito de resultado de medios determinados, habida cuenta de la exigencia de medios comisivos

³⁴⁶ 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", op. cit. p. 617. Este autor considera que se trata de un delito habitual que exige una pluralidad de comportamientos para la que el hombre libre se convierta en un siervo.

³⁴⁷ La expresión "situación de vulnerabilidad" que fue introducida en la reforma de 2014 no tiene un equivalente en el Código Penal Italiano, lo cual puede generar ciertas confusiones a la hora de interpretarlo, 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", op. cit. p. 619.

³⁴⁸ El Tribunal Supremo italiano ha considerado imprescindible el requisito de la explotación en la sentencia del Tribunal de Casación No. 39044, de 10 de septiembre de 2004, n. 39044. Al respecto 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.

³⁴⁹ Se pretende de este modo contemplar el principio de legalidad del art. 25, apartado 2, de la Constitución italiana. En este sentido, FIANDACA, G./MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, p. 122

³⁵⁰ La doctrina ha estudiado la relación existente entre el delito en cuestión y las formas de explotación que integran tipos autónomos como pueden ser la complicidad en la prostitución, la mendicidad o la explotación laboral. En este sentido, la jurisprudencia italiana admite la concurrencia entre el delito de reducción a esclavitud y el de inducción, complicidad y explotación de la prostitución. Al respecto, TRINCI, A./FARINI, S.: *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, op. cit. p, 541.

en el art. 600 párrafo 2º CPI. Mientras que en los supuestos en los que la conducta suponga simplemente el ejercicio de un poder equivalente a los del derecho de propiedad sobre una persona, estaremos ante un delito de mera actividad.³⁵¹

1.2. Trata de personas

La trata de personas se castiga en el artículo 601 del Código Penal italiano, modificado por última vez en 2014³⁵². La estructura del artículo sigue la estructura dictada por el derecho que regula este tipo delictivo compuesto, por acción, medios y finalidades de explotación³⁵³, entre las cuales no se incluye el sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos.

Art. 601: Cualquiera que ejerza la trata de la persona que se encuentre en una de las condiciones indicadas en el art. 600, o que con el fin de cometer los delitos indicados en el primer inciso del mismo artículo, la induzca mediante engaño o la obligue mediante violencia, amenaza, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o atribución de sumas de dinero o de otras ventajas a quien tiene la autoridad sobre la persona, a hacer ingresar, residir, salir del territorio del Estado o a transferirse al interior de éste, será castigado con la pena de prisión de ocho a veinte años. La pena será aumentada de un tercio a la mitad si los delitos indicados en este artículo son cometidos en daño de menores de dieciocho años o son cometidos con fines de prostitución o de someter a la persona a la extracción de órganos.

Antes de la reforma de 2003, el texto originario titulaba este apartado “trata y comercio de esclavitud” y se refería a las actividades consistentes en “cometer trata o realizar comercio de esclavos o de personas en condiciones análogas a la servidumbre”.

El legislador de la reforma trató de describir el contenido del delito de una forma más analítica que ayudara a castigar las formas modernas de trata de personas.

³⁵¹ RESTA, F.: *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Ed. Giuffrè Editore, Italia, 2008, p. 227.

³⁵² Al respecto CERAMI, G., “Comentario 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”, op. cit., p. 629.

³⁵³ La Sentencia del Tribunal de Casación, No. 2545/2004 considera que el elemento de explotación es lo que distingue la esclavitud de la trata

Las nuevas prescripciones de la ONU a través de la Convención del 2000 Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como el plan europeo del 2000 y la Directiva 2011/36/UE que sustituye a la Decisión Marco de 2002 hicieron que los Estados adoptaran un punto de referencia común para combatir contra este fenómeno y ofrecieron una serie de criterios de incriminación comunes para reformar las legislaciones nacionales.

Con estos instrumentos en su mano, el legislador italiano utilizó estos elementos y estructuró el nuevo delito de trata de personas bajo dos hipótesis distintas: la primera viene referida a la trata de una persona que ya se encontraba previamente en una situación de esclavitud o servidumbre, pero no se enumeran en el tipo del delito las conductas en que la trata de personas consiste, ya que se efectúa una referencia genérica a la misma, aun cuando se identifica con los supuestos de trata de esclavos³⁵⁴; mientras que la segunda tiene por objeto la actividad de una persona que pretende someter a esclavitud o servidumbre a un individuo obligándolo, mediante uno de los medios comisivos mencionados en el artículo, a entrar, permanecer o salir del territorio nacional o a trasladarse por el mismo, siendo un punto esencial el traslado geográfico de la persona³⁵⁵. El legislador italiano ha requerido que la dirección de destino o de salida del traslado sea el territorio nacional, punto este en el que no ha estado especialmente acertado. Aunque, lo más característico de esta descripción delictiva es que se castiga, además de como actividad sobre personas que no han sido explotadas, como modalidad sobre individuos que ya están sometidos conforme a las especificaciones del art.600.³⁵⁶ Junto a este tipo básico, al igual que en el art. 600, el segundo párrafo describe un tipo cualificado aumentando la pena desde un tercio a la mitad en el caso de que las víctimas sean menores de edad o los actos sean tendentes a la explotación de la prostitución o se cometan con la finalidad de extraer los órganos de la víctima.

Nos encontramos, por tanto, ante un tipo delictivo que cumple con los parámetros impuestos desde la normativa internacional y comunitaria.

³⁵⁴ A este respecto vid. PICOTI, L.: "I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana" en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, Ed. Franco Angeli, Italia, 2007, p.11, quien considera que debería de acudir al art. 1.2 de la Convención de Ginebra de 1926 para ver qué se considera como trata de esclavos o personas en situación de esclavitud, equiparando esta conducta con el comercio o la intermediación.

³⁵⁵ RESTA, F.: *Vecchie e nuove schiavitù*...p. 117.

³⁵⁶ VILLCAMPA, C.: *Delito de trata de seres humanos*...p. 335

1.3. Adquisición y alienación de esclavos

Art. 602: “Cualquiera que, fuera de los casos indicados en el art. 601, adquiera, aliena o ceda una persona que se encuentre en las condiciones indicadas por el art. 600, será castigado con la pena de prisión de ocho a veinte años. La pena será aumentada de un tercio a la mitad si la persona ofendida es menor de dieciocho años o si los hechos indicados en el primer inciso son cometidos con fines de prostitución o con el fin de someter a la persona ofendida a la extracción de órganos”.

Es el último de los delitos contra la libertad individual. Se trata de un tipo en el que las modificaciones de la Ley nº 228 de 2003 no fueron tan relevantes como la de las figuras anteriores ya que el legislador se limitó a adaptar el contenido al nuevo artículo 600 incrementando la pena correspondiente para equipararla a los preceptos anteriores, además de introducir el tipo agravado para aquellos supuestos en los que la víctima sea menor de dieciocho años o bien la conducta se dirija a la explotación de la prostitución de la víctima o a extraer sus órganos. La doctrina lo describe como un tipo superfluo que tiene poco margen de aplicabilidad.³⁵⁷ Se castigan aquellos supuestos de adquisición, venta o cesión de una persona que se halle en una de las situaciones descritas en el artículo 600 CPI y que no puedan quedar amparados por el delito de trata del artículo 601 CPI. Por tanto, el tipo penal será aplicable únicamente cuando las conductas incriminadas de “adquisición, alienación o cesión” sean ejercidas sin utilizar los medios comisivos aplicables en la trata, esto es, violencia, amenazas, etc. Para que existan las figuras de adquisición o alienación será necesario que exista algún tipo de retribución ya sea mediante dinero o mediante bienes de otra naturaleza, pero siempre será necesario un factor económico. Sin embargo, la figura de la cesión presenta otras particularidades ya que abarca todas aquellas transferencias de la persona sea cual fuere el motivo por el cual existan, aunque se debe precisar que el fin de la cesión siempre debe ser el de la explotación de la persona ofendida.

2. Alemania

La historia de Alemania está vinculada al trabajo forzoso y a la explotación. Debido a su pasado durante la época nazi y a su presente como uno de los países que más inmigrantes laborales reciben, resulta interesante conocer cuál es su normativa

³⁵⁷ MANTOVANI, F.: “Delitti contro la persona” en *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Ed. Cedam, 5ª edición, Italia, 2014, p. 270.

penal con respecto a las distintas formas de explotación extrema del ser humano y, como su máximo exponente, a la esclavitud.

Alemania regulaba los supuestos de trata junto con los resultados de explotación de la persona tratada, aunque lo plasma de una forma paradigmática en su Código Penal (StGB). Los delitos que castigaban la trata de personas son aludidos con un término que destaca el carácter comercial de esta actividad (*Menschenhandel*), y están ubicados en el Sección número 18 de la parte especial del StGB junto con los delitos contra la libertad personal³⁵⁸. Estos delitos fueron modificados por la trigésimo séptima modificación del Código Penal de 11 de febrero de 2005 para armonizar la normativa interna alemana a la Decisión Marco 2002/629/JAI y al Protocolo de Palermo³⁵⁹.

En concreto se incorporaron el delito de trata con fines de explotación laboral y el de favorecimiento de la trata junto con el de fines de explotación sexual, que sí estaba recogido en la redacción anterior, entre los delitos contra la libertad personal, dando una nueva dimensión de género de carácter neutral, puesto que antes sólo se castigaba la trata para fines de explotación sexual y estaba alojada entre los delitos contra la libertad sexual. Esta nueva ubicación sistemática resulta más acorde con la interpretación que de ella se hace en el entorno internacional, que aunque se identifica como una afrenta a la dignidad de la persona, también resulta consensuado su carácter protector del bien jurídico libertad al entenderse las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como una forma de explotación en las que se existe un cierto grado de control de la persona y, por tanto, de su toma de decisiones en la determinación de su autonomía personal.³⁶⁰

La particularidad del ordenamiento penal alemán en cuanto a los supuestos de trata residía en que, al configurar los delitos §§ 232 y 233 como delitos de resultado, en los cuáles es necesaria la explotación final de la víctima, es decir, el resultado es parte del tipo básico y no una cualificación como ocurría en la redacción anterior,

³⁵⁸ La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido es la libertad personal de autodeterminación, disposición o aprovechamiento de la propia capacidad de trabajo. Al respecto KÜHL, K.; “Strafgesetzbuch Kommentar. Bearbeiter von §233”, op. cit.; también Sentencia del Tribunal Supremo alemán, 3ª Sala de lo penal, (núm. 507/09), de 13 de enero de 2010, fundamento jurídico II.2.a).bb).

³⁵⁹En este sentido, BOSE, M.: “Trafficking in humans beings in Germany” en *The evolution of European criminal law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in humans beings*, Ed. Weyenbergh y Santamaría, Bruselas, 2009, p. 111; ZIEGLER, K.: “The legal Framework of trafficking and smuggling in Germany. Victim protection emerging from witness protection?” en *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Ed. Guild y Minderhoud, Nijhoff Publishers, Reino Unido, 2006, p. 90

³⁶⁰ VILLACAMPA, C.: *El Delito de Trata de Seres Humanos...*, op. cit., p. 313.

tipificándose la parte final del proceso. Quedaban configurados, por tanto, más como delitos de explotación que como delitos de trata, haciendo difícil que puedan considerarse como supuesto de trata de seres humanos propiamente dichos incluso por la doctrina alemana que se ha mostrado contraria a la denominación de tales tipos como delitos de trata.³⁶¹

Hasta la reforma de 2016, este tipo constituía el auténtico delito de trata de seres humanos como proceso que puede conducir a una futura explotación o, incluso, esclavización el delito configurado como favorecimiento de la trata de personas en el §233.a. Pese a ser introducido como un supuesto de acto preparatorio, fue convertido en el auténtico delito autónomo de trata de seres humanos, tal y como se entiende en ámbito internacional.

Según este análisis, Alemania, pese a castigar de forma conjunta los supuestos de trata y de explotación, ha configurado una forma de incriminación que resulta un tanto particular, puesto que, existe dos formas graduales de castigar estos supuestos.³⁶² En un primer escalón se encuentran, como delitos más graves, los supuestos de trata con fines de explotación sexual y laboral que, al ser delitos de resultado, se convierten en realidad en delitos de explotación (§§ 232 y 233) y en un segundo escalón, como delitos menos graves, queda plasmado el favorecimiento de la trata que tipificaría actos preparatorios o auxiliares pero que se corresponde con la noción internacionalmente aceptada de trata de seres humanos.³⁶³

El resto de delitos que configuran las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, esto es, el de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso no se incorporaron al Código StGB 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*). Esta Ley entró en vigor el 15 de octubre de 2016 y de esta forma Alemania consiguió transponer la Directiva 2011/36/UE en la legislación nacional.

³⁶¹ En tal sentido SCHÖNKE, A./SCHRÖEDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, §232, nm. 6. Verlag C.H. Beck, 27, Neubearbeitete Auflage, München, 2006.

³⁶² BÖSE, M.: “Trafficking in humans beings in Germany” ...op. cit. pp. 112-113.

³⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit. p. 314; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal” ..., op. cit. p. 333.

Se iniciaba el capítulo con el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual (§ 232 StGB), después el delito de trata de seres humanos con fines de explotación de la capacidad de trabajo o de explotación laboral (§ 233 StGB) y, por último, el delito de favorecimiento de la trata de personas (§ 233.a StGB).

2.1. Esclavitud, servidumbre y trabajos forzados

Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” se introdujeron en la reforma de 2016 como tipos autónomos en el apartado 2 del artículo 232b StGB, que quedó redactado de la siguiente forma:

(1) Se impondrá una pena de prisión de seis meses a diez años al 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.³⁶⁴

2. La someta a esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o circunstancias análogas.

3. La someta o mantenga en una situación de mendicidad forzosa.

De este modo con respecto a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y en concreto a las referidas en este artículo, es decir, el sometimiento a esclavitud, la servidumbre por deudas o circunstancias análogas, el StGB establece dos situaciones.

La primera, que sea través del aprovechamiento de una situación de necesidad personal o económica, o de la situación de vulnerabilidad derivada de encontrarse en un país extraño (aunque no viene exigido que la víctima sea extranjera o que se crucen fronteras³⁶⁵) se someta a una persona a esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o circunstancias análogas. Y la segunda, que el sometido sea menor de veintiún años, no siendo necesarias las formas de aprovechamiento mencionadas anteriormente.

³⁶⁴ El concepto de “empleo de explotación” (*Beschäftigung*) viene referido al primer párrafo del artículo 232.1 *in fine*, que se produce cuando el trabajo viene impuesto mediante la búsqueda de ganancias y sin considerar el bienestar del trabajador quedando este en notoria desproporción en las condiciones de trabajo con respecto a otros trabajadores que desarrollan una actividad equivalente o igual.

³⁶⁵ VILLCAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”..., op. cit. p. 333 en pie de página 88.

La redacción de este artículo presenta ciertas diferencias con el derogado art. 233 StGB³⁶⁶. Por una parte, en el nuevo artículo se especifica que la situación de necesidad puede ser tanto personal como económica³⁶⁷ y, por otra, se cambia la expresión de “introducir, conducir a, llevar a” por “causar, determinar”.

En lo que concierne a los términos de “esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o circunstancias análogas”, no quedan definidos en el StGB, aunque el proyecto de reforma establece que las servidumbre por deudas es “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”³⁶⁸. Sin embargo, al no incluirse en el tipo penal, se debe acudir a los Convenios Internacionales ratificados por Alemania en esta materia, tales como el Convenio de 1926 y la Convención Suplementaria de 1956. La doctrina alemana considera que la servidumbre o condiciones análogas deberán incorporar aquellas modalidades delictivas en las que el empleador disponga de forma absoluta de la capacidad de trabajo del empleado sin limitación alguna en lo que a forma y tiempo de duración se refiere, llegando incluso a su esfera más íntima y personal³⁶⁹.

En lo que se refiere al artículo 232b StGB este no tipifica las conductas a las que se refiere el Convenio núm. 29 de la OIT, sino que castiga una serie de conductas que constituyen trabajo forzoso cuando el sujeto activo se aproveche “de la situación de

³⁶⁶ 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 VILLCAMAPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, op. cit., p. 333 en pie de página 90.

³⁶⁷ La doctrina alemana entiende la “situación de necesidad” 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”. Este estado de necesidad no tiene por qué existir objetivamente, bastando la experiencia de la víctima. SCHÖNKE, A./SCHRÖEDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, §232, op. cit, pp. 418 y ss.

³⁶⁸ En este sentido, por todos, KÜHL, K.; “Strafgesetzbuch Kommentar. Bearbeiter von §233”, marginal 4, apartado bb).

³⁶⁹ En este sentido, EYDNER, J.R.: *Der neue § 233 StGB – Ansätze zum Verständnis der “Ausbeutung der Arbeitskraft”*, NStZ 2006, 10. Además, este autor sugiere 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”. Cita de ESQUINAS VALVERDE, P.: “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código Penal Alemán”, op. cit., p. 411.

necesidad personal o económica de otra persona o de la situación de vulnerabilidad que implica encontrarse en un país extraño”³⁷⁰.

El art. artículo 233(1) StGB castiga como explotación laboral la conducta del sujeto 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 explote:

1) a través del empleo de acuerdo con la segunda frase del apartado 1 del artículo 232I622;

2) para el ejercicio de la mendicidad o;

3) para la realización de actividades delictivas”.

Así, mientras que el artículo 232b referido al trabajo forzoso “determinar, someter o mantener” a una persona en un trabajo, el art. 233 contempla el término “explotar”. La doctrina³⁷¹ ha mostrado su disconformidad respecto al diferente tratamiento punitivo, sin embargo, este tratamiento tendría sentido en cuanto al concepto establecido en los textos internacionales.

2.2. Trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos fue incorporado al StGB en el año 2005 a través del artículo 232 StGB y fue reformado en el año 2016 sustituyendo a la conducta de “facilitación de la trata” del art. 233a StGB. La nueva redacción queda de la siguiente manera:

“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:

³⁷⁰ SPITZER, A. L.: *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer, op. cit.,. 261. Este autor entiende que ambos tipos delictivos deberían estar castigados con la misma pena.

³⁷¹ SPITZER, A. L.: *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer, 2017, pp. 260 y ss. Este autor considera injustificada esta distinción y entiende que debería darse el mismo tratamiento punitivo.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

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”.

El delito de trata se contempla en el §232 StGB, introducido en 2005 y reformado en 2016 por última vez, y viene a sustituir al delito de “facilitación de la trata” del artículo 233a StGB.

El tipo de la trata de seres humanos incorpora todos los elementos delictivos internacionalmente convenidos, a saber: acción, medios comisivos y finalidades de explotación.

Dentro de los medios comisivos del tipo básico aparece el aprovechamiento de una situación personal o económica o de su vulnerabilidad derivada de su estancia en un país extraño, que vendría corresponder con el concepto de “abuso de una situación de

vulnerabilidad”. En el párrafo 2 se establece como medio comisivo el empleo de violencia, engaño, amenaza de uso de fuerza, que suponen las distintas agravantes³⁷².

Dentro de las finalidades de explotación se incluyen el sometimiento a trabajos o servicios forzosos, la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud (artículo 232(1)2). Además, se establece 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).

2.2.1. Resultados de explotación del delito

2.2.1.1. Esclavitud y servidumbre

En cuanto a estos dos resultados finales en el delito de trata con fines de explotación de la capacidad de trabajo, se ha de decir que la definición de estos delitos viene reflejada los Convenios internacionales establecidos para esas materias. En el caso de la esclavitud, su definición jurídica internacional viene establecida por el artículo 1 del Convenio sobre Esclavitud de 1926. En cuanto a la servidumbre, se puede acudir a la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956.

Se entendería por tanto que una persona situaría a la víctima en una situación de esclavitud a través de la trata cuando ejerciera sobre ella los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos, aunque la doctrina alemana define este posible resultado como aquella situación o estado de una persona en virtud del cual se considera propiedad de otro.³⁷³ Como ya se ha advertido en este trabajo de investigación, se debería entender esta definición no sólo desde un punto de vista “de iure” o de derecho, es decir, no se ejerce un derecho de propiedad en sí mismo que hoy en día estaría prohibido, sino que se entendería una aplicación “de facto” o de hecho, estos es, se ejerce sobre la persona alguno de los poderes del derecho de propiedad de tal manera que se tiene un control sobre ella equivalente a posesión. Esta interpretación, como se ponía de manifiesto en capítulos anteriores, permitiría abarcar muchas manifestaciones

³⁷² GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Germany*, 22 de marzo de 2018, párr. 221 y ss.: <https://rm.coe.int/greta-2019-07-fgr-deu-en/1680950011> (consultado por el última: 28-05-2021).

³⁷³ SCHÖNKE, A./SCHRÖEDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, §232..., op. cit., p. 4.

contemporáneas de sometimiento a esclavitud, que, de otra forma quedarían impunes o castigadas por otro tipo delictivo.

En cuanto al sometimiento a servidumbre, pese a que la Convención Suplementaria de 1956 recoge una diferenciación entre servidumbre por deudas y servidumbre de la gleba, no se establece una definición propiamente dicha de lo que se entiende por servidumbre. Pese a ello, la doctrina alemana entiende la servidumbre como aquella situación en la que una persona, por razones legales, de derecho consuetudinario o por acuerdo, se halle obligada a vivir en la propiedad (agrícola) de otro, así como a trabajar en ella, prestando determinados o indeterminados servicios para esa persona, sin tener la capacidad de modificar su situación.³⁷⁴ Debemos acudir, sin embargo, a la jurisprudencia del TEDH para encontrar una noción del concepto en donde se subraya que ésta “prohíbe una forma de negación de libertad particularmente grave”³⁷⁵, se considera, por tanto, una “obligación de prestar servicios bajo el impero de la coacción” que debe vincularse a la noción de “esclavitud” que la precede.³⁷⁶ Se entiende, por tanto, como un trabajo forzoso agravado por un elemento de temporalidad, puesto que la víctima siente que no sabe cuándo se pondrá fin a su condición.

2.2.1.2. Servidumbre por deudas

Este resultado de explotación fue introducido por la reforma de 2005 ya que no estaba incluido en el anterior § 234. Esta nueva explotación constituye una de entidad semejante a las anteriores por lo que no se discutió su incorporación y su similar lesividad del bien jurídico protegido. Se trata de un supuesto en el que la persona es obligada a trabajar para pagar una supuesta que había contraído cuyo importe generalmente desconoce o que incluso puede ir siendo incrementado de forma arbitraria. El legislador alemán sostuvo en el proyecto de reforma que introdujo el §233 StGB que puede describirse 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”.³⁷⁷ La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la

³⁷⁴ *Ídem.*

³⁷⁵ Ver Informe de la Comisión en el asunto Van Droogenbroeck contra Bélgica de 9 de julio de 1980 serie B, vol. 44, p 30.

³⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Seguin contra Francia (núm. 42400/1998), 7 marzo 2000.

³⁷⁷ KÜHL, K.; *Strafgesetzbuch Kommentar. Bearbeiter von §233*, op. cit.

trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 define la servidumbre por deudas como *“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”*.

Deben existir, por tanto, una serie de características para que pueda castigarse este resultado y distinguirlo de otras formas en los que la persona se haya involucrado en un préstamo de forma voluntaria y actuando con conocimiento de causa, por muy injusto que sea el crédito:

- La prestación que ofrece la persona no está delimitada en el tiempo o bien no sirve para cancelar la deuda.
- La deuda es desproporcionada por lo que no se saldará.
- Desproporción entre la prestación y la reducción de la deuda.
- La existencia de la deuda es ilícita, o bien, nunca existió.
- El explotador dispone de la víctima sin limitación y de forma arbitraria, llegando a involucrarse en su esfera privada.

3. Portugal

Portugal también pertenece al grupo de países comunitarios que castigan de forma conjunta el delito de trata personas y la explotación final de la persona una vez que el proceso de transporte y acogida ha finalizado. Organizan sistemáticamente en una misma ubicación del Código penal, los delitos contra la libertad, todo el proceso que supone localizar a una persona, transportarla y acogerla hasta llegar a someterla a una situación de esclavitud, castigando tanto el tipo delictivo de la trata como el del sometimiento a esclavitud en el Capítulo IV “De los delitos contra la libertad personal” de la parte especial del Código Penal.

3.1. Esclavitud

El artículo 159 del Código penal portugués dice:

“Quién:

a) reduzca a otra persona a un estado o condición de esclavo o;

b) aliene, ceda o adquiera una persona o la posea con la intención de mantenerla en una situación prevista en la línea anterior; será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años”.

El tipo básico castiga cualquier forma de esclavitud, no distingue entre cual sea la forma de explotación que conduzca a un posterior sometimiento, de manera que no menciona las conductas de explotación sexual o laboral, servidumbre, trabajo forzoso o cualquier otra que pueda derivar en un estado o condición de esclavo. La incriminación del artículo se centra en la propia reducción a esclavitud y no tanto al inicio de la fase o al mantenimiento en ese estado o condición, es por ello que la conducta típica es, por una parte, reducir a otra a persona a una condición o estado de esclavo y, por otra parte, alienar o vender, ceder o adquirir a una persona, o bien, poseerla con la intención de mantenerla en estado o condición de esclavo.

No se considera necesaria la inclusión de ningún medio comisivo. Tampoco parece necesario que la persona a la que se someta a esclavitud haya tenido que ser tratada previamente. La aplicabilidad de este tipo dependerá de la interpretación que se haga del concepto “estado o condición de esclavo”.

Como ya he explicado en esta investigación, se debe entender que las palabras “estado” o “condición” hacen referencia a una esclavitud “de iure” y a una esclavitud “de facto”, de manera que la primera sería el ejercicio de un verdadero derecho de propiedad sobre la persona, y mediante el segundo el autor tendría un control sobre la persona como si se manifestara alguno de los atributos correspondientes al derecho de propiedad, esto es, tendría un control equivalente a posesión.

Si la norma se interpreta en este sentido, se podría ampliar el abanico de casos en los que ésta sería aplicable y efectiva para combatir las distintas manifestaciones que existen de una explotación extrema de este grado.

Además, el Tribunal de Apelaciones de Oporto ha relacionado el tipo delictivo de esclavitud con la Convención sobre Esclavitud de 1926 al pronunciarse sobre los elementos del delito de esclavitud afirmando 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”.*³⁷⁸

La interpretación del Tribunal viene a centrar su argumento en la “completa dominación” de la víctima siendo esta enfocada desde un punto de vista contemporáneo. Esa relación de control total y absoluta es la que hace que el sujeto pasivo no pueda decidir sobre su propia vida. De este modo, si aparecen estos elementos nos encontraremos ante un delito de esclavitud según el Código Penal portugués³⁷⁹.

3.2. Trata de personas

El art. 160 del Código penal portugués fue modificado en el año 2013 y establece:

“1. Quién ofrezca, entregue, seduzca, acepte, transporte, aloje o acoja a cualquier persona con fines de explotación sexual, explotación laboral o extracción de órganos: a) utilizando violencia, rapto o amenaza grave;

b) mediante engaño o maniobra fraudulenta;

c) con abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, profesional o familiar;

³⁷⁸ Tribunal da Relação do Porto, recurso penal (núm. 1231/09. 3JAPRT.P1), 4ª Sección, de 30 de enero de 2013.: https://docs.wixstatic.com/ugd/489f11_e838d25913e14ef5a815129e999f976e.pdf (consultado por última vez el 31-05-2021), p. 117.

³⁷⁹ 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. Este autor entiende que esto podría dar lugar a una excesiva discrecionalidad judicial.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

d) aprovechándose de la incapacidad psíquica o de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima; o

e) mediante la obtención del consentimiento de la persona que tiene el control sobre la víctima; será castigado con la pena de prisión de 3 a 10 años.

2. La misma será aplicada a quién por cualquier medio entregue, transporte, aloje o acoja o a un menor, o lo entregue, ofrezca o seduzca con fines de explotación sexual, explotación laboral o extracción de órganos.”

El legislador portugués castiga este delito, no como un acto preparatorio, sino como un tipo autónomo, se produzca o no la efectiva explotación posterior.

El tipo básico del delito sigue punto por punto la noción de trata de personas que se refleja en el artículo 3 del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 del Convenio de Varsovia.

En cuanto a la conducta típica de este tipo, consiste en ofrecer, entregar, seducir, aceptar, transportar, alojar o acoger a una persona con varias finalidades, a saber: explotación sexual, explotación laboral o bien, para la extracción de órganos.

Los medios que deben emplearse para realizar estas acciones, excepto cuando la víctima es un menor, (tal y como queda establecido en el art. 160.2 del Código penal portugués), son: a) la violencia, rapto o amenaza grave; b) el engaño o maniobra fraudulenta; c) el abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, profesional o familiar; d) el aprovechamiento de la incapacidad psíquica o la situación de especial vulnerabilidad de la víctima y e) la obtención del consentimiento de la persona que tiene control sobre la víctima.

Las finalidades de explotación incorporan un posible sometimiento a esclavitud, aunque no se incluyen sus prácticas análogas o el trabajo forzoso³⁸⁰.

Si la víctima es menor de dieciocho años, no resulta necesario utilizar ninguno de los medios comisivos para someterla a una ulterior explotación sexual, laboral o extracción de órganos³⁸¹.

³⁸⁰ La no inclusión de otras formas de explotación extrema del ser humano 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, 2017, 4, párr. 157 y ss., especialmente párr. 159: <https://rm.coe.int/greta-2017-4-fgr-prt-en/16806fe67>, (consultado por última el 31-05-2021).

³⁸¹ Artículo 160 2:

El punto 3 de este precepto recoge un tipo cualificado para cuando la víctima es menor y además se empleen los medios comisivos recogidos en el tipo básico, o bien, se actúe de forma profesional o con intención lucrativa³⁸².

4. Francia

La última reforma de gran calado del ordenamiento francés, Ley No. 2013-711 de 5 de Agosto de 2013³⁸³, a través de la cual adecuó su ordenamiento a la Directiva 2011/36/UE sobre trata y a otros compromisos internacionales.

De esta forma, incorpora los delitos de esclavitud en los artículos 224-1 A y B, la reducción a una situación de servidumbre en el artículo 225-14-2), el trabajo forzoso en el artículo 225-14-1 y la trata de personas en el artículo 225-4-1.

A nivel de ubicación sistemática, la trata de personas se incluye en la Sección 1 bis denominada “De la trata de seres humanos” y los delitos de reducción a servidumbre y de trabajo forzoso en la Sección 3 titulada “De las condiciones de trabajo y vivienda contrarias a la dignidad de la persona, de trabajo forzoso y de reducción a esclavitud.

Estos tipos delictivos se incorporan al Capítulo V denominado “De los atentados a la dignidad de la persona”, excepto el tipo específico del delito de esclavitud que está contemplado en la Sección 1, “De la reducción a esclavitud y la explotación de las personas reducidas a esclavitud”, del Capítulo V, “De los atentados a la libertad de la persona”.

Esta reforma trata de armonizar la legislación doméstica a los dictámenes de la normativa europea e internacional, en concreto, con respecto a la trata, el Capítulo I de esta ley se titula: “Disposiciones de transposición de la Directiva 2011/36 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 sobre la prevención de la trata

“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”.

³⁸² Artículo 160.3:

“En el caso previsto en el párrafo anterior, si el agente utiliza alguno de los medios previstos en el párrafo 1 o para actuar profesionalmente o con ánimo de lucro, se sanciona con pena privativa de libertad de tres a doce años”.

³⁸³ Debido a ello el TEDH entendió que Francia incumplía las obligaciones derivadas del artículo 4 CEDH en los casos de Siliadin y CN y V contra Francia.

de seres humanos y la lucha contra este fenómeno, protección a las víctimas y la sustitución de la decisiones Decisión marco 2002/629 / JAI”.³⁸⁴

A través de estas reformas e incorporaciones el ordenamiento francés avanza en su lucha contra las diferentes formas de explotación del ser humano. Se castigan como conductas separadas la trata y aquellas que consisten en la propia explotación de la persona.

4.1. Trata de personas

La trata de personas fue introducida como delito en el año 2003 y en el año 2013 se produjo una profunda reforma del tipo incorporado en el artículo 225-4-1 del Código Penal francés.

El legislador francés optó por seguir la estructura normativa dictada desde el derecho internacional de acción, medios y finalidades de explotación, entre las cuales se incluyen el sometimiento a esclavitud, reducción a servidumbre y trabajos o servicios forzosos

El ordenamiento francés regula de forma separada las conductas que se tipifican en el delito de trata de aquellas consistentes en la propia explotación de la persona.

En el entorno de la comunidad francesa la principal preocupación con respecto a la trata de personas se ha centrado en los actos de explotación sexual³⁸⁵, los cuales se

³⁸⁴ Con respecto a la opinión doctrinal sobre el proceso legislativo que culminó con la incorporación de esta ley, 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. Con respecto a la armonización de esta ley con los criterios marcados por el TEDH, LE COZ, N. “La repression des atteintes aux personnes dans la loi no 2013- 711 du 5 aout 2013”, *AJ Penal*, 2013, pp. 512 y ss.

³⁸⁵ El tipo introducido en el año 2003 quedó vinculado al castigo de actos de explotación sexual, mendicidad, trabajo u hospedaje en condiciones que atenten contra la dignidad humana. El grupo GRETA consideró que la redacción del tipo era excesivamente amplia y podía ser objeto de interpretaciones demasiado extensas por los tribunales por lo que consideró en su recomendación de 2012 “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. GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Ac-tion against Trafficking in Human Beings by France*. First Evaluation Round, GRETA (2012)16, 28 de enero de 2013, párr. 48.

han castigado a través de los delitos de proxenetismo. Esto se ha traducido en la casi total ausencia de jurisprudencia en esta materia desde que el tipo fue introducido en el Código penal. El proyecto que introdujo las disposiciones sobre trata seres humanos fue adoptado por la Asamblea Nacional con fecha 12 de febrero de 2003 y por el Senado el 13 de febrero del mismo año, publicándose la Ley núm. 2002-239 de 18 de marzo para la Seguridad Interior. Esta nueva ley introdujo en el Capítulo IV del Título II Libro II CP las conductas que castigan el delito de trata de seres humanos en la Sección 1 bis, después de la dedica a los delitos de discriminación y antes de los relativos al proxenetismo, entre los delitos contra la dignidad de las personas.

4.1.1. Tipo básico

El tipo básico viene establecido en el artículo 225-4-1, en su última versión establece:

“La trata de seres humanos es el hecho de reclutar, transportar, trasladar, acoger o recibir a una persona con fines de explotación en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1. Ya sea con el uso de amenazas, coacción, violencia o tácticas fraudulentas a la víctima, a su familia o una persona en relación habitual con la víctima;*
- 2. ya sea hijo legítimo, natural o adoptivo de esa persona o una persona que tenga autoridad sobre ella o que haga mal uso de la autoridad que le confieren sus funciones;*
- 3. ya sea por abuso de una situación de vulnerabilidad debido a la edad, enfermedad, invalidez, discapacidad física o mental, o al embarazo, aparente o conocido por el autor;*
- 4. ya sea por cualquier intercambio o por la concesión de compensación u otro beneficio o promesa de remuneración o ventaja.*

La explotación mencionada en la primera línea del presente párrafo es el acto de poner a la víctima a su disposición o la de un tercero, sea identificado o no, con el fin de cometer sobre la víctima los delitos de proxenetismo, abuso o agresión sexual, esclavitud, trabajo forzoso, extracción de órganos, mendicidad, condiciones de trabajo o alojamiento contrarias a la dignidad humana, o bien, para obligar a la víctima a cometer cualquier crimen”.

Por ello la reforma de 2013 es claramente influida por las recomendaciones del TEDH y las apreciaciones de GRETA para incorporar tipos concretos contra la esclavitud y el resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Al respecto, 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.

Esta disposición castiga la conducta de quien reclute, transporte, traslade, acoja o reciba a una persona con fines de explotación, entendida esta como el acto de cometer sobre ella algún tipo delictivo de índole sexual o laboral, o bien, obligarla a cometer cualquier crimen, utilizando como medios comisivos amenazas, coacción, violencia o tácticas fraudulentas, abuso de una situación de vulnerabilidad o por cualquier intercambio o concesión de compensación, promesa de remuneración o ventaja. Ya sea la persona explotada hijo legítimo, natural o adoptivo del autor o de persona que tenga autoridad sobre ella o que haga mal uso de la autoridad que le confieren sus funciones.

Con respecto a los menores, se establece que la trata de personas sobre un menor será castigada pese a que no aparezca ninguna de las circunstancias recogidas en los puntos 1 a 4. Además, la pena será de diez años de cárcel y multa de 1,5 millones de euros, mientras que el tipo básico se castiga con siete años de cárcel y multa de 150.000 euros.

4.1.2. Tipos cualificados

El artículo 225-4-2 establece que los tipos cualificados están castigados con diez años de prisión y multa de 1,5 millones de euros, igual que la trata sobre menores, y se aplican cuando se cometen dos de las infracciones recogidas en los puntos 1 a 4 del apartado anterior, o bien, cuando se da una de las siguientes circunstancias adicionales:

- 1. Que afecte a muchas personas.*
- 2. Que afecte a una persona que estuviera fuera del territorio de la República o en el momento de su llegada a territorio de la República;*
- 3. Que la persona haya estado en contacto con el autor a través de la utilización de redes de comunicaciones electrónicas o mediante la difusión de mensajes a un público ilimitado.*
- 4. En circunstancias que exponen directamente a la persona contra quien se comete el delito a un riesgo inmediato de muerte o a una lesión de una naturaleza que pueda causar la mutilación o invalidez permanente.*
- 5. Mediante el uso de una violencia tal que haya causado a la víctima una incapacidad total para trabajar de más de ocho días;*
- 6. Cuando la víctima sea una persona llamada a participar, debido a sus funciones, en la lucha contra la de personas o en el mantenimiento del orden público.*

7. Cuando el delito coloca a la víctima en una situación material o psicológicamente grave.

Junto a estos agravantes, se establece otro tipo cualificado en relación a los menores cuando aparecen las circunstancias 1 a 4 descritas en el artículo 225-4-1 o una de las descritas del 1 al 7 del presente artículo. Además, el artículo 225-4-3 también recoge otra agravante cuando el delito es cometido por un grupo organizado y, por último, el artículo 225-4-4 establece otro tipo agravado cuando la acción se realice recurriendo a torturas u otros actos de barbarie.

4.2. Trabajo forzoso y servidumbre

Estos nuevos tipos fueron introducidos por 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, incorporando los tipos autónomos de trabajo forzoso y servidumbre que vienen a implementar la “explotación de condiciones de vida y de trabajo en condiciones contrarias a la dignidad humana” definidas en el artículo 225-14. Quedan redactados en su tipo básico de la siguiente manera:

“Art. 225-14-1. - El trabajo forzoso es el hecho de obligar a una persona, mediante violencia o amenazas, a realizar un trabajo sin ninguna remuneración o a cambio de una retribución que no guarda relación alguna con la importancia del trabajo realizado. La pena será de 7 años de prisión y multa de 200.000 euros

Art. 225-14-2. - La reducción a servidumbre es el hecho de someter, de manera habitual, al delito previsto en el artículo 225-14-1 a una persona cuya vulnerabilidad o dependencia es obvia o conocida por el autor. La pena será de diez años de prisión y multa 300 000 euros”.

El legislador francés decide definir el delito de servidumbre en relación al delito de trabajo forzoso, siguiendo las nociones del TEDH en el caso C.N. y V. contra Francia que indican que “la servidumbre corresponde a un tipo especial de trabajo forzoso u obligatorio o, en otras palabras, a un trabajo forzoso u obligatorio agravado”³⁸⁶.

³⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012, párr. 91.

De este modo si la capacidad de trabajo de una persona se ha obtenido de forma fraudulenta repetidamente, aprovechando su situación de vulnerabilidad o dependencia, estaremos ante un delito de reducción a servidumbre³⁸⁷.

En el Senado francés, el ponente sobre el proyecto de ley, explicó por qué la redacción del delito de servidumbre se basa en la del trabajo forzoso a diferencia del delito de esclavitud:

“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”³⁸⁸.

Como vemos, el delito de servidumbre, al igual que dijo a este respecto el TEDH, viene a configurarse como un “tipo agravado” del delito de trabajo forzoso, al que se le añade un matiz de habitualidad y el conocimiento por parte del autor de la situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima.

En cuanto al trabajo forzoso, el legislador francés incorpora los elementos básicos establecidos en el Convenio N° 29 de la OIT, a saber: un trabajo exigido bajo la amenaza de una pena y para el que la persona no se ofrece voluntariamente. El Code Francés añade además como medios comisivos la violencia o amenaza y también incorpora al tipo el elemento objetivo de que ese trabajo sea “sin remuneración o a cambio de una remuneración que manifiestamente no guarda relación alguna con la magnitud del trabajo realizado”.

En cuanto a los tipos agravados, vienen establecidos en el artículo 225-15 y dependerán de si los delitos mencionados han sido cometidos contra varias personas, contra un menor o de si se cometen varios delitos de menor importancia sobre varias personas.

³⁸⁷ BEAUSONNIE, G.: “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, 2013, pp. 866-867.

³⁸⁸ 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 aout 2013”, op. cit., p. 41.

4.3. Esclavitud y explotación de personas esclavizadas

El Capítulo II de la “Ley No. 2013-711 de 5 de Agosto de 2013” lleva por título “Disposiciones relativas a la reducción a esclavitud y a la explotación de personas reducidas a esclavitud” y reforma el Código penal francés introduciendo la Sección 1 del Capítulo V del Título II del Libro II que se llama de la misma forma que el Capítulo que la introduce.

El artículo 224-1 A define el tipo básico de la reducción a esclavitud como:

“El hecho de ejercer sobre una persona alguno de los atributos del derecho de propiedad”.

Se castiga con veinte años de prisión.

La explotación de una persona que está sometida a esclavitud queda recogida en el artículo 224-1 B y se define como:

“El hecho de cometer sobre una persona cuyo sometimiento a esclavitud es evidente o debiera ser conocido por el autor cualquier delito de agresión sexual, secuestro o sometimiento a trabajo o servicios forzados”.

Esta explotación se castiga con veinte años de prisión.

La definición de esclavitud viene a plasmar la propia definición contenida en la Convención sobre Esclavitud de 1926 cambiando “los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos” por “alguno de ellos”³⁸⁹.

Además, es interesante la separación que se realiza entre el propio delito de esclavitud y el aprovechamiento que se cometa de dicha condición en el ámbito laboral o sexual³⁹⁰.

El último apartado de este artículo, el 224-1 C contiene los tipos agravados de estos delitos que serán de aplicación cuando la víctima sea un menor, cuando la víctima sea una persona vulnerable debido a la edad, discapacidad física o mental, cuando sea una mujer embarazada y este sea aparente o conocido por el autor, cuando la víctima sea

³⁸⁹ La redacción de esclavitud en el Código Penal francés a suscitado críticas en un sector de la doctrina al entender que un solo atributo del derecho de propiedad no es suficiente para condenar a una persona por un delito de esclavitud. 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.

³⁹⁰ 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”, op. cit., p. 41.

un hijo legítimo, natural o adoptivo o el autor tenga autoridad sobre ella o abuse de la autoridad que le confieren sus funciones, cuando la víctima sea una persona llamada a participar, debido a sus funciones, en la lucha contra la de personas o en el mantenimiento del orden público o cuando el delito sea precedido o acompañado de torturas o actos de barbarie.

Cabe resaltar como las penas impuestas a los distintos delitos de 7, 10 y 20 años vienen a plasmar la gravedad de cada uno de los comportamientos de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud respectivamente, tal y como propongo también en este trabajo de investigación con respecto a las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

La propia ubicación de los delitos viene a indicar la relación que cada uno de ellos tiene en la esfera de la persona. Mientras que la servidumbre y el trabajo forzoso se encuentran entre los delitos contra la dignidad de la persona, el delito de esclavitud queda incorporado en los delitos contra la libertad. De este modo, se refleja que el trabajo forzoso y la servidumbre quedan vinculados a un ámbito laboral que afecta a la dignidad de la persona, mientras que la esclavitud, que afecta a la libertad de la persona, no tiene por qué estar únicamente relacionada con el ámbito laboral, afectando de forma amplia a cualquier faceta de la vida de los seres humanos³⁹¹.

5. Reino Unido

El ordenamiento jurídico de Reino Unido fue sometido a una profunda reforma en el año 2015 quedando desde entonces establecidos tres instrumentos según sea el ámbito territorial de aplicación. La *Modern Slavery Act* de 2015 (a la que llamaremos en adelante Ley sobre esclavitud moderna) que es de aplicación a Inglaterra y Gales, la Ley sobre trata y explotación de seres humanos, justicia penal y apoyo a las víctimas de 2015 para Irlanda del Norte y la Ley sobre la trata y explotación de seres humanos, que se rige en Escocia. Sin embargo, como el propio texto de la Ley sobre esclavitud moderna establece “la mayor parte de las disposiciones de la Ley se aplican únicamente a Inglaterra y Gales (sin perjuicio de algunas modificaciones consecuentes que tienen el mismo alcance que las disposiciones que se modifican), pero algunas disposiciones se

³⁹¹ Al respecto, BOURGEOIS, B.: “Statutory Progress and Obstacles to Achieving an Effective Criminal Legislation against the Modern-Day Forms of Slavery: The Case of France”, op. cit., pp. 455 y ss

extienden también a Escocia e Irlanda del Norte³⁹², es por ello, que en este trabajo de investigación se analizará esta Ley puesto que tiene un mayor ámbito territorial de aplicación.

Con la entrada en vigor de este cuerpo normativo, Reino Unido pasa a castigar en un mismo cuerpo normativo las diferentes explotaciones extremas a las que puede ser sometido el ser humano: esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso, y trata de seres humanos con fines de sometimiento a explotación a través de las figuras antes mencionadas o con fines de explotación sexual³⁹³.

La ley sobre esclavitud moderna está dividida en 7 partes. La parte 1 es la que está dedicada a castigar los delitos de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas, con un aumento de pena con respecto a la tipificación anterior. Las notas explicativas que acompañan a este cuerpo normativo³⁹⁴ describen la esclavitud moderna como una forma brutal de crimen organizado en el que las personas son tratadas como materia prima y explotadas por un beneficio personal. Aclaran que el verdadero alcance en Reino Unido, al igual que en el resto del mundo, es desconocido. La esclavitud moderna adopta una serie de formas como explotación sexual o mano de obra doméstica que hacen que las víctimas puedan venir de diferentes ámbitos de vida.

El Gobierno empezó a esbozar una respuesta contra estas formas de explotación extrema a través de una publicación titulada “*Modern Slavery Strategy*”³⁹⁵ publicada en noviembre de 2014. El Grupo Ministerial Interdepartamental sobre esclavitud publicó su informe anual en octubre de 2013³⁹⁶ que puso de relieve las actividades para combatir la moderna esclavitud en Reino Unido, así como la información necesaria sobre la magnitud y naturaleza del problema. El informe de 2014 y 2015 actualizó la

³⁹² MODERN SLAVERY ACT: *Explanatory Notes*, Chapter 30, párr. 10. “*The majority of the Act’s provisions extend to England and Wales only (subject to some consequential amendments having the same extent as the provisions being amended), but certain provisions also extend to Scotland and Northern Ireland*”.

³⁹³ Con respecto al proceso de redacción del texto, HAYNES, J.: “The Modern Slavery Act 2015: A Legislative Commentary”, *Statute Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2016, pp. 33-56.

³⁹⁴ MODERN SLAVERY ACT: *Explanatory Notes*, Chapter 30, en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpgaen_20150030_en.pdf (consultada por última el 08-06-2021)

³⁹⁵ Véase en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/383764/Modern_Slavery_Strategy_FINAL_DEC2015.pdf (consultada por última el 08-06-2021)

³⁹⁶ Véase en: <https://www.gov.uk/government/publications/human-trafficking-inter-departmental-ministerial-group-report-> (consultada por última el 08-06-2021)

situación y proporciono más estrategias para reforzar la lucha³⁹⁷. La intención de redactar un proyecto de Ley sobre la Esclavitud Moderna fue anunciada por la “*Home Secretary*” el 25 de agosto de 2013, que posteriormente estableció una serie de sesiones para recabar toda la información³⁹⁸ y así apoyar el escrutinio prelegislativo del proyecto dirigido por Frank Field MP. Se publicó un borrador de ley sobre la base de estas sesiones el 16 de diciembre y fue objeto de análisis lo cual dio lugar a un informe del Comité en su conjunto el 8 de abril de 2014. Este borrador fue el que se convirtió en la “*Modern Slavery Act de 2015*”.

Pese a todo, existen sectores críticos contra esta nueva ley que la tachan de no proporcionar una verdadera protección a las víctimas de trata de seres humanos. En defensa de estas acusaciones, el Ministerio del Interior declaró que “incrementa considerablemente el apoyo y la protección a las víctimas, otorga a los agentes del orden público las herramientas necesarias para identificar a los actuales esclavistas, garantiza que se pueda penalizar duramente a los delincuentes e incluye una disposición, que es un referente a nivel mundial, que anima a las empresas a tomar medidas para garantizar que todas sus cadenas de suministro estén libres de esclavitud”.³⁹⁹ Sin embargo, según algunos activistas existe una gran brecha entre la redacción de la ley y la aplicación material de la misma. Sean Bamford, responsable de políticas de la central sindical británica *Trades Union Congress* (TUC) que trabaja en el ámbito de la trata de seres humanos y el trabajo forzoso, asegura que la Ley sobre la Esclavitud Moderna no aporta grandes novedades, ya que básicamente se limita a ordenar las leyes ya existentes y las unifica en una sola: “Puede que la unificación fuera una buena idea, pero ya sabíamos que la legislación existente no otorgaba una protección ni un apoyo adecuados a las víctimas de la trata de seres humanos y el trabajo forzoso. La nueva ley no aborda para nada estos temas”⁴⁰⁰.

Además, se afirma que la ley no es coherente con la política británica sobre inmigración, puesto que existen incongruencias legales con respecto al trato que reciben los trabajadores migrantes del hogar, principalmente mujeres. La publicación de la

³⁹⁷ Véase publicación de 2014 en: <https://www.gov.uk/government/publications/joint-statement-of-the-inter-departmental-ministerial-group-on-modern-slavery>

³⁹⁸ Véase en: <https://www.gov.uk/government/news/home-secretary-begins-evidence-sessions-on-modern-slavery>

³⁹⁹ Fuente: <http://www.equaltimes.org/la-contraproducente-ley-britanica?lang=es#.VrM4EbLhDDc>

⁴⁰⁰ Véase en: <https://touchstoneblog.org.uk/2015/03/modern-slavery-act/> (consulta por última vez el 08-06-2021)

Confederación Sindical Internacional (CSI)⁴⁰¹ trata de explicar que los acercamientos de esta ley por abordar el matiz de género de la trata de seres humanos tienden a centrarse en las mujeres y la explotación sexual y dejan de lado el ámbito de las trabajadoras domésticas que constituye un claro ejemplo de la relación entre el género y la trata con fines de explotación laboral.

Las últimas enmiendas de 2012 de la normativa británica sobre inmigración hicieron que la condición laboral del migrante en trabajo doméstico fuera aún más desfavorable, puesto que están vinculados a un único empleador y sólo pueden trabajar un máximo de seis meses, es lo que han llamado el “visado atado” puesto que al depender de un único empleador obliga a la persona a estar trabajando para su patrón incluso bajo condiciones abusivas si no quiere convertirse en un indocumentado ilegal. Desde la ONG *Kalayaan* a través de su directora del departamento de políticas Kate Roberts consideran que “la política migratoria británica limita a las trabajadoras y trabajadores del hogar a la condición de bienes. No tienen derechos reales. Son piezas de equipaje adicional a las que solo se permite la entrada a Reino Unido para beneficiar a otra categoría de trabajadores más deseables”.⁴⁰² Debido a estas quejas se consiguieron algunos cambios en las normas británicas de inmigración para las trabajadoras migrantes del hogar, puesto que, a aquellas identificadas como víctimas de trata mediante el Mecanismo Nacional de Derivación, se les concederá un visado de seis meses. Pero la prevención contra la trata y el trabajo forzoso no se mencionaron en ningún lugar de esas enmiendas.

La ONG *Human Rights Watch* (HRW) también ha denunciado la situación de vulnerabilidad en la que deja a los trabajadores domésticos migrantes la normativa sobre inmigración de Reino Unido. En su informe de 2014 denunciaron que muchos trabajadores domésticos ligados por obligación a su patrón sufren abusos, incluida la confiscación de sus pasaportes, el confinamiento en el hogar del empleador o abusos verbales y psicológicos, a lo que hay que unirle unos salarios muy bajos en relación a las horas de trabajo. A este respecto, la investigadora de HRW para Europa Occidental,

⁴⁰¹ Véase en: [http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/labour_exploitation - the role of gender_faq_en.pdf](http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/labour_exploitation_-_the_role_of_gender_faq_en.pdf) (consulta por última vez el 08-06-2021)

⁴⁰² Véase en <http://www.equaltimes.org/la-contraproducente-ley-britanica#.V3Yut7uLTDC> (consulta por última vez el 08-06-2021)

Izza Leghtas ha subrayado que no necesitan otra revisión para darse cuenta de que los “visados atados” facilitan los abusos tanto en el Reino Unido como en el extranjero.⁴⁰³

5.1. Esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio

En la parte 1 de la nueva Ley sobre esclavitud moderna se integran los delitos de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso u obligatorio y trata personas. En el primer punto se desarrollan conjuntamente los tres primeros, quedando la redacción de la siguiente manera:

(1) Una persona comete delito si:

(A) mantiene a otra sometida a esclavitud o a servidumbre y las circunstancias son tales que la persona sabe o debería saber que la otra persona está siendo retenida en esclavitud o servidumbre, o

(B) obliga a otra a realizar un trabajo forzoso u obligatorio y las circunstancias son tales que la persona sabe o debería saber que la otra persona está siendo obligado a realizar un trabajo forzoso u obligatorio.

(2) En la subsección 1, las referencias al sometimiento de una persona a esclavitud o servidumbre o a obligarla a trabajos forzados u obligatorios se han de interpretar de conformidad con el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴⁰⁴

(3) Para determinar si una persona está siendo sometida a esclavitud o a servidumbre o si está siendo obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio, podrán tenerse en cuenta todas las circunstancias.

(4) Por ejemplo, podrán tenerse en cuenta:

(A) cualquiera de las circunstancias personales (por ejemplo, que sea un niño, las relaciones familiares y cualquier enfermedad física o mental) que pueda hacer a la persona más vulnerable.

(B) cualquier trabajo o servicios prestado por la persona, incluyendo el trabajo o servicio prestado en circunstancias que constituyen explotación dentro de la sección 3 (3) a (6).

(5) El consentimiento de la persona a cualquiera de los hechos que constituyan sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, no se opone a la infracción que

⁴⁰³ Ver informe completo en: <http://www.solidarios.org.es/wp-content/uploads/human-rights-watch-informe-anual-2014.pdf> (consulta por última vez el 08-06-2021)

⁴⁰⁴ La alusión al Convenio Europeo de Derechos Humanos se aclara en las “Explanatory Notes” ya que en el texto de la ley se cita textualmente a la “Human RightsConvention”.

*se haya realizado siendo sometida la víctima a esclavitud o servidumbre, u obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio.*⁴⁰⁵

El apartado (1) sustituye al artículo 71 de la “*Coroners and Justice Act 2009 (slavery, servitude and forced or compulsory labour)*”, siendo complementada por disposiciones que aclaran que podrán tomarse en consideración todas las circunstancias del caso y que el consentimiento de la víctima no excluye el delito que se haya cometido contra la persona y así lo refleja la posición de la jurisprudencia.

En el apartado (2) se hace referencia al artículo 4 de la CEDH, que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzoso y dispone:

- 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.*

En este sentido, ni la ley británica ni el CEDH definen qué se entiende por esclavitud y servidumbre y, con respecto al trabajo forzoso, en el Convenio aparece un listado de actos que no pueden considerarse en ningún caso como trabajo forzoso. Se debería hacer referencia, a falta de definición, al Convenio sobre Esclavitud de 1926 y a la Convención Suplementaria de 1956 para tener noción de lo que debe entenderse por

⁴⁰⁵ Con respecto a la traducción realizada en el punto que se refiere al consentimiento, el texto original dice lo siguiente “*The consent of a person (whether an adult or a child) to any of the acts alleged to constitute holding the person in slavery or servitude, or requiring the person to perform forced or compulsory labour, does not preclude a determination that the person is being held in slavery or servitude, or required to perform forced or compulsory labour*”. Se ha optado por traducirlo de manera que indique que el consentimiento en un sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso no tiene validez, puesto que la traducción literal del texto no alcanzaría este objetivo.

esclavitud y servidumbre, puesto que, ante la falta de concepto se genera un déficit de aplicabilidad normativa al no saber cuál son los actos que están castigados.

El apartado (3) establece que se deben considerar todas las circunstancias cuando se trate de determinar si alguien ha sido sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio, estableciendo el apartado (4) en el inciso (a) una serie de ejemplos de las circunstancias personales que hacen que la persona pueda ser más vulnerable, como ser un niño⁴⁰⁶, enfermedades físicas y mentales o sus relaciones familiares, aunque no es una lista cerrada, y el inciso(b) aclara que en relación al trabajo forzoso, el tribunal puede considerar cualquier trabajo o servicio prestado por la persona, incluyendo aquellos prestados en circunstancias derivadas de una explotación de las contenidas en el apartado 3 (3) (6), lo cual deja claro que el delito de trabajo forzoso u obligatorio puede cubrir una amplia gama de trabajos que incluyen tipos como la mendicidad o el hurto, que equivaldría a la explotación del apartado 3 (5) o 3 (6).

El apartado (5) aclara que el consentimiento de una persona (ya sea un adulto o un niño) a la conducta que supuestamente equivaldría a un delito en virtud de la sección 1 no impide que el tribunal, habiendo determinado que la persona está siendo sometida a esclavitud o servidumbre o constreñido a realizar un trabajo forzoso u trabajo obligatorio, castigue al autor de esta acción.

5.2. Trata de seres humanos

Esta sección castiga en un único delito la trata de personas con fines de explotación sexual y no sexual. Sustituye a los dos delitos existentes en las secciones 59A de la “*Sexual Offences Act 2003*” (que se refiere a la trata de personas con fines de explotación sexual), introducido por el artículo 109 de la “*Protection of Freedoms Act 2012*” (el cual sustituyó a los delitos de las secciones 57 a 59 de la “*Sexual Offences Act 2003*”), y al artículo 4 de la “*Asylum and Immigration*” (que se refiere a la trata de personas con fines de explotación laboral o de otro tipo); por tanto, ambos delitos son derogados por el Anexo 5. La introducción de un delito para todos los tipos de trata de personas hará que sea administrativamente más sencillo para los investigadores y fiscales castigar este tipo delictivo. Dice lo siguiente:

⁴⁰⁶ Un niño se define en la sección 56 (3) como una persona menor de 18 años.

“(1) Se comete delito cuando se organiza o facilita el viaje de una persona (“V”) con la intención de explotarla.

(2) Es irrelevante si V consiente al viaje (y si V es un adulto o un niño).

(3) Se castigará la organización o facilitación del viaje mediante la contratación, el transporte, la transferencia, la acogida, la recepción o el intercambio de control de V.

(4) Se castigará a la persona que gestione o facilite el viaje de V con el fin de ser explotado únicamente si:

(A) tiene la intención de explotarla (en cualquier parte del mundo) durante o después del viaje, o

(B) sabe o debería saber que V es susceptible de explotación (en cualquier parte del mundo) durante o después del viaje.

(5) “Viaje” significa:

(A) llegar o entrar a cualquier país,

(B) salir de cualquier país,

(C) un desplazamiento dentro de cualquier país.

(6) En cualquier caso, un nacional de Reino Unido comete delito bajo esta sección:

(A) cuando se lleve a cabo la organización o facilitación, o

(B) cuando se lleve a cabo el viaje.

(7) Una persona que no es nacional de Reino Unido comete delito bajo esta sección si:

(A) cualquier parte de la organización o la facilitación se lleva a cabo en el Reino Unido, o

(B) el recorrido consista en llegar o entrar, salir o viajar dentro de Reino Unido”.

El tipo básico de este delito viene recogido en el apartado (1) y (3) y se identifica con la organización o facilitación del viaje de una persona a través de su transporte, contratación, transferencia, acogida, recepción o intercambio de control de una persona con la intención de explotarla durante el viaje o a su llegada. Será necesario por tanto ser conocedor de la finalidad de explotación de la víctima, o bien, ser conocedor de que esa persona es susceptible de ser explotada, como se recoge en el apartado (4) (A) (B).

El apartado (2) recoge de forma explícita que el consentimiento de la persona se considera inválido ya sea un niño o un adulto. En cuanto a la noción de “viaje” el apartado (5) aclara que se considera cualquier llegada o salida a un país o un

desplazamiento dentro del mismo, se entiende, por tanto, que puede haber trata transfronteriza o dentro de un mismo país.

Por último, los apartados (6) y (7) especifican cuándo se castiga la trata de seres humanos en Reino Unido, de forma que, si el autor es nacional de Reino Unido su participación implica la organización o facilitación, o bien, el propio viaje, mientras que, si la persona no es nacional de Reino Unido será necesario que alguna parte de la organización o facilitación tenga lugar en Reino Unido o que, en todo caso, el viaje tenga una parte del recorrido en territorio Nacional, ya sea la entrada, la salida o el desplazamiento.

Se debe advertir que el tipo no hace mención alguna a los medios comisivos⁴⁰⁷ que se detallan en el concepto internacional de trata de personas tal y como redactado en el artículo 3 del Protocolo de Palermo que considera la amenaza, 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 la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, como las acciones a las que recurre el autor para conseguir el transporte, recepción, acogida, etc. de la víctima.

La finalidad de la trata es la de explotación, dejando abierta todas las posibles vías de explotación del ser humanos, tanto sexual como laboral. Se castiga la propia intención de explotar a la víctima durante el mismo viaje o en su destino, con lo cual, nos encontramos ante un delito de trata como proceso, cuya explotación final se castigará en un delito aparte. También se castiga el conocimiento, o posibilidad del mismo, de la susceptibilidad de explotación de la persona que está transportando, siendo culpable del delito si no desiste en su acción al sospechar que esa persona tiene posibilidades reales de ser explotada.

⁴⁰⁷ Un sector de la doctrina ha sido crítico con esta cuestión, al respecto, HAYNES, J.: "The Modern Slavery Act 2015: A Legislative Commentary", *Statute Law Review*, op. cit., p. 39; MANTOUVALOU, V., "The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On", *The Modern Law Review*, Vol. 81, No. 6, 2018, p. 1023.

5.3. Significado de explotación

Este apartado aclara el significado del concepto de explotación al que se hace referencia en el artículo anterior. El texto dispone lo siguiente:

“(1) A los efectos del apartado 2 una persona es explotada únicamente si aparecen una o más de las circunstancias que se desarrollan a continuación en relación con la persona:

Esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio

(2) La persona es víctima de un comportamiento:

(A) que implica la comisión de un delito previsto en la sección 1, o

(B) que implicaría la comisión de un delito en virtud de esta sección si tuviera lugar en Inglaterra y Gales.

Explotación sexual

(3) Se le hizo algo a la persona:

(A) que implique la comisión de un delito según,

(i) el artículo 1 (1) (a) de la Ley de Protección de la Infancia de 1978 (fotografías indecentes de niños),

(ii) la parte 1 de la Ley de delitos sexuales de 2003 (delitos sexuales), con efecto en Inglaterra y Gales, o

(B) que implicaría la comisión de un delito de este tipo si tuviera lugar en Inglaterra y Gales.

Extracción de órganos, etc.

(4) Se alienta, se requiere o se espera que la persona haga algo:

(A) que implique la comisión, por él o ella u otra persona, de un delito en virtud de la sección 32 o 33 de la Ley de Tejido Humano de 2004 (Prohibición de tratos comerciales de órganos y restricciones a la utilización de donantes vivos) con efecto en Inglaterra y Gales, o

(B) que implicaría la comisión de un delito de este tipo, por él o ella u otra persona, si tuviera lugar en Inglaterra y Gales.

Obtención de servicios, etc. utilizando fuerza, amenazas o engaño

(5) La persona es sometida a fuerza, amenazas o engaño para inducirla:

(A) a proporcionar servicios de cualquier tipo,

(B) a proporcionar beneficios a otra persona de cualquier tipo, o

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

(C) para permitir que otra persona obtenga beneficios de cualquier tipo.

Obtención de servicios, etc. de niños y de personas vulnerables

(6) Una persona usa o intenta usar a otra para conseguir uno de los propósitos recogidos dentro del párrafo (a), (b) o (c) del apartado (5), habiendo elegido a esa persona porque:

(A) es un niño, es un discapacitado físico o mental o tiene una relación de parentesco con una persona en particular, y

(B) un adulto o una persona sin esa enfermedad, invalidez, o relación de parentesco, se hubiera negado a ser utilizado para tal fin.”

Estas son las finalidades de explotación a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 2, esto es, la explotación que busca el autor y por la cual la persona es obligada a “viajar” y sometida al control, transporte, acogida, etc. de otra persona.

El apartado (2) establece que la explotación incluye la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio tal y como quedan recogidos en la sección 1.

El apartado (3) recoge la explotación sexual y para saber cuáles son los delitos relacionados con este tipo de sometimiento se hace referencia a la Ley de Delitos Sexuales de 2003, la cual incluye delitos como la violación, el asalto sexual, la prostitución, la pornografía, etc. Habría que acudir a esta ley para conocer con detalle que actos podrían ser castigados bajo esta finalidad de explotación.

En el apartado (4) se recoge la explotación con fines de extracción de órganos. En este punto también se hace una referencia normativa a la Ley de Tejidos Humanos de 2004 para saber de forma concreta cuáles son los actos castigados.

El apartado (5) contiene todos aquellos tipos de explotación en los que el autor utiliza la fuerza, la amenaza o el engaño para obligar a la víctima a que realice unos determinados servicios, para que proporcione beneficios de cualquier tipo a otra persona o para que permita que otra persona obtenga beneficios. En este punto se detallan una serie de medios comisivos para conseguir que la víctima realice unos actos que podrían equipararse con una situación de explotación laboral mediante trata de personas.

Por último, el apartado (6) amplía la gama de protección cuando se usa a una persona que fue elegida por motivos personales para cumplir los objetivos del apartado anterior, como ser un niño, un discapacitado o por tener una determinada relación de

parentesco, siempre que un adulto sin esas características se habría negado a cumplir con esas acciones.

5.4. Comisión de delito con la intención de cometer un delito según la sección 2

Esta última sección contiene un castigo específico para aquellos delitos que sean cometidos con el fin de cometer la infracción prevista en la sección 2 (trata de seres humanos). Establece que:

“Se comete un delito en virtud de esta sección cuando se comete cualquier acto punible con la intención de cometer una de las ofensas previstas en la sección 2 (incluyendo un delito cometido por inducción, complicidad, asesoramiento o proxenetismo en virtud de esta sección)”.

Se sancionan aquellas conductas que, con el fin de cometer uno de los crímenes descritos en la sección, sean catalogadas como delito. Por ejemplo, si el autor roba un coche para transportar a la víctima de trata. También se especifica que serán objeto de sanción todas las formas de autoría.

5.5. Informe del Comité Conjunto sobre el Proyecto de Ley de Esclavitud

Moderna

El 3 de abril de 2014 el Comité Conjunto creado para estudiar el proyecto de ley sobre moderna esclavitud emitió un informe en el que se recogen una serie de recomendaciones destinadas a mejorar la aplicabilidad y el sentido de la ley. Los puntos clave en los que centran su análisis son los siguientes:⁴⁰⁸

- 1) *Simplificar los delitos a fin de garantizar más condenas.*
- 2) *Poner los principios de atención y servicio a la víctima sobre una base legal para que esta pueda reclamar posibles indemnizaciones por una vía más sencilla. Cambios que se consideran correctos moral y políticamente y que son fundamentales para un procesamiento efectivo.*

⁴⁰⁸ Véase Joint Committee on the Draft Modern Slavery Bill, “Draft Modern Slavery Bill”. Report Session 2013–14, p. 3, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jt slavery/166/166.pdf> (consultada por última vez el 08-06-2021)

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

- 3) *Reconocer el caso especial de los niños mediante la creación de delitos distintos de explotación y trata cuando se la víctima sea un menor; dejando claro que los niños no pueden dar su consentimiento a la esclavitud moderna. Estructurar un apoyo y asistencia infantil. Establecer un sistema de abogados defensores con estatuto.*
- 4) *Asegurar que las víctimas no sean procesadas por los delitos que se vieron obligados a cometer durante el proceso delictivo.*
- 5) *Fortalecer el régimen de recuperación de activos para aprovechar las ganancias ilícitas generadas mediante la esclavitud moderna.*
- 6) *Garantizar la independencia de la Comisión antiesclavitud con el fin de establecer como máxima prioridad la aplicación de la lucha contra la esclavitud moderna.*
- 7) *Adoptar las medidas necesarias para asegurar que los bienes y servicios producidos en otros lugares, pero que se venden en el Reino Unido, no tienen relación alguna con la esclavitud.*

Con el fin de garantizar la correcta interpretación del informe, elaboran un “*Committee Bill*” (Proyecto de Ley del Comité), en el que plasman la forma en las que sus recomendaciones podrían traducirse en un texto normativo. En este texto se recogen las definiciones de lo que debe entenderse en la Ley sobre esclavitud moderna como esclavitud, explotación laboral y sexual, extracción de órganos y trata de seres humanos, distinguiendo en cada apartado entre adultos y menores. Se convierte, por tanto, este informe del Comité Conjunto en un texto que pretende ayudar al legislador a adoptar las reformas necesarias para dotar de sentido al cuerpo legal y a sus definiciones con respecto a lo que se establece en Derecho Internacional.⁴⁰⁹

En el apartado 1 se define la esclavitud como un delito en el que se mantiene o se somete a una persona a esclavitud entendida como una forma de control de tal manera que se le prive a la persona de su libertad individual y mediante el cual alguna persona obtenga un beneficio a través de su uso, gestión, transferencia o venta. Cuando la persona sometida sea un menor también se considerará esclavitud cualquier acto por el cual sea transferido a otra persona a cambio de dinero u otra causa distinta de la adopción legal o procesos similares.

El apartado 2 contiene la definición de explotación de un menor refiriéndose a la misma como un delito mediante el que se obtiene un beneficio a través del uso del menor con un propósito de explotación. En lo que al consentimiento se refiere, es

⁴⁰⁹ *Ibidem*. pp. 8-11.

irrelevante tanto el del menor como el de la persona a su cargo y si, en algún caso, se han utilizado medios coercitivos.

El delito de explotación viene recogido en el apartado 3 y se define como la obtención de un beneficio mediante el uso de una persona con fines de explotación a través de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude o engaño, abuso de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de cualquier pago o beneficio con el fin de obtener el consentimiento de la persona que tenga autoridad sobre esta.

El apartado 4 recoge la noción de trata de menores definiendo este tipo como el acto de reclutar, transportar, acoger o recibir al menor, incluido el intercambio o transferencia de control con el fin de explotarlo. El consentimiento prestado por el menor o por persona a su cargo o el uso de medios coercitivos es irrelevante.

La trata de seres humanos se describe en el apartado y castiga a cualquiera que reclute, transporte, traslade, acoja o reciba a una persona con el propósito de explotarla. Los medios utilizados para tal fin incluyen en donde los medios utilizados para realizar cualquiera de estos actos incluyen la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude o engaño, abuso de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de cualquier pago o beneficio con el fin de obtener el consentimiento de la persona que tenga autoridad sobre esta.

En el apartado 6 se castiga a todo aquel que, habiendo participado o facilitado en la comisión de un delito de los descritos anteriormente, sabe o debería haber sabido que la persona, sea adulto o menor, puede ser sometida a esclavitud, explotada o ser víctima de trata, titulado a párrafo como facilitar la comisión de un delito previsto en la parte 1.

Por último, el apartado 7 dota de sentido al término “explotación” dejando claro a qué tipo de actos hace referencia este concepto incluyendo en el mismo la prostitución u otras formas de explotación sexual, laboral u otros servicios como la mendicidad, prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación en beneficio de actividades criminales o la extracción de órganos. Para conocer lo que significa el término “explotación sexual”, este artículo hace una referencia normativa a una serie de leyes entre las cuales están: “*Sexual Offences Act 2003*”, “*Protection of Children Act 1978*”, “*Sexual Offences (Northern Ireland) Order 2008*” y “*Schedule 1 of the Criminal Justice (Children) (Northern Ireland) Order 1998*”. De igual modo para saber el

significado del término “extracción de órganos” se remite al apartado 32 y 33 de la “*Human Tissue Act 2004*”.

6. Argentina

La República Argentina comenzó a adecuar a nivel nacional su legislación sobre “Formas Contemporáneas de Esclavitud” a través de la ley N° 26.364⁴¹⁰, que fue la primera norma sancionadora que incorporó las exigencias derivadas de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas mujeres y niños.

Sin embargo, las alarmas sociales volvieron a dispararse ante una sentencia dictada por un tribunal tucumano que absolvió a trece personas que habían sido acusadas por la violación ilegítima de la libertad y promoción de la prostitución de María de los Ángeles Verón⁴¹¹, desaparecida el 3 de abril de 2002. Tras ello, el Estado Argentino volvió a revisar su legislación para armonizarla con las normas internacionales en relación a la explotación sexual y el Gobierno promovió el tratamiento urgente del proyecto de ley que había sido aprobado por unanimidad por la Cámara de Senadores de la Nación el 31 de agosto de 2011, siendo aprobado por la Cámara de Diputados en sesiones extraordinarias a finales del año 2012 y sancionado como ley N° 26.842⁴¹², que introdujo importantes modificaciones en la ley N° 26.364 en el Código penal y en el Código procesal de la Nación.

De esta forma, el Código Penal argentino castiga el delito de reducción a esclavitud o servidumbre en el artículo 140 y el delito de trata de personas en los artículos 145 bis y 145 ter, quedando incorporados en el Capítulo I, “Delitos contra la libertad individual”, del Título V, “De los delitos contra la libertad”.

⁴¹⁰ Ley de “Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas”, sancionada el 9/4/2008 y promulgada el 29/4/2008

⁴¹¹ Sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de lo Penal de la Provincia de Tucumán, caso núm. 23.554/2002, 11 de diciembre de 2012.

⁴¹² Ley 26.842 sobre Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. Sancionada el 19/12/ 2012 y promulgada el 26/12/2012. Esta norma fue consultada a través de InfoLEG, base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

6.1. Trata de personas

El delito de trata de personas se encuentra regulado en el Libro II, Título V del Código Penal. Como ya se ha dicho, fue introducido por la Ley 26.364 en el año 2008 y modificado por Ley 26.842 en 2012, cumpliendo así con la deuda que la Nación Argentina tenía con los compromisos dictados desde el panorama internacional.

La primera ley incorporó al Código Penal los artículos 145 bis y 145 ter, que recogen la trata de personas. Además, en su artículo 6º establece una enumeración de los derechos de las víctimas. La nueva ley redacta la definición del delito de trata de personas con algunos cambios, quedando plasmada de la siguiente manera:

“Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;*
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;*
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;*
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;*
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;*
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.*

El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil, o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

El legislador tomó como referencia la definición contenida en el Protocolo de Palermo introduciendo algunas modificaciones con respecto a la normativa anterior. Descartó la clasificación entre trata de mayores y menores, la eliminación del verbo típico “transporte” y excluyó el consentimiento como causal de atipicidad.

En la cuestión del consentimiento ha existido un acalorado debate, puesto que se está utilizando una presunción *iure et de iure* que descarta cualquier opción de anuencia por parte de la víctima lo cual excluiría la tipicidad del delito de trata.

En la redacción anterior, únicamente existía esta posibilidad en el caso de trata de menores de 18 años y no se establecía nada con respecto a los mayores. A este respecto se ha pronunciado la doctrina mostrando diversas opiniones. MANGANO y COLOMBO expresan su parecer afirmando que *“la trata de personas busca garantizar a una persona la libertad tanto física como psíquica de autodeterminación (Libertad de elegir un plan de vida en el que pueda seguir considerándose persona) castigando aquellas acciones que conducen a la explotación y esclavización del ser humano...Dado el contenido y alcance del bien jurídico que ampara a la trata de personas éste no resulta disponible por el particular damnificado. Por lo tanto no cabría otorgar, al menos de lege ferenda, eficacia alguna al denominado consentimiento de la víctima...”*.⁴¹³

6.1.1. Bien jurídico protegido

La intención del legislador queda clara al ubicar el delito en el Título V del Libro II del Código penal que protege el bien jurídico libertad. Aunque bien es cierto que la libertad posee un carácter complejo y con múltiples dimensiones, de ahí la protección de diferentes necesidades sociales relaciones con este derecho como la protección de la intimidad, de la libertad sexual, libertad ambulatoria, etc.⁴¹⁴

La doctrina argentina considera que siendo este el objeto de protección que predomina, no debe olvidarse que la conducta castigada en este tipo vulnera otros bienes como la dignidad humana, la libre disposición del cuerpo y la intangibilidad de las personas entre otros. En este ámbito, se ha dado en definir el concepto de libertad como la facultad que posee toda persona de tomar sus propias decisiones, ya sea para desempeñar una actividad determinada o para no realizarla, o incluso, para impedir que terceros puedan invadir un ámbito de intimidad reconocida constitucionalmente, por

⁴¹³ COLOMBO, M./MANGANO, M.A.:“El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público*, año 7, número 11, Buenos Aires, Argentina, 2010, p.12.

⁴¹⁴ FELLINI, Z.: *Delito de trata o tráfico de niños*. Ed. Hammurabi. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007, p. 147.

ello, la libertad no sólo se manifiesta como un derecho de hacer o no hacer, sino también como un derecho a impedir que otros hagan.⁴¹⁵

Se deduce de esta reflexión de la doctrina que nos encontramos ante un bien jurídico amplio que puede manifestarse de muchas formas según sea la afectación del individuo no sólo desde la protección constitucional sino desde la perspectiva de todos y cada uno de los intereses que pueden llegar a ser afectados. Esta pluriofensividad queda marcada por la devastadora degradación del ser humano al ser comercializado con fines de explotación, constituyendo una de las violaciones más graves de la dignidad de la persona y, por ende, de los derechos humanos. Se trata, por tanto, de proteger nuclearmente la libertad de la persona tanto en el aspecto físico como en la posibilidad de autodeterminación, existiendo otros bienes que deben ser amparados como la vida, la integridad física o la integridad sexual.⁴¹⁶

Resulta tarea hartamente difícil según esta línea de pensamiento de la doctrina argentina identificar uno sólo de todos los intereses individuales que deben protegerse, puesto que las conductas tipificadas por el legislador lesionan distintos bienes jurídicos. Según esto, el intérprete de la ley deberá tener en cuenta estas reflexiones a la hora de definir los tipos penales para cumplir con el principio de legalidad que exige una descripción clara y precisa de cada conducta, puesto que existe una problemática específica entre los sectores doctrinales argentinos a la hora de delimitar el bien jurídico en este tipo.

6.1.2. Tipo básico

El artículo 145 bis del Código Penal argentino recoge la figura básica del delito:

“Sera reprimido con prisión de 4 (cuatro) a 8 (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”.

Lo primero que se debe advertir es que se trata de una ley penal en blanco puesto que remite para los supuestos de explotación al artículo 1 de la Ley 26.842, artículo que

⁴¹⁵ AMANS, C./NAGER, S.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. ELBERT, C.A. (Dir.), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 177.

⁴¹⁶ RIVERA, E./MARTÍNEZ, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2010, p. 388.

ya se ha mencionado y plasmado más arriba. Ha habido muchos detractores a esta forma de expresarse por parte del legislador nacional puesto que el principio de legalidad exige que se haga una descripción precisa de los actos que se prohíben.

En cuanto a las acciones típicas, la doctrina ha afirmado que no resulta necesario que tengan realizarse todas las conductas recogidas en el tipo, sino que, basta con la aparición de alguna de ellas, a saber: ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger. Se produce el acto típico cuando se realiza alguna de estas acciones con cualquier de las finalidades de explotación establecidas en el artículo 1 de la Ley 26.842 y nos encontramos ante un delito denominado de resultado anticipado o recortado, en el cual el legislador anticipa el momento de la consumación, pese a que el bien jurídico no se haya atacado de forma completa.

Al respecto, BENÍTEZ resalta que *“en los delitos intencionales de resultado cortado el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad que el sujeto pretende conseguir con la mera realización de la conducta que ejecuta, necesariamente inspirada en esa finalidad intencional...En los delitos de resultado cortado la finalidad constituye una meta a alcanzar, que es ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto. Pero el delito se ve configurado con la primera acción, siendo la segunda solo el agotamiento del ilícito...”*⁴¹⁷. Sin perjuicio de ello, aunque la persona realice una de las acciones típicas, será necesario comprobar la intención de finalidad de explotación para que exista un delito de trata de personas.

Nos encontramos, en cuanto al tipo subjetivo, ante un delito doloso en el que únicamente se acepta el dolo directo y al que se le suma además del elemento cognitivo y volitivo un elemento subjetivo distinto del dolo que es la finalidad de explotación. El sujeto no solo debe conocer y querer la realización de la conducta castigada, sino que debe tener el fin de explotación. De esta forma se ha manifestado la doctrina afirmando que *“la estructura de los nuevos tipos penales que ha incorporado la ley, requieren para su realización la concurrencia de un elemento subjetivo de carácter volitivo, que consiste en alguna de las modalidades de explotación de la víctima, por lo cual los mismos solamente podrán ser cometidos con el denominado dolo directo”*⁴¹⁸.

⁴¹⁷ BENÍTEZ, V.H.: “Trata de personas. Confluencia de figuras”. *El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 2009.

⁴¹⁸ FLORES, E./ ROMERO, M.: “Trata de personas con fines de explotación”. Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2009, p.93.

6.1.3. Tipos cualificados

Los conocidos como “medios comisivos”, están integrados entre los actos que agravan la pena y vienen recogidos en el artículo 145 ter debido a la nueva redacción de la Ley de Trata de Personas, quedando establecidos de la siguiente forma:

“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.

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.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

Lo que antes eran considerados como medios comisivos ahora pasan a agravar las penas, añadiendo algunos otros como son las embarazadas, las personas mayores de 70 años y las personas discapacitadas, enfermas o que no pueden valerse por sí mismas.

Con respecto a la agravante de la consumación de la finalidad de explotación, esta modificación tiene que ver con la forma de concursar el delito de trata con los artículos 125bis, 127 y 140 que recogen finalidades de explotación. Los Tribunales entendían que el concurso entre el proceso de trata y la fase de consumación de la explotación era ideal. Con esta nueva redacción, la consumación precedida de trata forma parte de la

trata, como un supuesto de calificación agravada por el resultado y su escala penal comienza en el doble de los mínimos de ambos delitos⁴¹⁹.

6.1.4. Víctimas de trata, no punibles

El artículo 5 de la Ley 26.364 sigue vigente en esta materia ya que no fue modificado por la nueva Ley 26.842. Estipula lo siguiente:

“Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

Según esta redacción, las víctimas de trata no pueden ser castigadas por aquellos actos delictivos que sean consecuencia de haber sido objeto de trata. Es una medida para proteger a las víctimas que durante su proceso de trata e incluso explotación final, son obligadas a realizar conductas que pueden ser calificadas como tipos delictivos y pueden afectar a la vida, la propiedad, la fe pública, la salud, etc.

6.2. Jurisprudencia

6.2.1. Tribunal Oral Federal de Mar del Plata⁴²⁰

1) Hechos.

Una denuncia a la Dirección Nacional de Migraciones de la Ciudad de Mar del Plata dio el aviso de unos domicilios que los podrían encontrarse mujeres extranjeras que estarían siendo explotadas sexualmente. Tras una investigación se constató que en uno de los domicilios había mujeres de nacionalidad paraguaya y brasileña, una de ellas menor de edad, que residían en ese lugar y que eran obligadas a prostituirse por los encargados.

⁴¹⁹ PROCURADURÍA PARA EL COMBATE DE LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS (PROTEX): *Nueva Ley de Trata de Personas*, Ministerio Público Fiscal, Argentina, 2012, p.5.

⁴²⁰ Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, caso núm. 2271/10, 8 de febrero de 2010.

2) Conclusiones del Tribunal.

Se dio por probado que existía un delito de trata de personas con fines de explotación sexual contra 5 mujeres, todas de nacionalidad paraguaya y una menor de edad de nacionalidad brasileña, mediando abuso de vulnerabilidad. Se condenó a una de las imputadas como autora penalmente responsable del delito de trata de personas mayores de 18 años de edad, abusando de una situación de vulnerabilidad, agravado por la cantidad de víctimas en concurso real con la trata de personas menores de 18 años, ambos con fines de explotación sexual a la pena de 4 años de prisión. Al segundo de los imputados se lo condenó a la misma pena, pero bajo la modalidad de arresto domiciliario por tratarse de una persona no vidente.

6.2.2. Tribunal Oral Federal de Santa Fe⁴²¹

1) Hechos.

Una señora denuncia en la Comisaría de Coronda (Santa Fe) que su hija de 13 años se había ido de su hogar cuatro días antes de la fecha de la denuncia (puesto que ella se encontraba en Buenos Aires) con una mujer de unos 50 años de edad llevándose el DNI de la menor y marchándose cuando no había nadie en la casa. La investigación demostró que la acusada manipuló a la menor mediante engaño y aprovechándose de la extrema vulnerabilidad de la víctima para que se fuera con ella, entregándola posteriormente a un sujeto para que la explotara sexualmente.

2) Conclusiones del Tribunal.

La imputada fue condenada por un delito de trata de personas a la pena de 10 años de prisión (artículo 145 ter Código Penal).

⁴²¹ Tribunal Oral Federal de Santa Fe, caso núm. 35/09, 4 de diciembre de 2009.

6.2.3. Tribunal Oral Federal de Rivadavia⁴²²

1) Hechos.

Una mujer denuncia haber sido objeto de amenazas mediante llamadas a su móvil diciendo que iba a ser secuestrada para prostituirla. Manifestaba que las amenazas eran de su tío que estaba enfermo y era muy celoso. Además, el tío de la denunciante convivía con una menor y, en ocasiones, llevaba mujeres a su domicilio. Tras las oportunas investigaciones se desveló que en el domicilio del matrimonio se ejercía la prostitución y que se había acogido a una menor para explotarla sexualmente en ese mismo domicilio.

2) Conclusiones del Tribunal.

Se condenó al matrimonio como coautores de un delito de trata de personas menores a la pena de 10 años de prisión.

6.2.4. Tribunal Oral Federal de Misiones⁴²³

1) Hechos.

La coordinadora del programa “Luz de infancia para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial infantil y la trata de personas” denuncia una posible situación de trata de personas tras petición de un hombre cuya hija de 16 años podría ser víctima del delito. En febrero de 2008 el matrimonio se separa teniendo tres hijas en común de 16, 14 y 11 años de edad. En julio de ese mismo año la madre viaja a Argentina por motivos laborales y al poco tiempo invita a su hija de 16 años a que se vaya con ella para trabajar en una casa familiar como niñera. Al poco tiempo, la menor viaja hasta el lugar y es recibida por su madre, una amiga de su madre y un hombre quiénes la trasladaron a un prostíbulo dónde el hombre la sometió sexualmente y la obligo a prostituirse para él. En septiembre la menor consigue escapar y volver a su lugar de origen, dónde al poco tiempo viajan la madre y el dueño del prostíbulo para llevarse a las otras dos hijas menores de edad y ofrecerle a la mayor que se fuera a España. Ante la negativa, comienza a ser objeto de amenazas y coacciones y temiendo que a sus hermanas les pudiera pasar lo mismo decide contárselo todo a su padre.

⁴²² Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, marzo de 2010.

⁴²³ Tribunal Oral Federal de Posadas, 26 de julio de 2010.

2) Conclusiones del Tribunal.

Se condena a la madre a la pena de 10 años de prisión como autora de un delito de trata de personas menores con fines de explotación. Se condena además al hombre a la pena de 12 años de prisión como autor de un delito de trata de personas menores por captarlas, trasladarlas y acogerlas para explotarlas sexualmente.

6.2.5. Tribunal Oral Federal de Entre Ríos⁴²⁴

1) Hechos.

La causa se inicia por tareas de prevención tras una orden de investigación del Juez Federal de Paraná para investigar de trata de personas al recibir una denuncia anónima la Dirección de Asistencia a la Víctima. Según la denuncia existía un inmueble en el que se estaba obligando a menores de edad a ejercer la prostitución. Tras intervenir el lugar se constató la presencia de tres mujeres, una de ellas menor de edad. La menor fue encontrada por el autor del delito en un absoluto estado de desprotección, puesto que no tenía ninguna educación ni vínculo familiar conocido. La recibió, aceptó y acogió con fines de explotarla sexualmente.

2) Conclusiones del Tribunal.

Se le condena como autor de un delito de trata de personas (y acogida de un menor) con fines de explotación sexual a la pena de 4 años de prisión.

6.3. Reducción a esclavitud o servidumbre

La Ley 26.364 introdujo una serie de reformas que pretendían adaptar la legislación doméstica de la Nación Argentina a las exigencias internacionales. El artículo 140, en la redacción dada por esta ley castigaba la reducción o el mantenimiento en servidumbre o a “otra condición análoga”. Sin embargo, a raíz del caso antes mencionado de María de los Ángeles Verón, que hizo estallar las alarmas sociales en orden a adecuar la normativa a los mandatos internacionales en relación a la explotación sexual, la presidenta de la Nación Argentina Cristina Fernández de Kirchner

⁴²⁴ Tribunal Oral Federal de Paraná, 26 de julio de 2010.

promovió el tratamiento urgente de ley que había sido aprobado por unanimidad por la Cámara de los Senadores el 31 de agosto de 2011 y que fue aprobado por la Cámara de los Diputados ese mismo año. De este modo, la nueva Ley N° 26.842 introdujo importantes modificaciones en el tema que nos ocupa y en el Código Procesal de la Nación, incorporando nuevos tipos penales y dándoles una nueva redacción a otros ya existentes.

Finalmente, el artículo 140 castiga con pena de prisión de cuatro a quince años a aquel que:

“Reducere 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”.

El artículo contempla tres posibles conductas. Por un lado, reducir a una persona a esclavitud o servidumbre. Por otro, recibir a una persona que tenga esa condición con el propósito de mantenerla en ella. Y, por último, obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil. Esta redacción podría suponer ciertos problemas concursales con el artículo 145 ter que contempla una agravante en el delito de trata de personas “cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas”⁴²⁵.

De nuevo, como ocurre en el resto de códigos penales analizados, el legislador penal opta por no definir cada uno de los términos. En este sentido, la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas se inspira en los tratados internacionales para definir cada uno de los conceptos. Para la esclavitud acude al Convenio de 1926, para la servidumbre menciona la Convención Suplementaria de 1956 con respecto a la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba y para el trabajo forzoso se acoge a la definición dada por el Convenio n° 29 de la OIT

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

⁴²⁵ CORREA BORGES, P. C.: “Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR”, *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Pérez Alonso, E/Pomares Cintas, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 124.

1956 – únicamente respecto la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba–; para el trabajo forzoso acude al Convenio No. 29 de la OIT⁴²⁶.

La doctrina argentina considera como elemento clave para detectar la esclavitud o la servidumbre la existencia de un factor de dominio psíquico para así poder diferenciar este comportamiento de otras modalidades de delitos contra la libertad como pueden ser los secuestros. Este dominio se manifiesta cuando el autor se apodera de la persona hasta lograr cosificarla y así venderla, comprarla o cambiarla como si fuera un objeto con el que se puede mercadear⁴²⁷.

6.3.1. Bien jurídico protegido

El artículo 140 del Código Penal argentino, al igual que el tipo anterior, también se encuentra ubicado en el Título V del Libro II que contiene seis capítulos bajo el Título Delitos contra la libertad, que son: Delitos contra la libertad individual; Violación de domicilio; Violación de Secretos y de la Privacidad; Delitos contra la libertad de trabajo y asociación; Delitos contra la libertad de reunión y Delitos contra la libertad de prensa. Este tipo delictivo se encuentra en el Capítulo de los Delitos contra la libertad individual. La doctrina argentina indica que la libertad no puede entenderse como un derecho absoluto, puesto que su ejercicio se encontrará limitado a aquellos otros que el hombre pueda ejercer en la medida en que no afecte los de otros ni traspase los límites fijados por el ordenamiento jurídico para mantener el orden social.⁴²⁸ En este sentido, sostienen que debe entenderse la noción de libertad en el sentido que establece el artículo 15 de la Constitución Nacional⁴²⁹ argentina y aquellos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.

Pese a no existir un criterio unificado entre la doctrina sobre lo que debe entenderse como libertad, puesto que este engloba muchos intereses y se puede utilizar

⁴²⁶ 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, Argentina, 2017, pp. 4 y ss.: [https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2018/02/In-forme Protex Trata de personas 2018.pdf](https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2018/02/In-forme%20Protex%20Trata%20de%20personas%202018.pdf) (consultada por última vez el 08-06-2021)

⁴²⁷ SOLER, S.: *Derecho Penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p.

⁴²⁸ D'ALESSIO, A.: *Código Penal de la Nación comentado y anotado*. Ed. La Ley, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 2009, pp. 340-341.

⁴²⁹ El artículo 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contiene un concepto muy parecido.

en diversos sentidos, sí que entienden que la nota que defina el bien jurídico protegido debe ir en consecuencia con la prohibición del ataque a la dignidad, la personalidad y la libertad como atributos esenciales de los seres humanos en una sociedad civilizada.

6.3.2. Supuestos integrados en el artículo 140 del Código Penal

El artículo 140 establece que:

“Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el 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”.

Existen en este tipo varias conductas que se deben analizar de forma separada. Por un lado, nos encontramos con dos acciones: “reducir” o “mantener”. Por otro, se establecen dos finalidades: “esclavitud” o “servidumbre”, indicando que estas pueden ser “bajo cualquier modalidad”. A estas hay que añadir las de “trabajos o servicios forzados” o “contraer matrimonio servil”, ya que mediante el verbo “obligar”, el artículo también castiga esta conducta. Pasemos ahora a analizar punto por punto cada una de las conductas y finalidades.

6.3.2.1. Reducir a una persona a esclavitud o servidumbre bajo cualquier modalidad

6.3.2.1.1. Esclavitud

Antes de que se modificara la legislación con la introducción de la Ley 26.842 el artículo 140 castigaba la reducción o mantenimiento en “servidumbre o condiciones análogas” y la doctrina debatía si el concepto servidumbre englobaba también la reducción a esclavitud. Con esta nueva redacción del artículo queda clara la intención del legislador de separar ambos términos, entendemos que, con buen criterio, para dar cabida a dos conductas distintas.

La doctrina argentina acude a la Convención sobre Esclavitud de 1926 y a la Convención Suplementaria de 1956 para definir el concepto de esclavitud y de esclavo, entendiendo la esclavitud como una forma de trabajo forzoso que implica el control absoluto de una persona sobre otra o, en ocasiones, de un colectivo social por otro, para

realizar cualquier actividad. Esa sumisión tiene distintas finalidades lucrativas o no y no tiene una duración determinada.⁴³⁰

6.3.2.1.2. Servidumbre

El concepto de servidumbre es un vocablo complejo y de difícil aprehensión puesto que la comunidad internacional no ha definido con exactitud lo que se debe entender por siervo. La Convención Suplementaria de 1956 define la servidumbre de la gleba y la servidumbre por deudas, pero no define la noción de servidumbre. La doctrina argentina⁴³¹ pone su mirada en las definiciones que se ofrecen desde “El Grupo de Trabajo sobre trata de personas” de Naciones Unidas que ha trabajado sobre algunos de los conceptos contenidos en el Protocolo de Palermo y que afirma que la servidumbre engloba las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios de los cuales la persona en cuestión no puede escapar y que no puede modificar.⁴³²

Sea como fuere, la noción de servidumbre queda a la libre interpretación de cada legislador y no existe una figura clara y concisa con los contornos bien delimitados en el panorama internacional que pueda servir de ayuda al legislador al doméstico.

6.3.2.1.3. Referencia a “bajo cualquier modalidad”

La referencia del legislador a la expresión “bajo cualquier modalidad” incorpora, según nuestro criterio, todas aquellas formas de explotación que tengan que ver con manifestaciones de sometimiento a esclavitud y, principalmente, a la servidumbre. Como se ha apuntado anteriormente, el término servidumbre puede englobar diversas conductas, tanto es así, que la propia Convención Suplementaria de 1956 define dos tipos de servidumbre. El Grupo de Trabajo sobre Trata de Personas de Naciones Unidas establece otra definición y, por ejemplo, la sentencia del Caso Siliadin del TEDH redacta un concepto con un matiz de temporalidad. Debido a ello, el legislador

⁴³⁰ PAZ, M./LOWRY, S.: “Reducción a la servidumbre”. *Código penal comentado*, Vitale, G. (Dir.), Revista Pensamiento Penal, p.6.

⁴³¹ *Ídem*.

⁴³² OHCHR: *Análisis de algunos conceptos básicos del Protocolo contra la trata de Personas*. Grupo de Trabajo sobre Trata de Personas, p.8.

argentino opta por incorporar todas esas conductas mediante el término “bajo cualquier modalidad”. En este mismo sentido se expresa el texto redactado por la Procuraduría para el Combate de la Trata y Explotación de Personas (PROTEX) al explicar que la ley sustituyó la locución “otra condición análoga” por “bajo cualquier modalidad” en referencia a la reducción a servidumbre.⁴³³

6.3.2.1.4. Tipo básico

El tipo básico de esta figura es el acto de reducir a una persona a esclavitud o servidumbre, exige, por tanto, que se degrade al individuo a la condición de objeto, cosificándolo y lesionando gravemente sus derechos humanos más básicos, pudiendo ser vendida, cedida o comprada a un tercero para que se sirva de su trabajo sin reconocerle por ello ningún derecho o prestación.

Existe cierto debate entre la doctrina argentina sobre la necesidad de que este sometimiento implique una privación de la libertad física de la víctima. Algunos autores defienden la postura de que el tipo no exige esta forma de privación del individuo, ya que, el objeto de protección del artículo no es la libertad de desplazamiento de la persona, sino la condición de dignidad y libertad que es inherente a esa situación.⁴³⁴ Según esto, el tipo exigiría un dominio psíquico plasmado en un alto grado de control sobre la persona que también podría manifestarse en un dominio físico sobre su cuerpo.

En cuanto al tipo subjetivo, esta figura exige el dolo directo del autor. Es un delito permanente y de resultado que se consuma en el momento en el que se consigue el dominio de la persona sometida. Cabe la posibilidad de castigar la tentativa.

No se prevén tipos cualificados para esta conducta.

6.3.2.2. Recibir a una persona para mantenerla en esclavitud o servidumbre

Es la otra modalidad conductual que se integra en el tipo descrito en el artículo 140. Para que la acción se catalogue dentro de esta figura la persona a la que se recibe

⁴³³ PROCURADURÍA PARA EL COMBATE DE LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS (PROTEX): *Nueva Ley de Trata de Personas*, Ministerio Público Fiscal, Argentina, 2012, p. 7

⁴³⁴ ABOSO, G.: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Baigún, D. /Zaffaroni, E. (Dir.) Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 183 y ss.

debe estar en un estado de sometimiento y se debe haber generado un poder de control sobre ella, aunque haya sido mínimo.

6.3.2.3.1. Tipo básico

La acción exige recibir a una persona que haya sido previamente sometida a esclavitud o servidumbre bajo cualquier modalidad. La noción de recibir debe ser interpretada de forma amplia, pudiendo ser acogida de forma gratuita o mediante pago. El sujeto activo debe tener la intención de continuar con el estado de sometimiento de la víctima, esto es, mantenerla reducida en el tiempo. Se exige, por tanto, el dolo directo del autor. Cabe la autoría en fase de tentativa. La consumación se hará efectiva en el momento en el que el sujeto recibe a la víctima con el fin específico establecido en el tipo. Será causa de atipicidad, la recepción de la víctima con una finalidad distinta a la descrita, por ejemplo, con el fin de liberarla, incluso aunque haya mediado pago por ella.

6.3.2.4. Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados

Al igual que ocurre en nuestro derecho interno, en Argentina tampoco existe un concepto que defina el contenido de lo que debe entenderse por trabajos o servicios forzados. Es por ello que la doctrina acude a los Convenios Internacionales en esta materia para la interpretación de estos términos, en concreto, al Convenio N°29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio de 1930 y al Convenio sobre Esclavitud de 1926 de la Sociedad de Naciones, que definen esta expresión como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ha ofrecido voluntariamente” y de la que se hace una reserva para acciones que no deben considerarse como trabajo forzoso y obligatorio. El Convenio número 105 de la OIT sobre abolición del trabajo forzoso⁴³⁵ establece una cláusula en su artículo 1 en la cual se indica que ningún miembro de este organismo podrá imponer trabajos forzosos u obligatorios como medio de coerción, castigo, método de movilización o utilización de mano de obra, como medida disciplinaria o como medio de discriminación racial.

⁴³⁵ OIT: *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso*, (núm. 105), 40ª reunión, Ginebra, 1957.

Por otro lado, ya en el ámbito de Naciones Unidas la “Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos”⁴³⁶ indica que el término *trabajo* se refiere a una actividad de valor económico o financiero, mientras que la noción de *servicio* implica una relación permanente entre una persona y el agente en la que la primera realiza actividades bajo la supervisión y en beneficio de este o de un tercero.

Se desprende del contenido del artículo 140 del Código Penal argentino que lo que se pretende castigar es la reducción de la persona a esclavitud o servidumbre cuando se le ha obligado a realizar ciertos trabajos o servicios forzados y no la imposición misma del trabajo o servicio, de ahí que, cuando un individuo se encuentra sometido a esclavitud o servidumbre, sus tareas impliquen un trabajo forzoso, sin embargo, no todo trabajo o servicio forzoso puede entenderse como esclavitud o servidumbre.⁴³⁷

6.3.2.4.1. Tipo básico

El tipo básico castiga al que somete con la realización de trabajos o servicios forzados a un estado de servidumbre o esclavitud o a una situación equiparable, aprovechando la amenaza de una pena si no se presta a realizar estas actividades. De este modo el delito exige que se modifiquen las condiciones en las que deberían ser realizados los trabajos o servicios forzados de forma que la persona termina sometida a esclavitud o servidumbre. Será necesario el dolo directo del autor y la consumación en fase de tentativa es posible.

6.3.2.5. Obligar a una persona a contraer matrimonio servil

Con respecto a esta otra forma de explotación que refleja el artículo 140 del Código Penal argentino ocurre exactamente igual que con el trabajo o servicio forzado. En efecto, no existe una definición en el derecho doméstico que permita ajustar la delimitación conceptual del término. Debido a ello, la doctrina argentina acude

⁴³⁶ OHCHR: *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York, 2004.

⁴³⁷ PAZ, M./LOWRY, S.: “Reducción a la servidumbre”. *Código penal comentado*, p. 12.

nuevamente a la normativa internacional a través de los convenios existentes en la materia para dotar de contenido a esta figura.

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud en su artículo 1.c) establece una serie de conductas que han venido a formar lo que se entiende en el derecho internacional como matrimonio forzoso o servil, quedando recogida esta definición en la “Ley modelo contra la trata de personas”⁴³⁸ que Naciones Unidas publicó en 2010 y en cuyo artículo 5.j) recoge:

“Por “matrimonio forzoso o servil” se entenderá toda institución o práctica en virtud de la cual:

- i) Una mujer [persona] o una niña sin derecho a negarse a ello es prometida o dada en matrimonio con arreglo al pago de una suma en dinero o en especie a sus padres, tutores, familia o a otra persona o grupo; o*
- ii) El esposo de una mujer, su familia o su clan tiene el derecho de transferirla a otra persona por un valor recibido u otra consideración; o*
- iii) Una mujer, a la muerte de su esposo, puede ser heredada por otra persona”.*

La doctrina entiende que esta situación comporta la imposición de comprometerse en matrimonio ante las autoridades competentes con la finalidad de someter a esa persona a un estado de esclavitud o servidumbre.

6.3.2.5.1. Tipo básico

El tipo básico criminaliza la conducta de obligar a otra persona a contraer matrimonio con el objetivo final de reducirla a un estado de esclavitud o servidumbre. Para que exista el tipo delictivo la víctima tiene que ser forzada de alguna manera a contraer matrimonio y la persona que obliga a ello debe representarse un fin último de reducción a esclavitud o servidumbre de la persona forzada. Se exige un dolo directo del autor. La consumación será efectiva en el momento en el que una vez celebrado el matrimonio la víctima sea sometida a esclavitud o servidumbre. La tentativa es posible.

⁴³⁸ OHCHR: *Ley Modelo contra la Trata de Personas*. Nueva York, 2010, p. 26

6.4. Jurisprudencia⁴³⁹

6.4.1. Cámara Nacional Criminal y Correccional - Sala I -Bruzzone, Barbarosch, Rimondi – causa N° 27.080 – 23/11/2005

Se juzga a los responsables de un inmueble de pequeñas dimensiones en el que nueve personas estuvieron viviendo y trabajando bajo llave durante 11 horas diarias, más las mañanas de los sábados por un salario mínimo, en míseras condiciones, obligando de esta forma a aceptar el tácito contrato a las víctimas, debido a que la única opción alternativa era regresar a su país de origen, donde no existe posibilidad laboral alguna.

El Tribunal entiende que un individuo está reducido a la condición de servidumbre cuando ha sido adaptado o sujetado al trabajo u ocupación propia de siervo, estado que implica su posesión, manejo y utilización incondicional por el autor, de la misma manera como éste usa, goza y dispone de su propiedad, sin correlativo por ello.

No excluye la configuración del delito de reducción a la servidumbre el hecho del permiso de salida durante los fines de semana, dado que este delito no consiste en una privación de la libertad personal, ya que el hombre puede estar privado de ella y no encontrarse, sin embargo, en condición de servidumbre.

El art. 140 del C.P. no resguarda la incolumidad del poder físico del individuo para trasladarse de un lugar a otro, sino que, dentro del ámbito de la libertad individual, defiende su derecho a que sus servicios o su persona no sean materialmente sometidos al dominio absoluto de otro.

Por todo ello, el Tribunal ordena el sobreseimiento y dicta el procesamiento de los responsables.

6.4.2. Cámara Nacional Criminal y Correccional – Sala II – Horacio Rolando

Cattani - Martín Irurzun - Eduardo G. Farah - causa n°28.641 - 13/04/2010

Las víctimas trabajan en un taller textil que había sido habilitado por parte del Gobierno de la ciudad a un empresario. Trabajaron y vivieron en el mismo sitio sin

⁴³⁹ PAZ, M./LOWRY, S.: “Reducción a la servidumbre”. *Código penal comentado*, pp. 19-21.

cobrar y en los casos en los que reclamaron su sueldo las echaron a la calle con sus hijos menores de edad.

El Tribunal entiende que la idea que subyace del concepto de servidumbre, abarca la anulación de la voluntad del sujeto pasivo, por eso su permanencia en esta situación, no significa una aceptación de dicha relación servil. Desde esta óptica, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas era aprovechada por los imputados para “obligarlas” a aceptar el tácito contrato, pues carecían de opciones dignas de trabajo debido a que la única alternativa era regresar a su país de origen, donde no tenían posibilidad laboral alguna.

En opinión del Tribunal, las situaciones detalladas denotan la existencia de una relación de servidumbre, desarrollada en el marco de una prestación de servicio caracterizada por la violencia psíquica y en condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana. El cuadro descrito no se desvanece frente a la constancia de habilitación del taller textil por parte del Gobierno de la Ciudad, como pretende el abogado defensor.

6.4.3. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata – Sala II – Gregorio Julio

Fleicher -César Álvarez - Leopoldo Héctor Schiffrin - causa N° 5136 –

18/08/2009

Según el Tribunal, el delito de reducción a servidumbre no se configura simplemente con obligar a la víctima a realizar determinadas tareas bajo amenaza o coacción, o de la coexistencia de privación de libertad y trabajo impuestos contra la voluntad de quien los realiza. Debe darse un vínculo que permanezca en el tiempo, y del cual sean consecuencia los trabajos o tareas impuestas.

Es por ello que, en palabras del Tribunal, el sometimiento a la voluntad del autor es central en el tipo penal bajo análisis, ya que se trata de una situación de enajenación de la voluntad y el albedrío de una persona en el sentido genérico de aquellas potencias. En consecuencia, en situaciones de dominio psíquico la divergencia carece de efectos prácticos; en estos casos no hay posibilidad alguna de consentimiento no viciado.

La existencia de una prestación alimentaria, e inclusive una retribución económica por parte de quien tiene el dominio de la situación no excluye la configuración del tipo

penal bajo examen. Esto es así toda vez que tales circunstancias, pueden y deben ser vistas como una mínima inversión de aquel que se aprovecha del reducido a servidumbre para sostener su capacidad de producción y para mantener la situación de fraude, de violencia moral o de engaño por la que la víctima continúa en la situación de vulnerabilidad determinante para la existencia de la relación servil.

Respecto a la posible exclusión de delito de reducción a servidumbre por el hecho de que se les permitiera salir los fines de semana, el Tribunal aclara que esta no corresponde toda vez que este delito no consiste, como ya se ha expresado anteriormente, en una privación de la libertad personal, ya que la persona puede estar privada de ella y no encontrarse sin embargo en condición de servidumbre.

6.4.4. Cámara Nacional de Casación Penal Sala I - Madueño, Catucci, Rodríguez Basavilbaso - 14/11/1996

Este caso abre el debate a la posible inclusión de otras figuras análogas dentro del ilícito penal que se contiene en el artículo 140 del Código Penal argentino.

A este respecto el Tribunal afirma que cabe distinguir esclavitud, como estado jurídico, de servidumbre que significa la sujeción de una persona bajo la autoridad de otra, subordinada a la voluntad del autor mediando violencia física o moral se trata de un delito contra la libertad, bien jurídicamente protegido por el título quinto del Código Penal, entendiendo la libertad personal como el derecho a la independencia de todo poder extraño al individuo. Pero el Código no sólo castiga la sujeción a servidumbre, sino que es más amplio, y comprende también todas aquellas situaciones que impliquen una condición análoga, lo que necesariamente lleva a una valoración de los elementos probatorios para establecer el grado de sometimiento de una persona a la voluntad y capricho de otra, con pérdida de su libre albedrío, en un proceso gradual de despersonalización que implica la captación de la voluntad.

7. México

México es un país con una gran cantidad de formas de explotación extrema del ser humano. Por poner un ejemplo, en términos absolutos, se estima que el número de niños

y niñas sometidos a esclavitud sexual oscila entre 16000 (INEGI, UNICEF, DIF)⁴⁴⁰ y 20000⁴⁴¹. Con la entrada en el siglo XXI se ha observado un aumento en el número de casos de lo que en este trabajo se consideran “Formas Contemporáneas de Esclavitud” en el estado mexicano, ello debido a la dinámica migratoria y al aumento en el intercambio de bienes y servicios como resultado de la globalización, la impunidad y la corrupción de algunas autoridades, los diversos factores de vulnerabilidad a los que se encuentran expuestas numerosas personas del país, así como la creciente demanda de bienes y servicios a bajo costo, mano de obra barata, servicios sexuales, además de órganos y tejidos o sus componentes.

Pese a ello, si observamos la dinámica de este tipo de delincuencia a nivel global, descubrimos que no es algo que únicamente a este país. La OIT ha estimado que el 55% de las víctimas de explotación laboral son mujeres y niñas, quienes también constituyen el 98% de las víctimas de trata sexual en el mundo.⁴⁴² El número de víctimas en Latinoamérica asciende a 1.8 millones, aunque es la región de Asia y el Pacífico la que concentra el mayor número de víctimas (11.7 millones).⁴⁴³

Debido a su situación geográfica, México se convierte en un país de origen, tránsito y destino de víctimas de trata de personas y puesto que es paso obligado de los migrantes centroamericanos que pretenden llegar a la frontera norte, existen muchos casos en lo que éstos son atrapados por redes de delincuencia organizada durante su trayecto y sometidos a diferentes tipos de explotaciones. Además, debido a su cercanía con los Estados Unidos de América, las mafias internacionales de otros países optan por trasladar a sus víctimas a México, donde los controles son menos rigurosos, para transportarlas posteriormente al otro lado de la frontera.

Con el fin de luchar contra estas conductas y de armonizar la legislación nacional con las exigencias contenidas en los tratados internacionales, particularmente el

⁴⁴⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA: *El trabajo infantil en México 1995-2002*. México, 2004., p. 15; UNICEF/DIF/CIESAS: *Infancia robada. Niñas y niños víctimas de explotación sexual en México*. México, 2000, pp. 156-157.

⁴⁴¹ SECRETARÍA DE TURISMO UNIVERSIDAD DEL CARIBE: *Propuesta técnica para las asesorías para identificar los factores que permiten la trata de personas en el Sector Turístico*, ap. III, t. I, México, 2011., p. 24.

⁴⁴² OIT: *Informe Estimación mundial sobre el Trabajo Forzoso*, p. 14.

⁴⁴³ *Ibid*, p. 16

Protocolo de Palermo, a principios del año 2007 el legislador federal reformó⁴⁴⁴ el Código Penal para introducir el delito de trata de personas. Pese a ello, no fue hasta finales de 2007 cuando México formuló la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas⁴⁴⁵, en la cual se implementaron una serie de medidas extraídas del Protocolo de Palermo, tales como la persecución, prevención, protección a víctimas y coordinación institucional. A nivel local, casi todas las entidades federativas tipificaron el delito de trata de personas en sus ordenamientos jurídicos⁴⁴⁶ y muchas de ellas (25 entidades) han promulgado leyes especiales.

El Reglamento de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas se publicó en el Diario Oficial el 27 de febrero de 2009. La Ley incorporaba la creación de una Comisión Intersecretarial para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, la cual no fue vista hasta el 16 de julio del mismo año.

El Reglamento de esta Comisión Intersecretarial se publicó el 15 de febrero de 2010. Por su parte, el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas fue previsto por la Ley de forma que se pudiera establecer de una forma concreta la política del Estado en esta materia y fue publicado el 6 de enero de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, esto es, más de tres años después de la entrada en vigor de la Ley.

Pese a todas estas medidas, debido a los pocos casos detectados, las exiguas sentencias dictadas en relación a la trata, la urgencia de ampliar las facultades de la Federación para poder investigar, así como la necesidad de establecer mecanismos de coordinación entre las diferentes autoridades, el constituyente permanente decidió que no era suficiente y que se debía reformar la Carta Magna para luchar contra la trata y se facultó al Congreso de la Unión para que formulara una Ley general en materia de trata, para lo cual le otorgó un plazo de seis meses.⁴⁴⁷ En cumplimiento de esta obligación, el

⁴⁴⁴Según el DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN del 27 de marzo de 2007 este delito se tipificó en los artículos 205 a 207 del Código Penal Federal (CPF). México, 2007.

⁴⁴⁵Según el DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN del 27 de noviembre de 2007 esta ley fue reformada por decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 1 de junio de 2011, por el que se adicionaron diversas disposiciones a los artículos 5 y 13, en relación con los anuncios publicitarios que fomenten la trata de personas. México, 2007.

⁴⁴⁶

⁴⁴⁷Según DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN del 14 de julio de 2011 el artículo segundo transitorio establece “El congreso de la Unión deberá expedir la *Ley General para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas*, en un plazo no mayor a los 180 días siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto”, el cual entró en vigor al día siguiente de su publicación.

14 de junio de 2012 se publicó 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,⁴⁴⁸ que sustituye y deroga la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. El Reglamento correspondiente fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de septiembre de 2013.

A raíz de la firma y entrada en vigor de este nuevo instrumento, el Estado Mexicano se comprometió ante la comunidad internacional a combatir la trata de personas de forma integral, esto es, a investigar y castigar el delito, a brindar protección, atención y asistencia a las víctimas y a implementar medidas de prevención. Todo ello mediante la cooperación internacional e interinstitucional y la participación social.

Existen otros ordenamientos en los cuales se incorporan algunas disposiciones relativas a la trata de personas, ya sea de manera explícita, como el artículo 2, fracción VI, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; el artículo 194, fracción XVI, del código Federal de Procedimientos Penales; los artículos 85, fracción II, y 205 bis, primer párrafo, del código Penal Federal; los artículos 50 Bis y 50 Ter, párrafo primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; el artículo 129 de la Ley General del Sistema nacional de Seguridad Pública; el artículo 2 de la Ley de Migración; los artículos 88, fracción XXX, y 93, fracción III, así como 111, fracción II, de la Ley General de Víctimas, o bien de modo implícito, como los artículos 52 y 113 de la Ley de Migración, entre otros.⁴⁴⁹

Por otra parte, además de regular la trata de personas en el artículo 10, esta ley también castiga la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos en los artículos 11, 12 y 22 respectivamente.

⁴⁴⁸ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN: *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*. México, 2012.

⁴⁴⁹ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México*, México, diciembre, 2013, p. 21.

7.1. 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

Fue publicada el 14 de junio de 2012 derogando la anterior Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y reformada por última vez en 2018⁴⁵⁰. Tiene por objeto articular las competencias y formas de coordinación entre los distintos órganos de gobierno para prevenir, investigar, perseguir y sancionar los delitos en materia de trata de personas, así como para proteger y asistir a las víctimas. Se establecen los tipos penales y sus sanciones además de determinarse los procedimientos penales aplicables y la reparación del daño a las víctimas. En virtud del artículo transitorio 4, el Reglamento debía de ser emitido dentro de los 90 días a partir de la publicación la Ley, sin embargo, éste no fue publicado hasta el 23 de septiembre de 2013, con más de un año de retraso.

7.1.1. Tipo básico del delito de trata

Se define el delito de trata de personas en los siguientes términos:

Artículo 10.- 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;

⁴⁵⁰ MARTIÑÓN CANO, G.: “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Pérez Alonso, E/Pomares Cintas, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 180. Antes de esta ley, cada uno de los estados mexicanos tenían un ordenamiento jurídico propio para regular la trata de personas. Existían, 13 leyes contra la trata, 16 códigos penales que castigaban este comportamiento y 3 Estados que no la contemplaban entre sus tipos delictivos.

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.*

Se prevé un catálogo de conductas delictivas relacionadas con la captación, transporte, retención y entrega de una persona y diversas modalidades de explotación que son la finalidad a las que tiende la acción del autor o autores⁴⁵¹. A diferencia del Protocolo de Palermo, la ley general no contempla los medios comisivos⁴⁵² y castiga como delitos independientes (delitos asociados) las distintas modalidades de explotación.

7.1.2. Conductas

Se castigan las conductas de: captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar.

La versión castellana del Protocolo utiliza el término *captación*, mientras que la versión en inglés emplea la expresión *recruitment*, que podría traducirse de forma más

⁴⁵¹ Al respecto, MARTIÑÓN CANO, G.: "El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo", op. cit.; URIBE OLVERA, M.: "El tipo penal de trata de personas", *Trata de personas. Un acercamiento a la realidad nacional, Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 2018, pp. 199 y ss. 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.

⁴⁵² Martiñón Cano propone, como técnica jurídica, que debe exigirse la presencia de ciertos medios comi-sivos: violencia, engaño o intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, etc. MARTIÑÓN CANO, G.: "El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo", op. cit., pp. 194-197. Este autor critica la falta de medios comisivos y considera que debe exigirse el establecimiento en el tipo de los medios a través de los cuáles se logra cometer el delito.

acertada por *reclutamiento*. La ley general incorpora los verbos *captar* y *enganchar*, sin que pueda apreciarse una diferencia significativa entre un vocablo y otro.

En el Protocolo de Palermo se habla de dos conductas muy similares entre sí: transportar y trasladar. Si bien ambas expresiones son consideradas sinónimos, ciertos matices hacen pensar que el término *trasladar* es más amplio.⁴⁵³ La ley general conserva el verbo *transportar*, pero sustituye *trasladar* por *transferir*, que tiene su origen en la versión en inglés del Protocolo.

A pesar de estar prevista por el Protocolo, la ley anterior no contemplaba la acción de *acoger* como conducta típica; esta omisión implicaba una falta de armonización relevante, pues dejaba fuera del ámbito de aplicación acciones como *hospedar*, *abrigar* o *albergar*, habituales en la dinámica del delito.⁴⁵⁴ La ley general corrige esta situación y contempla *alojar* como conducta punible, que puede entenderse como sinónimo.

El Protocolo de Palermo contempla la acción de *recibir*, pero omitía la de *entregar*. Sin embargo, resulta acertada la incorporación de esta última por parte del Legislador Federal en la ley general, pues constituye la contraparte de aquélla. Además, ambas conductas resultan más acotables en el tiempo y el espacio que otras, como *transportar*, y por ende se facilita su comprobación.

Finalmente, la ley general agrega la acción de *retener*, que no se encuentra prevista en el Protocolo, e implica *impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca*.⁴⁵⁵ A diferencia de las otras conductas, ésta puede en sí misma constituir un delito, independientemente de los fines que persiga la acción.

⁴⁵³ El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* considera ambas expresiones como sinónimos. no obstante, ciertos matices hacen pensar que el término *trasladar* es más amplio. Así, la acción de escoltar a una víctima a pie será *trasladar*, mientras que *transportar* sugiere el empleo de algún medio de locomoción, como se infiere de la expresión *transportation* del texto en inglés: “*take or carry from one place to another by means of a vehicle, aircraft, or ship*” (*Concise Oxford English Dictionary*).

⁴⁵⁴ Se han observado casos de familias enteras dedicadas a la trata de personas; en ocasiones, algunos de los miembros son responsables de hospedar o retener a la víctima. Esta conducta también debe ser sancionada en términos del Protocolo.

⁴⁵⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*.

7.1.3. Medios comisivos

Como ya se ha indicado, la ley general no describe los medios comisivos del tipo penal de la trata, pero los conserva en algunos delitos asociados (determinadas formas de explotación como por ejemplo los arts. 13, 15 y 24) y varios de ellos constituyen agravantes específicas (art. 42-II).

Tal es el caso de la amenaza o violencia moral que está prevista como medio comisivo en los artículos 13, 22 y 24 (prostitución, pornografía o actos de naturaleza sexual públicos o privados, trabajos forzados y actos de mendicidad) y también constituye una agravante del artículo 42 (agravantes generales del Título).

Del mismo modo, el uso de la fuerza, la violencia o coacción física son medios comisivos en los artículos 22 y 24 (trabajos forzados y actos de mendicidad) y agravante en los artículos 16 y 42-II (actos de naturaleza sexual a discapacitados y/o menores y agravantes generales del Título).

El fraude o engaño constituye medio comisivo en los artículos 13, 16, 19 y 24 (prostitución, pornografía y actos de naturaleza sexual, actos de naturaleza sexual a discapacitados y/o menores, relaciones laborales en distintas circunstancias y actos de mendicidad) y agravante general en los términos del artículo 42.

El abuso de poder está reflejado como medio comisivo en el artículo 13-II de la ley general (prostitución, pornografía y actos de naturaleza sexual) y es agravante del artículo 16 (actos de naturaleza sexual a discapacitados y/o menores). Se encuentra presente generalmente en los casos de venta o entrega de un menor de edad por parte de sus padres o tutores.

La concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra es un medio comisivo que habitualmente utilizan los tratantes y guarda una estrecha relación con el abuso de poder. Se encuentra reflejado en los artículos 16 (actos de naturaleza sexual a discapacitados y/o menores) y 25 de la ley general (utilizar personas menores de dieciocho años en cualquiera de las actividades delictivas señaladas en el artículo 2o de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

El abuso de una situación de vulnerabilidad se encuentra previsto en los artículos 13, 16 y 22 (prostitución, pornografía y actos de naturaleza sexual, actos de naturaleza

sexual a discapacitados y/o menores y trabajos forzados) además de suponer una agravante general en virtud del artículo 42-VIII.

La pertinencia de incorporar o no los medios comisivos en la definición del tipo básico ha suscitado un intenso debate. Como argumento a favor de su inclusión se puede invocar la necesidad de delimitar con claridad los casos en los que el Estado puede perseguir penalmente las conductas típicas. Sin embargo, también existen defensores de la no inclusión de los medios comisivos, principalmente por parte de la sociedad civil que son los que están obligados a probar ante los tribunales dichos medios.⁴⁵⁶ A este respecto debe hacerse hincapié en que la acreditación de los medios comisivos corresponde al órgano investigador, por tanto, es responsabilidad del tribunal y de su personal ahondar debidamente en estos hechos a fin de desterrar malas prácticas que puedan propiciar la impunidad de tales actos.⁴⁵⁷

7.1.4. Finalidades de explotación y delitos independientes

La finalidad corresponde a la intención del sujeto activo, se trata, por tanto, de un elemento subjetivo específico. La ley general regula de forma individualizada los diferentes fines de explotación del delito de trata de personas además de tipificar algunos de ellos como delitos independientes.

Así, por ejemplo, se regulan de forma individualizada diversas formas de explotación sexual entre los artículos 13 al 20. El trabajo y servicio forzado (art. 10-V) y la explotación laboral (art. 10-IV) se encuentran dentro de los posibles fines del delito de trata además de estar tipificados como delitos independientes (arts. 22 y 21). La esclavitud y la servidumbre también se encuentran dentro de los resultados del delito de trata y son considerados como delitos propios en los artículos 11 y 12. También se introducen otras prácticas análogas a la esclavitud de las contenidas en el Protocolo de Palermo como el matrimonio forzoso o servil (art. 10-IX) y las servidumbres por deudas y de la gleba (art. 12). La adopción ilegal de persona menor de edad con el fin de abusar

⁴⁵⁶ REYES IBÁÑEZ, E.: "Hacia una reflexión de la trata de personas a la luz de los derechos humanos", en Orozco, R. (coord.), *Trata de personas*. México, INACIPE, 2011, p. 151, considera que "la inclusión de los medios comisivos han traído el efecto no deseado de imponer a la víctima la carga de la prueba respecto al consentimiento, quien debe comprobar que su consentimiento está viciado".

⁴⁵⁷ ONTIVEROS ALONSO, M: "El Derecho Penal frente a la trata de personas (Problemas técnicos y político criminales)", en *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, García Ramírez, S. y Olsas de González Mariscal, O. (Coords.), México, INACIPE, 2011, p. 69.

de ella o de explotarla sexualmente o a través de cualquier de las formas de explotación viene reflejada en el art. 10 de la ley (arts. 10-VIII, 26 y 27), dando así solución a la laguna que existía hasta ese momento. Además, se contempla como finalidad de explotación propia de la trata de personas el tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos (arts. 10-X y 30) y se incorpora la experimentación ilícita en seres humanos en los arts. 10-XI y 31.

Desde el punto de vista jurídico-penal, debe tenerse en cuenta que no es necesario que se lleva a cabo la finalidad para que se consuma el delito, sino que basta con que el sujeto activo tenga la intención de destinar a la víctima a alguna de las formas de explotación contenidas en la norma. Esto se debe a que el delito de trata de personas es un delito autónomo.

7.2.Desarrollo de las formas de explotación y delitos independientes

7.2.1. Esclavitud

La ley general define la esclavitud en su art. 11 de la siguiente forma:

“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 se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad”.

Esta definición evoca a la contenida en la Convención de 1926. Sin embargo, no se copia de forma literal la definición de la Convención, sino que se añaden otros elementos como: el dominio, la incapacidad de la víctima de disponer de sí misma o de sus bienes y el ejercicio “de hecho” de los atributos del derecho de propiedad. El legislador mexicano parece querer dejar claro que la definición pueda ser aplicada a los casos de esclavitud “de facto” que aparecen hoy día y no únicamente a la esclavitud “de iure”. Por otra parte, deja patente la fórmula para que las Directrices Bellagio-Harvard

crearon para comprobar cuando una persona está sometida a esclavitud, esto es, cuando un exista un dominio tal que el control sea equivalente a posesión⁴⁵⁸.

Además, es una finalidad de explotación de la trata del art. 10-I que hace referencia al artículo anterior para obtener su definición.

7.2.2. Condición de siervo

El art. 12 establece:

“A quien tenga o mantenga a una persona en condición de siervo será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa”.

A continuación, el art. 12-I contiene la definición de la condición de siervo por deudas afirmándose que:

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”.

Al igual que ocurre con la esclavitud, la servidumbre por deudas también puede ser una de las finalidades de explotación de la trata (art. 10-II) y el legislador mexicano hace referencia al propio art. 12-I para obtener su definición.

El apartado 12-II hace referencia a la condición de siervo 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) Ejercza derechos de propiedad de una tierra que implique también derechos sobre personas que no puedan abandonar dicho predio.*

⁴⁵⁸ RED DE INVESTIGACIÓN SOBRE LOS PARÁMETROS LEGALES DE LA ESCLAVITUD: *Guidelines Bellagio-Harvard* 2012. Directriz número 4.

Así, esta ley incorpora todas las prácticas establecidas en la Convención Suplementaria de 1956 salvo el matrimonio servil y el tráfico de niños que quedan contemplados de forma general en el delito de trata del artículo 10.

Por otra parte, cuando el art. 10-II hace referencia a la condición de siervo también se incluye este tipo de servidumbre como una finalidad del delito de trata.

7.2.3. Explotación de actividades de naturaleza sexual

Los arts. 13 a 20 recogen una serie de conductas de explotación de actividades de naturaleza sexual.

El art. 13 recoge el tipo más amplio de explotación de conductas sexuales:

“Será sancionado con pena de 15 a 30 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, al que se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada mediante:

I. El engaño;

II. La violencia física o moral; III. El abuso de poder;

IV. El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad;

V. Daño grave o amenaza de daño grave; o

VI. La amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo.

Tratándose de personas menores de edad o personas que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho no se requerirá la comprobación de los medios a los que hace referencia el presente artículo”.

El resto de artículos recogen comportamientos como someter a una persona a actos o material pornográfico, lucrarse con la venta de la grabación de tales explotaciones, turismo sexual, contratar a personas mediante engaño para realizar servicios sexuales y proxenetismo, estableciendo una regulación específica para menores de edad.

7.2.4. Explotación laboral

En el art. 21 se recoge la explotación laboral como categoría de explotación inferior al trabajo forzoso. El artículo establece que:

“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”.

7.2.5. Trabajo forzoso

En el artículo siguiente, el número 22, se sube un escalón el sometimiento de la persona y se tipifica el trabajo forzoso de la siguiente forma:

“Será sancionado con pena de 10 a 20 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados.

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”.

En el art. 23, al igual que en los textos internacionales, se especifica que situaciones no deben entenderse como trabajo forzoso:

“No se considerará que hay trabajo o servicio forzado, ni explotación laboral, cuando:

- I. Se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio;*
- II. Forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos hacia la Federación, las entidades federativas, los municipios y los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México;*
- III. Se exija a una persona en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, o en los términos del Artículo 21 Constitucional como trabajo a favor de la comunidad, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y que dicha persona no sea cedida o puesta a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado*
- IV. Los trabajos sean voluntarios y realizados por integrantes de una comunidad en beneficio directo de la misma y, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad local, nacional o a una organización internacional, a grupos o asociaciones de la sociedad civil e instituciones de beneficencia pública o privada”.*

De nuevo aparecen todos los elementos de la definición del Convenio N° 29 de la OIT, falta de consentimiento y amenaza de una pena cualquier. Aunque, en este caso, el artículo acentúa la importancia de la forma en la que se obtiene el consentimiento por parte de la persona que ofrece el trabajo nombrando medios como el uso de la fuerza, amenaza grave a la persona o a otra, o abusando de una situación de vulnerabilidad, en vez de centrarse en la relación abusiva como ocurre en el delito de explotación laboral. De este modo, refleja cierta cercanía a los conceptos aportados desde los tribunales internacionales⁴⁵⁹.

7.2.6. Explotación del trabajo infantil

Con objeto de brindar una mayor protección a este sector más vulnerable de la población, la ley general ha incorporado una serie de delitos específicos además de ser

⁴⁵⁹ El TEDH considera fundamental que la persona tenga una “percepción subjetiva” en cuanto a la amenaza de la pena, factor que considera decisivo para condenar por trabajo forzoso en las sentencias de: Siliadin contra Francia, párr. 118; C.N. y V. contra Francia, párr. 7; y en C.N. contra Reino Unido, párr. 80. Además, la Corte Internacional de Derechos Humanos también contempla este elemento en el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, párr. 294 y ss.

Este criterio, que influyó en la “percepción subjetiva de la amenaza” fue uno de los determinantes para la condena por trabajos forzados 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 forzados o servidumbre en el caso CIDH, Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, párr. 294 y ss.

formas constitutivas de finalidades de explotación del delito de trata en el art. 10-VI al VIII. Así, el artículo 24 establece que:

“Será sancionado con prisión de 4 a 9 años y de 500 a 20 mil días multa, a quien utilice a una persona para realizar actos de mendicidad.

Se entiende por explotación de la mendicidad ajena, obtener un beneficio al obligar a una persona a pedir limosna o caridad contra su voluntad, recurriendo a la amenaza de daño grave, un daño grave o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, o el engaño.

Si se utiliza con los fines del párrafo primero de este artículo a personas menores de dieciocho años, mayores de setenta, mujeres embarazadas, personas con lesiones, enfermedades o discapacidad física o psicológica, se impondrá pena de 9 a 15 años de prisión y de un mil a 25 mil días multa”.

La adopción ilegal está contemplada en los arts. 26 y 27.

El art. 26 castiga:

“A quien entregue o reciba de forma ilegal, ilícita, irregular o incluso mediante adopción, a una persona menor de 18 años con el fin de abusar de ella o explotarla, ya sea sexualmente o mediante cualquier otra modalidad de explotación”. Por su parte, el art. 27 sanciona *“a quien entregue, en su carácter de padre o tutor, o reciba a título oneroso, en su carácter de adoptante, de forma ilegal, ilícita o irregular, a una persona menor de 18 años”.*

Por último, también se castiga la utilización de personas menores de 18 años en actividades delictivas en el art. 25.

7.2.7. Matrimonio forzoso

El legislador mexicano reconoce y garantiza en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas (el derecho a la determinación) siempre y cuando se respeten los “principios generales de la constitución, [...] las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres” (art. 2.A.II. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Se ha introducido el castigo penal en la ley general de este tipo de explotación tanto como finalidad de la trata (art. 10-IX) como forma de explotación independiente en el art. 28:

“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”.

Y el art. 29 contempla:

“Se impondrá pena de 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 30 mil días multa, al que realice explotación sexual aprovechándose de la relación matrimonial o concubinato. En todos los casos en que se acredite esta conducta se declarará nulo el matrimonio”.

Ahora bien, existen diversas fuentes del Estado de México en las que se asegura que los matrimonios forzados aún existen en ciertas regiones del país, principalmente en los Estados de Guerrero, Oaxaca y Chiapas.⁴⁶⁰ Pese a ello, las referencias directas con escasas y las fuentes oficiales manejan muy poca información al respecto. A modo de ejemplo, existe una referencia a este tipo de explotación en una averiguación previa de 2012 del Estado de Nayarit.⁴⁶¹

7.2.8. Extirpación de un órgano, tejido o sus componentes y experimentación biomédica ilícita en seres humanos

El art. 30 da cabida a la conducta penalmente punible de extirpación de órgano, tejido o sus componentes:

“Se impondrá pena de 15 a 25 años de prisión, y de 2 mil a 30 mil días multa, a quien realice la extracción, remoción u obtención de un órgano, tejido o células de seres humanos vivos, a cambio de un beneficio o a través de una transacción comercial, sin incluir los procedimientos médicos lícitos para los cuales se ha obtenido el debido consentimiento, en los términos de lo establecido por la Ley General de Salud”.

⁴⁶⁰ Entre otros, CASTELLANOS, L.: “Aumenta la trata de niñas indígenas”, en *El Universal*, México, 2011.

⁴⁶¹ Oficio DGAP/5677.06/13, del 18 de junio de 2013, de la Fiscalía General del Estado de Nayarit.

Por último, la ley general introduce la experimentación biomédica ilícita en seres humanos como una de las modalidades de explotación derivadas de la trata de personas (arts. 10-XI) y como delito independiente en el art. 31:

“Se impondrá pena de 3 a 5 años de prisión y de 2 mil a 30 mil días multa a quien aplique sobre una persona o un grupo de personas procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados legalmente y que contravengan las disposiciones legales en la materia”.

7.3. Posibles mejoras de 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

La nueva Ley General, pese a actualizar el delito de trata de personas a las situaciones sociales que existen hoy en día y conseguir, de este modo, una mayor protección, obtiene un resultado final que podría catalogarse de deficiente con respecto a muchas de sus cláusulas. Vamos a nombrar algunas de ellos.⁴⁶²

A la hora de redactar el tipo básico de trata de personas, no se contemplan varias de las acciones que se encuentran incluidas en el Protocolo de Palermo como son las de ocultar, suministrar y otras modalidades que suelen ser incorporadas por la doctrina como ejercer control sobre la víctima, dirección o influencia sobre los movimientos de una persona con fines de explotación. Además, no contempla medios comisivos sino circunstancias agravantes y únicamente en algunos casos que tampoco coinciden con los que se establecen en el Protocolo.

En el artículo 11 que castiga la esclavitud, el tipo exige que la víctima no goce de la capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes, de lo cual se deduce que si el sujeto pasivo no tiene la capacidad de disponer libremente de su persona pero sí de sus bienes, no se consumaría el tipo penal.

El artículo 13, en el cual se desarrolla la explotación, el sujeto activo debe beneficiarse de esta, lo cual produce una situación controvertida en el momento en el que el autor del delito no tenga un beneficio directo, como puede ocurrir en una

⁴⁶² ONTIVEROS, M.: “50 Errores de la Ley General contra la Trata de Personas”, *Revista Valores*, México, 2014.

conducta de explotación sexual, desprotegiendo así la esencia del bien jurídico en este tipo pues se sigue dañando la libre decisión de la persona sometida.

El párrafo X del artículo 10 contempla el tráfico de órganos haciendo este una referencia al artículo 30 el cual viene referido a la extracción de órganos dejando fuera del mismo la extracción de algún órgano y de fluidos humanos, produciéndose una contradicción entre ambos.

Por último, se agrava la pena cuando se cause la muerte de la víctima, cuando lo exigible sería sancionar al autor por concurso de delitos de trata y homicidio, sancionándose la conducta con una pena mayor.

8. Perú

El Código Penal peruano de 1991, vigente a día de hoy, no incorporó la expresión trata de seres humanos u otras similares hasta el año 2007 cuando se aprueba la Ley N°28950 contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el art. 153, ubicado Capítulo I sobre violación de la libertad personal, del Título IV que versa sobre los delitos contra la libertad y que derogaba el vigente art. 182. Asimismo, es necesario precisar que el reglamento de dicha norma fue aprobado mediante Decreto Supremo N°007-2008⁴⁶³ de fecha de 29 de noviembre de 2008.

El proceso de incorporación de este tipo delictivo se encuentra en los Proyectos de Ley N°108/2006-CR, 314/2006-MP y 513/2006-PE. En cuanto al primero de ellos, pretendía establecer una regulación al fenómeno del tráfico de menores. El segundo sí que regulaba la trata de personas debido a que Perú había aprobado y ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada y sus dos protocolos relativos a la trata de personas y al tráfico ilícito de migrantes, lo cual obligaba a transponer al ordenamiento interno la regulación jurídica internacional en esta materia. Por último, el tercero de ellos, en líneas generales, seguía la misma argumentación del segundo proyecto⁴⁶⁴.

⁴⁶³ En este documento se recogen varias definiciones básicas de conceptos que hasta entonces no se habían especificado en la norma penal, tales como: asistencia, esclavitud, explotación, grupos vulnerables, mendicidad, migración, etc.

⁴⁶⁴ VELÁSQUEZ DELGADO, P.: "El delito de trata de personas en el derecho penal peruano". *El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud*, E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S.

Así, las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” están contempladas en diferentes artículos quedando la trata de personas, la esclavitud y la servidumbre reguladas en los artículos 153 y siguientes del Código Penal, en el Capítulo I titulado “Violación de la libertad personal”, mientras que el delito de trabajo forzoso se castiga en el artículo 168-B del Capítulo VII llamado “Violación de la libertad de trabajo”, estando ambos capítulos comprendidos en el Título IV que regula los “Delitos contra la libertad”.

8.1. Trata de personas

La trata de persona se incorpora al Código Penal peruano en el año 2007 a través de la Ley 28950 en el artículo 153 y se modifica por última vez en el año 2018. La estructura de acción, medios y finalidades de explotación viene a adecuarse a los elementos impuestos desde la normativa internacional.

8.1.1. Tipo básico

El art. 153 donde se incorporó el delito de trata de personas establecía lo siguiente:

“El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza, u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior”.

Además, en el art. 153 A el legislador introdujo una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal bajo el rótulo “formas agravadas de la trata de personas”.

8.1.2. Formas agravadas de la Trata de Personas

Art. 153-A:

“La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:

- 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública;*
- 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito;*
- 3. Exista pluralidad de víctimas;*
- 4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz;*
- 5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.*
- 6. El hecho es cometido por dos o más personas.*

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

- 1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.*
- 2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.*
- 3. El agente es parte de una organización criminal”.*

8.1.3. Texto vigente del Artículo 153

Años después y tras varios proyectos de ley para modificar técnicamente el art. 153, el Poder Ejecutivo presenta en el Proyecto de Ley N°3716/2014-PE que pretende mejorar técnicamente el contenido del artículo y cuya diferencia radica en que la exclusión del consentimiento de la víctima como causal de exención o atenuación de la

responsabilidad penal, está referida al consentimiento que presta una persona mayor de 18 años de edad.

De este modo, el Congreso de la República aprobó la Ley N°30251⁴⁶⁵, “Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas”, mediante la cual se modifica el texto del art. 153, texto legal que a la fecha está vigente y que señala lo siguiente:

“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.

- 1. 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 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.*
- 2. 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.*
- 3. 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.*
- 4. 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”.*

8.2. Delitos de explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación y trabajo forzoso

El Decreto Legislativo N°1323 de 5 de enero de 2017 incorpora tres figuras delictivas nuevas y autónomas, que, a su vez, constituyen determinados fines de explotación de la trata de personas en los artículos 153 B, 153 C y 168 C y que castigan, respectivamente, la explotación sexual, la esclavitud y otras formas de explotación y el

⁴⁶⁵ Publicada con fecha 21-10-2014

trabajo forzoso, siempre y cuando no sean desarrolladas en el marco de explotación previsto para el delito de trata, extremo que torna en extremadamente complejo los problemas concursales con respecto a los distintos tipos autónomos.

8.2.1. Explotación sexual⁴⁶⁶

Art. 153-B:

“El que, mediante violencia, amenaza u otro medio, obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo.

La pena privativa de libertad será no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando:

1. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder o cualquier otra circunstancia que la impulse a depositar su confianza en él.

2. El agente comete el delito en el ámbito del turismo, en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.

La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando:

1. El agente es ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o tenga hijos en común con la víctima; o habite en el mismo domicilio de la víctima, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

2. La explotación sexual es un medio de subsistencia del agente.

3. Existe pluralidad de víctimas.

⁴⁶⁶ El contenido de este artículo es modificado por la Ley 30963, que modifica el Código Penal con la finalidad de sancionar el delito de explotación sexual, en sus diversas modalidades, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

4. *La víctima tiene discapacidad, es adulta mayor, padece de una enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena u originario, o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.*

5. *Se produzca una lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.*

6. *Se derive de una situación de trata de personas.*

7. *El agente actúe como integrante de una banda o una organización criminal.*

8. *La víctima está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.*

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

En todos los casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11”.

8.2.2. Esclavitud y otras formas de explotación

Art. 153-C:

“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.

Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo.

El consentimiento brindado por el niño, niña o adolescente carece de efectos jurídicos.

La pena privativa de libertad es no menor de quince años ni mayor de veinte años, cuando:

1. *La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.*
2. *El agente comete el delito en el marco de las actividades de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.*
3. *Si el agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.*

La pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando:

1. *El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

2. *La explotación es un medio de subsistencia del agente.*
3. *Existe pluralidad de víctimas.*
4. *La víctima tiene discapacidad, es menor de catorce años de edad, adulta mayor, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.*
5. *Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.*
6. *Se derive de una situación de trata de personas.*

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11”.

El tipo establece tres comportamientos típicos alternativos: obligar, reducir o mantener a una persona en condiciones de esclavitud o servidumbre, sin embargo, pese a que esos elementos son el factor nuclear del tipo, el Código no define los conceptos.

8.2.3. Trabajo forzoso⁴⁶⁷

Art. 168-B:

“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.

La pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años y multa de doscientos a trescientos días-multa si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. *El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.*
2. *La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y la actividad que desarrolla está prohibida por la ley en razón a su edad.*

⁴⁶⁷ El contenido de este artículo es modificado por la Ley 30963, que modifica el Código Penal con la finalidad de sancionar el delito de explotación sexual, en sus diversas modalidades, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

3. El agente comete el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años y multa de trescientos a trescientos sesenta y cinco días-multa, en los siguientes casos:

1. El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

2. Existe pluralidad de víctimas.

3. La víctima tiene menos de catorce años de edad, es adulta mayor, tiene discapacidad, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.

4. Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.

5. Se derive de una situación de trata de personas.

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Se aplica la misma multa si se dan los agravantes precedentes.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11”.

En este caso se contemplan dos acciones típicas: someter y obligar, que tendrán quebrantarán en mayor o menor medida el bien jurídico, derecho a trabajar libremente, según sean los medios comisivos utilizados.

Por otra parte, tener en cuenta la dignidad humana como bien jurídico protegido hace que queden diferenciados los comportamientos que dan lugar al delito de trabajo forzoso de aquellos que suponen un posible delito de imposición de malas condiciones de seguridad y salud en el trabajo del artículo 168-A⁴⁶⁸.

La forma de graduar las personas, oscilando entre los 6 a 12 años para el trabajo forzoso y entre los 10 y los 15 años para la esclavitud y la servidumbre, denotan una progresión en el castigo según sea la gravedad del comportamiento⁴⁶⁹.

Mediante estas nuevas incorporaciones, el Código Penal peruano se sitúa a la vanguardia en cuanto a tipificación de las diferentes formas de explotación del ser

⁴⁶⁸ OIT: *Análisis de los delitos de Trabajo Forzoso y de Esclavitud y otras formas de explotación en Perú*. Proyecto “Del Protocolo a la Práctica: Un Puente para la Acción Global contra el Trabajo Forzoso, Bridge Perú”, p. 4.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 12.

humano que se estudian en este trabajo. Si bien es cierto, que plantea ciertos problemas concursales que deberán resolverse, sin duda alguna es necesario que aparezcan definiciones aplicables analógicamente a los tipos de explotación homólogos recogidos en el delito de trata de personas del art. 153.

No existe aún pronunciamiento de la Corte Suprema de la República que pueda establecer cuál es la relación típica entre estos delitos y el de trata de personas, favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, pero será necesario realizar un análisis en dos bloques bien diferenciados: por un lado estudiar la relación entre el delito de explotación sexual y los delitos de favorecimiento a la prostitución y proxenetismo y, por otro, la relación existente entre el delito de trata de personas y los nuevos delitos incorporados de explotación sexual, esclavitud y trabajo forzoso⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ VELÁSQUEZ DELGADO, P.: "El delito de trata de personas en el derecho penal peruano" en *El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud*, p. 274.

CAPÍTULO 5.

Bien jurídico protegido



1. Introducción

Cualquiera de las manifestaciones de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” a la que se vea sometida el ser humano se considera una gravísima violación de los derechos humanos que requiere una respuesta global que complemente las medidas regionales, nacionales y locales para luchar contra esta lacra. Esta afirmación se desprende del hecho de que los textos normativos internacionales más importantes recogen en su contenido la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, la trata y el trabajo forzoso, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 4), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 6) o la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5), incluso, el Estatuto de la Corte Penal Internacional considera la esclavitud un crimen de lesa humanidad (art. 7).

Como consecuencia de estar incluidas en todos los convenios y declaraciones internacionales, todas estas formas de sometimiento extremo del ser humano son diferentes atentados que afectan a la consideración misma de la persona llegando, en ocasiones, a despojar la propia capacidad de autodeterminación y convirtiendo al ser humano en una “*res*” de usar y tirar. En la medida en que la persona es atacada en su mismo concepto, se ven afectados diferentes objetos de tutela entre los cuales podemos encontrar la dignidad humana, la integridad moral, la seguridad, la libertad y otros tantos según sea la explotación extrema a la que se vea sometido el ser humano.

En este capítulo se pretende diferenciar cuál es el bien jurídico que se tutela o, más bien, qué debería tutelar la norma penal en cada una de las formas de explotación extrema que se están analizando.

Como ya se ha advertido, el término “Formas Contemporáneas de Esclavitud” puede crear cierta confusión en tanto en cuanto parece que alude a una serie de conductas que vienen derivadas de la esclavitud o que, incluso, son distintas formas de una misma manifestación de sometimiento a esclavitud. Valga aclarar nuevamente que el estudio realizado en este trabajo pretende advertir que estas “formas” son diferentes actos de sometimiento extremo que pueden llegar a ser consideradas como esclavitud o no. Ello dependerá del grado de afectación del bien jurídico que pretendemos estudiar a continuación. Esto es, cada forma de explotación extrema somete a la persona a un diferente nivel de control personal, de lo cual se infiere que no todos los tipos causan el

mismo desvalor en la persona y, por tanto, el objeto de tutela de la norma penal se verá más o menos quebrantado.

Es por ello que debemos partir de la premisa de que existe un escalonamiento o graduación de los diferentes ataques al ser humano que, siendo todos ellos muy graves, afectan en diferente nivel al sujeto pasivo, siendo la esclavitud por su grado de control personal la afectación más grave y la servidumbre el trabajo forzoso y la trata de personas, en ese orden, el resto.

2. Afrontando el problema

A lo largo de la elaboración de este trabajo de investigación, me he encontrado en las posiciones más distantes en cuanto al entendimiento de cómo se debe afrontar este capítulo, puesto que existen diversas maneras y, creo, válidas todas ellas, aunque algunas más que otras. Me explico.

El punto de partida del problema debe resolverse contestando a las siguientes cuestiones:

- ¿Existen diferentes bienes jurídicos protegidos según sea la forma sometimiento extremo?
- ¿Existe un solo bien jurídico protegido que se ve afectado en diferentes grados según sea la forma de sometimiento extremo?
- ¿Existe un bien jurídico común a todas las formas, pero en cada una de ellas aparece otro más propio de ella?

Para enfrentarnos a estas preguntas debemos tener muy claro cuál es la intención del legislador a la hora de castigar las conductas que conllevan una grave explotación extrema del ser humano, por ello, entiendo que debo de empezar haciendo una breve referencia al concepto de bien jurídico protegido.

2.1. Breve reflexión sobre la construcción de un concepto de bien jurídico

El concepto de bien jurídico es uno de las más problemáticos pues se discute desde su propia condición normativa hasta su virtualidad hermenéutica y,

principalmente, su capacidad de servir como límite a los posibles excesos del legislador.⁴⁷¹

Esta afirmación es absolutamente cierta y queda demostrada si observamos que ya desde la célebre obra de BIRNBAUM en 1834 comienza el debate sobre qué debe entenderse como bien jurídico, rechazándose la idea ilustrada que ve en el delito la lesión de un derecho subjetivo, para pasar a entenderlo como lesión de un bien.⁴⁷² Se puede decir, por tanto, que esta discusión surge a principios del siglo XIX con el pensamiento ilustrado como un límite al legislador a la hora de tipificar conductas criminales. Sus primeras teorías le son atribuidas a BIRNBAUM, no obstante se reconoce que BINDING fue el primero en acuñar el concepto de bien jurídico, aunque no como una noción pre-legal, tarea que intentó desarrollar con posterioridad LISZT.

Todas las cuestiones que se plantean en torno a la figura del bien jurídico apuntan directamente al corazón del Derecho penal. Se suscita la pregunta de la legitimación o de la arbitrariedad de tipificar ciertas conductas, así como la justificación de la pena estatal que va ligada al concepto mismo de Derecho y, por tanto, de la finalidad que debe cumplir el Derecho penal en nuestro sistema como instrumento de control social reaccionario ante los actos más reprochables, tratando de mantener el orden y la paz social a través de la figura del delito.

La cuestión que se plantea viene enmarcada en definir la criminalidad, esto es, decidir qué debe o puede ser considerado como delito. Al afrontar este discurso es cuando el problema al que nos enfrentamos aparece en toda su grandilocuencia en su dimensión político criminal.

Hoy en día y tras intensos debates doctrinales se puede decir que el bien jurídico cumple una función dogmática, sin embargo, es más controvertida la opinión de que el bien jurídico pueda operar como un concepto que acote el momento de la

⁴⁷¹ VIVES ANTÓN, T. S.: "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo". En *Estudios Penales y Criminológicos XXV*. Santiago de Compostela, 2005, p. 401.

⁴⁷² BIRNBAUM, J.: "Über das Erfordmidriner Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkrankung". *Archiv des Criminal rechts. Neue Folge*, 1834, pp. 149 y ss. Birnbaum evaluaba críticamente la concepción protoilustrada del delito como "violación de un derecho subjetivo", advirtiendo cómo la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular (...), pero que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo", en *Derecho penal. Parte general*, trad. de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006 (4a ed. italiana, 2001), p. 33.

criminalización.⁴⁷³ Existe unanimidad en la creencia de que el bien jurídico no puede dotar de capacidades a la decisión que pertenece al legislador, con lo cual, no podría limitar de forma alguna *a priori* al Derecho penal, cuyos bordes externos vendrían marcados por la pena y la extensión de su legitimación estatal.⁴⁷⁴

Las posibilidades políticas criminales que el bien jurídico podría otorgar a nuestro ordenamiento penal crean cierta desconfianza entre nuestra doctrina por diferentes razones. Existen ordenamientos jurídicos que criminalizan conductas que carecen de bien jurídico, de lo cual se entiende que, si no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de estos comportamientos, toda la teoría del bien jurídico terminaría por dilapidarse. En este sentido VIVES ANTÓN se ha referido al llamado principio de ofensividad como primer elemento lógico del principio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional español en el sentido de que “si la norma tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos habrá de ser declarada, sin duda, inconstitucional”.⁴⁷⁵ Este punto se agravaría si tenemos en cuenta, en los tiempos que corren, la tendencia expansiva de los ordenamientos jurídico penales modernos a través del reconocimiento de bienes jurídicos colectivos y difusos o el amplio recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto, las criminalizaciones en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, etc.

Por otra parte, nos encontramos con el problema conceptual del término bien jurídico a la hora de determinar de forma unitaria e inequívoca en una sola definición una amalgama de entidades que pueden considerarse valiosas y dignas de protección por parte del Derecho penal. No existe consenso sobre lo que debe incluirse dentro del concepto o de si son derechos subjetivos, fundamentales, derechos humanos, bienes, valores, etc., ni tampoco de su contenido.⁴⁷⁶ Se entiende que la diversidad de acepciones que se incorporan al término hace que sea imposible reconducirlo a una sola unidad, es decir, a un concepto, puesto que en el mismo habría que “apresar” diferentes

⁴⁷³ ÁLONSO ALAMO, M.: “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 92.

⁴⁷⁴ HIRSCH, H.J.: “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 386.

⁴⁷⁵ VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”. *Revista Jurídica de la Comunidad valenciana*, nº 16, 2005, p. 21.

⁴⁷⁶ HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989, pp. 105 y ss. Con respecto a la definición de bien jurídico, estos autores se refieren a él como algo vago e inmaterial.

características sustantivas de lo que se entendería como un “objeto ideal” cuyos intereses o valores integrales carecerían de definiciones propias y quedarían vacías de significado, ya que se podría hablar de una familia cuyos integrantes están enlazados por un parentesco en cuanto a que tendrían algo en común, pero nunca como una sola unidad conceptual.⁴⁷⁷

Debido a este análisis son varias las voces que reclaman la falta de utilidad del concepto de bien jurídico y optan por fundamentar el límite del Derecho penal mediante otras vías. Sirva como ejemplo el juicio de DÍEZ RIPOLLÉS que formula en términos procedimentales una teoría racional de la legislación, el principio de lesividad entendido como una referencia a lo que constituye el daño socialmente sin identificarse con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, dejando este término de lado debido a que podría justificar la inclusión de cualquier cosa en el ámbito de la protección penal al considerarlo un concepto “fetiche”.⁴⁷⁸ Por su parte, FRISCH pretende justificar y limitar el objeto del Derecho penal a través del llamado “criterio de merecimiento de pena” en vez de en el bien jurídico.⁴⁷⁹

Ahora bien, siendo el concepto que se analiza, sin duda alguna, complejo, no puede afirmarse que esté desconectado de la realidad social o de los avances en las definiciones de las categorías delictivas. Se precisa una fundamentación tanto del concepto como de las concepciones que los integran estableciendo las exigencias mínimas, las características generales que informan el término de bien jurídico para examinar los diferentes elementos que conforman el concepto.

3. Funciones del bien jurídico protegido

Históricamente se le han atribuido al bien jurídico una serie de funciones que podrían diferenciarse en cuatro contextos distintos:

- 1) Función dogmática, para hacer referencia al contenido material de la infracción jurídico-penal, es decir, será antijurídica aquella conducta que menoscaba (o ciertamente pone en peligro) bienes jurídicos.

⁴⁷⁷ VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución, sistema democrático...”, op. cit., p. 25.

⁴⁷⁸ DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*. Ed. Trotta. Madrid, 2003, pp. 139 y ss.

⁴⁷⁹ FIRSCH, W.: “Bien jurídico, derecho, estructura del derecho e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en HEFENDEHL (coord.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martíne Íñigo Ortiz de Urbina. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2007, pp. 309 y ss.

- 2) Función clasificatoria, a la hora de caracterizar el delito en sentido material, como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
- 3) Función interpretativa, igualmente puede servir como instrumento de interpretación de los elementos de que se sirve el legislador en la formulación de los tipos penales.
- 4) Función político-criminal, derivada de la tarea protectora convencionalmente asignada al derecho penal, el bien jurídico nos revela qué tipo de comportamientos deben ser amparados por el legislador, cuidando así los límites de intervención estatal en este ámbito.

Sin embargo, los diferentes grupos doctrinales han terminado agrupando todas estas funciones en una antinomia básica. Por una parte, un concepto metodológico-teleológico según el cual el bien jurídico se utiliza para delimitar el contenido material de la infracción, partiendo de la norma penal y extrayendo de la misma el correspondiente objeto de tutela o protección. Es un concepto formal y, por lo tanto, incapaz de servir como límite a los designios estatales legislativos. Por otra parte, un concepto político-criminal en el sentido anteriormente referido de servir como presupuesto para la intervención del legislador delimitando aquellas entidades que merecen ser objeto de protección (bienes, conductas, situaciones o relaciones), que el estado se encuentra ya dadas, ocupándose únicamente de ampararlas y ofrecerles una protección positiva.

Debido a este contraste doctrinal entre la dogmática y la política-criminal se manifiestan graves problemas en la búsqueda de un concepto preciso y conciso de cuáles son las condiciones y el marco del concepto de bien jurídico. A esto puede añadirse las dificultades que entraña el propio término como la contraposición entre bienes jurídicos individuales y colectivos. Además, la virtualidad dogmática del concepto se ve atacada por la dificultad inherente a la captación de los diferentes objetos de protección con un contenido mínimo. Por último, se exige salvar el inconveniente que supone la necesidad de distinguir este término del concepto de objeto de la acción.

3.1.Propuestas según la dicotomía funcional: dogmática vs política-criminal

El contenido dogmático del bien jurídico aparece representado por una perspectiva formalista en la obra de BINDING quién representa el delito como una lesión de intereses, asignando al legislador un papel creador puesto que afirma que la ley únicamente aparece limitada por su propia ponderación y por la lógica a la hora de crear bienes jurídicos y fijar normas.⁴⁸⁰

Sin embargo, otorgándole este sentido se pierde toda su virtualidad político-criminal como límite a la actividad del legislador. Esta concepción, tiene una base fundamentalmente dogmática, construida sobre la base de un deber en el cual el bien jurídico se acaba difuminando y pierde su función limitadora, aunque se le siga reconociendo una función político criminal dentro de la dogmática, puesto que en definitiva es la norma la que decide lo que es valioso para el mantenimiento del sistema, identificando el bien jurídico con lo desvalorado por el legislador. Esta comprensión nos lleva a un retroceso del Derecho penal a periodos históricos que parecían superados en los que el límite entre el derecho, la moral o las pretensiones unilaterales o arbitrarias del poder político se vuelven ciertamente difuso.

Por otra parte, el objeto de tutela pueden ser los valores equiparando el bien jurídico al valor⁴⁸¹ y protegiéndose la valoración del objeto y no el objeto de valoración. Esta tendencia hacia la espiritualización del bien jurídico se puede encontrar también en los trabajos de WELZEL⁴⁸², quien propone un cambio de perspectiva desde el desvalor del resultado al desvalor de acción y la consiguiente pérdida de la posición predominante del bien jurídico al reconocer al Derecho penal la misión de proteger los valores elementales de conciencia y de carácter ético social.

También se debe hacer mención como integrante de estas concepciones formales aquellas que emergen al amparo de la teoría sociológica de los sistemas, del funcionalismo sistémico cuya máxima expresión se haya representada por la obra de JAKOBS quién entiende que el delito es quebrantamiento de la norma y, por tanto, la legitimación material del Derecho penal reside “en que las leyes penales son necesarias

⁴⁸⁰BINDING, K.: “*Die Normen und ihre Übertretung*”, Bd. I, reimpr. de la 4ª ed. de Leipzig, de 1922. Aalen, 1965, p. 340.

⁴⁸¹ Sobre este entendimiento AMELUNG, K.: “El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en HEFENDEHL (coord.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, p. 251 y ss.

⁴⁸² WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte General*, 12ª ed., 3ª ed. castellana, Ed. Jurídica de Chile, 2013, pp. 11 y ss.

para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado”.⁴⁸³ En consecuencia, la vigencia de la norma se convierte en el bien jurídico penal.

En dirección opuesta aparecen aquellas propuestas del bien jurídico que se centran en el aspecto político-criminal y que vienen defendidas por las concepciones materialistas. Las propuestas que defienden un entendimiento material del concepto están a menudo vinculadas a presupuestos liberales y en particular a la causación de un daño a otra persona o a su esfera de intereses, pero no siempre acentúan el aspecto político-criminal del bien jurídico.

Podemos remontarnos hasta Franz von LISZT para analizar que el bien jurídico se presenta como una realidad que es reconocible empíricamente y que, por lo tanto, es anterior al legislador, el cual únicamente se limita a reconocerlo. Los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad, creando este interés la propia vida, no el orden jurídico, y es la intervención del derecho el que eleva a la categoría de bien jurídico el interés.⁴⁸⁴ LISZT pretende limitar las acciones del legislador mediante el bien jurídico al cual denomina como “interés jurídicamente protegido”, siendo el delito una lesión de las condiciones de vida de la comunidad humana jurídicamente organizada.

También pueden encuadrarse dentro de la concepción materialista los trabajos de TERRADILLOS BASOCO y BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE que destacan los antecedentes ideológicos del bien jurídico. HORMAZÁBAL sostiene que este se basa en una relación social concreta, lo cual implica identificar la posición de las personas dentro de la propia relación social, surgirían, de este modo, como una “síntesis normativa de los procesos de discusión y confrontación que tienen lugar en las sociedades democráticas. Son dinámicos, pues están en permanente discusión y transformación”.⁴⁸⁵ Por su parte, TERRADILLOS BASOCO parte de la idea de que el Estado de Derecho se orienta en base a dos axiomas de carácter marxista: la promoción de la riqueza y la promoción de la posibilidad de los individuos de apropiación multilateral e igualitaria de dicha riqueza. Por ello, identifica el bien jurídico con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas y con la promoción de las

⁴⁸³ JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997, pp. 44 y ss.

⁴⁸⁴ LISZT, F.V.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ed. Reus, Madrid, p. 6

⁴⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Trotta. Madrid, 2006, pp. 72 y ss.

condiciones de satisfacción de necesidades cualitativas que encuentran apoyo en el texto constitucional, principalmente en el art. 9.2.⁴⁸⁶

A modo de resumen de la problemática que entraña esta dicotomía funcional del bien jurídico, RUDOLPHI señala que mientras que el aspecto dogmático es jurídico-positivo, pero vacío de contenido y puramente formal, el segundo es material, colmado de contenido, pero de carácter político-jurídico, previo al derecho positivo, por lo que ambos son inservibles para el campo de la dogmática penal y especialmente para solucionar el problema de la doctrina del injusto material, sea por causa de naturaleza puramente formal, sea por su carácter prejurídico. La respuesta estaría, según este autor, en conciliar ambos aspectos obteniendo un concepto de bien jurídico que sirva tanto de punto de referencia material para la interpretación de normas positivas penales, como para la creación de nuevas normas penales y pueda ser, de esta forma, fructífero para los planteamientos dogmáticos.⁴⁸⁷ De este modo, caracteriza el bien jurídico como un conjunto de estados valiosos lesionables cuyo reconocimiento debe hacerse dentro del marco constitucional, puesto que la Constitución contiene las decisiones valorativas fundamentales para elaborar un concepto de bien jurídico previo al orden penal. El bien jurídico debe ser “un presupuesto para la vida en común prospera de individuos libres en nuestra sociedad estatal, delimitándolo, a su vez, de las puras ideas morales, cuyo menosprecio carezca de efectos sociales dañosos”.⁴⁸⁸

3.1.1. Concepción constitucionalista

A la hora de solventar el problema que ofrecía la solución de funcionalidad dicotómica del bien jurídico, se emprendió la búsqueda de un concepto que dispusiera de dos orientaciones de signo diverso. Por un lado, se proponía una vuelta hacia el sustrato social que está en la base de protección jurídica penal de bienes y, por otro, buscar en la Constitución, en cuanto a norma fundamental de un orden jurídico dado, aquellos presupuestos vinculantes para la tutela jurídico penal.

⁴⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “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, p. 136 y ss.

⁴⁸⁷ RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsguts Begriffs”. *Festschrift für Richard. M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 158.

⁴⁸⁸ RUDOLPHI, H. J.: “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”. *Nuevo pensamiento penal*, Traduc. BACIGALUPO, nº 5 a 8, 1975, pp. 341 Y SS.

Dejando de lado el primero, al que cabe citar contribuciones como las de AMELUNG O CALLIES, que tuvieron gran influencia en las aportaciones doctrinales españolas del momento⁴⁸⁹, nos centraremos en la llamada concepción constitucional del bien jurídico, mucho más defendida por la doctrina.

La perspectiva constitucional del bien jurídico apareció a comienzos de los años setenta y con el paso de los años ha seguido rumbos diversos principalmente en la doctrina penal alemana y en la italiana.

Los autores alemanes insistieron en el papel central de la Constitución en cuanto a fiel reflejo del sistema de valores imperante en la sociedad para así determinar el daño social y, en consecuencia, el merecimiento de la pena, de la conducta, pero sin llegar a reconocer una verdadera equivalencia entre los bienes jurídicos y los derechos o valores constitucionalmente reconocidos.

El propio RUDOLPHI, buscando una vía para superar los obstáculos encontrados entiende que se debe buscar referencias valorativas previas al legislador pero que sean vinculantes para este, lo cual sólo puede lograrse acudiendo al texto constitucional. Afirma que en la configuración de un concepto de bien jurídico se deben incluir todas aquellas conductas que menoscaban y ponen en peligro los presupuestos para una vida social próspera, fundamentada sobre la libertad y responsabilidad del individuo, muchos de esos valores se encuentran en el texto constitucional a modo de referencias previas para el legislador.⁴⁹⁰

Por su parte, LAGODNY ha tratado de manera extensa la relación entre el Derecho penal y la Constitución y ha observado que son los derechos fundamentales los que ofrecen una delimitación “negativa” del poder del legislador penal a la hora de perseguir una serie de fines que no deberían ser caracterizados como “interés común”.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ La tesis de AMELUNG, K. la defiende GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. en “Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)”, en *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, nº69, 1983, pp. 85-111. La obra de CALLIES, N.J.W. encuentra su reflejo en el trabajo de MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Ed. B de F, Montevideo, Uruguay, 2003, pp. 137 y ss.

⁴⁹⁰RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsguts Begriffs” op. cit., p. 158.

⁴⁹¹LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Ed. Routledge, 1ª edición. Tübinga, 1996, p.147.

Algunos autores italianos y otros españoles han llegado más allá en esta perspectiva estableciendo un estrecho vínculo entre el listado de valores reconocidos constitucionalmente y el de los bienes jurídicos incluidos en el orden penal.

El autor pionero en este contexto fue BRICOLA quién en 1974 publicó el texto “Teoría general del delito” en el cual define el bien jurídico como un “hecho lesivo de un valor constitucionalmente relevante”, haciendo depender la configuración de un hecho como ilícito de la importancia constitucional del valor lesionado. Cierto es que BRICOLA enhebra un concepto en el que la tutela penal puede llegar a extenderse de forma legítima a bienes que únicamente encuentran un reconocimiento únicamente implícito en el texto supremo pudiendo llegar a incluir el ilícito penal un valor privado de relieve constitucional, pero siempre que vaya unido a un valor constitucional por una relación de presuposición necesaria.⁴⁹²

En cuanto a los autores españoles cabe destacar la contribución de GONZÁLEZ RUS al ser el primero en formular una concepción constitucional del bien jurídico en un sentido próximo al iniciado por BRICOLA, en el sentido de encontrar en la Constitución no sólo un marco genérico de referencia, como lo hacían los autores alemanes, sino una auténtica exigencia efectiva de congruencia y significado constitucional de los bienes jurídicos penalmente tutelables para que estos puedan ser incorporados de una manera armónica y completa con el sentir constitucional.⁴⁹³

También MUÑOZ CONDE es uno de sus defensores reconociendo que el Derecho penal protege derechos fundamentales así como otros derechos igualmente reconocidos en la Constitución, como puede ser la propiedad privada.⁴⁹⁴

En los últimos años han aparecido voces contrarias a esta concepción constitucional que señalan que ha ido perdiendo peso durante los últimos años. En el año 2001 el autor italiano DONINI señaló que hoy en día la mayoría de penalistas consideran que no se puede vincular la tutela penal únicamente a los bienes de rango constitucional expreso, y en cuanto a los de rango implícito entiende que daría lugar a una desaparición del significado selectivo en la medida en que podrían incluirse

⁴⁹² BRICOLA, F.: “Teoria generale del reato”. *Separata del Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1994, pp. 7-93.

⁴⁹³ GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien jurídico y Constitución: (bases para una teoría)*. Fundación Juan March. Madrid, 1983, pp. 23 y ss. y 40 y ss.

⁴⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F.: Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (Coords.). Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 562 y ss,

demasiados intereses, incluso de carácter secundario, dentro del número de los considerados legítimos.⁴⁹⁵

También destaca por sus rotundas afirmaciones en contra de la concepción que nos ocupa PULITANO quién rubricó que la Constitución no puede convertirse “en el límite de la reflexión crítica de los problemas penales, ni de la discusión sobre los principios, ni menos aún de la elaboración conceptual de la ciencia jurídica”.⁴⁹⁶

En España, VIVES ANTÓN, cuyas primeras aproximaciones al Derecho penal se producen desde una óptica constitucional, advierte que “hay que huir a toda prisa de la beatería panconstitucionalista, de la actitud que busca anudarlo todo a un precepto constitucional. La Constitución no puede contemplarlo todo, ni debe hacerlo, porque, si lo hiciera, dada su rigidez, el ordenamiento jurídico quedaría bloqueado”.⁴⁹⁷

3.1.2. Concepciones actuales

Tras repasar todas las concepciones y problemáticas actuales que han aparecido en la tarea de acuñar un concepto de bien jurídico que pueda ofrecer una solución a los valores que el Derecho penal debe proteger, nos centramos ahora en el momento presente en el que coexisten planteamientos de muy diversa índole que vamos a tratar de resumir de manera sucinta.

En primer lugar, debemos agrupar en un mismo grupo una serie de autores que se han mostrado muy críticos con el concepto de bien jurídico y las funciones que de este pueden esperarse.

En este sentido, destacan los textos de STRATENWERTH que cuestionan la focalización del Derecho penal únicamente a la protección de los bienes jurídicos, más aún con la ingente cantidad de definiciones que de estos encontramos. Su conclusión se basa en que debido a las diferencias estructurales entre los diferentes objetos de protección jurídico-penal, resulta inviable una única noción de bien jurídico que esté

⁴⁹⁵ DONINI, M.: “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional. Razones y límites: La experiencia italiana”. *Revista penal Dialnet*, Nº 8, 2001, pp. 24-38.

⁴⁹⁶ PULITANO, D.: “Quale scienza del Diritto penale?”. *Criminalia Annuario di scienze penalistiche*, Italia, 2010, pp. 1236-127.

⁴⁹⁷ VIVES ANTÓN, T. S.: “Valoraciones ético-sociales y Jurisprudencia Constitucional. El problema del aborto consentido”. *La libertad como pretexto*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, p. 203.

libre de objeciones, afirmando que “una definición material omnicompreensiva del bien jurídico es la cuadratura del círculo”.⁴⁹⁸

Otras voces doctrinales rechazan su capacidad político-criminal, sin rechazar plenamente el concepto, haciendo hincapié en su función interpretativa o dogmática, premisa que encuentra su origen en el planeamiento que vimos anteriormente en la obra de BINDING.

En esta dirección podemos citar a AMELUNG quién fundamentó su aproximación en el carácter constituyente del bien jurídico que cobra la actuación del legislador.⁴⁹⁹ También HIRSCH acaba por concluir que la validez del Derecho penal no puede estar limitada y determinada por bienes jurídicos previos a él, confirmando que el punto de partida para tales limitaciones sólo puede serlo la pena y la extensión de su legitimación estatal, sin embargo, añade que el concepto de bien jurídico tiene su importancia en la función inmanente al sistema dentro del derecho positivo.⁵⁰⁰

Para otro grupo de autores, no obstante lo anterior, el bien jurídico sigue teniendo una importante función crítica que lo coloca en un primer plano del Derecho penal.

ROXIN, por ejemplo, entiende que puede servir como un instrumento de “delimitación negativa”.⁵⁰¹ Tiene un ligero acercamiento a la doctrina de la materialización. En sus últimos trabajos hace referencia a los bienes jurídicos como “entidades reales” u “objetos”, precisando que no tienen por qué tener una realidad material, sino que basta con que posean una realidad empírica. Termina definiendo los bienes jurídicos “como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”.⁵⁰²

⁴⁹⁸ STRATENWERTH, G.: “Zum Begriff des Rechtsgutes”. ESER/SCHITTENHELM/SCHUMAN (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, p. 682.

⁴⁹⁹ AMELUNG, K.: “El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *op. cit.*, p. 251 y ss.

⁵⁰⁰ HIRSCH, H.J.: “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, p. 368.

⁵⁰¹ ROXIN, C.: “Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen”. Pérez Álvarez, F. (Coord.) *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 657 y ss.

⁵⁰² ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? Hefendehl, R. (Coord.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Ed. Marcial Pons, 2007, pp. 447-448.

Por último, cabe destacar, la línea de pensamiento de otro grupo de autores que vinculan el concepto de bien jurídico con la función de principios alternativos (en principio constitucionalizados) que legitiman y limitan materialmente el Derecho penal, como podría serlo el llamado “principio del daño” (*Harm Principle*), característico del pensamiento anglosajón, u otros principios como el de subsidiariedad, proporcionalidad, etc.

Esta versión podría encajar con el discurso de VIVES ANTÓN, si bien entremezclando la concepción constitucional más moderada, que expone una “concepción procedimental” de bien jurídico afirmando que el principio de exclusividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos únicamente comporta “el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad”. Entiende que el bien jurídico no puede otorgar al ordenamiento todas las funciones que en principio se le asignan, por lo que propone una “concepción procedimental” en la que el bien jurídico supone un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad.⁵⁰³ Ahora bien, su propuesta es cercana a la “concepción constitucional” porque a la hora de determinar de dónde se extraen los bienes jurídicos, acude a la Constitución y, de forma más concreta, a los derechos fundamentales, a partir de los cuáles queda delimitada la legitimación de una protección penal.

Según VOGEL, esta concepción procedimental emerge dentro de una nueva corriente de filosofía jurídica y teoría del derecho que “ya no pretende fundamentar la legitimidad del Derecho en una metafísica natural, de la razón, de la libertad, de la voluntad o de los valores, sino poner en un primer plano una legitimación procedimental a través del entendimiento”. Además, recuerda que en el seno de esta nueva orientación se encuentra el lenguaje y su uso como medio de razón comunicativa o de racionalidad comunicativa.⁵⁰⁴

En esta línea argumental cobra una gran importancia la obra de HABERMAS, quién coloca la legitimidad de las normas sobre la base de que sus destinatarios puedan sentirse autores racionales de las mismas, lo cual sucede cuando estas son fruto del procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa, esto es, del procedimiento democrático, el cual debe asentarse sobre un sistema de derechos que los

⁵⁰³VIVES ANTÓN, T.S.: “Sistema democrático...”, op. cit., pp. 437-438.

⁵⁰⁴ VOGEL, J.: “Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº11, 2003, p. 255.

ciudadanos se reconocen recíprocamente y que se considera fundamental para establecer el marco discursivo y consensual de las normas jurídicas.⁵⁰⁵

3.1.3. Concepción personal

Se debe analizar en otro apartado la concepción que más seguidores ha tenido en los últimos años, la llamada “concepción personal”.

Seguidor de esta teoría es HASSEMER que opina que los bienes jurídicos son “intereses humanos que requieren protección penal” lo cual significa que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona.⁵⁰⁶ Se caracteriza, por tanto, esta concepción por conformar el contenido de la protección penal de la persona y no del Estado o de la sociedad. Según este criterio, las ciencias sociales configuran la búsqueda del bien jurídico. La definición social del delito es su punto de partida para caracterizar el bien jurídico, reduciendo el término a los intereses individuales de la persona complementados por otros bienes jurídicos de carácter colectivo siempre que sean de interés para el desarrollo de la persona.⁵⁰⁷ En esta concepción el principio de ofensividad tiene una base claramente constitucional por lo que podría encuadrarse dentro de las concepciones constitucionalistas.

Según NEUMANN, una conducta es objeto de protección penal únicamente cuando esa acción lesiona un interés humano que requiera protección penal, advirtiendo que con ello se está ofreciendo una condición necesaria pero no suficiente para la criminalización del comportamiento.⁵⁰⁸

Dentro de las concepciones de carácter personalista también podemos encontrar la propuesta de ALCÁCER GUIRAO, puesto que parte de la persona y de su esfera de intereses, en la que el bien jurídico estaría compuesto únicamente por los intereses relacionados con la persona, aunque lo “material” también alcanza intereses

⁵⁰⁵ HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traduc. sobre la 4ª ed. de Jiménez Redondo, M., Ed. Trotta. Madrid, 1998, pp. 147 y ss.

⁵⁰⁶ HASSEMER, W.: “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. En *Doctrina Penal*, nº 46/47, 1989, pp. 275-285

⁵⁰⁷ HASSEMER, W.: “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, 1992, p. 248.

⁵⁰⁸ NEUMANN, U.: “Alternativas: ninguna: Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico”. *CPC* nº 93, pp. 5-16.

“inmateriales” como pueden ser el honor o la libertad. Pese a ello, termina afirmando que lo realmente importante es el proceso ético-político del que debe emanar el bien jurídico, con lo cual surge el problema de delimitar el marco de referencia a partir del cual debe responder el objeto valorado y que, en este caso, se encuentra en un concepto liberal de bien jurídico centrado en la persona y en sus intereses.⁵⁰⁹

Como cabría esperar, esta teoría también se encuentra con voces críticas que la tildan de ofrecer una protección penal restringida a bienes jurídicos de naturaleza personal, olvidándose de aquellos bienes de naturaleza jurídico-penal colectivo o universal y que sus defensores son aquellos que se oponen al llamado proceso de “expansión del derecho penal”⁵¹⁰ que se ha experimentado en las últimas décadas. De este modo, la crítica a la concepción personal suele estar relacionada con la defensa del mencionado proceso.

3.1.4. Conclusión

El Derecho penal, en su búsqueda de legitimidad, debe estar asentado sobre la base de un discurso racional en el cual ocupa un lugar nuclear el criterio del bien jurídico. En esta línea argumental, mediante la teoría del bien jurídico, el Derecho penal encontrará la norma y no será la norma la que encuentre al Derecho penal. Únicamente aquellas conductas que deban restringirse, coartando la libertad de acción social, por considerar que atentan contra un bien jurídico cuya protección merece ser abarcada por el Derecho penal, estarán legitimadas. El discurso se centra en resolver la problemática de la intervención del bien jurídico, bajo criterios racionales, en el proceso de decisión de cuáles son las conductas que deben criminalizarse cuando no existe un consenso general sobre lo que debe considerarse bien jurídico.

Tras analizar las diferentes concepciones de las que parte el estudio sobre el bien jurídico, resulta que las concepciones materiales pueden cumplir perfectamente los intereses político-criminales de enmarcar y trazar ciertos límites al legislador, pero para ello requieren de un marco referencial fuerte. Estas propuestas, desde sus diferentes perspectivas, aportan una precisión conceptual, pero son insuficientes, puesto que, a

⁵⁰⁹ALCÁ CER GUIRAO, R. “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito”. Ed. Atelier, 2003, p. 71 y ss.

⁵¹⁰ Sirva como ejemplo el estudio de SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas, 1ª ed. Madrid, 2001.

menudo aparecen completadas por la exigencia de que los bienes jurídicos deben responder a criterios normativos o programas ético-políticos o a ciertas directrices políticas criminales de base constitucional, lo cual responde en la práctica a una concepción procedimental adherida a la concepción material.

En otro sentido, las concepciones procedimentales, desechan la base material del bien jurídico y únicamente lo entienden en términos de justificación, acudiendo a su dimensión procedimental para encontrar su fin de legitimación, ya sea invocando o no la Constitución como medio que “justifica” los bienes jurídicos, ante todo, los derechos fundamentales.

El populismo social y la creencia racional compartida remite a los derechos humanos. Los derechos fundamentales (los constitucionales) remiten a los derechos humanos. El discurso ético-político y los procedimientos normativos remiten a los derechos humanos. Ni la ley ni la Constitución pueden entrar en conflicto con los derechos humanos, puesto que daría lugar a un injusto legal y la propia Constitución devendría ilegal. Siendo esto así, los derechos humanos conquistados, los que pueden ser afirmados en la historia (de primera, segunda o tercera generación) son los que sientan la base para empezar a delinear el concepto de bien jurídico. MIR PUIG afirma que “los bienes jurídico-penales más indiscutibles han sido reconocidos como derechos humanos por las declaraciones internacionales y como derechos humanos representan intereses del individuo frente al Estado”.⁵¹¹

Los derechos humanos no sólo delimitan aquellos valores que deben ser objeto de protección, sino que también ofrecen un límite negativo al legislador señalando aquello que no debe ampararse, como las meras inmoralidades. De este modo, proporciona una referencia sobre aquellos bienes que merecen ser protegidos penalmente, y en este marco pueden entrar no sólo los derechos generalmente aceptados, sino también aquellos cuyo concepto es ciertamente inaprensible como la dignidad o aquellos otros cuyo contenido es el de un derecho “vacío” como la igualdad. Corresponderá al legislador la configuración del tipo para delimitar las conductas criminales desde la óptica del correspondiente bien jurídico.

⁵¹¹ MIR PUIG, S.: “Límites del normativismo en Derecho penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7, 2005, p. 63.

La concepción procedimental permitiría justificar la protección desde la base de los derechos humanos sobre los que descansan los procesos normativos y los programas ético-políticos. Por otro lado, si una de las funciones del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, estos deben entenderse como una serie de bienes/derechos/objetos de tutela que permitan el libre desarrollo de la persona en todas sus vertientes, siempre en consonancia con un modelo constitucional que haga de la dignidad de la persona fundamento del orden jurídico. Quedaría, de este modo, la concepción personalista vinculada a esos derechos humanos entendidos estos como valores personales o intereses humanos que merecen una protección penal. Una conjunción de ambas perspectivas podría quedar cerca del encuadre de una noción de bien jurídico que se acercara a satisfacer las necesidades que de él se espera.

Ahora bien, a todo ello se debe añadir el eventual reconocimiento de una nueva generación de derechos humanos, con lo cual, habría que complementar tal concepción discursivamente. De este modo, se integraría el concepto: procedimiento legítimo, derechos humanos (intereses personales) y principio discursivo convergerían en la delimitación del concepto de bien jurídico para delimitar un marco referencial que vinculara al legislador y apto para establecer límites negativos y para orientar positivamente la intervención.

4. Desarrollo de propuesta

4.1.Unidad de bien jurídico protegido. Distintos grados de afectación

La primera cuestión que se debe resolver es si existe un solo bien jurídico que es el objeto de tutela de las diferentes “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como unidad o, si bien, cada una de ellas afecta de una forma diferente a un “interés personal” que el Derecho penal debe proteger.

Para contestar a esta crucial pregunta, argumentaré en base a varios elementos a través de los cuales se puede justificar la respuesta: derecho comparado, jurisprudencia del TEDH y, por último, analizaré, en un epígrafe aparte, el delito de trata de seres humanos en nuestro derecho interno, única forma de sometimiento extremo que, hasta ahora, se castiga en nuestro Código Penal, para determinar el bien jurídico protegido en este tipo.

4.1.1. Derecho comparado. Ubicación sistemática en los distintos códigos penales

La ubicación sistemática en la que los diferentes legisladores de países de nuestro entorno jurídico han decidido castigar las diferentes formas de explotación o sometimiento extremo, resulta de sumo interés para desentrañar cuál es el interés jurídico que se ha pretendido proteger. Teniendo en cuenta que la norma penal tutela un bien jurídico que es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico penal, político-criminalmente puede resultar esclarecedor cuál ha sido la decisión de cada uno de los Estados a la hora de castigar estas conductas.

El Código Penal italiano castiga varias formas de explotación extrema del ser humano, entre ellas la trata y el sometimiento a esclavitud en el Capítulo III (“De los delitos contra la libertad individual”) dentro del Título II de la Parte Especial (“Delitos contra la personalidad individual”).

La doctrina italiana entiende que se puede interpretar de esta ubicación que el objeto de tutela es la libertad en un sentido amplio, es decir, no un aspecto concreto de ella sino una noción de libertad que incorpora una protección al libre desarrollo de la personalidad y la capacidad del individuo de autodeterminarse, tutelando como derecho fundamental el de la dignidad humana que estaría vinculado a ese término de libertad.⁵¹²

El concepto de libertad debe entenderse, según afirma la doctrina italiana, con todas aquellas condiciones de autonomía que son necesarias para que el individuo pueda determinar, en base a su voluntad, las diferentes elecciones que tornan fundamentales en su existencia, lo cual tiene más que ver con la propia libertad que con la dignidad. Esta amalgama de derechos conforma el llamado “status libertatis”, una noción que incorpora todos estos objetos de tutela y que plasma lo que significaría la vulneración de una serie de derechos fundamentales que se contienen en un derecho de libertad en un sentido amplio.

Los delitos que se contienen en este apartado y, por tanto, bajo este prisma de tutela son la reducción o sometimiento a esclavitud o servidumbre (art. 600), la trata de personas (art. 601) y la adquisición o alienación de esclavos (art. 602).

⁵¹² Entre otros CARUSO, G.: *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale. Contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003*, n. 28, Cedam. Padova, 2005, pp. 203 y ss; MANTOVANI, F.: “Delitti contro la persona” en *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Ed. Cedam, 5ª edición, Italia, 2014, pp. 256.

El Código Penal alemán contempla la figura de la trata junto con diferentes resultados de explotación, de manera que lo castiga conjuntamente. Estos delitos están recogidos en el Capítulo 18 de la parte especial del StGB en los delitos contra la libertad personal. La doctrina alemana identifica estas conductas como una violación de la dignidad de la persona que supone una afrenta y un quebrantamiento a la libertad, considerando por tanto, que el objeto de protección debe ser la libertad en sentido amplio puesto que estas formas de explotación suponen un grado de control de la persona que vulnera su capacidad de autodeterminación personal.⁵¹³

De nuevo nos encontramos con una ubicación sistemática que nos revela la intención del legislador de proteger la violación de la libertad de la persona como objeto de tutela principal de estos tipos delictivos.

El Código Penal portugués castiga de forma conjunta el delito de trata junto con sus diferentes resultados de explotación en el art. 160, se contemplan estos tipos en el capítulo dedicado a los delitos contra la libertad. Además, recoge un tipo específico de esclavitud, no como resultado del proceso de trata, sino como un delito autónomo en el art. 159. Se repite en el caso de Portugal la ubicación de estas formas de explotación en los delitos contra la libertad.

En Francia se regula por un lado la trata de personas y por otro se castigan las diferentes explotaciones del ser humano, aunque todas ellas están incluidas en el Capítulo que se encuentra tras los delitos de discriminación y antes de los dedicados al proxenetismo, entre los delitos contra la dignidad de la persona, derecho fundamental que encuentra su reflejo en todas las violaciones de derechos humanos sea cual sea el objeto de tutela de la conducta punible. La organización sistémica de los delitos del Código Penal francés es la siguiente:

- Trata de personas: Capítulo IV del Título II Libro II CP las conductas que castigan el delito de trata de seres humanos en la sección 1 bis, después de la dedica a los delitos de discriminación y antes de los relativos al proxenetismo, entre los delitos contra la dignidad de las personas.

- Trabajo forzoso y servidumbre: en la Sección 3 del Capítulo IV del Título II del Libro II.

⁵¹³VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El Delito de Trata de Seres Humanos...*, op. cit., p. 313.

- Esclavitud y explotación de personas esclavizadas: Sección 1 del Capítulo IV del Título II del Libro II.

El ordenamiento jurídico de Reino Unido con respecto a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” viene desarrollado en la *Modern Slavery Act 2015*, texto normativo que recoge la esclavitud y servidumbre, trabajo forzoso, y trata de seres humanos con fines de sometimiento a explotación de naturaleza no sexual, como las figuras antes mencionadas, o de naturaleza sexual. Debido a que Reino Unido no consta de un único cuerpo normativo en el que estén todos los delitos, no podemos intuir cuál fue la intención del legislador a la hora de castigar estos comportamientos.

El Código Penal argentino castiga el delito de reducción a esclavitud o servidumbre en el artículo 140 y el delito de trata de personas en los artículos 145 bis y 145 ter, quedando incorporados en el Capítulo I, “Delitos contra la libertad individual”, del Título V, “De los delitos contra la libertad”, con lo cual, queda clara la intención del legislador al establecer estos tipos entre los delitos que protegen la libertad. Sin embargo, pese a considerar este objeto de tutela, son muchos los autores argentinos que advierten que es una empresa complicada establecer una versión de bien jurídico única debido a la multiplicidad de violaciones que se producen en este tipo de delitos, vulnerándose otros bienes como la dignidad humana, la libre disposición y la intangibilidad de las personas entre otros muchos. Es por ello que se ha llegado a la conclusión de que nos encontramos ante un bien jurídico amplio, en cuanto a la pluriofensividad de las acciones que pueden llegar a realizarse, lo cual se refleja en la afectación del individuo no sólo desde una óptica constitucional sino desde otros muchos intereses que pueden llegar a verse afectados. Se ha definido en este sentido un concepto de libertad amplio que abarque toda capacidad de decisión de la persona, manifestándose tanto en un derecho de hacer como de no hacer e incluso en un derecho de impedir que otros hagan.⁵¹⁴ Se desprende de esta reflexión que existen otros bienes amparados como pueden ser la vida, la integridad física o la integridad sexual.⁵¹⁵

México contempla 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 todas las formas de explotación que en este estudio nos interesan, pero lo hace de una manera compleja, ya que, La ley general regula de forma individualizada

⁵¹⁴ AMANS, C./NAGER, S.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 177.

⁵¹⁵ RIVERA, E./MARTÍNEZ, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 388.

los diferentes fines de explotación del delito de trata de personas además de tipificar algunos de ellos como delitos independientes. Entre ellos nos encontramos con el trabajo forzoso, con la esclavitud y con la servidumbre, además de con otras “prácticas análogas a la esclavitud” como el matrimonio forzoso y la servidumbre por deudas y de la gleba. Según la doctrina mexicana, todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” tienen un elemento común la explotación de la persona traducida en un atentado contra la libertad personal, objeto que aunque no se plasme de manera directa en un derecho concreto, se convierte en un elemento crucial para su comprensión y posterior erradicación.⁵¹⁶

Por último, el Código Penal español únicamente contempla el delito de trata de personas en el art. 177 bis del Título VII bis en el Libro II. Se encuentra ubicado tras el Título VII dedicado a los delitos contra la integridad moral. El legislador nacional en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 mediante la cual se incorpora el delito de trata de seres humanos a nuestro Código Penal considera que es un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Reflexionemos sobre la intención de nuestro legislador más adelante.

Se desprende de la ubicación de los delitos que castigan las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” en todos los códigos analizados que, pese a que, debido a las características de las violaciones producidas por las formas de explotación extrema a las que se ve sometido el ser humano que hacen que sean mucho los derechos vulnerados, exista una unidad de objeto de tutela que se eleva por encima del resto, la libertad, que tiene la capacidad de unificar en un sola dirección toda la amalgama de intereses que el legislador pretende proteger. Todas las formas de sometimiento extremo se incorporan en un mismo capítulo, ya sean de forma separada o como resultado de la trata, lo cual indica que el desvalor de acción ataca de forma directa un mismo bien jurídico, sea cual sea, reflexión esta que no está exenta de intenso debate.

Si existen varias formas de explotación extrema, pero con unidad de bien jurídico, se infiere que este objeto tutelado será atacado en distintos grados según sea, posiblemente, el nivel de control de la persona y, por ende, la restricción de autonomía y de libertad a la que se vea sometido el individuo. Esto nos lleva a pensar que pese a estar hablando de “formas de esclavitud”, como ya he analizado en otra parte de este

⁵¹⁶ En este sentido DE LA TORRE MARTÍNEZ, C.: “Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre”. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, p. 5.

trabajo, el término no puede llevarnos a confundir que, pese a que necesitemos reflexionar desde una perspectiva sociológica, penalmente hablando se deben separar y poner límites a cada uno de los que, posteriormente, se convertirán en distintos tipos delictivos, aunque todos ellos queden contemplados bajo un mismo halo de protección contra la libertad del ser humano, libertad concebida como un objeto de tutela polifacético o pluriofensivo en el cual se incorporan una serie de derechos, intereses y valores tales como la dignidad humana, la integridad moral, el derecho a la vida o a la seguridad.

4.1.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de otros

Tribunales Internacionales en base al análisis del bien jurídico unitario

El CEDH establece en su artículo 4, que lleva por título “Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, lo siguiente:

- 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.*

Bajo estas prohibiciones vinculantes para todos los Estados Miembros de la Unión Europea, se encierran una serie de conductas que destruyen la personalidad del individuo en mayor o menor medida, será el TEDH el encargado de interpretar las definiciones de la normativa internacional para dotar de contenido a cada una de las explotaciones extremas que bajo este epígrafe contienen las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, incluida la trata de seres humanos, recorrido que no ha sido fácil y que

sigue dejando más sombras que luces en lo que al delineamiento de cada una de las figuras se refiere.

En este apartado, se pretende conseguir una aproximación al bien jurídico que tutelan las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” a través del contenido de las sentencias que ha ido formulando el TEDH en la materia que nos ocupa.

En la sentencia *Siliadin*⁵¹⁷, el TEDH analiza la situación de sometimiento a la que se encuentra sometida una niña menor de edad. Además de llamar la atención a la nación francesa porque en ese momento incumplía las obligaciones positivas que se derivan de los convenios internacionales al no haber transpuesto a su legislación interna los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, esta sentencia resulta de un gran interés por que, por un lado el TEDH interpreta que la esclavitud no puede darse a día de hoy al considerar esta explotación como una manifestación directa de un auténtico derecho de propiedad sobre una persona, con lo que, al estar prohibido este tipo de derecho sobre las personas, resulta del todo imposible que pueda existir un delito de estas características, obviando, de este modo, la interpretación que debería haber hecho del artículo 1 del Convenio sobre Esclavitud de 1926 como una esclavitud no de derecho (“*de iure*”) sino de hecho (“*de facto*”) en la cual lo que se manifiesta sobre la persona sometida no es un derecho de propiedad en sí mismo sino alguno de los atributos o incidentes del derecho de propiedad, lo que implica un grado de control que sería, efectivamente, equivalente a posesión, característica o manifestación que nos revela un verdadero sometimiento a esclavitud.

Ese grado de control niega la disponibilidad que la persona tiene de su propia ser, plasmándose en la pérdida de toma de sus propias decisiones y atentando contra su libertad en todos los sentidos en los que esta se pueda manifestar. Por otra parte, el TEDH también se refiere a la servidumbre y analiza si la pequeña Siliadin se encuentra sometida a esta forma de sometimiento extremo, puesto que desechó que pudiera estar sometida a esclavitud por la limitada interpretación que hace sobre esta, interpretando que la servidumbre es “una forma de negación de libertad particularmente grave” (ver informe de la Comisión en el asunto *Van Droogenbroeck* contra Bélgica de 9 de julio de 1980 serie B, vol. 44, p. 30, pp. 78-80) que está vinculada con la obligación de prestar

⁵¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin* contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

servicios bajo el imperio de la coacción y que se encuentra estrechamente relacionada con la noción de esclavitud.

El TEDH entiende que ambas violaciones atacan de forma directa a la libertad de la persona, en el sentido en el que esta se ve obligada a realizar todas aquellas conductas que el explotador le indique sin tener en cuenta sus propios intereses. También se puede interpretar de esta decisión del TEDH que entiende que cada una de las explotaciones afectan de una forma distinta a la libertad de la persona, puesto que sitúa a la esclavitud como la máxima expresión de dominio de la persona sobre la cual se ejercería un verdadero derecho de propiedad, a la servidumbre como una forma que vulnera especialmente grave la libertad de la persona y al trabajo forzoso como una forma de explotación grave pero situada por debajo de las anteriores. Con todo ello en mente, queda claro que también para el TEDH existiría una unidad de bien jurídico que se manifiesta en diferentes grados según sea la afectación y la vulneración a la que se vea sometida la persona.

En el caso *Rantsev*⁵¹⁸ el TEDH incorpora al contenido del artículo 4 del CEDH la trata de personas aunque no esté explícitamente citado en el mismo. Considera que esta forma de explotación actúa en contra del espíritu y la finalidad del CEDH y que forma parte de esta sin necesidad de entrar a evaluar cuál de los tres tipos de explotación se adaptan mejor al fenómeno de la trata puesto que es una conducta que quebranta la dignidad de la persona y las libertades fundamentales que están expuestas en el Convenio y que, por tanto, se encuentra comprendida en el tenor del art. 4 de forma implícita.

De esta reflexión del TEDH también podemos extraer conclusiones interesantes: si la trata se encuentra efectivamente cubierta o protegida por el artículo 4 de la CEDH, entonces también se puede entender que muestra las mismas características en cuanto a bien jurídico y ámbito de actuación que las explotaciones extremas que efectivamente se encuentran contenidas en esta disposición. Por tanto, el fenómeno de la trata, pese a ser un proceso que puede conducir, o no, a una grave forma de explotación extrema, se considera un delito autónomo en sí mismo, cuya afectación al objeto de tutela dependerá del resultado de explotación en el que termine, pero que comprende una grave violación de los derechos humanos, exista o no un resultado de explotación, que podemos situar

⁵¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v Cyprus and Russia* (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010.

de forma más precisa en un atentado contra la dignidad humana y de forma más concreta contra la libertad individual de la persona, tal y como defiende el TEDH al incorporarlo dentro de las formas de explotación sitas en el art. 4 CEDH.

El TEDH también se refirió a la servidumbre en el caso C.N. y V. contra Francia,⁵¹⁹ en el cual vuelve a citar el estudio de la Comisión en el asunto *Van Droogenbroeck* contra Bélgica añadiendo que el concepto de servidumbre, además de ser considerada “una negación de la libertad particularmente grave”, se le obliga a la persona a vivir en la propiedad de los demás, sin ser capaz de cambiar su condición, lo cual hace que pueda considerarse una forma de trabajo forzoso agravada puesto que la víctima siente que su condición es inmutable y que no puede escapar de ella, es decir, que no depende de ella el salir de esa situación, no es libre de determinar su propia realidad. Sin embargo, en el trabajo forzoso la víctima es explotada, pero en su lugar de trabajo, lo cual hace que el individuo entienda o tenga la sensación de que esa “vinculación laboral” no va a durar más allá de lo que sea necesario para cumplir sus objetivos, de manera que puede escapar de ella.

De nuevo el TEDH deja claro mediante este planteamiento, que, pese a que la persona pueda vivir una experiencia de explotación similar a la esclavitud, a la hora de hablar desde una perspectiva técnico-jurídica, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso y del grado de control personal al que se vea sometido el individuo, que podamos hablar de otra forma de explotación, esto es, en el caso de Marras, el TEDH entiende que el trabajo forzoso, pese a suponer una grave forma de explotación, no llegaría a la intensidad de un sometimiento a servidumbre, considerado más grave porque existe una mayor pérdida de la libertad de la persona al extenderse su control no sólo al ámbito laboral si no a su propia vida, sobre la cual, la persona siente que no tiene ninguna libertad para autodeterminarse y que su relación con el explotador es inmutable en el tiempo. De esta reflexión se interpreta que la graduación de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” depende de la pérdida de la libertad de la persona, sirviendo, nuevamente, este argumento como apoyo a mi teoría del bien jurídico unitario y de los diferentes niveles de afectación.

⁵¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. c. Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012.

El trabajo forzoso u obligatorio es objeto de análisis e interpretación en el caso *Van der Mussele* contra Bélgica.⁵²⁰ El TEDH realiza un estudio pormenorizado sometiendo el concepto a un exhaustivo estudio de cada uno de sus elementos partiendo del concepto que se encuentra establecido en el Convenio N° 29 de la OIT. No vamos a repetir lo que ya se ha dicho en capítulos anteriores, valga únicamente volver a mencionar aquí, para lo que nos interesa, que el trabajo forzoso se considera un trabajo al que se somete a una persona bajo la amenaza de una pena y para el cual no se ha ofrecido voluntariamente y que, además de que la persona realice el trabajo en contra de su voluntad, será necesario que la obligación de llevarlo a cabo sea injusta y opresiva. No se puede deducir de esta interpretación del TEDH que exista ningún elemento que apoye la teoría de que la persona sea controlada en todas las facetas de su vida, es por ello, que se puede decir que el trabajo forzoso sería la forma de explotación extrema en la que, entendida como una violación de los derechos humanos, la persona sigue poseyendo cierto grado de libertad en tu toma de decisiones. Y desde luego, nos reafirmamos en la idea de que no todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” son “formas de esclavitud”, técnicamente hablando.

Hago referencia, como muestra de apoyo a mis argumentos, a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en concreto al caso *Kunarac*,⁵²¹ ya que, el Tribunal comienza su discusión advirtiendo que la esclavitud, como crimen de lesa humanidad en el Derecho internacional consuetudinario, existe cuando se ejercen alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona y que, pese a que esta definición pueda parecer más amplia de lo que hasta entonces se había interpretado, la trata de esclavos, la servidumbre y el trabajo forzoso se encuentran en otras áreas del Derecho internacional, de manera que, comienza separándolas y resaltando que su estudio debe hacerse desde diferentes ópticas.

Con respecto a la esclavitud, el Tribunal se basa en la existencia de una serie de factores como son el grado de control sobre el poder de circulación de una persona, de su contexto físico, el control psicológico o la toma de decisiones, utilizando para ello medios tales como el uso de la fuerza, las amaneas, etc. Estos resultados, sin importar

⁵²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Van der Mussele* contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983.

⁵²¹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Kunarac* y otros (núm. IT-96-23/1-T), n22 de febrero de 2001.

cuáles fueron los medios, puesto que pueden existir tantos como nos permita nuestra imaginación, implican un grado de control tal que la persona pierde su propia identidad, determinando una pérdida total de libertad, en palabras del propio tribunal, “manifestándose un ejercicio de los atributos del derecho de propiedad”, como por ejemplo, la posesión, la compra, la venta o la cesión de una persona. Apuntó también que en el caso de estas diversas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, la víctima no está sujeta al ejercicio de los derechos más extremos de la propiedad asociados a la “esclavitud del bien mueble” (lo que sería una esclavitud “*de iure*”), pero en todos los casos, como consecuencia del ejercicio de alguno o todos de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, hay cierta destrucción de la personalidad jurídica, la destrucción es mayor en el caso de “esclavitud del bien mueble”, pero la diferencia es de grado.

La Sala de Apelaciones va un paso más allá advirtiendo que la ley no se refiere a un derecho de propiedad sobre una persona, sino que el artículo 1.1 de la Convención sobre Esclavitud 1926 habla con más detalle de un individuo sobre el cual “alguno o todos los poderes atribuidos al derecho de propiedad son ejercidos”. Por tanto, la existencia de la esclavitud dependerá de la existencia de una pérdida de la libertad que se manifieste en el control físico, psicológico o de circulación de la persona, dejando claro que se deben pasar las diferentes formas de control según se ejerza o no sobre la persona un poder que esté vinculado con el derecho de propiedad de forma que la persona pierda todo control sobre su vida y, por tanto, sobre su libertad en sentido amplio. Podemos decir que todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” implican un cierto grado de quebrantamiento de varios derechos humanos, de varios derechos fundamentales de la persona, pero la diferencia está precisamente en eso, en el grado de violación de esos valores que quedan reflejados en único objeto de tutela cuya afectación se engloba en un “status libertatis” que será vulnerado en mayor grado en el caso de la esclavitud, y en menor grado en un sometimiento a servidumbre y trabajo forzoso respectivamente.

Por último, en la búsqueda de un objeto de tutela común vulnerado en diferentes grados que da lugar a las diversas formas de explotación extrema, debemos extraer la información que nos revela el caso *Tang*⁵²² sobre el entendimiento del Tribunal Supremo Australiano a este respecto. Con respecto a la esclavitud, se acerca mucho a la

⁵²² Tribunal Supremo de Australia, caso *The Queen v Tang*, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008.

opinión del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, pero profundiza más en la definición contenida en el art. 1.1 del Convenio sobre Esclavitud de 1926 ya que analiza cada uno de los elementos que la componen, es decir, las palabras “estado o condición”, “alguno o todos” y “atributos del derecho de propiedad”, concluyendo que todas ellas hacen referencia a la intención del legislador de que la definición incorpora una esclavitud clásica o esclavitud “*de iure*” y una esclavitud actual o esclavitud “*de facto*” que es la que puede ser de aplicación hoy en día.

Para determinar si una persona está efectivamente sometida al yugo de la esclavitud se debe observar cual es la calidad de la relación entre la persona explotada y el explotador, es decir, los poderes que se ejercen sobre ella, esos poderes deben ser del tipo y del grado que se atribuirían a un derecho de propiedad si ese derecho fuera legalmente posible, y no poderes que son indicativos de un empleo duro, ya sea en general o en un momento determinado, lo cual determinaría una pérdida de libertad de la persona debido al alto grado de control a la que se ve sometida.

La importancia de los poderes que se ejercen reside en su naturaleza, debemos analizar la capacidad que tiene el explotador de tratar a la persona como una mercancía y la capacidad de ejercer un control sobre ella que esté vinculado con elementos que incapaciten el poder de decisión del sometido, es decir, la importancia no está en la fuente de los poderes de la persona que explota, sino en la relación que se establece entre ambos individuos. El fundamento de la explotación no está en el medio, que puede ser un indicativo de la existencia de un sometimiento, sino en el resultado final, en el lugar en el que deja a la persona explotada, en la incapacidad de esta para poner término al posible acuerdo que tuviera. El ataque hacia a la persona no está en la violencia física, que también, por lo que no podemos buscar un bien jurídico que trate de defender los medios por los cuales se llega a someter a una persona, sino que debemos irnos hasta el último eslabón, hasta el último hilo del cual pende la vida de la persona, ese valor intrínseco que es destruido del último aliento de libertad de la víctima que es exhalado cuando acaba cediendo a la verdad atroz: que no es libre de controlar su vida.

Acuñar un concepto tan inaprensible pasa por el convencimiento de que, por muy duro que nos resulte, la violencia física, las amenazas o las coacciones, están relacionadas con otros valores, con otras formas de protección que, sin duda, el legislador debe tener en cuenta y proteger, pero no son de utilidad para nuestros intereses. Debemos superar el concepto básico de afectación de la persona en esa

primera fase y llegar hasta su propio límite, aquel en el cual encontramos un conglomerado de bienes que han ido siendo vulnerados hasta intentar concentrarlos todos en uno sólo que tenga la capacidad de reflejar qué bien merece ser protegido, cuál es el valor humano que más sufre, o más bien, con cual podemos proteger todo el sometimiento del ser humano que pierde su propia vida.

En el análisis de todas las sentencias hemos encontrado un elemento, un bien, un valor común a todas las violaciones que, llegados al momento de la explotación, sin saber cuál es el límite de tiempo acaba resumiendo la vulneración de la persona. Según cada uno de los Tribunales internacionales el dominio de la persona supone en el fondo, la pérdida de libertad. Si tenemos que estudiar la calidad, la naturaleza de la relación para saber en qué grado de violación nos encontramos, tenemos que analizar cuál es la pérdida de libertad según el grado de control. Es decir, existe una equidad entre la calidad de la relación y la pérdida de libertad reflejada en el grado de control de la persona sometida, puesto que una se explica resolviendo la otra.

Dentro de esa amalgama de derechos quebrantados, ocupa un lugar nuclear que consideramos puede resumir y servir como estandarte para el resto de los derechos el término de libertad en sentido amplio, de libertad como razón de ser para todo ser humano, ese “*status libertatis*” al que ya nos hemos referido y que analizaremos con más detenimiento a continuación para estudiar cuál es la composición del mismo, porque no podemos obviar que en esa mezcla de bienes y valores confluyen otros tantos objetos de tutela que van siendo vulnerados a lo largo del sometimiento, una serie de derechos propios del ser humano que son sustraídos y quebrantados hasta lograr robar la propia vida.

4.2. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas

Tras hacer un extenso repaso del panorama internacional y de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios e internacionales parece claro que las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” son un gravísimo atentado contra los derechos humanos que aparecen representados, en primer lugar, por un quebrantamiento de lo que hace al ser humano persona, de la misma dignidad con la que nace todo hombre o mujer. Esta violación supone un retroceso en la conquista por los derechos. Cualquier forma extrema de explotación, sea del grado o intensidad que sea, afecta de un modo

concreto al repertorio de valores que se presupone que el ser humano disfruta por haber nacido con ellos y haberlos conquistado de forma efectiva a lo largo de la historia.

El hecho de estar reconocidos a nivel internacional no es sino una confirmación de algo que es nuestro por derecho propio, y el sometimiento del ser humano al yugo de otro, convierte a la primera en un medio para un fin, desposeyéndola del criterio y decisión que la configuran como ente propio y libre. Esa afectación puede plasmarse en la violación de una suerte de derechos. En este trabajo se pretende identificarlos y dotarlos de nombre y contenido.

Vaya por delante que en el enjambre de violaciones de objetos de tutela que se producen a través de los distintos sometimientos extremos del ser humano se deben identificar de forma clara y concisa aquellos que el legislador considere los adecuados para ser objeto de protección del Derecho penal, serán los que ilustren el catálogo de intereses quebrantados a través de las conductas susceptibles de castigo, pero no por ello serán los únicos afectados. Con esto quiero adelantar que existe un complejo compuesto de derechos que se pretende identificar con un único bien jurídico y esto supone una innegable propuesta de reducción por parte de los estudiosos en la materia, necesaria por otra parte para simplificar el asunto. Podríamos hablar efectivamente de un bien jurídico pluriofensivo como propone una parte de la doctrina que se analizará más adelante, en tanto en cuanto efectivamente son muchos los intereses jurídicos afectados por las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, pero mi propuesta supone unificarlos en un solo que englobe todos los derechos quebrantados.

Dicho esto, toca aterrizar en nuestro derecho doméstico para poner los pies en el suelo y ser conscientes de nuestra realidad. De entre todas las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que he identificado en este trabajo y que, por precisar, suponen explotaciones extremas del ser humano en distintos grados de afectación del bien jurídico que estamos por determinar, el Código Penal español únicamente castiga una, olvidándose o teniendo por innecesarias la implementación del resto de los tipos que castiguen las otras formas de sometimiento extremo.

Como ya se ha dicho en páginas anteriores, el delito de trata de seres humanos se encuentra ubicado en el art. 177 bis del Título VII bis en el Libro II tras el Título VII dedicado a los delitos contra la integridad moral, lo cual da muestra de la intención del legislador de considerarlo un delito que atenta contra el derecho a la integridad moral.

Sin embargo, del estudio de la exposición de motivos de la L.O. 5/2010 se infiere que a través de este delito se quiere proteger a las personas de un grave atentado contra la dignidad y la libertad.

Lo que hace el legislador español haciendo referencia a la dignidad y a la libertad como bienes jurídicos protegidos en el delito de trata es reflejar lo que dicen los textos normativos comunitarios e internacionales al respecto de este delito. De este modo, en el Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas se establece en su art. 2 que una de las finalidades del Protocolo es proteger a las víctimas de la trata, tutelando sus derechos humanos, dejando claro el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social la relación de este enfoque sobre los derechos humanos con la tutela de la dignidad humana. La Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, indicando en su considerando 3 que este delito es una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y de la dignidad. Por citar un último ejemplo, el CEDH se refiere en su preámbulo a 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”, expresión que aparece casi de manera literal en la Exposición de Motivos de la reforma de 2010.

En efecto, el propio legislador es consciente de la variedad de derechos y afectaciones que entran en juego en esta clase de dominaciones extremas de la persona, siendo tarea harto complicada unificar los criterios y entramados que den a lugar a un único objeto de protección.

En este punto del trabajo, considero necesario desentrañar la problemática del bien jurídico en el delito de trata para que este nos lleve de la mano hacia el objeto de protección que debe ser el núcleo del resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Para ello, empezaremos por el principio, haciendo un análisis del panorama doctrinal en esta materia.

4.3. Análisis del bien jurídico del artículo 318 bis CP

El art. 318 bis CP es el ancestro del delito de trata de seres humanos y fue, durante mucho tiempo, la única forma de castigar este tipo de conducta. La L.O. 5/2010 separó

y diferenció, con muy buen criterio, ambos delitos introduciendo el art. 177 bis como tipo autónomo del delito de trata de seres humanos y dejando el art. 318 bis CP para castigar la llamada inmigración clandestina en un Título XV bis denominado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

Con la reforma del año 2015 la denominación de inmigración clandestina y el castigo exagerado de tal comportamiento queda atrás, pasando a ser castigada la conducta de “favorecimiento de la inmigración ilegal” quedando armonizada la conducta con las exigencias comunitarias. Ahora el art.318.1 bis sanciona a “El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”. De este modo, castiga las conductas establecidas artículo 1 de la Directiva 2002/90/CE, letra a). El artículo 318.2 bis sanciona a “El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros”, quedando contemplado el comportamiento referido en el artículo 1 letra b) de la Directiva.

El estudio del inmediato predecesor del delito de trata de seres humanos me parece oportuno, puesto que, aportar las ideas doctrinales sobre este delito nos sitúa en una situación privilegiada para lograr un pleno conocimiento de lo que el legislador pretendió tutelar con la incorporación del delito de trata.

En este sentido, del análisis del bien jurídico de este delito antes de la incorporación del delito de trata en el año 2010, se infiere que la doctrina se encontraba dividida en dos grupos bien diferenciados. Por un lado, aquellos que consideraban que el bien jurídico protegido era un bien colectivo, como puede ser el control de los flujos migratorios, y, por otro, aquellos que mantenían que se protegía un bien de carácter individual.

4.3.1. Bien jurídico colectivo

En defensa de esta posición encontramos a ARROYO ZAPATERO quién sostuvo que el objeto de protección de este delito era la política migratoria del Estado. En opinión de este autor, este artículo pretendía controlar los flujos migratorios para poder

preservar un nivel de prestaciones sociales adecuado en el Estado del bienestar, ya que podrían verse puestas en peligro con la llegada masiva e incontrolada de extranjeros.⁵²³

Comparte esta posición, aunque con ciertas puntualizaciones RODRÍGUEZ MONTAÑÉS para la que existían dos intereses protegidos: por una parte, el interés colectivo de mantener controlado el flujo migratorio y, por otra, la protección de los derechos básicos de los inmigrantes entendidos estos como un colectivo. Entiende así que los derechos individuales de los extranjeros constituyen más bien un medio para un fin que quedaría plasmado en la protección del bien jurídico supranacional del orden socioeconómico en un sentido amplio, puesto que, para esta autora, la migración constituye un problema socioeconómico que abarca intereses estatales, instituyéndose en una cuestión de Estado.⁵²⁴

Por citar otros autores que defienden una posición parecida, podríamos nombrar a GUARDIOLA GARCÍA⁵²⁵ o MARTÍNEZ ESCAMILLA⁵²⁶ quien tomando como base esta identificación del bien jurídico llega a cuestionar la posible constitucionalidad del artículo sosteniendo una posible lesión del principio de lesividad.

4.3.2. Bien jurídico individual

Los defensores de esta postura fueron los que en su momento obtuvieron mayor apoyo doctrinal considerando una interpretación restrictiva del tipo penal. Desde este punto de vista, se ha identificado la protección de distintos bienes jurídicos, a saber:

- 1) Protección del derecho de los extranjeros a alcanzar la plena integración social.⁵²⁷
Protección del estatus jurídico del extranjero.⁵²⁸

⁵²³ ARROYO ZAPATERO, L.: "Propuesta de un euro-delito de trata de seres humanos", en Arroyo Zapatero, L. /Berdugo Gómez de la Torre, J.R. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. II. Cuenca, 2001, pp. 32 y 33.

⁵²⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Ley de extranjería y derecho penal". *La Ley*, diario N° 5261, 2001, pp. 1737 y 1738.

⁵²⁵ GUARDIOLA GARCÍA, J.: "Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentarios a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 13, 2005, pp. 17.

⁵²⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 CP*. Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pp. 140 y 159 y ss.

⁵²⁷ RODRÍGUEZ BENOT, A./HORNERO MÉNDEZ, C.: *El nuevo Derecho de Extranjería*. Ed. Comares. Granada, 2001, pp. 389

⁵²⁸ RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Partiendo de esta premisa, la conducta de tráfico ilegal no sería la que privaría de sus propios derechos a los extranjeros, sino que, más bien, lo haría el propio Derecho Administrativo que situaría en una situación de desamparo al inmigrante al no reconocerle un estatus jurídico legal y pleno desde el momento en el que cruzan de forma irregular nuestras fronteras.

2) Otro amplio sector de la doctrina defendió que el bien jurídico protegido era la dignidad humana. Sin embargo, en vista del tenor literal y la configuración que en su momento tenía el art. 318 bis, esta postura no era fácil de sostener. Aunque bien es cierto que, tras la reforma de 2010, consiguió que se reforzaran sus ideas y que ofreciera mejor rendimiento a la hora de identificar el bien jurídico protegido del nuevo delito del art. 177 bis CP, ganando nuevos adeptos que pasaron a entender que el bien jurídico protegido en este nuevo tipo penal era la dignidad humana.⁵²⁹

Por aportar una idea singular, nombrar también a PÉREZ CEPEDA, quien considera que el bien jurídico que pretende proteger este delito es la dignidad humana, pero no la de cualquier individuo, sino sólo la de los extranjeros, es decir, la de un grupo o colectivo bien caracterizado que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. Por tanto, en opinión de esta autora, con este delito no sólo se protege la dignidad individual, sino también la colectiva de este grupo de personas, los extranjeros.⁵³⁰

Con la incorporación del nuevo art. 177 bis, esta postura queda superada al integrar la protección del artículo a nacionales y extranjeros, cosa que, sin duda, resulta lo más coherente, ya que, si este artículo únicamente protegiera la dignidad humana del colectivo extranjero, cuándo la víctima fuera un nacional ¿cuál sería el bien jurídico? ¿no tendría protección bajo el amparo de este artículo? Ciertamente es que el inmigrante se encuentra en una situación de especial desamparo y necesidad que posibilita el aprovechamiento de su persona, pero eso es culpa del propio Derecho administrativo del país de acogida, lo cual no significa que se produzca un cambio de bienes jurídicos

⁵²⁹ Entre otros muchos autores que sostenían que la dignidad humana era el bien jurídico protegido ya en el art. 318 bis, podemos citar los siguientes: VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres...*, op. cit., p. 385; GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*, op. cit., pp. 207 y ss; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: "Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005, pp. 805 y 806; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2007, pp. 149.

⁵³⁰ PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op. cit., pp. 172 y 175.

según quién sea la víctima. La efectiva protección de la norma es la misma sea cual sea el destinatario, aunque la sensibilidad de aplicación para unos sea mayor que para otros.

Desde que apareció el art. 318 bis y el legislador castiga, además de conductas propias de la inmigración clandestina, aquellas otras destinadas a la protección de la persona frente al tráfico ilegal de seres humanos, se supone aparejada una protección de la dignidad inherente a toda persona por el hecho de serlo. Y es que, si tomamos la dignidad como presupuesto de derecho básico que se tiene sin haberlo ganado, la intención del legislador era la protección del derecho de la persona por el hecho de serlo, a no destruir su humanidad siendo tratado como un elemento susceptible de negocio, protege la no cosificación de la persona, porque antes de vulnerar otros muchos derechos, se está destruyendo la dignidad humana como elemento de base, concretada de manera muy especial en el derecho que más se ha relacionado con la esclavitud a lo largo de la historia, la libertad.

3) Por último, para terminar el breve repaso al análisis del bien jurídico del art. 318 bis, debemos mencionar las ideas expuestas por el grupo doctrinal que se sitúa en contra de las ideas mantenidas por los defensores de la protección de la dignidad humana y que centraron su atención en identificar la integridad moral como objeto de protección de este artículo. Una de sus premisas fue la de superar las dificultades que suponía situar en un concepto etéreo como el de dignidad un bien jurídico y proyectarlo en un derecho fundamental que tuviera un contenido definido como el de integridad moral. Como primer exponente de postura encontramos a DE LEÓN VILLALBA que considera que el tráfico de personas constituye un ejemplo perfecto de trato inhumano y degradante, expresión que define perfectamente a la integridad moral.⁵³¹ A esta idea también se han referido otros autores como LAURENZO COPELLO⁵³², MAQUEDA ABREU⁵³³ o PÉREZ ALONSO. Este último autor mantiene una posición ecléctica, asumiendo dos situaciones distintas dentro del mismo artículo: la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes y el tráfico ilegal o trata de personas.

⁵³¹ DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 250.

⁵³² LAURENZO COPELLO, P.: "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, Nº12. 2003, pp. 71 y ss

⁵³³ MAQUEDA ABREU, M.L.: "¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma". *Revista de derecho y proceso penal*, Nº. 11, Dialnet, 2004, p. 40.

Establece, de este modo, una dualidad de bienes jurídicos según se refiera a una u otra situación del mismo precepto, dotándolos de una entidad y autonomía propia al afirmar que “el bien jurídico protegido en la inmigración clandestina es el interés estatal el controlar el transfronterizo de personas, de acuerdo con la política migratoria fijada por el Estado en el ejercicio de su soberanía territorial para preservar sus propios intereses, fundamentalmente de cohesión social y de tipo socioeconómico”, mientras que, en lo que respecta al tráfico de personas, que más tarde se concretaría en el delito de trata, entiende que “supone una violación de los derechos más básicos de la persona que se plasman fundamentalmente en un atentado contra al derecho a la libertad, seguridad y dignidad personal, concretada esta última en el derecho a la integridad moral.”⁵³⁴ Con la aparición del art. 177 bis en 2010, se concreta de forma efectiva la idea del profesor PÉREZ ALONSO que se adelantó a la evolución legislativa al separar dos conductas dentro del mismo precepto 318 bis, puesto que se regula de forma autónoma la trata de seres humanos, quedando la inmigración clandestina tipificada en el art. 318 bis y concretándose las distintas conductas en la aparición de dos intereses diferentes a tutelar por parte del Código Penal.

Lo expuesto hasta ahora nos sirve como punto de partida para llevar a cabo el análisis del objeto de tutela del art. 177 bis CP, pero teniendo en cuenta que el art. 318 bis antes de la reforma de 2010 era el único tipo a través del cual podía castigarse la conducta que queda reflejada en la trata de seres humanos. Tras la reforma de 2010 y la incorporación del art. 177 bis CP como tipo autónomo y diferenciado del delito de inmigración clandestina, resulta necesario ahondar en la búsqueda de un bien jurídico independiente de aquel y propio de los actos que se manifiestan en el delito de trata.

4.4. Análisis del bien jurídico del art. 177 bis CP, el delito de trata de personas

La discusión doctrinal en nuestro país sobre el objeto de tutela del delito de trata de personas ha quedado configurada principalmente en la defensa de dos bienes distintos: la dignidad humana y la integridad moral.

En este apartado voy a analizar los distintos argumentos de los autores para situarnos en posición de entender cuál es el interés que se ataca a través de las conductas

⁵³⁴ PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas...*, op. cit., pp. 355 y ss.

que llegan a materializarse en el delito de trata de seres humanos, lo cual nos servirá para aportar un punto de vista propio sobre esta consideración y localizar un bien jurídico que, bajo mi punto de vista tiene la capacidad de refundir todos los intereses que deben ser protegidos en este delito y que siempre ha caracterizado el pensamiento social en las discusiones sobre la esclavitud, puesto que es lo primero que pierde el sometido y que caracteriza el comportamiento del ser humano, un derecho relacionado con otros muchos y que define la pérdida de una vida que pasa a ser dirigida por otros, es el derecho a la libertad concretado en el concepto de “*status libertatis*”.

4.4.1. Integridad moral como bien jurídico

Recordemos que el sector doctrinal que centra su atención en la integridad moral lo hacen, principalmente, por la difícil aprehensión de la dignidad como concepto jurídico apoyado por su falta de carácter de derecho fundamental, así como por la estrecha relación del trato inhumano y degradante con la trata de seres humanos, fórmula definitoria de la integridad moral.

Encontramos una precisa definición en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha venido a definir la integridad moral como “el derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos”.⁵³⁵ En otra sentencia, afirmó que la integridad física y moral protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”.⁵³⁶ En esta misma resolución se añade que son tratos inhumanos o degradantes susceptibles de vulnerar la dignidad moral de otras personas “aquellos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento”.

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha entrado a considerar esta materia dando lugar a definir este derecho diciendo: “[...] integridad moral, dado que ésta – como manifestación directa de la dignidad humana – comprende tanto las facetas de la responsabilidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la

⁵³⁵ STC, 120/1990, de 2 de julio.

⁵³⁶ STC, 137/1990, de 19 de julio.

autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano [...].”⁵³⁷ En otra sentencia considera que la “integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.”⁵³⁸

En efecto, de las palabras de ambos tribunales se deduce que la idea nuclear del concepto de integridad moral es el derecho a la identidad de la propia persona, al equilibrio físico y a la autoestima, es el derecho al equilibrio bio-psicosocial de cada ser humano según sean sus propias circunstancias personales. Es el derecho inherente a vivir como ser humano que dota de sentido al derecho a la vida. Es el derecho a su unicidad como persona, esto es, a desarrollar libremente su personalidad y al complemento de todas sus limitaciones por parte de la sociedad para que, según se manifieste ese desarrollo, pueda verse convertido en un individuo que será único.

Nuevamente el Tribunal Constitucional nos advierte que “la integridad moral estaría compuesto en vía negativa por elementos subjetivos como la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota de dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque”. Continúa diciendo que “en un esfuerzo por reconstruir la laxitud de la descripción típica en la sentencia 294/2003 de 16 de abril, se enuncian los siguientes elementos típicos:

- 1) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- 2) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- 3) 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, a la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizado caso a caso”.⁵³⁹

⁵³⁷ STS, 588/2000, 6 de abril del 2000.

⁵³⁸ STS, 175/2001, 3 de octubre de 2001.

⁵³⁹ STC, 137/2008, 18 de febrero de 2008.

En lo que respecta a los autores que defienden este derecho como objeto de tutela del delito de trata de seres humanos, RODRÍGUEZ MESA establece un concepto de integridad moral amplio que quedaría vinculado con el “conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permita la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre albedrío y desarrollo de acuerdo con su condición de persona”.⁵⁴⁰

MARTOS NÚÑEZ se refiere al bien jurídico en el delito de trata como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido, configurándola como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el “ser humano” sea considerado un puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, lícito o ilícito.⁵⁴¹

Por su parte, POMARES CINTAS entiende que el delito de trata puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como personal. Además, puntualiza que a esta situación se ve sometida la víctima en contra de su voluntad, o bien, sin consentimiento válido.⁵⁴²

Otro grupo de autores contemplan un concepto de integridad moral más limitado e identificado únicamente con la integridad física.⁵⁴³ Este derecho incluye el concepto de estado de la persona física en su plenitud, incorporando todas aquellas conductas que vulneren y afecten a la integridad corporal.

Como señala el Tribunal Constitucional,⁵⁴⁴ protege el derecho de la persona a la incolumidad corporal, es decir, el derecho de la persona a no sufrir lesión, menoscabo o intervención alguna en su cuerpo, o incluso en su apariencia externa, sin su

⁵⁴⁰ RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por los funcionarios públicos*, Ed. Comares. Granada, 2000, p. 165.

⁵⁴¹ MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 4 y ss.

⁵⁴² POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Artículos Nº 13-15, Año 2011, p. 6.

⁵⁴³En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al art. 15 de la CE”. En Alzaga Villamil, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984.

⁵⁴⁴ STC, 207/1996, 16 de diciembre de 1996.

consentimiento. También afectan a este derecho aquellas actuaciones que generen un peligro grave y cierto para la salud del afectado⁵⁴⁵. En este contexto deben ser enmarcadas las conductas de acoso moral de la persona, que ve con ella afectada su dignidad profesional⁵⁴⁶.

Recientemente ha configurado el propio Tribunal Constitucional los elementos que deben aparecer en una conducta para que pueda suponer un quebrantamiento del artículo 15 CE, estableciendo: que exista una causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o sometimiento al “riesgo relevante” de sufrirlos; que exista un nexo causal entre la conducta y el resultado lesivo; y que para exista un trato degradante se debe ocasionar, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad, traducándose en sensaciones de temor, angustia e inferioridad susceptibles de quebrantar su resistencia física o moral⁵⁴⁷.

También el Tribunal Supremo ha indicado la relación del concepto de integridad moral con la dignidad e inviolabilidad de la persona⁵⁴⁸, nombrando en reiterada jurisprudencia los elementos que configuran el atentado contra la integridad moral: “Un acto claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto pasivo; la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; y que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima”⁵⁴⁹.

Como vemos, ambos Tribunales consideran que el elemento central de vulneración a la integridad moral es el derecho de la persona de no sufrir sentimientos de dolor, padecimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores⁵⁵⁰. En este se expresa DE LA MATA BARRANCO al resumir este contenido como un derecho a que no se vulnere la “inviolabilidad del espíritu”⁵⁵¹.

En mi opinión, esta noción no englobaría la protección de todos los intereses quebrantados en el tipo, más aún cuando el concepto de integridad moral llega a abarcar muchas más opciones que la integridad física, la cual, como parece obvio, quedaría

⁵⁴⁵ STC, 220/2005, 31 de enero de 2005.

⁵⁴⁶ STC, 106/2011, 20 de junio de 2011.

⁵⁴⁷ STC, 56/2019, 6 de mayo de 2019.

⁵⁴⁸ STS, 28/2015, 11 de febrero de 2015.

⁵⁴⁹ STS, 715/2016, 26 de septiembre de 2016.

⁵⁵⁰ STS, 19/2015, 22 de enero de 2015.

⁵⁵¹ PÉREZ MACHÍO, A.I./DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los conceptos que lo definen”, *Servicio Editorial Universidad del País Vasco*, 2005, p. 142 y ss..

incorporada como uno de los valores que componen este derecho, pero no como el único. Supone, por tanto, un derecho excesivamente limitado y poco funcional que no puede identificarse, en este caso, como el bien jurídico protegido de este delito.

Por su parte, PÉREZ ALONSO considera que el derecho a la integridad moral carece de un valor único y propio y de un contenido claro y preciso. En su opinión, 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. Continúa diciendo que el contenido positivo de este derecho complejo entronca directamente con la dignidad humana, como una expresión más de los derechos y valores inherentes a la persona. Para este autor es 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 destaca, a la hora de hacer 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. Afirma que entre los actos que provocan tal cosificación de la persona, sin duda alguna, se deben incluir la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. De este modo, concluye que esta delimitación negativa conduce a entender a la integridad moral como el derecho a no ser sometido a tales actos.⁵⁵²

Otros autores relacionan la integridad moral con el “remanente” que completa el concepto de lo “específicamente humano” en el derecho a la dignidad humana. En este sentido ALONSO ÁLAMO subraya que “la línea entre la dignidad y la integridad moral, si la hubiera, sería extremadamente fina” planteándose que “si con el reconocimiento del derecho a la integridad moral (se entiende, como bien jurídico) se está concretando el núcleo esencial, el último reducto, de la dignidad”.⁵⁵³

⁵⁵²PÉREZ 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 y 154.

⁵⁵³ 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 La Ley*, 2007, p. 6.

PÉREZ MACHÍO, sin embargo, después de examinar las distintas posiciones sobre la integridad moral: como una manifestación de la dignidad, o como contenido esencial del derecho a la integridad personal, o como expresión de la voluntad individual, o como derecho que garantiza la prohibición de las torturas y de los tratos inhumanos y degradantes, concluye que no puede establecerse una relación de equivalencia entre dignidad e integridad moral “que impida su diferenciación y conceptualización autónomas”.⁵⁵⁴

En otra consideración distinta, MUÑOZ SÁNCHEZ entiende que el derecho a la integridad moral tiene un contenido plenamente subjetivo y lo relaciona con el derecho que tiene una persona a no “sufrir sensaciones de dolor” o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores.⁵⁵⁵

En definitiva, la cuestión que se plantea entre este grupo de autores, sea desde un punto de vista o desde otro, es si se podría establecer la integridad moral como una concreción de la dignidad, como un último reducto íntimo y personal de la dignidad humana, de este humano, la protección del núcleo esencial de la dignidad no quedaría “excesivamente en el aire”.⁵⁵⁶

Por último, BENÍTEZ ORTÚZAR entendió en una primera aproximación que “con las conductas descritas en el tipo, ya sea con finalidad de explotación laboral, sexual u otra similar, lo que se afecta directamente son las bases más elementales de la dignidad de la persona, su integridad moral en su sentido más puro, cosificándola y degradándola a una categoría inferior de la persona”. Más adelante añadió a esta premisa la idea de que “las formas comisivas exigidas en el tipo llevan a considerar que se trata de un delito pluriofensivo, en el que junto a la integridad moral se tutela la libertad de la persona. Dignidad y libertad conformarían el bien jurídico protegido y la conjunción de la dignidad con la libertad compone, sin lugar a dudas, la integridad moral.”⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ PÉREZ MACHÍO, A.I./DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los conceptos que lo definen”, op. cit., pp. 142 y ss.

⁵⁵⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 24

⁵⁵⁶ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES: “¿Protección penal de la dignidad? ...”, op. cit., p. 7.

⁵⁵⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Morillas Cuevas, L. (Coord.). Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 227-228.

Para aclarar bien estas ideas, podemos resumir las distintas acepciones que se han utilizado sobre el concepto de integridad moral para configurarla como bien jurídico en las siguientes:

- 1) Identificación la idea de incolumidad. Esto es, ser tratado como persona y no como cosa.
- 2) Definición de integridad moral con la idea de tratar a la persona de manera humillante y vejatoria. Es decir, tratar a la persona con actos tales que la humillen y la degraden, lo cual viene implícito en el mismo concepto de trato degradante.
- 3) Identificación con la idea de vulnerar la autonomía de la voluntad. Se exige humillación y envilecimiento a la hora de quebrar la voluntad de la persona en tanto que se considera el núcleo de su voluntad moral.

Todas estas concepciones requieren, en mayor o menor medida, que el ataque contra el interés que se pretende tutelar produzca en el destinatario sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento. En el delito de trata el autor lleva a cabo una serie de actos típicos en cada una de las fases en las que se entiende dividido el tipo que, de por sí, inducen estas íntimas reacciones en el sujeto pasivo. Sin embargo, no son estas las únicas proyecciones que el individuo atacado experimenta en su esfera personal.

Elevando a la categoría de bien jurídico el derecho a la integridad moral como valor o interés que represente todos los posibles ataques o vulneraciones de derechos que pueden manifestarse en la persona del sujeto pasivo, quedarían fuera del ámbito de protección aquellas facetas o aspectos que no pertenecen a la esfera más personal del individuo, esto es, aquellas decisiones que consisten en la propia libertad de autodeterminación personal en todos los sentidos que el concepto de “autodeterminación” pueda incorporar. No sólo se ven afectados los procesos íntimos, y sin duda relevantes, de humillación y vejación por el trato recibido, sino que, a la par o, quizás, por encima de ellos deben destacarse unos valores o, más bien, un conglomerado de ellos, que deben refundirse en una sola expresión o fórmula merecedora de postularse como la bandera de todos ellos en el proceso de la trata.

Además, las acciones que definen la vulneración de un concepto amplio de integridad moral se identifican con actos que tienden a humillar y degradar con el objetivo de convertir a la persona en un mero instrumento, por tanto, se puede

considerar como parte integrante de los actos del sujeto pasivo la intención de que se produzcan esas reacciones propias del ser humano. Esta premisa tiene una implicación fundamental en la resolución del conflicto del bien jurídico y es que si consideramos el derecho a la integridad moral como bien jurídico del delito de trata de personas estaríamos afirmando que la finalidad de las acciones típicas del sujeto que comete los actos que dan lugar a la conducta castigada es la de provocar esa humillación y vejación en el sujeto pasivo a través del trato recibido por este, dando lugar a una serie de reacciones en su esfera más íntima y personal que producen la vulneración de su integridad moral.

Sin embargo, por lo que se ha estudiado hasta este punto, el delito de trata supone una vejación para la persona sometida, pero no es esa la finalidad que persigue el autor. En el propio proceso que conduce a la explotación de la persona se pueden llegar a vulnerar un amplio espectro de derechos y se añaden otros tantos si, efectivamente, se llega a explotar a la víctima. La necesidad de aunarlos en un solo bien jurídico supone un esfuerzo por parte de la doctrina para recopilar todo ese abanico de valores que se ven afectados en uno que sea capaz de reflejar las intenciones de los actos que se cometen contra la persona que se ve privada de la parte más física, material y moral de su esfera de derechos, la de decidir y obrar como un ente autónomo. Las reacciones involuntarias que acompañan al quebrantamiento de esos valores, se produzcan o no, no deben ser el objeto de protección del artículo. Tanto es así, que la intención última del autor será, generalmente, la obtención de un beneficio económico. La trata de personas es un proceso, un proceso en el cual, la última estación es la explotación de la persona, precisamente para generar una ganancia. Esta explotación puede producirse o no, de ello dependerá el grado de afectación del bien jurídico que aquí se intenta desentrañar, pero es el mismo proceso de trata el que aquí se debe considerar, se produzca o no la finalidad de explotación que se prevé en el artículo.

4.4.2. Dignidad humana como bien jurídico

La dignidad humana no solo es un derecho del hombre, es el fundamento básico de cada uno de los derechos inherente a la persona por el hecho de serlo. No en vano, los textos normativos internacionales, comunitarios y nacionales hacen expresas referencias a su carácter de presupuesto básico de derecho. Así, por ejemplo, el

Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas, pese a no recoger una mención explícita al valor tutelado mediante la trata, sí considera, en su artículo 2, que uno de los objetivos del Protocolo debe ser la protección de la víctima a través de la protección de sus derechos humanos. Sobre este punto arroja cierta luz el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social (informe sobre principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas) al explicar que este enfoque de protección de derechos humanos está directamente relacionado con la tutela de la dignidad humana.

Existe una suerte de consenso universal sobre su carácter de justificación última que se traduce en su incorporación en todos los textos legales. De la dignidad de la persona como valor central emanan la justicia, la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad que son dimensiones básicas de la persona y que, como tales, promocionan como valores que determinan la existencia y legitimidad de todos los derechos.

Con el fin de profundizar en el significado, origen e importancia de este concepto hay que hacer referencia al autor que origina la concepción actual del significado de dignidad humana, KANT. El filósofo de Königsberg, en sus obras “Fundamentación de la metafísica de costumbres y principios metafísicos del Derecho” sostiene una premisa sobre de la dignidad de la persona humana en la que considera que “los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres irracionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto). Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma un fin”.⁵⁵⁸ Ese elemento teleológico, no puramente negativo, consustancial a la dignidad de la persona humana es la que permite afirmarla como sujeto. La dignidad significa para Kant “que la persona humana no tiene precio, sino dignidad”, aquello que “constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo,

⁵⁵⁸ KANT, I.: *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*. Ed. Aguilar, 5ª edición, Buenos Aires, 1978, pp. 110-111.

eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad”.

En efecto, ya desde la antigüedad se entiende el concepto de dignidad como un elemento que engloba otros muchos intereses fundamentales de la persona y que hace que ésta se convierta en un ente con derechos inherentes por el hecho de serlo.

Ahora bien, para lo que nos interesa, la identificación de la dignidad humana con el derecho tutelado en el delito de trata seres humanos no se distancia excesivamente de la posición estudiada anteriormente por parte de quienes sostienen que se protege la integridad moral en sentido amplio, siempre que a ésta se la acabe identificando con el conjunto de atributos que corresponden a la esencia humana (como ya se ha advertido anteriormente).

Sin embargo, para los autores que defienden la dignidad como objeto de tutela en este delito, el concepto de integridad moral es demasiado “estrecho” frente a todas las vulneraciones que se manifiestan a través de las conductas que componen el delito de trata. Además, al utilizar el concepto de dignidad en vez el de integridad moral, se escapa a un concepto “excesivamente local” y se es más coherente con lo dispuesto en la normativa internacional, en la que se nombra a la dignidad en cada texto, ajustándose, además, a la entidad transnacional que se observa en este tipo.⁵⁵⁹

Otros argumentos usados por los defensores de la dignidad como bien jurídico son la el refrendo legal en los instrumentos internacionales y europeos y la propia ubicación sistemática del nuevo Título XVII bis además de la mención expresa que realiza la ley de reforma en su preámbulo.⁵⁶⁰

De entre los instrumentos normativos internacionales y comunitarios que se refieren a la dignidad entre los derechos que merecen ser objeto de protección y que vinculan al Estado español nos encontramos, como ya se ha dicho, con el Protocolo de Palermo en el que se indica que entre las finalidades que guían la adopción del

⁵⁵⁹ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., pp. 397.

⁵⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., pp. 396 y ss.; ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal y dignidad humana...”, op. cit., pp. 42 y 43; DÍAZ MORGADO, C.: *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis Doctoral Universidad de Barcelona, 2014, pp. 101 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 396 y ss. Para un enfoque crítico de estos argumentos MOYA GUILLEM, C.: *Trata de seres humanos con fines de extracción de órganos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 123 y ss.

Protocolo está la de proteger a las víctimas de la trata de personas tutelando sus derechos humanos. De tal forma que, en el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social (informe sobre principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas) se indica la relación de esta perspectiva con la dignidad humana. También, en su momento, la Decisión Marco 2002/628/JAI se refería en su considerando 3 al fenómeno que nos ocupa como una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad y la Directiva que la sustituye, la 2011/36/UE subraya que supone un grave atentado contra los derechos humanos. En este sentido, el Convenio de Varsovia de 2005 insiste en su preámbulo en 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. Como vemos, todos los textos hacen referencia a la dignidad humana y no a la integridad moral.

En apoyo de esta rama de la doctrina debe citarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en STS 538/2016, de 17 de junio⁵⁶¹ argumenta que el bien jurídico protegido “es la dignidad, que está caracterizada por ser una cualidad que adorna y protege y a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido. Esta afirmación del Tribunal Supremo recuerda a una referencia directa a lo establecido en el Preámbulo de la ley de reforma penal de 2010. De este modo, en STS 144/2018, de 22 de marzo⁵⁶², afirma que “en cuanto a los bienes jurídicos que tutela la norma penal es indiscutible que se centran en la libertad y la dignidad de las personas. Y hay acuerdo también en la jurisprudencia y en la doctrina en considerar como conceptos estrechamente vinculados a la interpretación del tipo penal el traslado el desarraigo, la indefensión la cosificación y la comercialización de las víctimas”.⁵⁶³

Los autores que defienden este discurso, parten de la premisa de que la trata de considerarse un delito a nivel global y, por tanto, el interés que se debe proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de un

⁵⁶¹ STS, 538/2016, 17 de junio de 2016.

⁵⁶² STS, 144/2018, 22 de marzo de 2018.

⁵⁶³ En este sentido también STS, 17/2014, 28 de enero de 2014; 270/2016, 5 de abril de 2016; 396/2019; 24 de julio de 2019; 544/2019, 13 de noviembre de 2019; y el ATS 164/2014, 13 de febrero de 2014.

reconocimiento a ese mismo nivel, como lo es, la dignidad humana, que además sería el interés personal más adecuado para configurarse como bien jurídico.⁵⁶⁴

En este sentido y definiendo, como he hecho anteriormente, el concepto de dignidad para acercarnos a su caracterización como bien jurídico protegido, GONZÁLEZ PÉREZ considera que tratar a la persona como fin en sí misma supone que ésta no pueda ser cosificada, por lo que la protección de la dignidad requerirá la protección jurídica frente a cualquier cosificación, subrayando que no puede concebirse que una persona constituya un mero objeto en las relaciones, de manera que sólo las cosas y los seres irracionales pueden ser objeto del derecho de otro, pero no una persona, tal y como sucede en la esclavitud.⁵⁶⁵

Ha sido necesaria la construcción de un concepto positivo de dignidad humana por parte de la doctrina para poder erigirla como bien jurídico y así apoyar sus tesis sobre la materia. A este respecto, se ha desechado un concepto intangible de dignidad y se ha avanzado hacia un concepto que se identifique, no solamente con la perspectiva formal consistente en la interdicción de instrumentalizar al hombre o de cosificarlo, sino que se complete con las referencias tanto a la integridad –física y moral-, a la libertad individual, a la igualdad formal y, finalmente, a la participación en la adopción de decisiones públicas e incluso al acceso a prestaciones sociales en el marco de un sistema económico justo.⁵⁶⁶

También se refiere a la dignidad como algo específicamente humano ALONSO ÁLAMO, quién reitera que es de este derecho de donde derivan y descansan los derechos personalísimos en el sentido más jurídico, derechos tales como la vida, la integridad, la libertad, el honor, la intimidad, etc. Incluso, los derechos humanos en su dimensión constitucional.⁵⁶⁷ En palabras de este autor “la nueva orientación sistemática en un Título propio a continuación de los delitos contra integridad moral y la regulación conjunta de la trata con fines de explotación y de la dirigida a la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad, así como de la dirigida a extraer sus órganos corporales, no deja duda

⁵⁶⁴ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., pp. 401.

⁵⁶⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 115 y 170.

⁵⁶⁶ Se desarrolla ampliamente la construcción de un concepto positivo de dignidad en Alemania en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 25 y ss.

⁵⁶⁷ ALONSO ÁLAMO, M. “¿Protección penal de la dignidad? ...”, op. cit., p. 3.

al respecto: la ley toma en cuenta la reducción a objeto de la persona, su aniquilación como tal, su tratamiento como si no tuviera dignidad”.⁵⁶⁸

Por su parte QUERALT JIMÉNEZ justifica su discurso en base al carácter destructor de la personalidad de la conducta que conlleva los actos propios de la trata, diciendo que “el bien jurídico penalmente protegido aquí tiene grandes resonancias y, por una vez, son las adecuadas, la dignidad humana. Quienes se dedican a la trata de personas no conciben a sus congéneres como tales: los cosifican y, por tanto, les privan de la más leve brizna de humanidad. Esta, junto con otras lacras, como las del hambre, son incompatibles con la dignidad humana y chocan frontalmente, degradándola, la opulenta sociedad avanzada en la que vive el mundo occidental, como si de una fortaleza se tratara”.⁵⁶⁹

También VILLACAMPA ESTIARTE apoya su idea en la vulneración de la personalidad misma del ser humano en el delito de trata. Considera que este tipo implica un atentado en la misma línea de flotación de la personalidad humana, ya que supone una vulneración de la esencia misma de la persona, negándole así su humanidad, por lo que, debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el que integre el bien jurídico protegido por este delito. De este modo, reacciona frente al proceso de juridificación y de su mera conversión en objeto de imputación operado por el positivismo jurídico.⁵⁷⁰ Por ello, entiende que frente a la atomización de la esencia de la personalidad humana sobre la base de un concreto conjunto de derechos fundamentales, debe reclamarse el derecho a ser tratado como persona y no como objeto material con el que se comercia, lo cual tiene que encontrar su amparo penal bajo la protección de la dignidad.⁵⁷¹ Además, considera que si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interesa proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. Con lo cual, concluye que la dignidad

⁵⁶⁸ 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*, nº12, 2011, pp. 43.

⁵⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ; J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*. 6ª edición, Ed. Atelier, Barcelona 2010, p.183.

⁵⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., p.404. También en este sentido, en la doctrina penal italiana CARUSO, G.: *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma...*, op. cit., pp. 207-238.

⁵⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata...*, op. cit., p. 404.

humana no solo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso.⁵⁷²

En esta misma línea, considera QUINTERO OLIVARES, que el derecho a la dignidad, al dotarla de contenido positivo, viene referida a un conglomerado de derechos fundamentales y que nada impide su consideración de bien jurídico protegido en el delito de trata. Continúa afirmando que no debe olvidarse que este delito no viene constituido por un acto singular, sino que describe un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal.⁵⁷³

Dentro de este grupo doctrinal también podemos incluir otros autores que defienden la dignidad de la persona como bien jurídico en el delito de trata, como pueden ser TERRADILLOS BASOCO⁵⁷⁴ o CUGAT MAURÍ.⁵⁷⁵

En contraposición con la tesis de este sector doctrinal, se postula otro grupo de autores que cuestiona la viabilidad del derecho a la dignidad de la persona como bien jurídico del delito de trata de seres humanos. Justifican su rechazo en la idea de que siendo la dignidad un derecho inherente a la persona y que de ella emanan los derechos fundamentales, unido a su consideración como principio material antepuesto a los citados derechos e inspirador de los valores reconocidos en la Constitución, no puede competirle al Derecho penal la protección directa de la dignidad, sino concreciones de la misma tales como: vida, integridad, libertad, honor, etc. De este modo, la protección de la dignidad quedaría proyectada como telón de fondo de los tipos delictivos que protegen bienes jurídicos conformados por derechos fundamentales o, incluso, detrás de toda protección que competa al Derecho penal, pero en ningún caso podría ser susceptible de protección directa.

De esta forma se expresa GRACIA MARTÍN quien sostiene que la dignidad humana no es ningún bien jurídico, sino que es un atributo totalizador, una síntesis de la

⁵⁷² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación". *Anuario da Facultade de Dereito da Universida de da Coruña*, Nº 14, 2010, pp.838.

⁵⁷³ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 5ª edición, Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2005, p. 283.

⁵⁷⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Trata de seres humanos". Álvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 208.

⁵⁷⁵ CUGAT MAURI, M.: "Trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)". Quintero Olivares, G. (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur, Menor 2010, p. 160.

totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, de todo bien jurídico de carácter personalísimo como: vida integridad física, salud personal, libertad, honor, etc. Todos estos atributos compondrían o serían reconducidos en última instancia a la dignidad de la persona, pero esta no puede ser un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un determinado comportamiento punible.⁵⁷⁶ En semejantes términos, señala DÍEZ RIPOLLÉS que el concepto de dignidad personal es “poco adecuado para caracterizar un bien jurídico”.⁵⁷⁷ CERZO MIR observa la dignidad, no como bien jurídico en sentido estricto, sino que su respeto sería 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 Derecho⁵⁷⁸. Se observa un hilo conductor en el discurso de estos autores y es que fundamentan su rechazo bajo la premisa de que la dignidad de la persona no es un interés más, sino que tiene una posición “nuclear” y que de ella emanan los derechos esenciales de la persona.

Otra importante argumento de posicionamiento en contra es que la dignidad es un concepto demasiado etéreo y de difícil aprehensión y que, por tanto, no está lo suficiente definido como para ser bien jurídico.⁵⁷⁹

En apoyo a estas ideas y como justificación a favor de la falta de consistencia de la dignidad como bien jurídico protegido debo señalar que su consideración como valor, como fundamento de todos y cada uno de los derechos fundamentales, sumado a la imposibilidad de sustentación de un recurso de amparo sobre la base de la sola vulneración de la dignidad (tal como se deriva del art. 53.2 de la Constitución Española⁵⁸⁰) ha dado lugar a que la jurisprudencia constitucional se haya ocupado de su

⁵⁷⁶ GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”. *Revista Actualidad Penal*, 1996, pp. 581 y ss.

⁵⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”. *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 6, 2000, pp. 69-102

⁵⁷⁸ CERZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. 6ª. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, p. 20.

⁵⁷⁹ En este sentido se han expresado PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 158-159; GARCÍA GARCÍA, C.: “El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Universidad de Murcia, Departamento de Derecho Civil*, Murcia, 2003, pp. 31 y ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, op. cit., p. 73 y ss; QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 281.

⁵⁸⁰ Dispone el art. 53.2 CE “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

vulneración siempre en relación con la de alguno de los derechos contemplados en el art. 14 o en la sección 1ª Capítulo II CE, lo cual es debido a la pobreza en el desarrollo del contenido positivo de este concepto derivado de la forma concreta en el que el mismo es articulado en nuestra Constitución y al hecho de que no se encuentre en el catálogo de derechos fundamentales de la misma. Lo cual hace que resulte aún más problemático dotarlo de un contenido tal que pueda erigirse de forma autónoma como bien jurídico protegido de un delito.

La dificultad terminológica del concepto, o conceptos, de dignidad, su fundamentación en los derechos de la persona, la función informadora e interpretativa de los mismos y su contemplación como principio material de justicia limitador de las intervenciones punitivas del legislador e informador del ordenamiento jurídico, contribuye a sostener que la dignidad no puede ser protegida directamente por el Derecho penal y que únicamente son tutelables los derechos o intereses en que esta se concreta o manifiesta, lo que podríamos dar en llamar “sus atributos”.

4.4.3. Bien jurídico pluriofensivo

Una gran parte de la doctrina considera que en el delito de trata de seres humanos se protegen diferentes derechos de forma simultánea, sea frente a su posible lesión o meramente frente a su puesta en peligro. Este sector de la doctrina identifica el bien jurídico a proteger en el delito de trata de seres humanos con la dignidad o la integridad moral para posteriormente añadir que también existen otros bienes jurídicos, que denominan de carácter secundario, que son puestos en peligros según sea la finalidad que exige el tipo subjetivo.

Si bien es cierto que pese a que ciertos autores de este sector se postulan a favor de la libertad y la dignidad como bienes jurídicos protegidos tal y como apunta el preámbulo de la ley de reforma de 2010, otros niegan la aparición de la dignidad al no considerarla un derecho que pueda erigirse como bien jurídico e incorporan en sustitución la integridad moral. Incluso, como se verá, existe otro sector que adiciona a estos derechos otros de carácter específico según sea la finalidad de explotación

Para realizar una mejor exposición académica, se procede a agrupar a estos autores según sea el grupo de derechos que se erigen como bien jurídico del tipo⁵⁸¹.

4.4.3.1. Libertad y dignidad-integridad moral

Este grupo de autores considera que se protege tanto la libertad como la dignidad o la integridad moral. Sin embargo, se debe especificar que dentro de este sector doctrinal hay quienes dejan a un lado la dignidad al considerar que esta no puede considerarse un bien jurídico protegido en el ordenamiento español al entender que es un concepto demasiado etéreo y de difícil aprehensión⁵⁸².

Para el grueso de estos autores mediante la tipificación de esta conducta se pretende evitar la instrumentalización/cosificación de la persona para su posterior explotación a favor de terceros. En este sentido MUÑOZ CONDE ubica a efectos expositivos este delito entre los que defienden la integridad moral “en la medida en que las conductas tipificadas en el mismo (...) inciden directamente en la libertad de la víctima, pero afectan también a su dignidad y con ello a su integridad moral”. Define este un bien jurídico doble siendo la razón última de su incriminación autónoma una defensa de la dignidad e integridad moral, a la cual se lesiona mediante diversas formas de atentado a la libertad.⁵⁸³

BENÍTEZ ORTÚZAR, como ya se adelantó en el análisis del bien jurídico integridad moral, afirma que las conductas incluidas en el tipo afectan directamente a las bases más elementales de la dignidad de la persona, su integridad moral en su sentido más puro, cosificándola y degradándola a una categoría inferior de la persona. Añade, además, que las formas comisivas exigidas en el tipo llevan a considerar que se trata de un delito pluriofensivo, en el que junto a la integridad moral se tutela la libertad de la persona. Para este autor dignidad y libertad conformarían el bien jurídico

⁵⁸¹ En este sentido PÉREZ ALONSO, E.: “El bien jurídico protegido en el delito de trata”. En *Homenaje al profesor Zugaldía Espinar*, 2021, (en prensa).

⁵⁸² Entre otros GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, op. cit., pp. 581 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, op. cit., pp. 69-102.; CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, op. cit., p. 20.; PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona*, op. cit., pp. 158-159; GARCÍA GARCÍA, C.: “El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional”, op. cit., pp. 31 y ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, op. cit., p. 73 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 281.

⁵⁸³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 185.

protegido y la conjunción de la dignidad con la libertad compone, sin lugar a dudas, la integridad moral.

RODRÍGUEZ MORALES vincula a este delito la vulneración de derechos humanos básicos donde sitúa la libertad y la dignidad como derechos llamados universales y añade la integridad moral al señalar que “la trata de seres humanos no solo atenta contra la dignidad y la libertad, sino que también se configura como una forma concreta de agresión a la integridad moral del individuo. Queda claramente definida esta afirmación cuando se constata que el sujeto, la mayor parte de las veces, se ve concernido a realizar actos denigrantes para que otros puedan alcanzar la mayor productividad económica a través de su rendimiento y, por tanto, quedar sometidos a una situación que lo anula como persona”.⁵⁸⁴

En esta línea de pensamiento se pueden agrupar a todos aquellos autores que consideran que este tipo delictivo se concibe como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral al existir una instrumentalización del ser humano para llegar a conseguir determinadas utilidades mercantilistas que suponen la anulación de la persona.

4.4.3.2. Libertad-dignidad/integridad moral y otros derechos específicos

Otro amplio sector doctrinal considera que la protección de esta figura delictiva se encuentra articulada por diversos bienes jurídicos simultáneamente al tomar en consideración, principalmente, las distintas finalidades de explotación que se pretenden con el delito de trata, idea que no dista tanto del siguiente punto de estudio, el llamado “*status libertatis*” como bien unificador de distintos valores tutelables, aunque haciendo mayor hincapié en la idea de libertad del ser humano, pero sin desprestigiar bienes tales como la dignidad o la integridad, que podrían ser quebrantados en distintas fases del delito de trata.

Estos autores entienden que, si bien existe lesión de bienes tales como la dignidad, la integridad moral o la libertad en las primeras fases de este delito, se pretende

⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ MORALES, H.: “El impacto de los derechos humanos ante la fenomenología de la esclavitud moderna”. *Cuadernos de Derecho Actual*, nº 9, 2018, pp. 11 y ss.

adelantar la protección de otros en base a una posible posterior explotación, esto es, a una puesta en peligro de los mismos⁵⁸⁵.

En este sentido se expresa MAPELLI CAFFARENA al considerar que donde exista trata existirá al menos una lesión contra la libertad ambulatoria y un peligro para otros bienes jurídicos en función de la naturaleza del traslado, es por ello que lo considera como un delito pluriofensivo, y que se deben sumar como bien jurídico aquellos elementos que hagan referencia a la intención de posterior explotación⁵⁸⁶.

Por su parte POMARES CINTA hace especial énfasis en el atentado contra la dignidad, que justifica su carácter autónomo, tras lo cual, en atención a los fines de explotación afirma que el delito de trata supone también la puesta en peligro de aquellos otros bienes jurídicos protegidos por los delitos a través de los que se manifiesta la finalidad a la que se oriente: delitos contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física, integridad moral, etc.⁵⁸⁷

También podemos añadir a este grupo de autores la idea de DAUNIS RODRÍGUEZ que considera que la conducta típica lesiona la dignidad y la libertad del sujeto pasivo, pero que, a su vez, pone en peligro bienes tales como la libertad sexual, los derechos laborales y la integridad física, según sea la finalidad perseguida sea la explotación sexual, laboral o la extracción de órganos respectivamente⁵⁸⁸.

SANTANA VEGA, también en esta línea doctrinal, identifica los diferentes objetos de tutela que son puestos en peligro por esta conducta delictiva con la libertad e indemnidad sexual, cuando la finalidad de explotación sea la sexual de adultos o menores; los derechos de los trabajadores y la libre competencia, en los casos de

⁵⁸⁵ En este sentido, vid. POMARES CINTAS, E.: "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral", op. cit., p. 6; MARTOS NÚÑEZ, J.A.: "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal", op. cit., p. 101; SANTANA VEGA, D.: "El nuevo delito de trata de seres humanos (L.O. 5/2010), CPC, Número 104, II, Época II, octubre, 2011, p. 84; MAPELLI CAFFARENA, B.: "La trata de seres humanos". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, pp. 25-62; OLAIZOLA NOGALES, I.: "A vueltas con la inmigración clandestina y el nuevo delito de trata de personas". En, *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 472; CUERDA ARNAU, M.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 196; GUIASOLA LERMA, C.: "Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p.p. 188 y 189.

⁵⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B.: "La trata de seres humanos", op. cit., pp. 25-62, p.49.

⁵⁸⁷ POMARES CINTAS, E.: *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 123.

⁵⁸⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: "El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código Penal", en Zuñiga Rodríguez, L./Gorió Barranco, M.C./Fernández García, J. (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 130.

explotación laboral y la vida o la integridad física cuando sea la de extracción de órganos⁵⁸⁹.

MOYA GUILLEM realiza un interesante estudio al respecto de este conjunto de bienes jurídicos. Esta autora distingue, por una parte, entre un bien jurídico común a todas las modalidades de la trata y otros bien jurídicos que son puestos en peligro según sea la forma de explotación de la modalidad delictiva concreta⁵⁹⁰. En primer lugar se plantea cuál debe ser el bien jurídico común a cualquier forma de trata, desechando la dignidad al ser rechazada por el sentir mayoritario de la doctrina como posible bien jurídico en el ordenamiento español y puesto que su contenido es el que precisamente da sentido al bien jurídico integridad moral⁵⁹¹. En cuanto a la integridad moral, llega a la conclusión de que efectivamente debe estar presente al existir una instrumentalización y cosificación de la persona pero puntualizando que no puede convertirse en objeto de tutela por sí mismo, llegando en este punto a poner de relieve la importancia de los medios comisivos al afirmar que “la exigencia de que concurren los medios comisivos relativos a la violencia, el engaño o el abuso tiene un gran transcendencia en la delimitación del bien jurídico protegido, ya que permite identificar que la integridad moral no sea el único interés tutelado”. La explicación que subyace en esta afirmación, escribe la autora, es que “el delito de trata de seres humanos no prohíbe exclusivamente la cosificación de la víctima, sino que, además prohíbe que se doblegue su voluntad hacia alguno de los fines de explotación previstos”⁵⁹². Por ello que no participa de la tesis de que la integridad moral sea el bien jurídico-penal que ampara la libertad de autodeterminación de la víctima en el sentido apuntado porque se adhiere a quienes defienden un concepto un concepto restringido de integridad moral, que se limitaría a garantizar la prohibición de humillar y cosificar al sujeto pasivo. En cuanto a la libertad, establece MOYA GUILLEM que considera razonable sostener su lesión como parte del injusto junto a la integridad moral, en concreto, la libertad deambulatoria, la libertad de decidir y/o la libertad de obrar, dependiendo del caso. Considera, en apoyo de su tesis, que el delito de trata comparte el fundamento de las coacciones, puesto que el núcleo de ambas figuras consiste en imponer con violencia una conducta a otro y existirá un quebrantamiento de los distintos tipos de libertad expuestos según sea el proceso

⁵⁸⁹ SANTANA VEGA, D.: “El nuevo delito de trata de seres humanos...”, op. cit., p.84.

⁵⁹⁰ MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos. Análisis criminológico y jurídico penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 142 y ss.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁵⁹² *Ídem*.

mediante el cual la persona es tratada, a saber, uso de violencia, uso de engaño o abuso o, incluso, el propio acogimiento de la víctima.⁵⁹³

Una vez localizado el bien jurídico común, MOYA GUILLEM pasa a exponer lo que denomina “bienes jurídicos penales distintos en cada una de las modalidades delictivas” llegando a esta conclusión debido a las elevadas penas previstas para el delito de trata y de que se deben proteger otros bienes jurídicos adicionales puesto que se tipifica un *números clausus* de finalidades de explotación posterior a la trata, por lo que entiende que se intenta preservar así la puesta en peligro de los bienes jurídicos que pueden resultar quebrantados con la explotación posterior a la trata, en concreto, los cinco tipos de explotación que incluye el legislador. Así, en el apartado a) que recoge *la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad*, se protegerían, de manera anticipada los derechos de los trabajadores; en el apartado b) con fines de *explotación sexual incluyendo la pornografía*, se resguardaría la libertad sexual de la víctima; en el apartado c) que recoge *la realización de actividades delictivas*, se ampararía indirectamente la figura delictiva a aplicar, esto es, si la trata de seres humanos tuviera la finalidad de que la víctima trafique con drogas, se protegería la salud pública); en el apartado d) que castiga la extracción de órganos, se protege a juicio de la autora, tras realizar un riguroso análisis, la libertad del sujeto pasivo y su integridad moral, así como la salud pública; y en el apartado e) que recoge *la celebración de matrimonios forzados* se salvaguardaría el derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y pleno consentimiento, tal y como establece el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 para justificar la creación del delito del art. 172 bis del Código Penal⁵⁹⁴.

Existen sin embargo detractores a esta línea de pensamiento que defienden que el bien jurídico-penal en el delito de trata de seres humanos debe ser independiente de los que, en última instancia, puedan resultar vulnerados según sea la intención de explotación del sujeto activo, puesto que no es necesario que la explotación efectivamente se produzca para que pueda consumarse este tipo delictivo y, además, porque si no estos perderían su razón de ser⁵⁹⁵. Por su parte VILLACAMPA resalta la

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁹⁴ *Ibidem* pp. 153-154 y 160.

⁵⁹⁵ Se expresa en este sentido REQUEJO NAVEROS, M.T.: “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en Alcácer

autonomía de la trata de seres humanos respecto de los posibles posteriores ilícitos en forma de explotación advirtiendo que el contenido del injusto del delito resta importancia a la concreta finalidad de explotación bastando su mera presencia como elemento subjetivo, no siendo necesario que la misma se produzca y que, en caso de acontecer esta explotación, generalmente solo ganará la consideración de delito en el supuesto en que los medios empleados para realizar la trata se mantengan en el momento de producirse la explotación, considerando, además, que en estos casos los objetos jurídicos de tutela protegidos anticipadamente serían varios, generando así una gran indeterminación del objeto jurídico de protección en el delito⁵⁹⁶.

4.4.4. “Status Libertatis” como bien jurídico unificador de valores tutelables para las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”

Debo aclarar en este punto, que este apartado de la investigación supone un estudio de un concepto jurídico que pretende aunar en un solo objeto de tutela un conglomerado de derechos que no solo incorporan las que aquí he llamado “extensiones de la libertad”, sino que, no menos importantes son los “derechos base” de cada uno de los tipos de explotaciones extremas que se pretenden alcanzar en el delito de trata de seres humanos y, por ende, en mayor o menor grado en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

Por ello, no dista en exceso de la línea de pensamiento del anterior sector doctrinal, al conjuntar, de distinta manera, varios bienes jurídicos, considerando así el delito de trata un delito de carácter pluriofensivo.

Según el Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española:

*“La libertad es la facultad que tiene el ser humano de obrar o no obrar según su inteligencia y antojo; es el estado o condición del que no está prisionero o sujeto a otro; es la falta de coacción y subordinación; es la facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres”.*⁵⁹⁷

Guirao, R./Martín Lorenzo, M./Valle Mariscal De Gante, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 19-56.

⁵⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 408-409.

⁵⁹⁷ Significado de libertad en Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española de Don Jose Alemany Bolufer. Editorial Ramon Sopena. Barcelona.

A la pregunta ¿qué es la libertad? Existirían tantas respuestas como hombres en el globo: mi mundo que es mi realidad. Para unos, libertad significa la ausencia de ataduras humanas; otros encuentran la libertad en la democracia; para muchos, la libertad es poder decir y hacer lo que mejor les parece; para otros es no estar esclavizado.

Muchos definen la libertad en sentido negativo: es el contrario de esclavitud (y no a la inversa). De manera que, si no hubiese existido la esclavitud, ni siquiera se hubiera percibido ni definido el concepto de libertad. De la misma manera que si no hubiese oscuridad, nunca habiéramos percibido y definido la luz, tan esquiva por lo demás a ser definida.

Esclava es la persona que no es dueña de sí misma, sino que es propiedad de otra persona, física o jurídicamente. Por consiguiente, libre sería la persona sobre la cual nadie ejerce derecho de dominio, es decir, de amo.

La libertad posee aquellos elementos necesarios para erigirla en bien jurídico de los cuales carece la integridad moral y sin los cuales los contornos de la dignidad no quedan lo suficientemente perfilados. Es nombrada en todos los textos internacionales y comunitarios, tanto en los específicos sobre trata, como en las declaraciones genéricas de derechos del hombre (no así la integridad moral), y colocada en lugar prevalente en cuanto a protección en todas las constituciones de los países de nuestro entorno jurídico y en la propia como derecho fundamental (no así la dignidad), siendo de este modo perfectamente definible en todas sus manifestaciones (libertad de obrar, libertad de autodeterminación, libertad ambulatoria, libertad de pensamiento, etc.), uno de los problemas que la doctrina ha encontrado en la dignidad. En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se establece específicamente que “el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”.

En este mismo punto, unas páginas más arriba, ya se ha hecho un estudio de Derecho comparado para investigar la ubicación sistemática de los delitos relativos a las formas contemporáneas de esclavitud en los Códigos de diferentes países. Tras extraer el resultado y estudiarlo detenidamente, se resuelve que todos los países sitúan estos tipos en relación con los delitos contra la libertad de las personas, ya sea por decirlo de

forma específica, ya sea por su propia ubicación dentro de los delitos que protegen este derecho.

A continuación, se ha llevado a cabo un estudio de la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales, comunitarios y nacionales con el mismo objetivo. La conclusión ha sido que todos los tribunales, al referirse a las explotaciones extremas del ser humano que aquí se han identificado con las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, suponen un atentado contra los derechos humanos más básicos de la persona, dando lugar a una pérdida total de la libertad, según sea el sometimiento extremo al que se vea sometido el individuo.

Volviendo al delito de trata de seres humanos tipificado en el Código Penal español y que aquí hemos tomado como referencia para el estudio del bien jurídico en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, el art. 177 bis CP no exige que efectivamente se produzca uno de los fines de explotación contenidos en el delito, sino que basta con la intención, con la persecución de dichas finalidades, no siendo necesario que el sujeto o sujetos lleguen a realizarlas para su plena tipicidad.

En palabras de QUINTERO OLIVARES, “nos hallamos frente a un delito mutilado en dos actos en que la perfección del tipo se alcanzará cuando el tratante realice una de las conductas típicas (captar, transportar, etc.) concurriendo una de las finalidades de explotación igualmente enumeradas en el tipo, sin que requiera que objetivamente se produzca la referida explotación para que el delito se consuma”.⁵⁹⁸

En esta misma línea, QUERALT JIMÉNEZ afirma que “basta con su intento, pues no estamos en presencia de un delito de agotamiento, sino de tendencia interna intensificada”.⁵⁹⁹ Teniendo esto cuenta, resulta aún más complicado defender la dignidad como bien jurídico de este delito y la integridad como su efectiva manifestación, ya que, si relacionamos la vulneración de estos intereses con la acción de cosificación de la persona, con su instrumentación y posterior negocio con ella, que es cuando se produce el quebrantamiento de los mismos, sería muy difícil que llegara a materializarse si no se ha consumido la fase final de explotación, momento en el cual se produce la auténtica destrucción de los valores antes mencionados.

⁵⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, op. cit., p. 285. En el mismo sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 408.

⁵⁹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., p. 185.

Cierto es que, considerando la trata un proceso a través del cual puede llegar a producirse o no la explotación del individuo, desde la primera fase de captación y transporte mediante los elementos comisivos contemplados en el tipo, la persona ve deteriorados y violentados una serie de derechos que, sin ninguna duda, deben ser objeto de protección por parte del legislador.

En este sentido, autores como MARTOS NÚÑEZ o POMARES CINTAS, entre otros, consideran que el delito de trata de seres humanos supone la puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos protegidos por los delitos que persigue el objetivo explotador, a saber: delitos contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física, integridad moral, etc.⁶⁰⁰

El problema es que, en el momento inicial del tipo, configurado de tal manera que se tutele el propio acercamiento y “reclutamiento” de la víctima” no resulta dañado en sentido propio el derecho a la dignidad de la persona como derecho personalísimo, ni tampoco el derecho a la integridad moral. Será en un estadio posterior, en la fase final de explotación en la cual puedan verse afectados estos derechos que pretenden convertirse en bien jurídico. Sin embargo, ya desde el primer momento de este proceso pueden verse conculcadas algunas de las extensiones del derecho a la libertad, ya sea por la capacidad de tomar decisiones propias o por el mero hecho de ser encerrado y transportado negándose el derecho a la libertad deambulatoria. Por lo tanto, al no exigirse en el tipo que para la consumación del delito se produzca la explotación final de la persona, tampoco se exige que se vea afectada la dignidad de la persona, derecho de difícil conceptualización y cuyo último residuo se concreta en el derecho a la integridad moral que requiere para su afectación una humillación y envilecimiento que se entiende que sólo llegaría a manifestarse en una fase delictiva que es posible que no llegue a concretarse.

Entendido el derecho a la libertad como un conjunto de atributos o extensiones de diferentes derechos relacionados con esta, el proceso de la trata constituye una “cadena de acontecimientos” mediante los cuales se van viendo afectadas cada una de las manifestaciones del derecho a la libertad de forma continuada y gradual, de manera que a cada peldaño que subimos en el camino hacia el sometimiento y dominación de la

⁶⁰⁰ Por todos MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, op. cit., p. 4; POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, op. cit., pp. 6 y 7.

persona, van siendo vulneradas cada una de esas “extensiones de la libertad”. Desde el proceso de captación, transporte y traslado, se ve afectada la libertad deambulatoria, posteriormente y en fases sucesivas perderá su libertad de obrar, su libertad de decisión y así, gradualmente y en una afectación mucho más intensa, hasta llegar a perder su propia libertad de autodeterminación.

Este conjunto de “derechos propios de la libertad” que he denominado “extensiones del derecho a la libertad” se ve completado en la fase final de la explotación de la persona por la vulneración de otros derechos humanos básicos. En el último trayecto del recorrido que termina con el sometimiento de la persona, esta puede ser explotada a través de diferentes finalidades tales como explotación sexual, trabajo forzoso, servidumbre o, incluso, esclavitud. Según sea la utilización de la persona, esta se verá sometida a un tipo de dominio que afectará, en mayor o menor grado, a otra serie de derechos inherentes al ser humano por el hecho de serlo.

Hablamos de un conjunto de derechos compuestos por, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la dignidad de la persona, a la integridad física y moral o a la personalidad jurídica. En palabras de PÉREZ ALONSO “el bien jurídico de la prohibición universal de esclavitud no resulta fácil de determinar puesto que sería el resultado de un complejo mosaico cuya base está constituida por la dignidad personal, entendida en sentido amplio, que en nuestro ordenamiento constitucional podría concretarse en el respeto a la integridad moral, reconocido como derecho fundamental en el art. 15 CE”.⁶⁰¹

A través de este conglomerado de derechos humanos, podemos configurar un bien jurídico que proteja toda la gama de valores que pueden verse afectados por las diferentes formas de explotación extrema del ser humano o en el propio proceso que implica la trata de seres humanos, desde su captación hasta un posible resultado a cualquier tipo de sometimiento, puesto que, tanto el desarrollo del delito de trata como la propia explotación, suponen un grave atentado contra la libertad que en su máximo exponente se concretan en una pérdida de voluntad total del ser humano que implica vivir sometido a los designios de otro, vulnerándose también la seguridad personal, el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación personal.⁶⁰²

⁶⁰¹ PÉREZ ALONSO, E.: “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, op. cit., pp. 354.

⁶⁰² *Ibidem*, pp. 354-355.

A este conjunto de derechos lo llamamos “*status libertatis*”⁶⁰³. Este es el bien jurídico que aquí se postula como candidato en este trabajo para el conjunto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, teniendo siempre en cuenta que la intensidad de su afectación dependerá del sometimiento ante el que nos encontramos. Tomando como ejemplo el delito de trata en el Código Penal español, desde una primera fase delictiva se verán afectados unos derechos, que aquí llamo “extensiones de la libertad”, que en un último momento pueden no ser los mismos, o más bien, pueden verse afectados unos u otros con mayor grado de intensidad.

Por otra parte, sin ser consecuencia de la trata, un individuo puede verse sometido a un trabajo forzoso u obligatorio en el cual aparecen otros derechos comprendidos en el concepto de “*status libertatis*” pero con un grado de intensidad en la afectación menor que si habláramos de un sometimiento a esclavitud, en el cual hablaríamos del máximo grado de afectación del “*status libertatis*” de la persona, en tal grado que esta se ve sometida a un derecho de propiedad “*de facto*” o, lo que es lo mismo, a una manifestación o atributo del derecho de propiedad, con lo cual, el control por parte del autor sería máximo y, por tanto, el de la vulneración del “*status libertatis*” también lo sería.

Me refiero, por tanto, por un lado, a un bien jurídico unitario que tiene la capacidad de aunar o refundir en un único modelo de derecho, un conjunto de intereses que pueden verse afectados en todas las prácticas mediante las cuales puede verse explotada una persona. Y, por otro, de un bien jurídico, bien definido e identificado que, pese a ser el mismo en todas las formas de sometimiento extremo, se verá vulnerado, quebrantado o afectado en distintos grados según sea el sometimiento ante el que nos encontramos, provenga ese sometimiento o no de una previa trata de personas, puesto que la propia trata supone un quebrantamiento del mismo bien jurídico, pero en otra fase delictiva iniciática y, desde luego, con una menor afectación del mismo objeto de tutela.

La doctrina española, en este sentido, y siempre referido al delito de trata de personas, tiene su representación en defensa de la libertad como bien jurídico protegido. MUÑOZ CONDE entiende que existe un bien jurídico doble, considerando que, aunque

⁶⁰³ BEDMAR CARRILLO, E.: “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”. *La Ley Penal*, nº 94-95, sección legislación aplicada a la práctica, junio-julio 2012, p.14.

la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral, se lesionan a través de diversas formas de atentado a la libertad.⁶⁰⁴

El concepto de “*status libertatis*” aparece en la doctrina italiana y española para hacer referencia al bien jurídico en este tipo de delitos. Esta noción procede de la antigua Roma en la que pare ser un sujeto con plenos derechos y capacidad jurídica se debía de tener este “*status*” además de otros dos, el “*status civitatis*” y el “*status familiae*”⁶⁰⁵. De este modo, el “*status libertatis*” se correspondía con la capacidad de la persona de ser libre en contraposición al concepto de esclavitud. Libertad entendida en todos los sentidos, estado de libertad plena para poder accionar todos los intereses sociales y jurídicos en el estado.

Dentro de la doctrina española⁶⁰⁶, GARCÍA ARÁN entiende el “*status libertatis*”, no como una u otra manifestación de la libertad, sino como el conjunto de manifestaciones que se resumen en el llamado estado de libertad y que constituye el presupuesto de las libertades concretas. La lesión del “*status libertatis*” supone la privación de las capacidades relativas a la personalidad individual y la cosificación “*de iure*” o “*de facto*”, de la persona, negando su centralidad”.⁶⁰⁷

Por su parte, PÉREZ ALONSO, señala que “la trata supone un atentado a la libertad y seguridad de la persona que consiste en robar la vida a la víctima”, además de que la situación de sometimiento y dominio se plasma en la instrumentalización de la persona en provecho de terceros “contrariando el valor de la dignidad humana”. De este modo, concreta que la trata de personas supone “una grave violación de la libertad,

⁶⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 207.

⁶⁰⁵ MARGADANTS, G. F.: *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge, México D.F., 1979, p. 119.

⁶⁰⁶ Entre otros, GARCÍA ARÁN, M.: “Esclavitud y tráfico de seres humanos”, op. cit., pp. 376 y ss.; PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 364 y ss.; del mismo autor: “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”. Villacampa Estiarte, C. (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 93 y ss.; BORONAT TORMO, M. /GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre en el derecho española propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“Siliadin c/ Francia”): un caso de trabajo doméstico servil”. Carbonell Mateu, J.C./González Cussas, J.L./Orts Berenguer, E./Cuerda Arnau, M.L. (Coords), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 279 y 280; POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, op. cit., pp. 6 y 7; BEDMAR CARRILLO, E.: “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, op. cit., pp. 82 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”. *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, nº 10, 2013, pp. 337 y 338.

⁶⁰⁷ GARCÍA ARÁN, M. y otros autores: “*Trata de personas y explotación sexual*”, op. cit., p 6.

seguridad y dignidad personal (de los extranjeros)⁶⁰⁸, concretada ésta última en su integridad moral” y que todos estos derechos vulnerados pueden aglutinarse en torno al llamado “*status libertatis*”. Como conclusión, este autor considera que “la integridad moral, determinada sobre la base de los elementos señalados, junto a la libertad y seguridad de las personas traficadas, configuran a modo de un mosaico el denominado “*status libertatis*” como bien jurídico protegido en la modalidad delictiva de trata o tráfico ilegal”.⁶⁰⁹

En la doctrina italiana lo determinante es sin duda el derecho a la libertad general y el respeto de la personalidad jurídica.⁶¹⁰ La libertad en el ordenamiento jurídico italiano se constituye como un bien jurídico primario que tiene un amplio reconocimiento a nivel constitucional y que tiene una tutela penal profundamente diferenciada de otros tipos de órdenes jurisdiccionales, como resulta evidente de la larga historia del instituto de la esclavitud. El delito de esclavitud en Italia queda tutelado bajo la protección del “*status libertatis*” que se considera un conjunto de manifestaciones de la libertad y que precede y condiciona al propio derecho a la libertad.⁶¹¹ Por ello, cualquier forma de agresión al “*status libertatis*”, se traduce en la cosificación y aniquilación de la personalidad, lo cual implica la negación de la centralidad de la persona humana, de su desarrollo y del ejercicio de sus derechos y del cumplimiento de sus deberes solidarios.⁶¹²

De este modo, el objeto de protección no son las formas individuales de manifestación de la libertad individual, sino, más bien, la totalidad del evento que se resume en ese estado, dando como resultado la "cosificación" de la persona y, por tanto, la destrucción de la propia sustancia de la personalidad. En efecto, para la doctrina italiana, a través de la noción del bien jurídico “*status libertatis*,” se pretende proteger la

⁶⁰⁸ PÉREZ ALONSO se refiere, en este caso, al delito de tráfico e inmigración clandestina del antiguo art. 318 bis, único medio para luchar contra la trata en 2008, año en el que escribió estas palabras.

⁶⁰⁹ PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 364 y ss

⁶¹⁰En este sentido, entre otros, SUMMERES, K.: *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, I reaticontro la persona, II. Reaticontrol'onore e la libertá individuale*. Papa, M. (Coord.), UTET, 2006, pp. 193 y ss.; PICOTTI, L.: “Nuove forme di schiavitú e nuove incriminazioni penali tra normativa interna edinternaziolane”. *L'indice Penale*, Italia, 2007, pp. 15 y ss.; CANNEVALE, A. G./LAZZARI, C.: “Schiavitú e servitú en el Diritto Penale”. *L'indice Penale*, Fas. 1, Italia, 2006, pp. 309 y ss.; ROMANO, B.: “Riflessioni penalistiche le misure contro la tratta di persone”. *L'indice Penale*, Fas. 2, Italia, 2006, , pp. 651 y ss.; MUSACCHIO, V.: “Schiavitú e tratta di esseri umani: análisis del fenomeno desigenzad”. *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Ed. Guiffré, Italia, 2003, pp. 236 y ss.

⁶¹¹ PAOLA, S.: *Nuove schiavitú e diritto penale*. Università Degli Studi di Bergamo. Ed. Giuffré, Milano, 2014, pp. 6 y 7.

⁶¹² MANTOVANI, FERRANDO: MANTOVANI, F.: “Delitti contro la persona”, op. cit., p. 271.

posible lesión jurídica de una serie de bienes que quedan englobados en este concepto y que pasa a ser una entidad conceptual propia en Derecho que se aplica a aquellas conductas que tienden a mantener a una persona, ya sea de hecho o de derecho, en un estado de sujeción. Tanto es así que, según esta vertiente doctrinal el bien jurídico del delito de reducción o mantenimiento en esclavitud (art. 600 del Código Penal italiano), el “*status libertatis*” se considera un bien indisponible, ya sea el ofendido nacional, extranjero o apátrida.⁶¹³

En este mismo sentido, las *Directrices Bellagio-Harvard* han llegado a la conclusión de que existe una situación de esclavitud cuando se advierte un ejercicio de “los atributos del derecho de propiedad”, 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.⁶¹⁴ De este modo, la característica que determina una situación de esclavitud es el control que se ejerce sobre esa persona y que supone la pérdida de libertad de la misma, un control ejercido hasta tal punto de que sea equivalente a posesión.

Podría decirse, por tanto, que el derecho a la libertad, al igual que el derecho de propiedad, es un conglomerado de derechos compuesto por una serie de valores o atributos de entre los cuales destacan unos por encima de otros dependiendo de cuál sea la forma de sometimiento extremo de la que hablemos, pero que, así como en el derecho de propiedad el atributo más característico y mediante el que más se identifica al propietario es la posesión, en el caso del conjunto de derechos que componen el “*status libertatis*”, esas “extensiones de la libertad”, el valor más reconocible sería el derecho a la dignidad, que funcionaría como base común de todos los derechos que se consignan en este bien jurídico unitario y que se concretaría en una violación de todos los atributos que componen el “derecho a la libertad”.

Sin embargo, en el caso de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, se distinguen distintas manifestaciones de sometimiento extremo del ser humano, de manera que, pese a que entendemos que se debe identificar un bien jurídico único para las distintas formas, este actuará como un resorte, identificándose, dentro del

⁶¹³ PAOLA, S.: *Nuove schiavitù e diritto penale*, op. cit., p. 52.

⁶¹⁴ Red de investigación sobre los Parámetros Legales de la Esclavitud: *Guidelines-Bellagio Harvard* 2012.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

conglomerado, unos valores por encima de otros según sea el grado de afectación del mismo y, por tanto, la de explotación extrema ante la que nos encontremos.

CAPÍTULO 6.

Formas Contemporáneas de Esclavitud en nuestro derecho interno. Propuesta de regulación



1. El delito de trata de personas en el Código Penal español

El delito de trata de personas es la única forma de explotación extrema objeto de estudio en este trabajo que está tipificada en la normativa penal. Con ello, España viene incumpliendo taxativamente la regulación internacional de esta materia al desatender las obligaciones positivas que se derivan de los Convenios internacionales de los que el Estado español es parte integrante.

La esclavitud ha sido nombrada por Tratados Internacionales y Tribunales Internacionales como un comportamiento criminal que debe ser castigado, siendo la prohibición de la esclavitud una norma de *ius cogens* de la que se deriva una obligación *erga omnes*. Fuera del ámbito de la justicia penal, la esclavitud aparece en la sentencia del histórico caso *Barcelona Traction Light and Power Company*⁶¹⁵ de la Corte Internacional de Justicia en 1970. La Corte debía decidir sobre un requerimiento de protección diplomática de accionistas en el extranjero y estableció que:

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

En lo que nos interesa, la Corte señaló que:

“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 los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.

La Corte pone como ejemplo de obligaciones *erga omnes* a la esclavitud y a la discriminación racial, lo que significa que los Estados pueden alegar la responsabilidad de otro Estado aunque no haya ratificado los convenios internacionales que prohíban dicha conducta y aunque el primero no fuera específicamente lesionado por esa

⁶¹⁵⁶¹⁵ Corte Internacional de Justicia, caso Bélgica V. España, *Asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company*, 5 de febrero de 1970.

violación⁶¹⁶. Con respecto a lo que atañe a nuestro ámbito, esto podría aplicarse, por lo tanto, a todos aquellos estados que no hubieran ratificado el Convenio sobre Esclavitud de 1926 o los posteriores textos internacionales como la Convención Suplementario de 1956 o los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En el Derecho Internacional conviven las obligaciones *erga omnes* junto a las normas *ius cogens*, estas últimas son aquellas “normas imperativas de derecho internacional general” que son reconocidas y aceptadas por toda la comunidad internacional en su conjunto, siendo inderogables y pudiendo ser modificadas únicamente por una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter⁶¹⁷. Este tipo de normas no están recogidas en ningún texto con *númerus clausus*, pero se considera que tanto la esclavitud como el comercio de esclavos están prohibidos bajo imperativo de norma de *ius cogens*⁶¹⁸. De lo cual, se infiere que ningún Estado puede excluir de su Código Penal el castigo a la esclavitud porque estaría “permitiendo” este comportamiento en su territorio soberano, incumpliendo así una norma imperativa de Derecho Internacional.

A este respecto, mención especial merece el, en mi opinión, excepcional Informe del año 2020 de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños Maria Grazia Giammarinaro que elabora una interpretación de las obligaciones de diligencia debida de los Estados, por ejemplo, en relación con la aplicación de los derechos a una reparación efectiva de las personas víctimas de la trata y del principio de no penalización, diligencia debida que extrae de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil⁶¹⁹. En este sentido la Relatora afirma que “los Estados tienen la obligación positiva de proteger a las personas de las vulneraciones de los derechos humanos cometidas por agentes privados. Las obligaciones de diligencia debida se han articulado en esferas aplicables a la trata de personas, entre ellas el derecho a la vida, la violencia contra las mujeres y la discriminación por razón de sexo, junto con una serie de obligaciones específicas que guardan relación con la trata. Además, esa obligación ha

⁶¹⁶ Se puede ver al respecto ALLAIN, J.: “Decolonisation as the Source of the Concepts of *Ius Cogens* and Obligations *Erga Omnes*”, en *Ethiopian Yearbook of International Law*, Springer, Chan, 2017, pp. 33-59.

⁶¹⁷ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 de Naciones Unidas.

⁶¹⁸ Consideración contenida en ALLAIN, J.: “Slavery and It’s Obligation *Erga Omnes*”, en *The Australian Yearbook of International Law*, Vol. 36, Nº 1, 2019, pp. 83-124.

⁶¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde contra Brasil, sentencia de 26 de octubre de 2016

sido reconocida en la jurisprudencia internacional relativa a los derechos humanos, siendo el ejemplo más claro la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*⁶²⁰”.

Además destacó la importancia de las empresas y los Gobiernos en la lucha contra el proceso de trata resaltando que “que debe existir un marco jurídico que impusiera a las empresas obligaciones de diligencia debida para hacer frente a la trata de personas y en las obligaciones mínimas que los Estados deberían exigir a las empresas por ley”⁶²¹.

Una de las novedades del Informe se centra en la detección de casos tempranos considerando que “se necesita un nuevo modelo, organizado en torno a la detección de las vulnerabilidades a la trata y la explotación, que se cimiente en el reconocimiento de que la explotación tiene características estructurales que deberían captarse en una etapa temprana y en la comprensión de la vulnerabilidad conformada por la discriminación y por la incapacidad de una persona para acceder a la protección social y a reparaciones efectivas⁶²²”. Añadiendo que “la necesidad de un nuevo modelo se hace aún más evidente al examinar el contexto migratorio actual. Es esencial habilitar vías de migración regular para combatir eficazmente la trata de personas. Tanto la detección como el acceso a las reparaciones suelen verse dificultados por la reticencia de los trabajadores a denunciar la explotación por temor a ser deportados”⁶²³.

Según la Relatora, es necesario mejorar el Protocolo actual (refiriéndose al de Palermo) y adoptar un enfoque de Derechos Humanos, puesto que “el Protocolo se concibió para ocuparse de las personas víctimas de la trata en el contexto de actividades delictivas y no puede hacer frente al carácter sistémico de la explotación”, la cual “está arraigada en las economías de todo el mundo”⁶²⁴.

Ese carácter sistémico e intrínseco al mundo globalizado en el que vivimos de las diferentes formas de explotación extrema de la persona hace necesario una renovación de la forma de enfocar el problema, encarándolo como un problema de desigualdad y derechos humanos, de forma que se localicen a las posibles víctimas desde su origen debido a su vulnerabilidad y necesidad. En palabras de la Relatora “en los dos últimos

⁶²⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, Maria Grazia Giammarinaro, 17 de julio, 2020, pp. 3-4.

⁶²¹ *Ibidem.*, p. 5.

⁶²² *Ibidem.*, p. 7.

⁶²³ *Ídem.*

⁶²⁴ *Ibidem.*, p. 14

decenios ha quedado cada vez más claro que la trata, la esclavitud, el trabajo forzoso y otras formas de explotación son componentes sistémicos de las economías y los mercados de todo el mundo y deberían afrontarse principalmente como una cuestión de derechos humanos y justicia social”⁶²⁵.

Por último, en cuanto al papel del Derecho Penal en la lucha contra la trata de seres humanos, entiende que “si bien las medidas gubernamentales contra la trata de personas en todo el mundo siguen en gran medida hundiéndose sus raíces en un modelo de derecho penal, para abordar la dimensión laboral es necesario adoptar medidas mejores y más eficaces encaminadas a cambiar el modelo empresarial, hacer cumplir la legislación laboral y empoderar a los trabajadores para prevenir y erradicar la explotación”⁶²⁶.

Dicho lo cual, haremos referencia, por tanto, a la única forma de explotación a través de la cual los tribunales españoles pueden luchar contra todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”: la trata de seres humanos.

El Código Penal español introdujo a través de la reforma operada por la LO 5/2010 un nuevo Título VII bis a través del cual se comenzó a castigar de forma autónoma la trata de personas bajo la rúbrica “De la trata de seres humanos”. El legislador español estaba obligado a esta criminalización debido a los compromisos asumidos a nivel internacional y regional desde hacía diez años. Si bien es cierto que la normativa penal ya había configurado ciertos intentos de castigar estas conductas, estos no han sido fructíferos y, desde luego, han adolecido de una deficiente técnica legislativa y de una confusión conceptual en la materia objeto de castigo. En el año 2000 se introduce el delito de tráfico ilegal de personas en el art. 318 bis CP bajo el título “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, con ello, se cubre parcialmente la necesidad de incriminación, pese a que se castiga únicamente a los extranjeros que crucen ilegalmente la frontera para trabajar en nuestro territorio, con lo que el valor protegido por este tipo es radicalmente distinto al que se debe proteger en el delito de trata. Anteriormente a esta figura, ya habían cumplido parcialmente ese objetivo el delito de trata para explotación sexual incluido en 1999 en el art. 188.2 CP como el también suprimido art. 313.1 CP que tipificaba el delito de inmigración clandestina de trabajadores a España. Además de estos delitos, algunos otros fueron

⁶²⁵ *Ibidem.*, p. 17.

⁶²⁶ *Ibidem.*, p.18.

reconducidos jurisprudencialmente para castigar supuestos de trata de personas, como el contenido en el art. 312 CP que castigaba otras formas delictivas de delitos contra los derechos de los trabajadores.

A pesar de estos intentos, la incriminación de la trata de seres humanos no resultaba adecuada para dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia. Y ello por varios motivos:

1) Las infracciones penales que hasta ahora habían asumido el castigo de la trata de seres humanos, estaban orientadas a proteger otros bienes y valores que no eran los derechos humanos, puesto que se encontraban entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, o bien, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

2) El castigo de este tipo a través del art. 318 bis hizo que se confundieran dos realidades criminológicas distintas. De un lado la trata de personas (*trafficking in human beings*) y de otro las migraciones ilegales o la inmigración clandestina (*smuggling of migrants*)⁶²⁷ que pese a su relación, se hallan claramente diferenciadas a nivel conceptual y regulatorio en la esfera internacional. En relación con este delito, hay que tener siempre presente que la trata de seres humanos, a diferencia del tráfico ilegal de inmigrantes:

- Nunca es consentida y, de haber consentimiento inicial, éste se ha producido mediante coacción, engaño o abuso (de una situación de vulnerabilidad). En cambio, el delito de tráfico ilegal de inmigrantes, aunque se realice en condiciones degradantes o peligrosas, es siempre consentido.

- No siempre implica transnacionalidad, es decir, en muchas ocasiones no se produce un cruce ilegal de fronteras y, las víctimas de la trata, no siempre son personas extranjeras en situación irregular. Por el contrario, el tráfico de inmigrantes consiste precisamente en cruzar ilegalmente una frontera.

- Requiere siempre la intención de explotar a las víctimas con la finalidad de obtener beneficios económicos y, sin embargo, una acción de tráfico ilegal de inmigrantes consiste en el traslado de inmigrantes de un país a otro, sin que haya una intención posterior.

⁶²⁷ PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., p. 154.

- El delito de trata es de carácter personalísimo, atenta contra los derechos humanos. En el caso del tráfico ilegal de inmigrantes, el bien jurídico protegido son los intereses del Estado (la protección de sus fronteras).

A pesar de lo anterior, tráfico y trata de seres humanos son delitos que en muchas ocasiones están conectados. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la mayoría de las víctimas de la trata son extranjeras en el país donde se identifican como víctimas. En otras palabras, esas víctimas (más de 6 de cada 10) son trasladadas cruzando al menos una frontera nacional⁶²⁸.

La distinción entre ambos delitos resulta fundamental desde el punto de vista de la atención a las víctimas y su recuperación, así como en la investigación del delito, pues puede ocurrir que las víctimas de trata de seres humanos sean confundidas con personas sometidas a tráfico, no activándose los mecanismos de protección de los derechos humanos para víctimas de este tipo de delito.

3) La forma de castigar el delito de trata hasta la entrada en vigor de la reforma de 2010 creaba serios vacíos de punibilidad al hacer depender la relevancia penal de la trata de un cruce ilegal de fronteras, con lo cual, no se podía castigar la trata interna, ni tampoco se podía proteger a los ciudadanos españoles o de la Unión Europea a los que el TUE (Tratado de la Unión Europea) reconoce la libertad de circulación.

d. Por último, el art. 318 bis no reflejaba la realidad de la trata como proceso⁶²⁹ ni tampoco incluía los elementos que integran a día de hoy esa realidad criminológica.

En efecto, con la nueva regulación en nuestro país, el legislador se hizo eco de la necesidad cada vez más asentada internacionalmente a separar, dos realidades diferenciadas: de un lado, la protección de fronteras a través del control del flujo migratorio en nuestras fronteras, con la relevancia penal que tales conductas, en su caso, puedan entrañar y, de otro, la del comercio del ser humano, el transporte de personas y a través de diferente medios con la intención de explotarlas para distintas finalidades.

Resulta plausible pensar que esta nueva tendencia en la comunidad internacional de protección de los derechos humanos de las víctimas de este oscuro fenómeno no sea más que una cortina de humo para ocultar el verdadero objetivo de esta normativa, esto

⁶²⁸ UNODC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2014, p. 8.

⁶²⁹ La idea de trata como proceso es la que defiende en este trabajo de investigación y a día de hoy queda defendida por la mayoría de los expertos en la materia, entre otros VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 57 y ss.

es, identificar a los infractores de la regulación sobre inmigración para alejarlos de la condición de ciudadanos, convirtiéndolos en “muertos civiles”, migrantes sin condición como ya se ha apuntado, sometidos al libre designio de los explotadores.⁶³⁰

Sea cual sea la intención escondida tras la realidad, es cierto que se ha producido un cambio en la lucha contra la protección de los derechos humanos de los desplazados. Esta nueva tendencia se ha reflejado en la diferenciación de las dos realidades expuestas anteriormente, tal como queda plasmado en los instrumentos internacionales y regionales emitidos sobre la materia, y España no podía mantenerse alejada por más tiempo del contenido de los dictados de la normativa internacional.

Las principales fuentes supranacionales que han delimitado ambos fenómenos y de los que nuestro país ha derivado su respuesta interna han sido la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, y sus protocolos anejos. De un lado, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños, y de otro, el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. A partir de esta normativa, la Unión Europea también ha trabajado su regulación para separar ambas conductas. De un lado, a través de la Directiva 2011/36/UE 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, en lo que tocante a la trata. De otro, en cuanto a las migraciones ilegales, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, fue destinada a Definir la Ayuda a la Entrada, a la Circulación y a la Estancia de Irregulares, en la cual se determinan conductas delictivas, y la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI), pretendía Reforzar el Marco Penal para la Represión de la Ayuda a la Entrada, la Circulación y la Estancia de Irregulares. Estos instrumentos fueron una clara muestra del nuevo objetivo diferenciador de ambas realidades a nivel comunitario e internacional.

Como vemos, la presión supranacional a la que fue sometida el Estado dio como resultado que el legislador de 2010 finalmente incorpora el art.177 bis CP como único precepto integrante del nuevo Título VII bis, al modo en que ya lo había hecho el pre-legislador en el Anteproyecto de LO de reforma del CP 2008 por primera vez en nuestro

⁶³⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 14, 2010, pp. 824 y 825.

Derecho, pues ninguna mención específica a la misma se preveía en el Proyecto de LO de reforma del CP de 2007. En conclusión, la regulación de la trata que en su momento se aparecía en el Proyecto de LO de reforma del CP de 2009, que finalmente se plasmó en la reforma de 2010, fue básicamente la misma que se contenía en el Anteproyecto de LO de reforma del Código penal de 2008, aunque con ciertas mejoras, principalmente por las sugerencias del Consejo General del Poder Judicial a través del informe que emitió en relación con el Anteproyecto.

2. Proceso legislativo

Desde la aparición del nuevo Código Penal en el año 1995 hasta la última reforma del año 2015 han sido muchos los cambios que se han producido en lo que a las formas de explotación del ser humano se refiere, con más o menos acierto por parte de nuestro legislador. En el camino hacia la tipificación de las conductas que quebrantan de alguna u otra forma los derechos humanos más básicos de la persona, nuestro Código ha tratado de solventar los escollos normativos que se ha ido encontrado a través de un desacertado entendimiento de lo que significa estar sometido a la voluntad de otro, doblando en cierto modo el tenor literal de los conceptos para resolver la cuestión de la forma que político-criminalmente entendía más correcta, muy lejana a la realidad social y al avance de las formas delictivas que en este trabajo se estudian. Veamos a continuación cuáles han sido las reformas que se han ido introduciendo en esta materia.

2.1.Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Tal y como afirma la propia Exposición de Motivos de esta ley, el eje de los criterios que llevaron al legislador a introducir el nuevo Código fue, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales. Sin embargo, el nuevo texto normativo emanado de las Cortes no incorporó ningún delito que reflejase las conductas que se llevan a cabo a través de las formas de explotación de la persona, únicamente se reflejó una protección superficial a través de los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, de forma que se prevenía y reprimía la puesta en peligro o la explotación laboral de los mismos. Estos tipos quedaron reflejados en el Título XV del Libro II bajo el nombre “Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros”, que incluían dos delitos:

- Delito de lesión del art. 312.1: delito de contratación ilegal de trabajadores extranjeros.
- Delito de peligro del art. 313.1: delito de inmigración clandestina de trabajadores o tráfico ilegal de personas con fines de explotación laboral. Este artículo se convirtió en el primero en incriminar el acto de traficar ilegalmente con personas, eso sí, únicamente con resultado de explotación laboral.

Con la incorporación de este nuevo delito, los jueces y tribunales contaban con una nueva arma para castigar esta forma de criminalidad, sin embargo, esto dio lugar a que el poder judicial se viera obligado a realizar una interpretación ciertamente extensiva de este precepto para poder dar cabida a todas las modalidades y resultados que esta forma de explotación podía incluir. Así, el concepto de trabajador necesitaba ser ampliado “*mutatis mutandis*” para englobar en el término a todas aquellas personas que necesitaban de una especial protección en este ámbito incluyendo, por ejemplo, el castigo del tráfico de personas con fines de explotación sexual, quedando en tela de juicio este tipo de analogía prohibida en nuestro Código Penal. Pero incluso teniendo en cuenta esa interpretación extensiva del término “trabajador”, existían formas de criminalidad a través de la explotación personal que escapan a la cobertura que ofrecía esta disposición, como podían ser todos aquellos supuestos de tráfico ilegal que no estuvieran relacionadas con el ámbito laboral, quedando esas formas delictivas fuera del amparo de la ley.

2.2.Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril

Mediante esta Ley se modificó el Título VIII del Libro II para tratar de solventar el gravísimo error del legislador de 1995 que dejó fuera del ámbito de la disposición aquellas conductas de tráfico ilegal de personas que tuvieran como resultado la explotación sexual. Esta nueva figura se incorpora en el Capítulo V que lleva por título “Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores” y que contiene los siguientes delitos:

- Artículo 188.2: castiga al que “directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.

- Artículo 188.4: se agrava la pena si se realiza “sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución”.

Con esta ley se amplía la protección amparando también a aquellas personas, no trabajadoras, que sean objeto de tráfico ilegal con la intención de explotarlas sexualmente. También se contiene la protección de nacionales e inmigrantes en situación regular ante una posible explotación sexual a través del ejercicio de la prostitución no consentida, protección que se amplía a menores e incapaces en su iniciación o mantenimiento en la prostitución.

El legislador nacional se veía obligado a incorporar estas nuevas formas de delincuencia puesto que tenía que responder a la demanda de la Unión Europea que exigía que se luchara contra la de seres humanos y la explotación sexual de los niños a través de la Acción Común (97/154/JAI) de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea. Tanto es así que la propia Exposición de Motivos de esta ley hace referencia expresa a este instrumento comunitario. También se contiene en esta una referencia expresa a lo que el legislador entiende como objeto de tutela en estos tipos delictivos al subrayar que: “al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquélla, 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, lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.”⁶³¹

La aparición de este nuevo delito en nuestro texto legal provocó reacciones encontradas entre la doctrina. Hubo incluso quien advirtió que la introducción de este nuevo delito se debía a una falta de previsión legal expresa de la trata con fines de explotación sexual en el Código Penal. En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS ya había

⁶³¹STC, 53/1985, fundamento jurídico 8, de 25 de febrero.

observado que “existe una laguna digna de consideración en relación con la punición de la trata de seres humanos para fines sexuales [...]. Político-criminalmente parece aconsejable introducir algún precepto que subsane esta deficiencia legal, ya que se trata de conductas de gran significado de cara a asegurar posteriores e inequívocos atentados a la libertad sexual de adultos y menores”.⁶³² A “*sensu contrario*” LÓPEZ CERVILLA entendía que no existía ningún tipo de laguna en los casos de tráfico con fines de explotación, puesto que, la jurisprudencia castigaba estas conductas a través del art. 313.1 CP mediante una interpretación abierta del concepto de trabajador contenido en este precepto, incorporando de este modo a las personas que se dedicaban a la prostitución.⁶³³

Es cierto que muchos de los casos de tráfico podían castigarse acudiendo al art. 313.1 CP en el ámbito de la inmigración clandestina, pero es más cierto que esa no era la vía que había que utilizar para combatir un fenómeno que a las puertas del siglo XXI amenazaba con convertirse en uno de los negocios más lucrativos para las nuevas formas de criminalidad organizada internacional. El tipo de inmigración clandestina tutelaba unos intereses radicalmente distintos a los que se necesitaban para proteger estas formas de explotación, además de que, sea como fuere, quedaban fuera del amparo de esta disposición otros muchos comportamientos delictivos como aquellos en los que las acciones de reclutar y transportar quedan fuera del tipo de penal de la inmigración clandestina u otros en los que el tráfico se centra en menores con pretensión de su explotación sexual en otra esfera distinta a la prostitución, situación que dejaba fuera de lugar al concepto de “trabajador”. Aunque faltara recorrido, los tipos que se incorporaron mediante la LO 11/99 eran sumamente necesarios para castigar de manera autónoma las distintas formas de criminalidad a las que daba lugar el tráfico ilegal de personas, aunque, eso sí, ocupando el contenido de un delito que nada tiene que ver con la trata de personas.

⁶³² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y Legislación española”. *Revista Penal*, Nº2, 1998, pp. 21 y 22.

⁶³³ LÓPEZ CERVILLA, J.M.: “El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313 y 312.2.2º del Código Penal)”. *Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2004, pp. 2705 y ss.

2.3.Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Esta ley lleva por título “Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”. Se introduce una regulación más amplia y completa del tráfico ilegal de personas en el Código Penal. Tras un examen de la ley se deja entrever la intención del legislador, que no fue sino establecer un mayor control sobre los flujos migratorios y sobre las fronteras al servicio de los intereses estatales. La ley introduce el Título XV bis llamado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” con un único artículo, el 318 bis en el cual se castiga el tráfico ilegal de personas en sí mismo, sin tomar en consideración ningún tipo de finalidad. Podemos calificar este artículo como la modalidad básica de tráfico ilegal de personas, en dónde, a diferencia del art. 313 (tráfico con fines de explotación laboral) y del art. 188.2 (tráfico con fines de explotación sexual en la prostitución), no se necesita la finalidad de resultado de ninguna modalidad específica para castigar esta conducta. Sin embargo, el resultado de protección fue bien distinto.

Con la inclusión de este nuevo precepto que permite castigar el tráfico ilegal de personas sin necesidad de demostrar una finalidad específica, el legislador nacional nos desvela cuál es su verdadera preocupación y en lo que basa su empeño: el control de los flujos migratorios, esto es, la entrada de ilegales a nuestro país. Demuestra que le preocupa bien poco cuál sea el motivo de la persona que trafica con inmigrantes siempre que estos no puedan entrar al país, demonizando a la persona sin papeles como si este fuera el delincuente y preocupándose únicamente de crear una firme barrera punitiva al cruce ilegal de fronteras. En este mismo sentido PÉREZ ALONSO considera que la técnica legislativa de la LO 4/2000 es deficiente, en especial el apartado 1º del 318 bis y que hubiera sido necesario acudir a la normativa internacional y europea en esta materia para observar los términos acuñados. En consecuencia, el nuevo delito de tráfico ilegal se convierte en un “híbrido o tercer género diferente a la trata o tráfico ilegal de personas y a la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes definidos en el contexto internacional y europeo. Aquí en el primer apartado se castiga todo y se mezcla todo. Este precepto estaba mal hecho, en definitiva”.⁶³⁴ Se buscaron soluciones a través de la doctrina y la jurisprudencia para interpretar este precepto dándole un ámbito de aplicación razonable, pero sirvió de poco puesto que se acabó interpretando el concepto de tráfico ilegal de personas del art. 318 bis como si fuera un supuesto de

⁶³⁴ PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 217 y ss.

inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes. Debido a esto, se acabó por castigar el tráfico ilegal de inmigrantes en lugar de proteger los intereses propios de la persona y lo que constituye la verdadera forma de explotación, el tráfico ilegal de personas que más tarde daría lugar a la trata de personas. La finalidad última de esta normativa fue criminalizar al “sinpapeles”, castigando su situación administrativa irregular en lugar de la actuación delictiva mayor, el propio tráfico ilegal del que el inmigrante ha sido sujeto pasivo a través de medios ilegales y con posibles resultados de explotación aún más graves, protegiendo por tanto un bien jurídico de protección estatal del cruce de fronteras, en lugar de un bien jurídico de interés personal como la dignidad de la persona.

Además, a través de esta ley se produjeron otras dos reformas importantes. Por una parte, se introdujo un incremento de la pena de las figuras delictivas contenidas en el art. 312 CP (disposición final primera) y, por extensión, también de las conductas del art. 313 CP. Se pasó de una pena de prisión de seis meses a tres años a una pena de dos a cinco años, manteniéndose la misma pena de multa de seis a doce meses. Así, la modificación consiste en el aumento de la pena de prisión para la primera modalidad de tráfico ilegal de personas (con fines de explotación laboral), así como para el delito de contratación ilegal de trabajadores extranjeros. Por otra, debido a la Disposición final tercera, se modificaron los arts. 515, 517 y 518 CP, referidos a los delitos de asociaciones ilícitas, pasando a tener consideración de asociaciones ilícitas aquellas que promovieran el tráfico ilegal de personas, mecanismo adiciones de lucha contra la delincuencia organizada.

2.4.Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre

A través de esta Ley Orgánica “de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros” se lleva a cabo una reforma de cierta envergadura que trata de rectificar las dos últimas reformas que se produjeron en esta materia. Según se interpreta de la Exposición de Motivos, viene exigida por la Unión Europea, puesto que se afirma en el texto que esta ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta

acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere y se concretó en las iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.

En lo que aquí interesa, los cambios que se produjeron mediante esta ley fueron los siguientes:

- Pretendiendo armonizar nuestra normativa interna con la europea se lleva a cabo una ampliación del tipo penal al castigarse las conductas participativas de favorecimiento “directo o indirecto”, a la vez que se lleva a cabo un excesivo aumento de la pena de prisión para este delito.

- La modificación más importante supuso la introducción de la “inmigración clandestina de personas” junto al tráfico ilegal de personas en el tipo básico del art. 318.1 bis. Son los dos hechos que podían ser favorecidos por la acción de ayuda. Ante el desconcierto que causó que el legislador juntase en el mismo tipo penal ambos conceptos, hubo que realizar un nuevo esfuerzo interpretativo que nos situara en un plano de realidad jurídica y social. Al hacer referencia al tráfico ilegal y a la inmigración clandestina, el legislador daba por sentado que se trataba de dos conceptos distintos que castigaban realidades distintas, aunque con un mismo telón de fondo, la migración internacional. Se justificaba así un intento de la normativa española de ajustarse al máximo a lo expuesto en la normativa internacional y comunitaria en las cuales se hacía una clara diferenciación de ambos términos. No cabe duda de que esta idea exige por nuestra parte una exagerada consciencia imaginativa e interpretativa. Se sigue sin entender por qué el legislador no dejó claro en su momento qué se pretendía castigar con la incorporación de otro concepto en el tipo básico ni cuál era su finalidad.

- Se modificó el tipo del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual derogándose el art. 188.2 que pasa a convertirse en un tipo agravado del tráfico ilegal en sentido propio y de la inmigración clandestina, contenido en el art. 318.2 bis y asignándole una pena mucho más grave.

2.5.Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

Esta Ley Orgánica lleva a cabo la contrarreforma de la reforma de los delitos de asociaciones ilícitas del año 2000. Posiblemente por las escasas posibilidades de

aplicación práctica de este delito de asociaciones ilícitas por promover el tráfico ilegal de personas al concurrir con el tipo agravado del art. 318.5 bis CP. Con lo cual, se optó por derogar dicho delito que se encontraba en el art. 515.6 CP.

2.6.Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre

Bajo el título “Ley Orgánica para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas” se modifica la ley del Poder Judicial para incluir estos delitos dentro del criterio de competencia de la justicia internacional al tiempo que se amplía el elemento geográfico de los delitos de los arts. 318.1 bis y 313 CP incorporándose a cualquier otro país de la Unión Europea junto a España como lugar de desplazamiento de personas en sus respectivos tipos.

Con esta reforma nuestro legislador interno pretende acercarse a los últimos avances a nivel comunitario en esta materia, de ahí que la propia Exposición de Motivos justifique el texto normativo afirmando que el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas se encuadran entre los delitos caracterizados no sólo por atentar contra valores de carácter humanitario considerados esenciales por la Comunidad Internacional, sino también por la tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión. También a nivel internacional España debía de formular una reforma, como también se plasma en la Exposición de Motivos, para adaptarse a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002 publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de septiembre de 2003, complementada por el Protocolo, hecho en el mismo lugar y fecha, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y ratificado por Instrumento de 21 de febrero de 2002 publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2003, que es aplicable a los delitos de tráfico ilegal de personas, en cuanto éstos se encuentran entre los delitos graves, entendiéndose por tales, la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave, siempre que estos delitos fueran de carácter transnacional y entrañasen la participación de un grupo delictivo organizado, con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden

materia. A través de esta reforma, nuestro derecho interno se acercaba a las exigencias de las normativas de nuestro entorno jurídico.

2.7.Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Introduce un nuevo Título VII bis en el Libro II CP que lleva por rúbrica “De la trata de seres humanos” compuesto por un único artículo, el 177 bis en el que se castiga la trata de seres humanos. La necesidad de introducir este tipo delictivo, más allá de la deficiente capacidad que nuestro Derecho Penal demostraba para combatir estas conductas, fue, nuevamente, cumplir con las exigencias que el legislador comunitario demandaba principalmente desde el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa de 2005 (Convenio de Varsovia). Todo ello propiciado por la falta de pericia legislativa de la que adolecía el Estado español hasta ese momento en lo que a este delito se refiere.

En el nuevo art. 177 *bis*, que a día de hoy sigue vigente, aunque con algún cambio, se castiga la trata de personas, quedando tipificada la inmigración clandestina de manera autónoma en el art. 318 *bis*. Resultaba harto necesario separar de una vez por todas ambos conceptos, principalmente sobre la base de tres aspectos:

- El relativo al consentimiento: en la inmigración clandestina, el migrante, aun sabiendo que el viaje será duro y peligroso, consiente en hacerlo. Mientras que las víctimas de la trata nunca prestaron su consentimiento a ser transportadas y, mucho menos, explotadas posteriormente. Para ello se utilizan una serie de medios comisivos que vienen descritos en el tipo, que, en todo caso, invalidarían ese consentimiento.
- En relación con la explotación: en la figura de la inmigración clandestina la acción del delincuente finaliza con el traslado de la persona al lugar de destino. En el delito de trata la intención del sujeto activo no sólo es transportar a la persona sino explotarla en su lugar de destino para conseguir un beneficio económico, aunque en última instancia pueda no darse el resultado de explotación.
- Factor transnacional: mientras que la inmigración clandestina siempre implica un cruce de fronteras ilegal y, por lo tanto, un elemento transnacional, la trata de seres

humanos puede no serlo, se puede producir sin necesidad de que las víctimas sean trasladadas de un Estado a otro.⁶³⁵

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 el legislador ofrece una serie de explicaciones para que se comprenda la separación de ambos delitos afirmando que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318.1 *bis* resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existían entre ambos delitos. La separación de ambas figuras delictivas resultaba imprescindible tanto para cumplir con los mandatos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos.

Además de tranquilizarnos con necesarias explicaciones, la Exposición de Motivos también se refiere al bien jurídico protegido en ambas figuras delictivas, considerando que en el recién creado delito de trata de seres humanos se protege la dignidad de la persona y la libertad de los sujetos pasivos, mientras que en el delito de inmigración clandestina lo que se tutela es la protección de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

2.8.Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Incorpora la última reforma de nuestro Código Penal en esta materia. La Exposición de Motivos justifica la reforma en el delito de trata de seres humanos aduciendo que este tipo se incorporó con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE, 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 sustituía la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Observa que, aunque la reforma del año 2010 tuvo en cuenta el proyecto que finalmente se materializó en la citada Directiva, existían varias cuestiones que no fueron reflejadas en la redacción actual y que era preciso incluir para una completa transposición de la normativa europea.

Por otra parte, en cuestión de inmigración clandestina, el legislador también consideró necesario efectuar una reforma, según dice, porque estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas

⁶³⁵ En este sentido, entre otros autores VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 360

más graves que actualmente sanciona el artículo 177 *bis*. Sin embargo, pese a separar ambas figuras se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, en palabras del legislador “se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 *bis* con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante”.

Si bien es cierto que cuando se introdujo el delito de trata de seres humanos aún no se había aprobado la mencionada Directiva y que, por tanto, el legislador español no podía adelantarse a las intenciones incriminatorias que fueran futuribles en Europa, también lo es que la mayor parte de las reformas introducidas en 2015 son de índole técnica y que muchas de ellas ya habían sido puestas de manifiesto por la doctrina. Por otra parte, se introducen dos nuevos resultados de explotación junto con los ya conocidos, a saber: la explotación criminal de la víctima (que sí se incluía específicamente en la Directiva 2011/36/UE) y la celebración de matrimonio forzoso.

2.8.1. Novedades introducidas por la LO 1/2015 en el delito de trata de personas

Analicemos a continuación cuáles han sido las reformas de esta ley en el delito de trata de seres humanos para comprobar si efectivamente se acerca a las exigencias de los instrumentos que se han emanado desde Europa, principalmente la citada Directiva 2011/36/UE y el Convenio de Varsovia de 2005.

Con la inclusión del delito de trata en el año 2010 se solventaba los problemas de punibilidad que existían castigándose estas conductas a través del tipo de inmigración clandestina del art. 318 CP. Este delito se implantó con un arco punitivo de entre 5 a 8 años para las conductas del tipo básico, llegando hasta el tope de 18 años en los casos de criminalidad organizada siempre que los autores fueran los jefes, encargados o

administradores de la organización o asociación criminal. Con esta incriminación España pasaba a cumplir los estándares a los que se obligaba desde la comunidad internacional, quitando algunos supuestos como el de consumo de los servicios prestados por personas que se conoce que han sido víctimas de trata u otro como el problema que supone que se entienda incluido en el tipo los supuestos de intercambio o transferencia de control sobre una persona.⁶³⁶ Sin embargo, con la aprobación de la Directiva de 2011, que fue posterior a la introducción del delito en el Código Penal español, existían ciertas dudas sobre si algunas de las circunstancias descritas en el precepto cumplían con la nueva normativa. En este sentido el art. 4.2.c) de la Directiva, establecía que la duración máxima de la pena privativa de libertad fuera de al menos 10 años cuando se pusiera en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima. Esta situación podía verse cumplida si se entendía que tales supuestos podían estar incluidos en la circunstancia agravante de la versión anterior a 2015 de que con la trata se pusiera en peligro a la víctima descrita en el art. 177 *bis* 4.a) CP, en la que se preveía una pena de entre 8 y 12 años.

Se deduce de las circunstancias descritas que, pese a que la Directiva fuera posterior a la inclusión del tipo delictivo de trata de seres humanos, las principales reformas de 2015 no se producen por la aprobación de esta, por mucho que la Exposición de Motivos insista en ello, se producen por la necesidad de solventar ciertos fallos técnicos por las imprecisiones que cometió en su momento el legislador de 2010 y que, desde luego, se conocían antes de que apareciera la citada Directiva. Lo que parece obvio es que estas modificaciones tratan de dotar de un cierto sentido a la norma para responder a las expectativas que emanan desde la perspectiva internacional, es por ello que la mayor parte de las reformas son de índole técnica.⁶³⁷

Para analizar las distintas reformas que introduce el legislador de 2015 resulta necesario aludir a ellas según el elemento del tipo al que afecten, a saber: acción, medios comisivos, resultado.

En cuanto a la acción, se suma al tipo una conducta que viene referida al intercambio y transferencia de control sobre las personas. Este comportamiento ya estaba incluido en el Protocolo de Palermo del año 2000, por lo que no resulta coherente

⁶³⁶*Ibidem*, pp. 409 y ss.

⁶³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015". *Diario La Ley*, Nº 8554, 2015, pp. 4 y ss.

que no se hubiera incluido con anterioridad en nuestro Derecho interno demandándose por parte de nuestra doctrina desde el primer momento y solventando su laguna forzando interpretaciones sobre el acto de “trasladar” incluyendo en el mismo la acción del “traslado del dominio sobre una persona” para que, entre otras, la venta o la compra de una persona no quedasen fuera del ámbito de esta disposición.⁶³⁸ Con la inclusión de esta nueva acción, se le puede asignar un sentido de espacio físico al verbo trasladar, sin tener que hacer un ejercicio de imaginación para tratar de dar respuesta a todos los comportamientos existentes en la realidad criminológica actual. Por otra parte, al igual que se añade esta acción, se suprime otra, la de “alojar”. Pese a no saber la intención ni el por qué, puesto que no se ofrecen respuestas en la Exposición de Motivos, podemos atrevernos a suponer que se pretende aproximarse lo máximo posible a los tipos comunitarios contenidos en la Directiva 2011/36/UE y en el Convenio de Varsovia, ya que en ninguno de estos viene establecida esta conducta, y que existiendo las acciones de “acoger” y “recibir” no existe la necesidad de que se especifique también la acción de “alojar”.

En lo que respecta a los medios comisivos, se incorpora uno nuevo: la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control de la víctima. Se encontraría relacionado con la llamada trata abusiva y también estaba ya incorporado tanto en el Protocolo de Palermo como en el Convenio de Varsovia y en la Directiva de 2011, por lo que, de nuevo, la doctrina denunció su omisión desde la incorporación del tipo específico de trata en 2010.⁶³⁹ Este nuevo medio comisivo era necesario al incluir la acción a las que nos hemos referido anteriormente de transferencia de control, puesto que se vincula con supuestos de trata en los que se produce una venta o compra de una persona produciéndose una transferencia de control sobre la misma, situación que puede darse a través del medio incluido en 2015. También dentro de los medios comisivos se introduce otra modificación o, más bien, una aclaración de lo que significa “situación de necesidad o vulnerabilidad” en el último párrafo del art. 177 *bis* 1 CP, puesto que era un término ciertamente indeterminado sobre el cual la doctrina había debatido larga y extensamente para intentar solventar el vacío de significado de una noción tan “abierta” que suponía la inclusión dentro de la trata abusiva de algunas conductas que podían significar una

⁶³⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 419 y ss.

⁶³⁹ *Ibidem*, pp. 422 y ss.

apertura excesiva del tipo.⁶⁴⁰ Nuestro legislador opta por la fórmula utilizada en la Directiva de 2011 caracterizando la situación de vulnerabilidad como una situación en la que la persona no tiene otra alternativa real o aceptable que someterse al abuso.⁶⁴¹

En lo relativo a las modificaciones de los resultados de la trata, se incorporan dos nuevas finalidades: la explotación para realizar actividades delictivas (art. 177 *bis* 1.c) y la celebración de matrimonios forzados (art. 177 *bis* 1.e). En cuanto a la primera, no estaba reflejada en ninguno de los instrumentos normativos a nivel comunitario e internacional hasta que apareció en el art. 2.2 de la Directiva 2011/36/UE lo cual provocó un debate a nivel doctrinal sobre lo que debía entenderse por “explotación para realizar actividades delictivas”. Algunos autores consideraron que podía entenderse este término vinculado a un concepto amplio de servicios forzados, en este sentido VILLACAMPA observa que la imposición de actividades delictivas puede incorporar la finalidad de hacer cometer a las personas tratadas delitos contra la propiedad o de tráfico de drogas.⁶⁴² La propia Directiva que contiene por vez primera este resultado considera que este resultado es una forma de explotación para que la persona “cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”. Las principales víctimas suelen ser niñas, niños, adolescentes mujeres embarazadas o personas de la tercera edad, quienes, en última instancia son realmente las expuestas y las que ponen en peligro su libertad e integridad física. Sea como fuere, no existe ninguna razón por la que no pueda considerarse un tipo de servicio forzado, aunque el tipo penal cite aparte la explotación para trabajos o servicios forzados, probablemente el legislador comunitario quisiera ampliar este ámbito dando cobertura también a estas formas de criminalidad.⁶⁴³

Con respecto a la celebración de matrimonios forzados, nuevamente nos hallamos ante una conducta que podría reconducirse hacia una forma de trata para explotación sexual pero que también podría interpretarse como una forma de servicios forzados

⁶⁴⁰ En este sentido PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina...*, op. cit., pp. 329, advierte que la trata de seres humanos en su forma abusiva es ciertamente difícil de determinar.

⁶⁴¹ El art. 2.2. de la Directiva 2011/36/UE establece: “existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso

⁶⁴² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 435-436.

⁶⁴³ De la misma opinión POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, op. cit., p. 15:21.

debido a la amplitud conceptual de servicios forzados. Sin embargo, al englobar este resultado en los supuestos de trata con fines de explotación sexual, se obviarían muchas de las violaciones que se operan cuando una persona es obligada a contraer matrimonio, puesto que puede llegar a producirse un sometimiento a servidumbre, concepto que está más cercano a la naturaleza laboral que a la sexual.

Terminado el análisis de las reformas contenidas en los elementos del tipo, veamos las modificaciones de las que han sido objeto los tipos cualificados de la trata. El art. 177 *bis* 4 que contiene agravaciones de primer nivel ha sido reformulado para reducir su número a dos tipos cualificados contenidos en sus letras “a” y “b” en lugar de las tres que se incorporaron en 2010. La letra “a” contiene la agravante de puesta en peligro de la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito, concretando de este modo la puesta en peligro y siendo objeto de una determinación que no existía en la redacción anterior en la que se aludía a una “puesta en grave peligro a la víctima del delito”. Se aplaude por tanto la decisión del legislador de respetar el principio de taxatividad y de seguridad jurídica. En la letra “b” se han añadido como causas a valorar para determinar la especial vulnerabilidad de la víctima junto con las ya existentes de discapacidad y enfermedad, el estado gestacional de la víctima o la minoría de edad (que en la versión anterior se encontraba en la letra “b”), así como la vulnerabilidad de la víctima, que se ha plasmado mediante la expresión “situación personal”. En este sentido el CGPJ considera en su informe que describir la situación de vulnerabilidad de la persona atendiendo únicamente a situaciones personales puede resultar demasiado restrictivo, mientras que, por el contrario, considerar a los menores víctimas vulnerables sin tener en cuenta otras razones pueda llegar a ampliar excesivamente la noción de vulnerable, opinión que subrayan algunos autores.⁶⁴⁴

Con respecto a las reformas en la penalidad de los tipos delictivos, la LO 5/2015 incluyó en el art. 57 CP la trata de seres humanos como uno de los delitos que pueden contemplar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP, penas de alejamiento, novedad que ha sido valorada positivamente.

⁶⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La trata de seres humanos tras la reforma...”, op. cit., p.10.

3. Aproximación victimocéntrica del delito

Desde una perspectiva internacional, la primera aproximación al delito de trata de seres humanos se centraba de forma casi exclusiva en la lucha de una nueva realidad criminal mediante la tipificación de conductas en lo que podríamos llamar una consideración criminocéntrica del fenómeno. Sin embargo, tras los últimos instrumentos normativos internacionales y comunitarios, esta aproximación ha sufrido un cambio de entendimiento pasando a considerar una perspectiva victimocéntrica del delito en la que se entiende que este aborrecible fenómeno supone una serie de conductas que vulneran los derechos humanos de las víctimas, de tal modo que, hay que poner especial atención en estrategias de lucha cuyo núcleo fundamental será la protección de los derechos de las víctimas. En efecto, no se propone una lucha contra la realidad criminal en base a los actos y conductas que dan origen al crimen sino en salvaguardar los derechos de las víctimas, incidiendo en el carácter de conducta lesiva y no en su condición de conducta que tiene relevancia penal. De hecho, la Directiva 2011/36/UE presenta dos aspectos fundamentales que suponen una nueva orientación en relación con la anterior normativa de la Unión Europea en esta materia. En primer lugar, se afronta el fenómeno, no sólo desde un prisma criminal y represivo, sino también preventivo. Y, en segundo lugar, se identifica la solución para la trata desde un enfoque en el que resulta absolutamente necesaria la coordinación interna y externa, instando a los Estados a que coordinen sus recursos e instituciones y a cooperar entre ellos.

Este nuevo enfoque de derechos humanos viene definido en los Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas que emana desde la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2010, en el cual se afirma que “que todas las personas que participan en las actividades encaminadas a combatirla deben integrar los derechos humanos en su análisis del problema y en las respuestas correspondientes. Ese enfoque exige examinar, en todas y cada una de las etapas, las repercusiones que una ley, una política, una práctica o una medida pueden tener en las personas que han sido objeto de trata o son vulnerables a ella. Significa también descartar todas aquellas respuestas que pongan en peligro los derechos y libertades fundamentales. El único modo de mantener la labor debidamente centrada en las víctimas es garantizar que la trata de personas no se

reduzca meramente a un problema de migración, de orden público o de delincuencia organizada”.⁶⁴⁵

La Unión Europea, en su “Estrategia para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)” prevé una serie de acciones entre las cuales destaca reforzar los derechos fundamentales en la política de lucha contra la trata de seres humanos y las acciones conexas. Así, se señala que la integración de los derechos fundamentales en la política y la legislación contra la trata de seres humanos es necesaria para garantizar un trabajo coherente en este ámbito. La estrategia de la Comisión relativa a la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales dispone que la Comisión debe garantizar, desde una fase temprana, por medio de un control de los derechos fundamentales, que sus actos legislativos y otros respetan plenamente los derechos fundamentales consagrados en la Carta.

Como vemos, el nuevo abordaje de este crimen supone un cambio de tesis fundamental gracias a la cual se ha llegado al entendimiento de que no basta con la aplicación de preceptos internacionales incriminatorios para erradicar estos comportamientos. Además este nuevo foco de atención supone desplazar el núcleo de la lucha desde la tipificación de conductas hacia la protección de las víctimas, demanda que vienen sosteniendo los autores especialistas en la materia en sus textos.⁶⁴⁶

A partir de la entrada en vigor del Protocolo de Palermo en el año 2000, se abre la puerta de esta nueva estrategia en la lucha contra la trata de personas que está basada en la llamada estrategia 3P,⁶⁴⁷ que supone la integración de tres elementos como pilares de la batalla, que son: prevención de conductas, protección de las víctimas y persecución criminal. Con respecto a la prevención, se deben analizar cuáles son las causas de la trata de seres humanos para saber a la realidad social a la que nos enfrentamos para así poder modificar las políticas económicas y favorecer las oportunidades de migración legal fomentando la cooperación de los Estados de origen con los de destino de las personas que están siendo tratadas. La protección y asistencia a las víctimas, segundo

⁶⁴⁵OHCHR: *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*.

⁶⁴⁶ En este sentido, por todos, OBOKATA, T.: *Trafficking in human beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. MartinusNijhoffPublishers, International Studies in Human Rights, Leiden, Boston, 2006, pp. 32 y ss., pp. 121 y ss. y pp. 149 y ss.; OBOKATA, T.: “Trafficking of Human Beings as a crime against humanity: some implications for the international legal system”. *International and Comparative Law Quarterly*, Nº 45, 2005, pp. 445 y ss.

⁶⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La trata de seres humanos tras la reforma...”, op. cit., pp. 2.

pilar de la estrategia, supone facilitar a las víctimas el acceso a todas las formas de reparación necesarias, entre las cuales destacan la asistencia, la protección y la compensación, sin que ello dependa de su intención o capacidad de testificar en un supuesto proceso penal. Muchas ONG's reconocen que el primer escollo a solventar es que se reconozcan a las víctimas como tales siendo de vital importancia que se les garantice un período de restablecimiento y reflexión que hoy en día resulta ridículo, ya que deben recuperarse y gozar del suficiente tiempo para que puedan ser informadas de sus opciones y decidir en base a toda la información real. La asistencia debe ser real y efectiva, suponiendo un alojamiento, orientación, cuidado y oportunidades. En este sentido, el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata del Estado español resume de manera eficaz lo que debe entender por protección y asistencia, puesto que tiene por objeto establecer pautas de actuación para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos. Se pretende, en particular:

1) Definir el procedimiento de identificación de las víctimas de trata de seres humanos y coordinar la actuación de las autoridades e instituciones con responsabilidades en dicho proceso.

2) Establecer las pautas para la evaluación de los supuestos de riesgos a los que se exponen las víctimas y la determinación de las medidas de protección

Recoger los aspectos relativos a la denuncia y/o puesta en conocimiento de la autoridad judicial.

3) Delimitar los elementos necesarios para proporcionar una información adecuada a las víctimas sobre sus derechos, servicios y recursos.

4) Establecer criterios para una correcta evaluación de las necesidades de la víctima que permitan una asistencia adecuada.

5) Prever la inclusión de las víctimas de trata extranjeras en programas de retorno voluntario.

6) Detallar, cuando la víctima sea extranjera y se encuentre en situación irregular, el procedimiento para la concesión del período de restablecimiento y reflexión y, en su caso, la exención de responsabilidad y la concesión de la correspondiente autorización de residencia y trabajo o el procedimiento de retorno asistido.

- 7) Establecer actuaciones específicas en caso de víctimas menores de edad.
- 8) Definir la participación de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de las víctimas.

Por último, en relación a la persecución y castigo de las conductas criminales que están recogidas en el delito de trata, se considera imprescindible su tipificación en el Derecho doméstico y que quede reflejado en los preceptos una sanción proporcional al desvalor de la acción, agravándose en los casos necesarios como cuando el delito se lleve a cabo en el seno del crimen organizado.

Esta aproximación victimocéntrica al delito de trata de seres humanos es el que ha imperado en los últimos años en el plano comunitario e internacional. Muestra de ello son los instrumentos comunitarios más recientes en esta materia que han dado lugar al cambio de paradigma, a saber: el Convenio de Varsovia de 2005 sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y la Directiva 2011/36/UE de 2011 relativa a la Prevención y la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

4. Deficiencias de la reforma. Lo que queda por hacer

En efecto, la LO 5/2015 propone varias modificaciones que son, en su mayor parte, bienvenidas, pero no podemos dejar de preguntarnos por qué, una vez inmersos en reformar, no se abordan de manera definitiva algunos puntos que son bien sabidos que necesitan ser mejorados o, simplemente, cambiados o quitados de una vez por todas. Veamos lo que se podría haber incluido en esta última reforma.

- 1) El legislador impone una pena mayor al proceso que da lugar a la explotación de la persona que a la explotación en sí misma.⁶⁴⁸ Así es, el Código castiga el delito de trata que, como sabemos, se entiende como una fase conducente a una posible explotación de la víctima, ya sea en mayor o menor grado, pero que también puede no concretarse en un resultado de explotación, bastando el mismo proceso para castigar esta conducta

⁶⁴⁸ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 477 y ss.; POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral...*, op. cit., pp. 138 y ss.

criminal sin que tenga que producirse efectivamente la explotación final para que se consuma el delito, puesto que la trata es un delito mutilado en dos actos y basta con que el autor tenga la intención de explotar a la víctima. Sin embargo, no castiga el resultado, no está recogido en el Código Penal un delito de sometimiento a esclavitud, ni de trabajo forzoso, ni de servidumbre. Las que en este trabajo se han llamado en términos sociológicos “Formas Contemporáneas de Esclavitud” no tienen su reflejo en el orden penal, de manera que, se llega a una incongruencia normativa terrible, se castiga con más pena el proceso que el resultado. En efecto, el legislador de 2015 olvida castigar en un delito autónomo los posibles resultados de trata que se mencionan en el art. 177 *bis*, de forma que, no sólo queda abierta la posibilidad de que se manifieste ese tipo de explotación sin que tenga un castigo más grave que el proceso que conduce a ella, sino que se crea una inseguridad jurídica grave al no saber que conducta se castiga ya que no está definida en el Código puesto que no tenemos establecido qué es la esclavitud, qué la servidumbre y qué el trabajo forzoso, únicamente sabemos de ellos por el posible resultado de explotación del delito de trata.

2) Desde el punto de vista de las sanciones, asistimos perplejos a un auténtico cinismo punitivo. La Directiva de 2011 establece en su art. 4.1 que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años”, esto es, para el delito básico de trata de seres humanos y el art. 4.2 eleva el arco punitivo hasta un máximo de diez años cuando se cometa sobre una víctima especialmente vulnerable, cuando se cometa en el marco de una organización criminal, cuando se ponga en peligro la vida de la víctima o cuando se cometa empleando violencia grave o se causen a la víctima daños particularmente graves. El límite superior de las penas serían 5 y 10 años para el tipo básico y las figuras agravadas respectivamente. Sin embargo, el Código Penal contempla una pena de entre 5 y 8 años para el tipo básico y la pena superior en grado para las agravantes antes mencionadas, que puede llegar hasta los 12 años, excediendo en ambos casos el límite máximo dictado desde la Directiva y a la que, en principio, el legislador español nombra como modelo en la Exposición de Motivos, incumpliendo las previsiones a las que se pretende ajustar por medio de la reforma legislativa.

3) Con respecto al ámbito territorial del delito, el tipo exige que sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella. Discrepamos plenamente con

la incorporación de esta mención territorial por parte del legislador puesto que la trata requiere un traslado físico del sujeto pasivo que no tiene por qué concernir al territorio español y que, desde luego, no queda plasmado en ninguna de las definiciones de trata existentes a nivel internacional ni con la normativa que amplía la competencia de los tribunales nacionales a supuestos cometidos fuera de sus fronteras (por ejemplo, art. 31 del Convenio de Varsovia). Esta fórmula revela la intención del legislador español de que únicamente se persiga el delito si existe un elemento territorial que implique al Estado español, ya no para que los tribunales españoles tengan competencia, sino para esa conducta quede amparada por el tipo y sea por tanto perseguible, lo cual produce un quebrantamiento de las indicaciones de la normativa internacional en esta materia, vulnerándose los supuestos de incriminación tanto del Protocolo de Palermo, como del Convenio de Varsovia y de la Directiva 2011/36/UE⁶⁴⁹ y nos hace trasladarnos a un tiempo que parecía superado en el que el legislador español se preocupaba más del control de los flujos migratorios y del cruce de fronteras de nuestro territorio que de la vulneración de los derechos humanos de las víctimas de trata, confundiendo el concepto de inmigración clandestina con el de trata de seres humanos.⁶⁵⁰

4) Por otra parte la referencia a la situación administrativa de la víctima resulta innecesaria y redundante. El tipo establece que la víctima sea nacional o extranjera, formulismo que no se entiende puesto que, ciertamente el sujeto pasivo únicamente puede ser nacional o extranjera de un país, no existen más opciones, y si ambas quedan amparadas por esta disposición no es necesario que se haga una referencia explícita a su condición administrativa en el país. En este sentido algún autor ha disculpado la fórmula del legislador al entender que probablemente su intención fuera aclarar que en este tipo delictivo, que no puede sustraerse de la herencia de las dificultades interpretativas suscitadas por el delito de tráfico de personas del art. 318 *bis* CP, podían ser sujetos pasivos tanto los nacionales españoles como cualquier tipo de extranjero (tanto los comunitarios, que no son propiamente extranjeros, como los extracomunitarios).⁶⁵¹ Pese a ello, superada esta problemática interpretativa, el legislador debería haber aprovechado la reforma de 2015 para poner punto y final al debate eliminando cualquier referencia expresa.

⁶⁴⁹ De la misma opinión, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La trata de seres humanos tras la reforma...”, op. cit., pp. 11.

⁶⁵⁰ Entre otros, PÉREZ ALONSO, E: “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”, op. cit., pp. 101 y ss.

⁶⁵¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 416.

5) En otro orden de cosas, la regla concursal contenida en el punto 9 del art. 177 *bis* necesita de una interpretación restrictiva para no dar lugar a una vulneración del principio *non bis in ídem*, con lo cual, no se entiende que no se haya aprovechado la reforma para modificarla. Además, se mantiene la referencia específica de la posible concurrencia del delito de trata de seres humanos con la inmigración clandestina, lo cual confirma que el Código pretende castigar de forma más grave, si cabe, a todo aquel que cruce de forma ilegal las fronteras de nuestro Estado, cuando el supuesto de trata implique esta forma transfronteriza. Sin embargo, el delito de trata está castigado con una pena suficientemente grave, mayor de la exigen los instrumentos internacionales, como ya se ha indicado, por lo que no es necesario que le sume una cualificación concursal.⁶⁵²

6) En cuanto al primer elemento del delito de trata, las acciones, el tipo intenta dar cabida a todas las etapas mediante las cuales se desarrolla la conducta de la trata. No ofrece mayores dificultades interpretativas, sin embargo, puede aparecer un problema a la hora de especificar e interpretar los verbos “acoger” y “recibir” puesto que su sentido no es sustancialmente distinto. La RAE define acoger como “recibir con un sentimiento o manifestación especial la aparición de personas o de hechos”. En este sentido, pueden considerarse sinónimos en cuanto a la finalidad que el tipo proyecta y no es necesario la repetición de acciones en el contenido del tipo.

7) Existe una diferencia sustancial en lo que respecta a la inclusión de otras finalidades entre la redacción del tipo en nuestro Código Penal y la Directiva 2011/36/UE. Pese a lo que pueda parecer, el listado de finalidades contenido en la Directiva no establece un *numerus clausus*, puesto que el párrafo 3º del art. 2 indica que la explotación incluirá “como mínimo” una serie de conductas que se especifican en el texto, dejando la puerta abierta a que otras puedan considerarse trata, como, por ejemplo, las que establece en el párrafo 11 al decir ““así como otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados en la medida en que concurren los elementos constitutivos del delito de trata de seres humanos”. Nuestro legislador, incorpora de entre esos posibles resultados que se indican en el texto comunitario, los matrimonios forzados, pero no dice nada al respecto de otras finalidades como las adopciones ilegales y tampoco deja ninguna opción a que sean incorporadas puesto que no se recoge la fórmula “como mínimo” que aparece la Directiva, pudiéndose producir un cercenamiento de la potestad

⁶⁵² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La trata de seres humanos tras la reforma...”, op. cit., pp. 13.

punitiva del Estado en ciertas situaciones que podrían considerarse un resultado de la trata.

8) Por último, debemos resaltar el desconocimiento del panorama internacional que demuestra el legislador a la hora de hacer referencia a los posibles resultados de explotación del delito de trata. En el art. 177 *bis* 1.a) se nombra “la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.” y en un apartado distinto, en concreto en el e) se añade “la imposición de matrimonios forzados”. La separación en un punto específico de los matrimonios forzados resulta innecesaria si tenemos en cuenta que dentro del concepto “prácticas similares a la esclavitud” ya se contiene esta forma de explotación según establece la Convención suplementaria de 1956 que divide estas conductas en: servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba y matrimonios forzosos.

5. Análisis del delito de trata de personas. El art. 177 *bis* C.P.

5.1. Introducción

Antes de comenzar el análisis puramente penal del tipo de trata de seres humanos en nuestro Código, veamos a qué nos referimos cuando hablamos de este fenómeno para así diferenciarlo de las otras formas de explotación extrema ya analizadas anteriormente desde una perspectiva internacional, es decir: la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

PÉREZ ALONSO se refiere al delito de trata como una nueva forma de delincuencia que consiste básicamente en hacer de los movimientos migratorios un nuevo y rentable negocio que generalmente se encuentra en manos del crimen organizado transnacional a costa de mercantilizar y explotar a las personas más necesitadas y vulnerables del mundo para así obtener un beneficio económico o de otra índole. Se trata, continúa, de una nueva forma de criminalidad global que aparece en casi todos los países, regiones y continentes del mundo y en todo tipo de economías.⁶⁵³ En efecto, se trata de un auténtico negocio invisible en el cual se comercia con el ser humano haciendo de la vida de otras personas un floreciente mercado con un claro fin económico y gestionado por la delincuencia organizada. También el sociólogo BALES

⁶⁵³ PÉREZ ALONSO, ESTEBAN: *Tráfico de personas e inmigración clandestina...*, op. cit., pp. 56.

se refiere a este fenómeno como un negocio floreciente basado en los grandes beneficios y las vidas baratas a través del control de las personas que se convierten en herramientas desechables para hacer dinero.⁶⁵⁴

Sin embargo, debemos dejar claro en este punto que la trata de personas, pese a constituir un tipo delictivo autónomo y una forma de explotación en sí misma, no se centra en la fase de explotación que suele ser el destino final de la persona, sino en el proceso que conduce a ese resultado, esto es, se circunscribe al tránsito de una situación de no sometimiento a la de sometimiento.⁶⁵⁵ Debido a ello, las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y la trata de personas no son lo mismo, aunque se engloben en una misma fórmula y queden tuteladas en un único esfuerzo proteccionista bajo el amparo de un mismo bien jurídico, se deben separar técnicamente ambos conceptos para ser fieles a las conductas de los autores, eso sí, dejando claro que el propio proceso de trata constituye una degradación del bien jurídico tal que es considerada una “Forma Contemporánea de Esclavitud” en sí misma.

Mientras que la esclavitud, la servidumbre o el trabajo forzoso son una explotación de la persona, la trata de seres humanos constituye un mecanismo o proceso a través del cual el sujeto activo consigue ese resultado de explotación, es la fase anterior a la finalidad. Tanto es así, que la consumación se consigue con la realización de una de las conductas que el tipo contempla, empleando cualquiera de los medios comisivos y concurriendo la intención de proceder a la posterior explotación de la víctima, pero sin necesidad de que la explotación se haga efectiva. No es necesario que sea el mismo tratante el que explote a la víctima. Por ello, lo que la ley califica como finalidades son en realidad una variedad de dolos específicos de suerte que si no se probara cualquiera de estas finalidades o se probara que son otras, faltaría un elemento del tipo del injusto. Es de carácter subjetivo, puesto que se trata de la intención del sujeto activo. Constituye un elemento que configura la “*mens rea*” (intención criminal), es decir, es un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente. El autor debe tener la intención de explotar a la persona en alguna de las formas que el tipo enumera, sin que sea necesario que efectivamente se consuma el resultado de explotación para castigar la conducta. De hecho, de todas las personas explotadas bajo las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” únicamente un pequeño

⁶⁵⁴ BALES, K.: *La nueva esclavitud...*, op. cit., pp. 4.

⁶⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 57

porcentaje ha sido previamente objeto de trata, alrededor de dos millones y medio. La gran mayoría de personas sometidas a explotación nunca han sido trasladadas a otro lugar.⁶⁵⁶ Así, el informe de la OIT sobre trabajo forzoso en el mundo nos señala que más de la mitad de las víctimas son explotadas en su propia tierra, sin necesidad de ir a otro país o región del mundo.⁶⁵⁷

De lo anteriormente expuesto podemos deducir que la trata de personas constituye un proceso en el cual se distinguen tres fases que serán coincidentes con los elementos que integran el delito de trata de personas. Esas tres fases son: la captación, el transporte y el fin de explotación. La trata, como concepto, no se refiere a la última de estas fases, que será el objeto de la explotación propiamente dicha, sea cual sea esta. La importancia que tenga en este proceso el desplazamiento de la persona dependerá del concepto de trata que se sostenga, pero, en todo caso, será imprescindible un traslado geográfico para que podamos hablar de trata. De ahí que podamos distinguir una trata transnacional de una trata interna, según si la persona transportada ha cruzado fronteras o no.

5.1.Rasgos comunes

En todo caso, sea cual sea el tipo de trata al que nos enfrentemos existen una serie de rasgos comunes que entendemos necesario enumerar ya que se repiten en cualquiera de las formas de manifestación de este tipo y pueden servir para identificar las conductas que conducen a las distintas finalidades. Veámoslas resumidamente a continuación:

5.1.1. Componente geográfico

Constituye uno de los rasgos básicos del delito de trata, dado que se trata de una actividad que siempre se compone de un desplazamiento de la persona. Como ya hemos dicho, el traslado puede ser nacional o transnacional. En muchas ocasiones está vinculado al fenómeno de la migración internacional y las mafias internacionales aprovechan sus redes para transportar a personas y explotarlas en sus lugares de

⁶⁵⁶BALES, K./TRODD, Z./WILLIAMSON, A.K.: *Modern Slavery...*, op. cit., pp. 34.

⁶⁵⁷ OIT: *Una alianza global contra el trabajo forzoso*

destino⁶⁵⁸, en cuyo caso, hablaríamos de una trata transnacional al producirse un cruce de fronteras. Sea como fuere, siempre se ha de producir un traslado geográfico.

5.1.2. Desamparo y necesidad

Es, sin duda, uno de los factores comunes a todas las manifestaciones de la trata de personas. El aprovechamiento de la necesidad de la persona, es el común denominador que aprovechan las mafias internacionales para captar y transportar a las personas que, inmersas en su pobre vida y oscuro futuro optan por jugar con su destino sin ser conscientes que están eligiendo perder su propia vida. Es su precaria situación económica, social y personal la que en la mayoría de las ocasiones arrastra a la persona hacia las peores decisiones, incluso, las más de las veces la persona sabe lo que le espera, pero acaba resignándose sabedora de que no le queda otra alternativa viable. Desde tiempos inmemoriales la esclavitud siempre ha sido la explotación de la miseria humana, con la diferencia de que en tiempos históricos se justificaba bajo la diferencia étnica y racial y hoy en día el color de la piel, la religión o la raza no tienen importancia, únicamente cuenta la vulnerabilidad y la necesidad económica de millones de seres humanos.⁶⁵⁹

5.1.3. Relación fáctica, no jurídica

Sea cual sea la finalidad de explotación a la que se vea sometida la persona afectada por la trata de seres humanos, no existe ningún amparo legal, no hay una relación jurídica que cubra bajo su mandato ninguna forma de dominio. Son, por tanto, relaciones fácticas que se desarrollan ocultas y al margen de la ley, de ahí que exista un oscuro velo que da sombra a todo este tipo de relaciones y complican su perseguibilidad. En este contexto acude a mi mente la fórmula “víctimas invisibles, crímenes olvidados” utilizada por la ex relatora de Naciones Unidas GULNARA SHAHINIAN en el Primer Congreso Jurídico Internacional sobre Formas

⁶⁵⁸ MAQUEDA ABREU, M.L.: *El tráfico sexual de personas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 19 y ss; DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., pp. 28 y 29.

⁶⁵⁹ Entre otros, PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina ...*, op. cit., p. 62; CASADEI, T.: “Sujetos vulnerables, trata y formas contemporáneas de esclavitud: El papel de las instituciones”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarate Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 101 y ss.

Contemporáneas de Esclavitud celebrado en Granada en el año 2014 y cuyas palabras han quedado plasmadas en el libro resumen del proyecto. Valga este extracto a modo de resumen sobre sus consideraciones a este respecto:

*“Como población invisible no son reconocidos como ciudadanos y desde su nacimiento no cuentan con documentos de identidad, en muchas situaciones se les da nombres genéricos al nacer para llevar toda su vida la identidad de esclavos que trabajan en la economía sumergida, tras la puerta privada de muchas economías o en zonas opacas a la sociedad, distantes durante toda su vida. Todas sus relaciones sociales están controladas por su “propietario”. No tienen grilletes o cadenas, no las necesitan, la explotación de sus diversas vulnerabilidades tales como la pobreza extrema, la dependencia psicológica y la responsabilidad de ganar para la familia, la falta de otras alternativas durante muchas generaciones, el aislamiento y la discriminación racial y de género y las prácticas religiosas discriminatorias crean un patrón de vida: invisibilidad social y obediencia silenciosa”.*⁶⁶⁰

En efecto, el futuro esclavo es un ser sin papeles, un ciudadano sin Estado, un muerto civil, como dice DOCKES⁶⁶¹ que es un extranjero vencido que ha perdido sus vínculos con la tierra, con su comunidad y con su stirpe. El esclavo no pertenece a ninguna parte, es un desarraigado de su cultura y un vagabundo de ningún lugar, es por ello, un muerto civil, un despojo sin papeles y sin ninguna referencia a nada.⁶⁶² Es la “cosa encarnada en persona” perfecta para ser usada, servida en bandeja de plata para utilizarla como elemento en la fórmula de la explotación, sea cual sea la finalidad.

5.1.4. Dominación de otra persona

La persona tratada pierde el control de su vida, en mayor o menor grado, que pasa a estar en manos del explotador, quien tomará todas las decisiones mercantiles que más le convengan a nivel económico, pasando el ser humano a convertirse en un mero objeto, en una “res” con la que se comercia. En nuestra búsqueda del bien jurídico, se erige como determinante esta situación de control a la que es sometida la persona, puesto que, al despersonalizar al humano, son atacados todos y cada uno de los

⁶⁶⁰ SHAHINIAN, G.: “Víctimas invisibles, crímenes olvidados”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarde Encabo, S./Lara Aguado, A./Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 30.

⁶⁶¹ Con respecto al concepto de “muerto civil”, DOCKES, P.: *La liberación medieval*, op. cit.

⁶⁶² Al respecto NAVARRO, J.A.: “¿Es Qatar un estado esclavista?”, op. cit.

derechos inherentes a la persona por el hecho de serlo, derechos tales como la integridad moral, la dignidad, el derecho a la seguridad, a la libertad o a la vida.

5.1.5. Finalidad económica

No se nos puede que el fin último de la trata de personas es la obtención de un beneficio económica. Es el negocio de las vidas humanas, en el que el objeto de transacción, con el que se gana dinero, es con la vida de la persona. Es un negocio global con un volumen mundial realmente escandaloso. Tanto es así, que, en palabras de BALES “la nueva esclavitud imita el funcionamiento de la economía mundial, centrándose en el control y utilización de los recursos y procesos en vez de en la propiedad y la gestión de activos fijos”.⁶⁶³

Todas estas circunstancias se repiten en el delito de trata y, por extensión, podemos decir lo mismo en el resto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, sin olvidar que el sometimiento de la persona, esto es, el grado de control que se ejerce sobre ella, dependerá de la forma de dominación ante la que nos encontremos. Recordemos que la trata de personas supone un proceso en sí mismo y no podemos confundirla con el resultado final de explotación. De hecho, la persona sometida u obligada a realizar trabajos forzosos o a realizar favores sexuales puede provenir de una captación y transporte previos o no, es decir, puede haber sido tratada con anterioridad o puede haber sido explotada directamente. No es necesario el requisito de la trata para hablar de un sometimiento final. Es importante mantener esta idea clara en la mente.

5.2. Conducta típica

El art. 177.1 *bis* CP establece:

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare,

⁶⁶³ BALES, K.: *La nueva esclavitud...*, op. cit., p. 28.

acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”.

La conducta típica contemplada en el delito se articula en base a tres elementos requeridos por el legislador, a saber: la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación.

La doctrina define este tipo como un delito mutilado de dos actos y de consumación anticipada⁶⁶⁴, el cual se perfecciona en el momento en el que el autor realiza una de las conductas a las que el tipo se refiere (captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas) siempre y cuando este tenga la intención de que concurra uno de los resultados de explotación contemplados en el artículo, sin que sea necesario que objetivamente se produzca la referida explotación para que el delito quede consumado.

El “sujeto pasivo” puede ser cualquier persona, nacional o extranjera. Aunque en el tipo se hable de una sola persona a la que se denomina víctima, existe únicamente un solo delito pese a que la conducta criminal afecte a varias personas, siempre y cuando el acto típico se refiera globalmente a una pluralidad de individuos al mismo tiempo y se lleve a cabo como plasmación de una misma persona, encaminada a un idéntico “*animus*” criminal. El “sujeto activo” puede ser cualquiera, aunque en este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, entiende que las conductas criminales “se desarrollan de

⁶⁶⁴ En este sentido se han expresado VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., p. 410; MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “El delito de trata de seres humanos: análisis...”, op. cit., p. 106. Además, con respecto al delito de trata para explotación sexual del antiguo art. 188.2 CP vid., por todos, MORALES PRATS, F./GARCÍA, A.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. 10ª ed., Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.). Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización criminal”.⁶⁶⁵

El lugar de comisión del delito tiene varias localizaciones. En primer lugar, aquella que determina la jurisdicción de la administración de justicia española: el territorio nacional y todo otro lugar terrestre, marítimo o aéreo hasta donde se extiende la jurisdicción española. Igualmente, en los casos de delitos de consumación tardía, si la acción comienza en un lugar donde España ejerce su jurisdicción, y concluye fuera del ámbito de esa jurisdicción, o como dice la Ley: *sea desde*. Otras dos localizaciones son, por un lado, *en tránsito* por España, sea por pocos minutos o más tiempo, siempre que se trate de un tránsito ocasional y, por el otro, la expresión *con destino a ella* hace referencia a un arribo a España con intención de asentarse temporal o definitivamente. El tránsito puede ser vía aérea, terrestre o marítima, siempre que en algún momento se pueda acreditar que el agente del delito ha pisado territorio nacional. Este requisito resulta inútil ya que bastaría con que el delito se cometa en España, por ejemplo, utilizando el medio comisivo de trasladar o transportar, para que el delito quede perfeccionado. Poco importa si se trata de un tránsito o un arribo para permanecer. El delito no cambia de fisonomía por esta distinción. Se debe tener en cuenta que el contenido del tipo excluye la persecución de la trata cometida en el extranjero que no esté conectada con España. Esta limitación geográfica se opone al concepto penal de trata regulado en el art. 2.1 de la Directiva 2011/36 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Esta referencia geográfica limita el ámbito de persecución del delito, lo cual dificulta en gran medida su castigo,⁶⁶⁶ más aún cuando la Exposición de Motivos de la LO 1/2010 indica específicamente que este precepto castiga formas de delincuencia nacionales o transnacionales.⁶⁶⁷

En cuanto a la consumación o perfeccionamiento delictivo resulta un tema ciertamente delicado. Como se ha dicho el delito de trata es un delito mutilado en dos actos en el cual la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto. En este caso, el autor realiza la primera acción

⁶⁶⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*. Gómez Tomillo, M. (Dir.) Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 703.

⁶⁶⁶ En este mismo sentido vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 412 y ss.

⁶⁶⁷ También se muestra crítico TERRADILLOS BASOCO, J.: “Trata de seres humanos”, op. cit., p. 210.

(captar, transportar, alojar, etc.) con la intención de explotar finalmente a la víctima para conseguir de ello un beneficio económico. Sin embargo, el tipo no exige que se produzca el resultado de explotación para considerar perfeccionado el delito, sino que basta con que se haya actuado con la intención de cumplir alguna de las finalidades que exige la ley.

Debido a este particular perfeccionamiento delictivo la diferencia entre actos preparatorios punibles, tentativa y consumación puede ocasionar problemas en muchos casos y habrá que resolverlos atendiendo a cada caso en particular. Pongamos algunos ejemplos, para arrojar luz sobre estos supuestos. En el caso de encontrarnos con personas que han sido captadas y alojadas en algún lugar a la espera de ser explotadas pero aún no han llegado serlo constituiría un delito consumado de trata de seres humanos. Si, en la fase de captación y transporte queda demostrado que el autor perseguía una finalidad de explotación, pero la víctima escapa sin llegar a consumarse la primera fase delictiva que establece el tipo, se resolvería como un delito de trata de seres humanos en grado de tentativa. Sin embargo, si la fase de ejecución criminal aún se encuentra en un término preparatorio sin que hayan comenzado a materializarse los actos ejecutivos de preparación del lugar o del medio de transporte, nos encontraríamos ante alguno de los actos preparatorios del apartado 8 del art. 177 *bis*.

Existen voces discrepantes con la idea de que el delito de trata suponga un delito mutilado en dos actos de consumación anticipada. VÁZQUEZ IRUZUBIETA considera que cada autor o coautor perfecciona el delito en cualquiera de los tramos de ejecución que le toque ejecutar si realiza su acción completa. Siendo un delito de multi-actividad con perfeccionamiento autónomo para cada acción delictiva. Para este autor estamos ante un delito formal, puesto que basta que se realice uno de los actos de consumación (captación, transporte, etc.) unido al dolo específico de explotar, para que el delito se perfeccione; lo que debe quedar consumado es la acción de uno de estos actos de ejecución. Siendo, un delito formal, entiende que no admite tentativa.⁶⁶⁸ En sentido contrario opina DE VICENTE MARTÍNEZ quien sostiene “ningún documento supranacional exige dicha tipificación (la de los actos preparatorios), limitándose únicamente a señalar la obligatoriedad de que sea punible la tentativa del delito de trata de seres humanos”⁶⁶⁹. Y es que, en efecto, el art.

⁶⁶⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Penal comentado*. Ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 332.

⁶⁶⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 704.

21.2 del Convenio del Consejo de Europa de 2005 establece que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para convertir en infracción penal toda tentativa intencionada de cometer uno de los delitos tipificados en aplicación de los artículos 18 (trata de seres humanos) y 20, apartado a, del presente Convenio”. Por tanto, en aplicación de la normativa internacional en la materia, la tentativa de cometer un delito de seres humanos debe ser castigada penalmente.

5.2.1. Acción

En cuanto a los actos que componen la conducta típica, como ya se ha dicho, son “captar, transportar, trasladar, acoger o recibir y la transferencia de control”, en la línea de lo dispuesto por los distintos instrumentos internacionales ya mencionados. Se castigan las numerosas etapas por las que transcurre el proceso de la trata desde que se capta a una persona hasta que llega a su origen dónde finalmente se tiene la intención de explotarla. La doctrina ha criticado esta enumeración de acciones por considerarla excesivamente amplia, al incluirse acciones muy diversas entre sí y que pueden resultar redundantes.⁶⁷⁰

5.2.1.1. Captar

Este verbo hace referencia a la recluta de personas. Se atrae a la persona ganándose su voluntad por distintos medios. Supone el inicio del proceso de trata al extraer a la persona de su ámbito de vida para incorporarla posteriormente al entorno del explotador en contra de su voluntad. Puede ser lograda con violencia o intimidación, pero, en todo caso, será ilícita ya que al menos se empleará engaño como forma de consumación. La opinión doctrinal afirma que el tipo requiere algo más que una mera oferta, exigiéndose algún tipo de “resultado intermedio” o el cierre de alguna “suerte de acuerdo” que en apariencia obligue a la persona tratada a la realización de algún tipo de actividad, aunque no sea necesario que esta tenga efectividad jurídica.⁶⁷¹ La víctima, por tanto, adoptaría algún tipo de acuerdo por iniciativa del autor de manera que se sienta obligada a prestar un servicio en favor de este. En este sentido, no se cumplirían los

⁶⁷⁰ REQUEJO NAVEROS, M.T.: “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: aciertos, desaciertos y proyectos de reforma”. Valle Mariscal De Gante, M./Bustos Rubio, M. (Coords.), *La reforma penal de 2013*, Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 71.

⁶⁷¹VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de personas...*, op. cit., p. 417.

requisitos de esta modalidad de acción cuando es la víctima la toma la iniciativa del acuerdo con el tratante.⁶⁷² Hay que tener en cuenta que a la hora de delimitar la amplitud del término captar, el informe explicativo del Convenio de Varsovia afirmó que puede incluirse su realización mediante cualquier instrumento, incluyendo el uso de nuevas tecnologías, especialmente internet, que constituye un mecanismo sumamente utilizado para dicha finalidad.

5.2.1.2. Transportar

Este concepto típico implica dos modalidades distintas: llevar a la persona captada a un sitio donde se la aloja o bien trasladarla de un sitio a otro con una finalidad cualquiera. En cualquier caso, de lo que se trata es de mover a la persona captada para evitar su fuga o la persecución policial de las autoridades. No es determinante la razón por la se mueve a la víctima de un sitio a otro, porque la acción se consuma con el hecho y no con el propósito específico. Implica, por tanto, cualquier tipo de traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, con cualquier medio. De nuevo la doctrina exige algo más que la mera organización del transporte, siendo necesario que el autor participe en el cambio de ubicación de la víctima manifestando un control continuado sobre ella.⁶⁷³ Este requisito se infiere de la opinión de la doctrina alemana sobre la conducta delictiva reflejada en la conducta de trata tipificada en el §233^a StGB.⁶⁷⁴

5.2.1.3. Trasladar

El acto de trasladar se considera un sinónimo de transportar, en el sentido de llevar a alguien de un lugar a otro. La doctrina ha manifestado su opinión considerando que se identifican ambos términos con el hecho de mover el lugar de estancia de las víctimas, aunque sin ofrecerlas aún al mercado.⁶⁷⁵ Otra parte de la doctrina dotó de un significado algo más amplio a este término, en aras de adaptar nuestra legislación a los mandatos supranacionales, entendiendo que, forzando un tanto la interpretación, podría

⁶⁷² La doctrina alemana ha sido restrictiva en cuanto a la modalidad de recluta contenida en el §233^a StGB. En tal sentido SCHÖNKE, A./SCHRÖEDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, §232, op. cit.

⁶⁷³ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de personas...*, op. cit., p. 418

⁶⁷⁴ SCHÖNKE, A./SCHRÖEDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, §232, op. cit.

⁶⁷⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 184.

significar el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta”.⁶⁷⁶ Esta idea queda superada al incorporar el legislador de 2015 como uno de los actos típicos del delito de trata el intercambio o transferencia de control sobre la persona.

5.2.1.4. Acoger o recibir

Estas dos conductas también son coincidentes, aunque con ciertas particularidades. La acogida es el destino de la víctima, que puede ser provisional o permanente, y dado que es de suponer que se le impide liberarse de la situación a la que está sujeta por quienes le captaron, trasladaron, recibieron y alojaron, ese destino requiere de persona o personas que se impliquen como coautores al recibir a tales víctimas, pues estarán a cargo de custodiar a la víctima para evitar su fuga. La recepción, por su parte, puede tener carácter de lugar transitorio y concluir en un alojamiento que puede ser más o menos permanente. El término “acoger”, por tanto, puede interpretarse en sentido más duradero que el de “recibir” que podría identificarse con recoger aquello que es enviado.⁶⁷⁷ Como ya se ha dicho, la reforma efectuada en 2015 suprimió el término “alojar” de entre las conductas típicas, que en su momento, hacía referencia al hospedaje de la víctima. Este último verbo no aparece ni en el art. 2 Directiva 2011/36/UE ni el art. 3 del Convenio de Varsovia, quedando reflejado únicamente en el art. 3 del Protocolo de Palermo, aunque no genera ningún vacío al seguir siendo típicas las conductas de recepción y acogimiento, puesto que estas conllevan un obligatorio y posterior alojamiento.⁶⁷⁸

5.2.1.5. Transmitir el control

La inclusión de esta nueva modalidad comisiva por parte del legislador de 2015, responde al hecho de que la transferencia de control sobre la persona es un acto propio e inherente de la trata, puesto que supone la entrega de la víctima a través de los diferentes intermediarios que participan en este proceso, pasando de las manos del

⁶⁷⁶VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de personas...*, op. cit., p. 418 y ss.

⁶⁷⁷*idem.*, p. 421.

⁶⁷⁸En este mismo sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, op. cit., p. 5

captador a las del traficante y ya, por último, a las del sujeto explotador. Esta modalidad de acto típico refleja la cosificación a la que es sometida la víctima y la vulneración más profunda de sus derechos humanos. También dota de sentido al nuevo medio de comisión del delito a través de recepción de pagos puesto que supone la inclusión de supuestos de venta, permuta o alquiler de personas víctimas de trata los cuales quedan plasmados a través de ese intercambio o transferencia de control sobre las personas. La transferencia de control sobre una persona ya estaba prevista en el Protocolo de Palermo entre las que integra la conducta de trata de seres humanos, pero incomprensiblemente no fue incluida en la primera versión del tipo de 2010.

5.2.2. Medios comisivos

Continuamos con el análisis del siguiente elemento del delito de trata, los medios a través de los cuales se cometen los actos típicos, que son: violencia, intimidación o engaño, abusar de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima y la entrega o recepción de pagos o beneficios. El delito de trata de personas se configura como un delito de medios comisivos determinados puesto que la acción típica ha de realizarse siempre concurriendo uno de los medios mencionados. La redacción de los medios comisivos se ajusta a las previsiones de los instrumentos internacionales, tanto del Protocolo de Palermo como del resto de instrumentos internacionales que vinculan al Estado español, si bien el legislador español utiliza unas expresiones más adecuadas con nuestra tradición jurídica. En base a estos medios, se pueden distinguir varias modalidades de trata de personas:⁶⁷⁹

- 1) La trata forzada: que implica el empleo de violencia o intimidación.
- 2) La trata fraudulenta: la que se realiza empleando engaño, dentro de la cual entraría todos los supuestos de ofertas de trabajo falsas.
- 3) La trata abusiva: que vendría caracterizada por el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. La entrega o recepción de pagos, medio incorporado en la reforma de 2015, podría entrar a forma parte de esta modalidad de trata.⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ Por todos, PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., p. 328 y ss.

⁶⁸⁰ En este mismo sentido vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015", op. cit., p. 5.

A través de todos estos medios el tratante coarta la libertad de decidir y obrar del individuo, en una situación en la que es degradado a mero observador, anulándose su propia voluntad y afectando en gran medida a su dignidad inherente como persona,⁶⁸¹ un valor inherente a toda afectación de derechos humanos, de ahí que se haya defendido el “*status libertatis*” como bien jurídico unificador de todos los valores quebrantados en las distintas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, recordemos, en mayor o menor grado. Estas modalidades de trata implican que la captación de la víctima siempre se hará, bien sin el consentimiento de la víctima, bien habiendo otorgado ésta su anuencia de un modo viciado, es por ello que el apartado 3 del art. 177 *bis* CP establece que “el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”. Esta previsión aparece reflejada en diferentes textos internacionales como en el art. 3.b) Protocolo de Palermo y art. 3.b) Convenio Varsovia, pero resulta superflua e irrelevante por su obviedad. En palabras de VILLACAMPA “el empleo de los medios a que se ha hecho referencia obviamente invalida el consentimiento que la víctima, forzadamente, hubiese podido prestar, pues nos hallamos frente a un caso de consentimiento viciado y, a tales efectos, inválido”.⁶⁸²

5.2.2.1. Trata forzada

Se caracteriza por el uso de violencia o intimidación para conseguir la captación de la víctima. Hay que entender el término violencia desde un punto de vista físico, esto es, aquella que se usa para doblegar la voluntad de la víctima, sin que sea necesario llegar a utilizar una violencia física irresistible o absoluta.⁶⁸³ Con respecto a la intimidación, se hace referencia a la voluntad de la persona o a la *vis compulsiva* a aquella fuerza física que se emplea, no directamente sobre la víctima, sino sobre persona cerca a esta. De este modo, integrarían el uso de la intimidación todos aquellos supuestos de fuerza moral o los de violencia sin fuerza, además de los mencionados de fuerza física sobre persona allegada. En efecto, se incorporan en este medio comisivo

⁶⁸¹ En razón a los grados en que afectan el empleo de cada uno de los medios comisivos recogidos anteriormente en el art. 318 bis.3 CP y como pueden anular la capacidad de la víctima, GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op. cit., pp. 349 y ss.

⁶⁸²VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales”, op. cit., p. 845.

⁶⁸³ En este sentido GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op. cit., p. 354.

todos aquellos supuestos que tengan que ver con una compulsión psíquica de la víctima, afectando a su razonamiento interno y moral. A la hora de definir el concepto de intimidación, se podría acudir al sentido que se la ha otorgado en los delitos contra la libertad de obrar, pero únicamente para que nos sirva de orientación conceptual y en ningún caso integradora de términos. De igual modo que no se ha utilizado en el caso de la violencia la definición que de ella se puede extraer en el delito de coacciones, puesto que hay que poner las cosas en su texto y conducta adecuada, aunque nos sirva para tener una base interpretativa.⁶⁸⁴ Tras descartar que sea necesario que el mal con el que se intimida o amenaza sea constitutivo de delito, concluimos que debido al estado de alteración de la víctima por el control manifestado sobre ella, pueden bastar las amenazas implícitas para que se colme el tipo de la intimidación. Ciertamente es que la jurisprudencia ha venido exigiendo que con respecto a la amenaza de un mal que sea serio, real y perseverante, de carácter futuro, injusto, determinado, posible y dependiente de la voluntad del sujeto activo, capaz de originar una natural intimidación sobre la persona que recibe el anuncio.⁶⁸⁵

Tanto la violencia como la intimidación pueden darse durante la fase de captación o reclutamiento y durante el transporte. También puede aparecer una vez comenzado el traslado habiendo sido este en un principio voluntario y consentido por la víctima. Sin embargo, el empleo de los medios comisivos debe quedar determinado dentro del abanico de conductas típicas establecidas en el art. 177 *bis* CP, debido a ello, si el proceso de captación, traslado y acogida ha llegado a su fin y la violencia e intimidación se utilizan una vez concluidas estas etapas para obligar a la víctima a someterse a una explotación sexual, nos encontraríamos dentro del ámbito del artículo 187 CP.

5.2.2.2. Trata fraudulenta

Esta modalidad de trata se lleva a cabo a través del engaño. Este medio comisivo constituye uno de los más utilizados en la práctica. Consiste en concebir un ardid para que la víctima acepte o consienta una situación de la cual no era consciente en su realidad, puesto que estaba viciada.⁶⁸⁶ Con el objeto de determinar la consumación del

⁶⁸⁴ Utiliza esa base interpretativa para comparar medios comisivos en diferentes delitos VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 423 y ss.

⁶⁸⁵ Se puede acudir a las STS 1060/2001, de 1 de junio, o 311/2007, de 20 de abril.

⁶⁸⁶ En este sentido, PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., p. 329.

engaño que exige el tipo, de nuevo, podemos acudir en orden a sentar una orientación del concepto a la caracterización que se realiza del mismo en el delito de estafa.⁶⁸⁷ En este sentido, habrá que valorar los criterios objetivos para determinar si son medios suficientes para generar el engaño y los criterios subjetivos atendiendo a la situación personal de cada víctima. En cuanto al propio engaño, se puede utilizar tanto durante la captación como durante la fase de transporte, siendo, en todo caso, la propia maquinación del autor la que determine a la víctima a realizar su traslado. El engaño puede recaer tanto sobre el tipo de actividad que se va a realizar en el destino o, también, sobre las condiciones en las que va a realizar dicha actividad.⁶⁸⁸ Se debe advertir que, puesto que la trata de personas es un delito que protege el “*status libertatis*” de la persona, el engaño sobre esas condiciones debe quebrantar ese valor al exigirle a la víctima un sometimiento tal que se vulneren sus derechos más básicos y así se consuma el tipo exigido para el medio comisivo de engaño, y no un simple engaño sobre, por ejemplo, sus condiciones salariales en mayor o menor cantidad o sobre sus emolumentos.

5.2.2.3. Trata abusiva

Por último, nos encontramos con la modalidad de trata abusiva, quizás la que mayores problemas de determinación pueda originar a la hora de configurar sus componentes y elementos.⁶⁸⁹ En esta se incluyen los medios de abuso de una situación de superioridad, abuso de una situación de necesidad y abuso de la vulnerabilidad de la víctima. A partir de la reforma de 2015 se incorpora un nuevo medio que venía siendo reclamado por la doctrina para dar cabida a los supuestos de venta, permuta o alquiler de personas víctimas de trata, nos referimos a la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. También ha producido numerosos debates el abuso de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima puesto que suponía definir y delinear estos términos. En efecto, la falta de claridad y conceptualización de estos términos ha llamado la atención a sectores doctrinales. Su inclusión es parecida a la forma en que la

⁶⁸⁷ GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas...*, op. cit., p. 358 y ss.

⁶⁸⁸ Así se han expresado diferentes autores. Por todos, DE LEÓN VILLALBA, F. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., p. 365; PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., p. 329.

⁶⁸⁹ *Ídem*, p. 329.

Directiva 2011/36/UE configura la situación de vulnerabilidad, definiéndola como una situación en la cual la persona no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. En este sentido, la expresión “situación de vulnerabilidad” abarca un campo tan amplio que también englobaría los supuestos de “situación de necesidad”.⁶⁹⁰ Se trataría de algo parecido a la inexigibilidad de otra conducta, pero ahora predicada de la víctima. Dentro de esta referencia se encontrarían no solo las situaciones de dificultades económicas graves, sino también las asistenciales, las políticas o de cualquier otra índole en la que la persona no vea más salida que la del sometimiento a la explotación que directa o veladamente se le propone.⁶⁹¹ Es por ello que la doctrina la ha identificado con el reverso de la situación de superioridad en que se halla el autor, por ello, se incluye cualquier circunstancia que haga que la persona no pueda tener otra alternativa. Siguiendo la explicación establecida en el informe explicativo del Convenio de Varsovia, la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo, a saber: física, psicológica, emocional, relacionada con la familia, social o económica. A estos factores exógenos, podrían añadirse factores endógenos como el padecimiento de una enfermedad, algún tipo de incapacidad, una dependencia a sustancias tóxicas o cualquier otra que puedan instar a la víctima a tomar la decisión.⁶⁹²

Con respecto a la situación de superioridad, se entiende que contempla cualquier situación en la que el sujeto activo pueda aprovecharse de la correlativa situación de inferioridad del sujeto pasivo. Esta desigualdad proviene de una situación objetivamente determinada entre ambos ya sea por razón de dependencia jerárquica, docente, laboral, doméstica, económica, etc.⁶⁹³ También se puede incluir en estos supuestos una dependencia emocional que se haya producido durante una relación afectiva con el autor del delito, son los casos llamados *loverboy*.⁶⁹⁴ Debe quedar claro que no basta con que víctima o autor se encuentren en esa situación, sino que es necesario que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata.

⁶⁹⁰ El art. 2.2 Directiva 2011/36/UE establece: “existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”.

⁶⁹¹ SANTANA VEGA, D.M.: “La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”. *Nova et Vetera* 20(64), 2011, pp.211-226.

⁶⁹² Al respecto de estos factores GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., p. 368.

⁶⁹³ Entre otros, DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Ed. Comares, Granada, 2009, p. 176; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas...*, op. cit., p. 365.

⁶⁹⁴ A este método se refiere VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., p. 428

5.3. Vertiente subjetiva

En cuanto a la vertiente subjetiva del tipo, se debe advertir que este delito únicamente admite la modalidad dolosa⁶⁹⁵, no estando contemplada la vertiente imprudente puesto que, para que se consuma la acción delictiva no es necesario que se llegue a producir alguna de las finalidades de explotación. Sin embargo, no basta con la existencia de la actitud dolosa, ya que el tipo sí que exige, que aparezca un elemento subjetivo del injusto consistente en la presencia de esas finalidades de explotación, esto es, que la trata se realice con el fin último de realizar una de las modalidades descritas en el art. 177 *bis*, a saber: la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación sexual, incluyendo la pornografía, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de sus órganos corporales y la celebración de matrimonios forzados.

En términos anglosajones, este elemento subjetivo configura la *mens rea* del delito de trata de personas, mientras que el elemento objetivo sería el *actus rea*. En términos de derecho comparado europeo, los actos y los medios analizados integrarían el tipo objetivo, mientras que las finalidades de explotación constituirían el tipo subjetivo⁶⁹⁶.

El elemento subjetivo del tipo, por tanto, es de tendencia interna transcendente⁶⁹⁷ que configura un delito mutilado de dos actos que es incompatible con la comisión imprudente. De este modo, es necesario que el autor tenga la intención de explotar al sujeto pasivo, sin ser necesario que se produzca la efectiva explotación, perfeccionándose el tipo con la realización de alguno de los verbos nucleares del tipo objetivo empleando los medios descritos y concurriendo la intención de proceder a la posterior explotación, pero sin necesidad de que esta se consuma.

De la propia redacción del artículo, no puede extraerse que tenga que ser el mismo autor quien personalmente proceda a su explotación, es decir, puede cometer el delito tanto quien realiza una de las conductas típicas como el que realice la conducta con

⁶⁹⁵ MARTOS NÚÑEZ, J.: "El delito de trata de seres humanos...", op. cit., p. 104.

⁶⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El delito de trata de personas: análisis...", op. cit., p. 432.

⁶⁹⁷ Se expresa en distinto sentido QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., p. 185. Considera que este es un delito de tendencia interna intensificada.

conocimiento de que la víctima va a ser posteriormente explotada, aunque no lo haga ese mismo individuo personalmente⁶⁹⁸.

5.4.Finalidades de explotación

Vaya por delante que en este apartado únicamente se mencionarán las distintas finalidades del delito de trata de seres humanos, sin pretender el autor hacer un estudio pormenorizado de cada una de ellas. En primer lugar, porque no es ese el objeto de investigación de este trabajo, pero sí resulta necesario que queden plasmadas para una mejor comprensión de lo que se pretende analizar. En segundo lugar, aunque no menos importante, porque el análisis de cada una de las finalidades de la trata exigiría un capítulo aparte dada la importancia y relevancia del fenómeno. Además, existe abundante doctrina que con acierto y precisión han dedicado su esfuerzo a delinear los contornos de cada una de las manifestaciones de la trata.

Como ya se ha advertido, el delito de trata de seres humanos cierra su ciclo con la explotación de los mismos, que debe considerarse como el fin último que se persigue con este delito. Si bien es cierto que esa fase de explotación no integra el contenido normativo del delito de trata, que queda consumado con el tipo objetivo (captación, transporte, traslado, etc.) y con los medios comisivos (violencia, intimidación o engaño, etc.), la realidad socio-criminológica de este delito indica que es precisamente la explotación de la víctima lo que configura la intención de los tratantes, puesto que, en última instancia, de lo que se trata es de hacer negocio con las vidas humanas, y no existiría tal si no existiera una forma de explotar a las víctimas. Son estas intenciones de explotación las que han servido al legislador para realizar una clasificación de las distintas finalidades de explotación en el delito de trata⁶⁹⁹.

El legislador español, como ya se ha indicado, tras la última reforma del año 2015 ha configurado las distintas modalidades de explotación de la trata como sigue: la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación sexual, incluyendo la

⁶⁹⁸ En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El delito de trata de personas: análisis...", op. cit., p. 432.

⁶⁹⁹ Para una amplia descripción de los tipos de trata PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 73 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 64 y ss.; SCARPA, S.: *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, op. cit., pp. 22 y ss.

pornografía, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de sus órganos corporales y la celebración de matrimonios forzados.

El contenido del art. 177 *bis* es reflejo de los distintos textos internacionales a los que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo. En base a ello se ha distinguido de forma genérica (y por ser las más populares) la trata con fines de explotación laboral⁷⁰⁰ y la trata con fines de explotación sexual⁷⁰¹. Junto a estas se establecen otras finalidades específicas como el tráfico de órganos, la recluta de niños en conflictos armados e incluso la trata de niños para adopciones ilegales. Con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE se permitió añadir a estas formas de trata la que tiene por objeto la explotación criminal de las víctimas⁷⁰².

Lo que se pretende con la mayoría de las formas de la trata de seres humanos es obtener un beneficio económico mediante la explotación de la víctima a través de la prestación de ciertos servicios, por lo tanto, con carácter general, las formas de trata se organizan en base a esos servicios.

De la trata con fines de explotación laboral se ha extraído la trata para explotación sexual, se entiende porque originariamente la trata de personas se relacionó principalmente con la sexual de mujeres y niños. Junto a estas formas de trata se han relacionado otras que tienen como objeto a menores de edad y que no siempre tienen por finalidad la obtención de un beneficio económico directo, como pueden ser la recluta para conflictos armados o la trata para adopciones ilegales, así también, aquella que tiene como objetivo la explotación de la fisonomía de la víctima, tanto menores

⁷⁰⁰ Para una caracterización general de este tipo de finalidad POMARES CINTAS, E.: "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral", op. cit.; PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit.; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos...*, op. cit.

⁷⁰¹ Existe numerosa bibliografía sobre el tratamiento legal de la prostitución y sobre la trata de personas y la explotación sexual. De forma genérica, para hacerse una composición de lugar GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*, op. cit.; MAQUEDA ABREU, M.L.: *El tráfico sexual de personas*, op. cit. Realiza un análisis más actual y relacionado con el delito de trata GARCÍA ARÁN, M.: "Trata de personas y regulación de la prostitución". *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarate Encabo, S./Lara Aguado, A./Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 655-676.

⁷⁰² Excelente análisis a este respecto en VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSSELL, N.: "Trata de seres humanos para explotación criminal: efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema de justicia penal" en *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Pérez Alonso, E./Olarate Encabo, S. (Directores), Mercado Pacheco, P./Ramos Tapia, I. (Coordinadores), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 731-756.

como adultos, y que se concreta en los supuestos de trata para la extracción de órganos o los supuestos de trata para gestación.

A continuación, se procede enumerar las distintas finalidades de explotación según lo hace el legislador penal español en el art. 177 *bis* C.P.

5.4.1. La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad

Se pueden incluir en este apartado todos los supuestos de explotación en que el objeto de la misma tiene que ver con la realización de cualquier tipo de actividad productiva por parte de la víctima, tanto si la explotación es para una actividad legal, como si fuera para una actividad de carácter ilícita.

Todas estas modalidades podrían integrarse en la llamada trata con fines de explotación laboral. Sin embargo, englobar estos crímenes en el concepto de “explotación laboral” puede generar cierta confusión terminológica al parecer que son simples formas de explotación en el trabajo cuando lo que se esconde tras ellas son las formas más extremas de sometimiento del ser humano. Es por ello, que podríamos llamar a esta finalidad “trata con fines de sometimiento extremo”.

Precisamente según el grado de sometimiento de la persona y los cauces a través de los cuales queda dominada y ligada a la voluntad del explotador, nos encontraremos ante una forma u otra, es decir, no podemos ni debemos confundir la esclavitud, con la servidumbre y el trabajo forzoso, ni estas últimas entre ellas.

Como ya se ha explicado en páginas anteriores, el grado de afectación al bien jurídico protegido será el instrumento que nos sirva para medir en qué situación se encuentra la víctima. Una vez definidos los términos anteriores, debemos observar en qué grado de sometimiento se encuentra la persona. Para ello, lo primero que se debe determinar es si en la relación víctima-autor existe un sometimiento tal que se manifiesten atributos del derecho de propiedad y que tal relación devenga en un control que sea equivalente a posesión, esto es, que la víctima “de facto” sea un mero objeto con el que se puede mercadear. Si efectivamente aparecen estos indicadores podemos afirmar que nos hallamos ante un sometimiento a esclavitud, con lo que, habría que castigar la acción como un delito de trata con fines de sometimiento extremo (puesto

que en el momento en el que se escriben estas líneas nuestro código penal adolece de ningún otro tipo con el que castigar este comportamiento criminal, siendo este el objetivo final de este trabajo de investigación, a saber, incluir tipos autónomos para castigar debidamente estos crímenes).

En el caso de no encontrar los indicadores anteriores, podríamos bajar un escalón en el grado de afectación al bien jurídico “*status libertatis*”, quedando en segunda y tercera posición la servidumbre y el trabajo forzoso. En el caso de la servidumbre esta quedaría determinada por dos requisitos concretos para diferenciarla así del trabajo forzoso, siempre que no exista un control equivalente a posesión y que se descarte la esclavitud. Estos dos indicadores propios de la servidumbre serían que exista una relación de prestación de servicios personal y que la persona desconozca la naturaleza ni la duración de esa prestación no siendo libre de cambiar su situación. Los tratados internacionales definen la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba, siendo la primera una relación de pago de una deuda real o imaginaria y en cuyo cumplimiento se prestan servicios que no sirven para extinguirla; y la segunda, una relación basada en la obligación de vivir y trabajar la tierra de una persona. Actualizados estos conceptos al momento presente, se debe entender la servidumbre como un trabajo forzoso agravado por la sensación de la víctima de que no es libre de poder cambiar su situación y desconoce la duración de la misma.

Por último, tras descartar los dos grados superiores de afectación, aparece el trabajo forzoso que viene definido por tres requisitos concretos, a saber: que el trabajo sea obligatorio, que sea contra su voluntad y que aparezcan medios comisivos tales como violencia, intimidación, coacción o la amenaza de una pena. Si aparecen estos elementos, podemos entender que nos encontramos ante un delito de trata con fines de sometimiento extremo concretado en trabajo forzoso.

Como vemos, hemos ido bajando escalones en tanto en cuanto el nivel de dominación del autor sobre la víctima va descendiendo y por ello, el grado de afectación del bien jurídico es también menor. Estas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” o “formas de sometimiento extremo del ser humano” van mucho más allá de una simple relación laboral en la que las condiciones son abusivas, de ahí que el término “explotación laboral” sea insuficiente para definir las, aunque se entienda que histórico-doctrinalmente se haya utilizado para catalogar los posibles delitos en el marco de una relación laboral. Por ello, y en aras de darle la importancia que merecen y para

deslindarlos de los delitos contra los trabajadores, se propone denominarlos “formas de sometimiento extremo” con respecto a los fines de la trata.

Se pretende subrayar en este punto algo de importante consideración a la hora de castigar las diferentes conductas incluidas en un texto penal. Cómo se ha visto, el legislador incluye como finalidades de la trata diferentes formas de explotación del ser humano. En este trabajo se hace hincapié en repetidas ocasiones en que, pese a llamarlas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, se debe atender al grado de violación del bien jurídico que hemos dado en llamar “*status libertatis*” para poder catalogar de forma precisa ante qué tipo de manifestación nos encontramos. Es precisamente en este apartado a) en el que se incorpora la mayor parte de conceptos jurídico-internacionales que se han venido estudiando y es precisamente aquí donde se pretende resaltar la propuesta de *lege ferenda* que se realizará más adelante. Y es que, si el delito de trata de seres humanos adelanta la barrera punitiva y castiga el comportamiento sin que llegue a producirse la finalidad de explotación, si efectivamente se produjera deberíamos castigar ambos tipos delictivos, tal y como establece el art. 177 *bis* en su apartado 9, que reza: “en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 *bis* de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”.

De los problemas concursales que pueda plantear esta situación se hablará en páginas posteriores, lo que aquí se pretende poner de manifiesto es qué ocurre si la efectiva explotación se produce, pero no está tipificada en nuestro Código Penal. Es decir, dado el tenor literal del apartado mencionado, queda claro que la trata entraría en concurso real con un posible delito de inmigración clandestina o tráfico de personas del art. 318 *bis*. También parece resuelto el problema con los casos de extracción de órganos, matrimonio forzado y explotación sexual, puesto que existe un tipo autónomo de todas estas finalidades, aunque también se pueda debatir al respecto.

El problema aparece cuando se someta a la persona a un sometimiento a esclavitud, o a un trabajo forzoso o a una servidumbre, conceptos ya definidos y que destruyen (de mayor a menor) la propia esencia del ser humano, quebrantando sus derechos humanos más básicos y que, sin embargo, no aparecen en recogidos en nuestro texto penal. De esta forma, llegaríamos a la aparente incongruencia punitiva de que la trata como proceso estaría más penada que la propia forma de explotación que se

pretendía para esa persona a través del propio proceso. Es más, si efectivamente se llegase a someter a esa persona a esclavitud (temporero nigeriano que encierran con llave en un cuarto y solo lo dejan salir para recoger los frutos del campo), quedaría impune la conducta autónoma del tipo aunque se castigase a través del delito de trata, no habría concurso que realizar al no estar tipificada, puesto que no tendría cabida en el tipo del art. 607 *bis* apartado 10 al referirse este precepto a un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.”

Es precisamente el objetivo de este trabajo de investigación, formular una propuesta de reforma del Código Penal incorporando un nuevo Título que recoja todas las conductas que forman parte de esas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” ya definidas para que puedan castigarse tanto de forma autónoma como por ser parte de una de las finalidades de explotación del delito de trata.

5.4.2. La explotación sexual, incluida la pornografía

Se trata, quizás de la forma de explotación más analizada por la doctrina, aunque, como se ha visto no es la que más víctimas genera y la que más debate ha generado en cuanto a la definición de sus propios límites.

Deberían ser incluidos en este tipo de explotación todos aquellos supuestos en los que aparezca cualquier tipo de servicio de contenido sexual, como puede ser la explotación de la prostitución ajena (incluyéndose únicamente la forzada, según los medios comisivos que deben aparecer en la referida explotación), pero también otro tipo de actividades sexuales como el uso para la elaboración de material pornográfico o en espectáculos pornográficos.

En este sentido, se excluye la prostitución voluntaria, entendida esta como el trabajo sexual que desempeña una persona de forma voluntaria y habitual a cambio de una compensación económica utilizando su propio cuerpo como herramienta principal. En este concepto cabría incluir al “trabajador sexual”⁷⁰³ que libre y voluntariamente acepta utilizar su cuerpo para dar satisfacción sexual a un cliente y dada la libertad de decisión en aquel que ofrece sus servicios, no debería ser incluido dentro de la

⁷⁰³ Así entiende el concepto de “trabajador del sexo” CANO GALÁN, Y.: “Prostitución voluntaria y contrato de trabajo”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 602.

explotación sexual como finalidad de la trata, al no aparecer ninguno de los medios comisivos que exige el tipo objetivo para que nos encontremos ante el delito de trata de seres humanos.

De hecho, entiendo que lo que se pretende prevenir y castigar es la explotación de una persona mediante su determinación coactiva a la prostitución, es decir, a la prostitución forzosa, cuyos elementos del tipo serían los siguientes:

- Emplear violencia, intimidación, engaño o abusar de una situación de necesidad o vulnerabilidad.
- Conocer las circunstancias que obligan a la persona a mantenerse en el ejercicio de tal actividad.
- Obtener un beneficio económico.
- Obtener una ganancia continuada y no constituir un acto aislado.⁷⁰⁴

Puesto que el delito de trata castiga la explotación y no el desarrollo de una actividad sexual, se debe definir cuál es el concepto que la doctrina ha entendido como explotación, siendo de este modo relevantes los acercamientos que a tal concepto se ha hecho para tratar de definir la explotación de la prostitución ajena.

En el caso del ordenamiento español, la tipificación de la explotación de la prostitución parece también incluir la explotación de esta actividad cuando es aceptada de forma libre y voluntaria⁷⁰⁵.

Sin embargo, en lo que al delito de trata se refiere, el ánimo de lucro no constituye uno de los elementos que componen la conducta típica, con lo cual, se debe hacer referencia a aquellas posturas doctrinales que tienen una aproximación restrictiva en relación al contenido del delito contenido en el art. 187.1 CP. CARMONA SALGADO entiende que el objetivo del delito es el de equiparar el castigo de este al de las personas implicadas en la propia organización y el funcionamiento de la prostitución forzada, es decir, la de todos aquellos que obligan a las personas a prostituirse y la de aquellos que se lucran a través de su explotación siendo conocedores de que no se prostituyen de

⁷⁰⁴ Elementos del tipo en base a la STS, 1124/2007, de 3 de julio.

⁷⁰⁵ A esta conclusión llega MAQUEDA ABREU, M.L.: "Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual". Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), Pérez Alonso, E. (Coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 266.

forma libre⁷⁰⁶. También se expresa de forma restrictiva en cuanto al concepto de explotación más allá de la propia obtención de provecho económico MAQUEDA ABREU al proponer un concepto de explotación sexual cercano a la explotación laboral dada la imposición de condiciones abusivas que son aceptadas por la víctima⁷⁰⁷.

Además de la explotación de la prostitución forzosa, el tipo de la trata viene referido a la explotación sexual en sentido amplio, por lo que pretende abarcar todas aquellas actividades de explotación de la víctima con contenido o naturaleza sexual, por lo que podrían entenderse incluidos los actos que impliquen servidumbre sexual, como captación de esclavas sexuales en conflictos armados, venta de esposas o novios o matrimonios forzados que impliquen dicho sometimiento, producción de material pornográfico o intervención en espectáculos de naturaleza sexual. También se debe tener en cuenta que este tipo de explotación no solo podría identificarse con la lucrativa, puesto que se podría incluir toda aquella que reportara algún tipo de beneficio, incluso personal, al explotador, sin que este deba ser necesariamente económico.⁷⁰⁸

Tras estudiar estas posturas doctrinales, entiendo que siendo el delito del art. 187.1 un tipo tendente a la protección de la libertad sexual y no quedando regulada como actividad laboral, sería más propicio un posicionamiento hacia este tipo normativo con aquellas opciones que estudian la explotación de la prostitución desde una aproximación de naturaleza forzada, puesto que no existe un marco normativo que pueda establecer un régimen adecuado para este tipo de “prestación de servicios”.

Con todo ello, el delito de trata con fines de explotación sexual, en cuanto a la prostitución, debe entenderse como aquella de naturaleza forzada en lo que a adultos se refiere y de prostitución de cualquier tipo cuando venga referido a menores o incapaces⁷⁰⁹.

Con respecto al resto de conductas de naturaleza sexual que pueda incluir el tipo, como ya se ha dicho, se pueden añadir aquellas que tengan un contenido sexual pese a que no tengan relevancia penal en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, no solo debe

⁷⁰⁶ CARMONA SALGADO, C.: “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual”. Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), Pérez Alonso, E. (Coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 229.

⁷⁰⁷ MAQUEDA ABREU, M.L.: “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, op. cit., p. 266.

⁷⁰⁸ En este sentido GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*, op. cit., p. 336.

⁷⁰⁹ De la misma opinión VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., p. 441.

incluirse la prostitución forzada en el caso de los adultos, sino también la propia intervención en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de material pornográfico cuando se consiga mediante los medios comisivos de la prostitución forzada, puesto que también son conductas que quebrantan la libertad sexual y, por tanto, deberían quedar incluidas en la finalidad de explotación sexual que castiga la trata de seres humanos al quedar integradas en el concepto de actividad de naturaleza sexual forzada, tanto en el caso de adultos como en el de menores o incapaces.

Se plantea en este punto una duda al respecto de la posible catalogación de lo que viene en llamarse esclavitud sexual o servidumbre sexual. Si como se ha dicho, existe un aprovechamiento de la actividad sexual de la víctima, con intención de obtener un beneficio y efectivamente aparecen los elementos objetivos de la trata, parecería que nos encontrásemos con un delito de trata de personas con fines de explotación sexual en concurso con el delito que se produce debido a tal finalidad.

Sin embargo, si esa persona, ha sufrido un proceso de esclavitud, sea o no referida a la sexual, es decir, si se manifiesta sobre ella alguno o todos de los atributos del derecho de propiedad, nos encontramos ante un caso de esclavitud en sentido estricto, “*de facto*”, que sería más grave que la propia explotación sexual puesto que la víctima sufriría un quebrantamiento mayor del bien jurídico que se pretende proteger con este delito.

Con lo cual, cabría decir que estaríamos ante un delito de trata de personas con fin de sometimiento a esclavitud antes que, de explotación sexual, puesto que, si se trata de proteger a la víctima y castigar al sujeto activo, debería tipificarse, como ya se ha hecho notar anteriormente, un delito de sometimiento a esclavitud (o servidumbre sexual, en su caso) que pudiera entrar en concurso con el propio fin de explotación del delito de trata. Es decir, por dejarlo claro, lo importante en este sentido, más allá de la finalidad de explotación laboral o sexual, es si la víctima está sometida a esclavitud o servidumbre, puesto que, si es así, pasaríamos de un escalón al siguiente en lo que a la afectación de su propia libertad/vida/dignidad se refiere. Pongo un ejemplo: si una víctima “trabaja” en una casa mediante pago de alquiler y el supuesto proxeneta se aprovecha de sus ingresos por su actividad sexual y previamente la víctima ha sido tratada, diríamos que nos encontramos ante un delito de trata con fines de explotación sexual; pero si la víctima ha sido previamente tratada y es encerrada bajo llave en su

cuarto y únicamente le permiten salir para ejercer su actividad económica, siendo privada de su documentación y despojada del más mínimo atisbo de libertad de decisión, de obrar o deambulatoria, quebrantando la dignidad inherente a todo ser humano ¿diríamos que nos encontramos ante el mismo tipo porque la finalidad es la de ejercer una actividad sexual? Considero que no, que, en este caso, la finalidad de explotación era la de sometimiento a esclavitud que merece, incluso, un mayor castigo puesto que se ejerce mayor degradación del objeto jurídico que se pretende proteger. Se desarrollará esta idea en páginas posteriores.

Por otro lado, un sector de la doctrina entiende incluida en esta forma de explotación los casos de matrimonios forzados o venta de esposas⁷¹⁰, aunque se estudiarán en epígrafe aparte para continuar con la organización propia del artículo. El mismo legislador las ha separado de forma específica y si en la explotación sexual se incluye, como concluiremos a continuación, todo aprovechamiento de la actividad sexual forzada ajena, me suscita ciertas dudas que en el caso de los matrimonios forzados y de la venta de esposas sea esa misma la finalidad del tratante.

Este tipo de explotación incluye, por lo tanto, no solamente la de la prostitución⁷¹¹, sino cualquier otra modalidad de contenido sexual siempre y cuando aparezcan los elementos comisivos típicos. Se identifica con ejercer una actividad sexual que en el caso de llegar a producirse entraría a formar parte del catálogo delictivo contra la libertad sexual.

5.4.3. La explotación para realizar actividades delictivas

La trata para explotación criminal ha ganado naturaleza normativa tras su previsión específica en la Directiva 2011/36/UE, siendo anteriormente considerada como una forma de explotación laboral,⁷¹² junto con la práctica de la mendicidad.

⁷¹⁰ PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina...*, op. cit., pp. 75-76; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La trata de seres humanos: concepto y caracterización". Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53.

⁷¹¹ Existe una evidente relación entre la prostitución, al menos la forzada, y la trata de personas. Al respecto, MAQUEDA ABREU, M.L.: *Prostitución, feminismo y derecho penal*. Ed. Comares, Granada, 2009. Aunque esta autora utiliza el término "forzada" únicamente para referirse a la "servidumbre" siendo la única que podría admitir una forma de trata.

⁷¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 72 y ss.

Quizás sea esta modalidad una de las menos conocidas de este fenómeno. Se entienden incluidos aquí aquellos actos que tienen por finalidad explotar a las personas para la realización de ciertas actividades que pueden ser ilegales o antinormativas, como, por ejemplo, la mendicidad o el ejercicio de la prostitución allí donde pueda ser ilegal. Además, estas actividades deben de tener relevancia penal, como, por ejemplo, personas utilizadas como mula llevando droga, carteristas o delincuencia juvenil callejera, fraudes telemáticos, cultivos de marihuana, etc.

Se debe tener en cuenta que los tipos criminales que puedan ser cometidos por las víctimas son tanto aquellos que puedan cometerse durante el propio proceso en que son tratadas (*causation-based offences*, como el cruce ilegal de fronteras o portar documentos falsos), como aquellos que se cometan durante la propia fase de explotación y que son obligados a cometer por los tratantes (*duress-based offences*)⁷¹³.

Esta modalidad de explotación no fue incluida en ninguno de los textos internacionales de lucha contra la trata de seres humanos. Así, no aparece reflejada ni en el artículo 3 del Protocolo de Palermo ni en el artículo 4 del Convenio de Varsovia (Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos). De ahí la falta de interés académico y doctrinal en esta forma de explotación que, como se ha dicho, acabó por ser incluida como una forma de explotación laboral que se integraría dentro del amplio concepto de servicios forzados que se incluyen en todas las definiciones internacionales en la materia.

Con la entrada en vigor de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, se incluye como una de las posibles finalidades de explotación en el art. 2.3, que consiste en explotar las actividades delictivas de la víctima.

De los diferentes estudios sobre este tipo de trata realizados a nivel internacional tanto de Naciones Unidas como de la Comisión Europea⁷¹⁴ se desprende que a las víctimas de esta forma de trata se las victimiza doblemente puesto que son victimizadas en el propio proceso de trata que termina con su explotación y, además, no son detectadas como víctimas de trata si no que son consideradas autoras del hecho delictivo

⁷¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSSEL, N.: "Trata de seres humanos para explotación criminal: efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema judicial penal", op. cit., pp. 732.

⁷¹⁴ UNODC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2014.

que han sido obligadas a realizar⁷¹⁵. Así, por ejemplo, ciertos estudios realizados para detectar específicamente este tipo de trata en Europa han establecido como mujeres encarceladas en España por cometer delitos patrimoniales o por actuar como mulas portando drogas eran realmente víctimas de este tipo de trata, que no habían sido detectadas por el sistema⁷¹⁶.

Para solventar este tipo de situación y abordar el problema desde una perspectiva victimocéntrica aparece el principio de no punición a las víctimas por los delitos cometidos durante el proceso de trata. Con esta previsión se trata de proteger a las víctimas por los delitos que hubieran podido cometer siendo víctimas de trata, puesto que sancionarlas supondría un grave atentado a la dignidad de las personas tratadas⁷¹⁷.

Esta exención de pena no fue reconocida específicamente en el Protocolo de Palermo, siendo concretada posteriormente en el Convenio de Varsovia en su art. 26, donde se establece que “cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas”. También aparece recogida en el art. 8 de la Directiva 2011/36/UE al establecer que “los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”. De esta forma, la Directiva va un paso más allá incluyendo junto con la prohibición de sanción la propia ausencia de procesamiento por la comisión de los delitos que se hayan visto forzados a cometer como consecuencia de la trata.

En el caso de España, esta cláusula se encuentra recogida en el art. 177 *bis* apartado 11, que reza: “sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este

⁷¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSSEL, N.: “Trata de seres humanos para explotación criminal: efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema judicial penal”, op. cit., pp. 732.

⁷¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, N.: “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 2012, pp. 440 y ss.

⁷¹⁷ 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, p. 45.

Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”. En nuestro articulado, no se prevé una cláusula de no procesamiento, sino únicamente una específica cláusula de no sanción a las víctimas.

Este tipo de exención viene aplicándose en los casos de comisión de delitos patrimoniales de escasa gravedad e incluso en supuestos de cultivo de cannabis o en casos de menudeo de droga, también en delitos de falsedades de documentos de identidad o para acceder al país⁷¹⁸. En supuestos delictivos de mayor gravedad resulta más complicado encontrar supuestos de aplicabilidad, aunque se admita su posible aplicación en casos de víctimas que se ven forzadas a traficar con otras personas para poder liberarse ellas. No se plantea, sin embargo, su aplicación en casos de personas obligadas a transportar cantidades de droga de notoria importancia, pese a la clara conexión existente entre ambos tipos de comercio, de droga y de personas.

5.4.4. La extracción de sus órganos corporales

Se trata de unas finalidades sobre la que menos información se tiene⁷¹⁹. Si bien es cierto que su incriminación aparece ya en la reforma de 2010 siguiendo los mandatos del Protocolo de Palermo y del Convenio de Varsovia, aunque no así de la DM 2002/629/JAI que no contenía esa finalidad explícita. Se tienen muy pocos datos sobre esta modalidad delictiva porque como establece la propia ONU “la determinación de las dimensiones reales del tráfico de órganos humanos, y la comprensión de la naturaleza de ese delito y del modus operandi de quienes lo cometen son difíciles debido a la índole clandestina del problema y a los distintos agentes involucrados”⁷²⁰.

Esta finalidad tiene su tipo autónomo en el art. 156 *bis* CP en el que se castiga el tráfico ilícito de órganos entre los delitos de lesiones. La estricta referencia a los

⁷¹⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de extranjería e inmigración*, España, 2011, p. 1578.

⁷¹⁹ Para un estudio pormenorizado sobre este tipo de explotación MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos...* op. cit.

⁷²⁰ COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA: *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos*. 15º Período de sesiones, Consejo Económico y Social, ONU, 26 de abril de 2006.

órganos tanto en el tipo específico como en la finalidad de la trata, debe entenderse referida a órganos humanos y dejaría fuera de ambos tipos tanto a la sangre como a sus componentes⁷²¹. Se expresa en este sentido GARCÍA ALBERO que entiende excluida la sangre y sus componentes debido a la definición de órgano humano que efectúa la Directiva Europea 2010/45/UE de Calidad y Seguridad de Órganos para Trasplantes de junio de 2010, para la que el concepto órgano es “una parte diferenciada y vital del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante. Se considera, asimismo, órgano la parte de este cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización” (art. 3). También aparece el mismo concepto en el Convenio Contra el Tráfico de Órganos Humanos del Consejo de Europa (art. 2). Del mismo modo, debe entenderse que también quedarían excluidos del tipo la extracción de tejidos o células⁷²².

También se hace necesario definir el concepto de “extracción”, ya que este no viene definido en ninguna norma penal ni extrapenal. Siguiendo a MOYA GUILLEM, la extracción de órganos debe considerarse un concepto más estricto que el de “obtención” utilizado tanto en Derecho penal (art. 156 *bis* CP) como en la normativa administrativa en materia de trasplantes (RD 1723/2012). La “obtención” viene definida en el art. 2 del RD 173/2012 como el proceso por el que los órganos donados quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores, y que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica de los órganos y su preparación. Sin embargo, la “extracción” debe ser considerada un término equivalente a la “extirpación” que el Diccionario de la RAE define como “la operación quirúrgica, quitar un órgano o una formación patológica” y que también viene castigada en los artículos 149 y 150 del CP⁷²³. De este modo, entiende MOYA GUILLEM que en base al bien jurídico que considera protegido en este tipo, la intención de extraer órganos al sujeto pasivo debería comprender, para respetar el principio de ofensividad, la posterior distribución de dichos órganos para trasplantes, esto es, su comercialización. Por ello, si la trata se lleva

⁷²¹ A este respecto GARCÍA ALBERO, R.M.: “El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)”. Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 146-147.

⁷²² En sentido contrario se expresa SANTANA VEGA, D.: “El nuevo delito de trata de seres humanos (L.O. 5/2010)”, Cuadernos de Política Criminal, Número 104, II, Época II, Octubre, 2011., pp. 79-108.

⁷²³ MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos...*, op. cit., p. 185.

a cabo para trasplantar el órgano en un sujeto determinado desde el inicio o con cualquier finalidad no terapéutica (como un rito satánico), solo podrá apreciarse el correspondiente delito contra la libertad, la integridad moral o la salud individual, pero no el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, ya que, según considera esta autora, este ilícito requiere la puesta en peligro de la salud de un número indeterminado de receptores⁷²⁴.

5.4.5. La celebración de matrimonios forzados

La trata de seres humanos para obligar a las personas a contraer matrimonio fue incluida de forma específica en el Código Penal español en la reforma operada en el año 2015. Anteriormente una parte de la doctrina incluía este tipo de explotación dentro del catálogo de actividades que incluyen la trata para explotación sexual o, incluso, para la explotación laboral⁷²⁵. Hoy día, este objetivo de los tratantes cuenta ya con una amplia cantidad de material académico al respecto, lo que nos hace cerciorarnos de la importancia del mismo⁷²⁶.

La Directiva 2011/36/UE incluye al matrimonio forzoso como una de las formas por las que se puede explotar a las personas, sin embargo, no exige su tipificación expresa como un delito autónomo e independiente del de trata de personas, sino que, lo que se indica en la Directiva es que tal matrimonio forzado constituye una de entre otras posibles modalidades de explotación que persigue la trata. Con lo cual, hubiera bastado para cumplir el mandato comunitario introducir este tipo de comportamiento en el delito de trata y dejar la sanción del matrimonio forzado a los tipos generales de coacciones⁷²⁷.

En lo que se refiere al concepto jurídico de matrimonio forzado, según la ACNUR (Agencia de la ONU para los refugiados), éste se caracteriza por ser todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes y/o

⁷²⁴ *Ibidem*, pp. 185-186.

⁷²⁵ En este sentido PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, op. cit., pp. 75-76; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 65 y ss.

⁷²⁶ Al respecto IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El problema de los matrimonios forzados como violencia de género". *Oñati Socio-legal Series*, v. 5, n. 2, 2015, pp. 613 y ss.; TORRES ROSELL, N.: "Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 831 y ss.

⁷²⁷ En este sentido se expresa DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: "XIX. El delito de matrimonio forzado". Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 367.

cuando uno de ellos o ambos carecen de la capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar⁷²⁸. La mayor incidencia de este tipo de matrimonio afecta a mujeres y a niñas, estando estas mucho más expuestas a una serie de condiciones desfavorables, tales como pobreza y desprotección, relaciones sexuales forzadas y violencia de género, además de contagio del VIH, embarazos prematuros y de riesgo o abandono escolar y analfabetismo⁷²⁹.

Se deben separar los conceptos de matrimonio forzado del llamado matrimonio concertado o acordado, puesto que en este último las partes consienten a sus padres o tutores, o a un consejo familiar o comunitario la elección del esposo o esposa, aceptando luego ese vínculo voluntariamente⁷³⁰. Tampoco debe confundirse el matrimonio forzado con el denominado “de conveniencia”, aunque este pueda revestir carácter ilícito por celebrarse en fraude de ley⁷³¹.

Si bien algunos autores no están de acuerdo en la utilización del Código Penal para criminalizar esta conducta⁷³², otro sector de la doctrina considera acertado su inclusión en nuestro derecho penal dada la protección que proporciona a los derechos humanos de las mujeres y las niñas y su eficacia como elemento de transformación social y de lucha por los derechos de las mujeres al encuadrarse este tipo de acto delictivo en el ámbito de la violencia de género⁷³³.

⁷²⁸Veáse web oficial de ACNUR en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9585.pdf>. Consultada el 09-11-2020.

⁷²⁹ Entre otros MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Derecho penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, pp. 313-314.

⁷³⁰ ESQUINAS VALVERDE, P.: “El nuevo delito del art. 172 bis como modalidad de violencia contra la mujer”, *Formas Contemporáneas de Esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dir.), P. Mercado Pacheco e I. Ramos Tapia (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, p. 381.

⁷³¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Derecho penal y diversidad...”, op. cit., pp. 311-312.

⁷³² Así, DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: “XIX. El delito de matrimonio forzado”, op. cit., pp. 365-378; MAQUEDA ABREU, M.L.: “El nuevo delito de matrimonio forzado”. Álvarez García, F.J., (Dir.), Dopico Gómez-Aller, J (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Código Penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 559-564.

⁷³³ En este sentido se expresan CUADRADO RUIZ, M.: “El delito de matrimonio forzado”, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 510; ESQUINAS VALVERDE, P.: “El nuevo delito del art. 172 bis...”, op. cit., p. 383.

6. Problemática concursal en el delito de trata de seres humanos

6.1.1.6.1. Notas introductorias

La naturaleza instrumental y su consideración como delito mutilado en dos actos, además de sus propios medios y finalidades, hacen del delito de trata de seres humanos un tipo especialmente complejo a la hora de estudiar los posibles concursos en torno a su figura. Además, será necesario delimitar ciertos espacios entre el delito de trata y los delitos que sean inherentes al mismo o aquellos que se produzcan debido a su finalidad de explotación.

Si analizamos cada una de las fases del delito de trata, las relaciones concursales que aparecen son múltiples, desde la propia fase de captación pueden aparecer otros tipos ubicados en diferentes partes de nuestro Código Penal, ya que los medios comisivos establecidos para cometer el delito de trata son, *per se*, los propios de otros delitos como pueden ser coacciones, trato degradante, amenazas o detenciones ilegales. Además, esos medios son susceptibles de producir otros delitos como lesiones u homicidio. Se debe hacer, por tanto, un esfuerzo discriminatorio de aquellas conductas que correspondan al propio cauce delictivo habitual del proceso de trata y sean así “inherentes” al propio delito, de aquellas que excedan del tipo y puedan relacionarse concursalmente con aquel.

Donde he encontrado las mayores complicaciones concursales ha sido precisamente en la última fase del tipo, la de explotación. Como ya se ha dicho anteriormente, se define a la trata como un delito de tendencia interna trascendente, es decir, no es necesario que aparezca la efectiva explotación para que se consume el delito, pero sí que aparezca esa intención de explotar a la víctima durante el proceso de trata, esto es, la persona víctima del delito lo es precisamente para terminar siendo explotada, se produzca o no alguna de las modalidades de explotación. Precisamente esta característica de la trata la hace especialmente difícil de relacionar con los delitos que surgen de esa posible efectiva explotación.

Más allá de esto, durante la propia fase de traslado también puede aparecer un cruce irregular de fronteras. Así, cuando la víctima de trata sea un ciudadano extracomunitario sin la correspondiente documentación para entrar legalmente en España, como sucede en el delito del art. 318 bis CP, que es trasladado a España sin su previo consentimiento y concurriendo medios tales como violencia, intimidación o

engaño, y con finalidad de explotarla, puede existir una concurrencia de tipos penales, ya que todos estos medios son los previstos para el subtipo agravado del apartado 2 del art. 318 *bis* CP.

El legislador español agrava el problema con las incesantes reformas que pretenden dotar de sentido al problema de la trata, ya que se han sucedido diferentes parcheados legales que hacen que el delito de trata de seres humanos conviva en el mismo texto legal con otros supuestos específicos de trata como pueden ser el delito de tráfico de menores con fines de mendicidad, la captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o el reciente delito de tráfico de órganos. Todas estas conductas producen un solapamiento normativo que en algunos casos habrá que resolver con un concurso aparente de normas y en otros, en tanto en cuanto el bien jurídico afectado sea distinto, con un concurso de delitos.

Para tratar de resolver esta situación y en base a lo que los operadores jurídicos venían haciendo, el legislador opta por incluir una cláusula concursal *ad hoc* en el apartado 9 del art. 177 *bis* que establece que “*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*”. Con esta previsión se pretende dejar clara la relación existente entre el delito de trata y el de tráfico ilegal de inmigrantes indicando que debe existir un concurso de delitos y no de normas para mostrar la autonomía y diferencia de ambos bienes jurídicos.

Esta previsión concursal constituye la positivación normativa de lo que venía siendo constante doctrina del Tribunal Supremo en lo que se refiere a los delitos cometidos durante la fase de explotación en relación a los supuestos de trata para explotación sexual. A este respecto, dicho Tribunal había ya alcanzado un mínimo de dos acuerdos del pleno de la Sala Segunda de carácter no jurisdiccional⁷³⁴. En el de fecha 24 de abril de 2007 se admite la posibilidad de concurrencia en régimen de concurso real del tipo agravado de tráfico de personas para explotación sexual del anterior art. 318 *bis* CP y del delito de determinación coactiva a la prostitución del art.

⁷³⁴ Son los acuerdos adoptados en 2007 y 2008 puesto que han sido los que han tenido más repercusión en posteriores resoluciones. Sin embargo, en STS 951/2009 de 9 de octubre, se hace referencia a un acuerdo del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con el mismo objeto de 30 de mayo de 2006 que admitía el concurso entre los delitos contemplados en el art. 318 bis 2 CP y el art. 188.1 CP.

188.1 CP. Se consideró que ambos delitos protegían distintos bienes jurídicos, representando el delito de tráfico ilegal de inmigrantes a lo sumo únicamente un delito de peligro en relación la libertad sexual, pero que esencialmente protegía tanto la dignidad personal cuanto el control de flujos migratorios y que debía considerarse concurrente con el correspondiente delito contra la libertad sexual en caso de que ésta fuera finalmente lesionada.

Posteriormente, sin negar la concurrencia entre el delito de tráfico ilegal de personas y el delito de determinación coactiva a la prostitución, el mismo Tribunal en acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de febrero de 2008, afirma, sin embargo, que para evitar la infracción del principio *non bis in idem*, la concurrencia debía afirmarse entre el tipo básico del delito de tráfico ilegal de personas (y no el de tráfico para explotación sexual del anterior art. 318 bis.2 CP) y el delito de determinación a la prostitución del art. 188.1 CP.

Sea como fuere, con cada reforma del texto legal va en aumento el número de reglas concursales específicas esparcidas por toda la Parte Especial de nuestro Código Penal y que tienen convivir con las normas concursales de carácter general. De hecho, la introducción de estas cláusulas específicas han sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina, bien por la redacción utilizada⁷³⁵, bien por su escasa aportación y su carácter innecesario al existir normas generales encargadas de resolver los posibles conflictos concursales⁷³⁶.

Se desprende de la literalidad de esta cláusula que la intención del legislador es que las penas de la trata se impongan junto con las penas que correspondan por cualquier otro delito cometido con ocasión de la trata de personas, siendo esta una acumulación de penas propia del concurso real de delitos. Se excluye así tanto la aplicación de las reglas generales del concurso de normas como la de las reglas propias del concurso de delitos medial o ideal a favor del concurso real⁷³⁷.

⁷³⁵ CUERDA RIZEU, A.: "El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990", *Anuario Derecho Penal Y Política Criminal*, núm. 44, 1991, p.863, se posiciona a favor de reglas concursales específicas, pero dejando clara la modalidad concursal y matizando si quedaban excluidas o no las restantes posibilidades genéricas de concurso.

⁷³⁶ Fuertemente crítico con estas cláusulas GARCÍA ALBERO, R.M.: *Non bis in idem material y concurso de leyes*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, p. 389.

⁷³⁷ ORTS BERENGUER, E.: "Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos". *Derecho penal Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1-10.

Esta idea no puede excluir, como es lógico, que en este ámbito delictivo deban olvidarse los principios básicos como el *non bis in idem* que es, precisamente, el fundamento del concurso aparente de normas⁷³⁸. Por tanto, estas cláusulas nunca deben entenderse como una excepción al concurso de normas, puesto que, si nos encontráramos el mismo y se aplicasen las reglas del concurso de delitos, nos encontraríamos ante una posible doble incriminación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello que no resulta posible entender que con esta cláusula concursal se esté obligando a apreciar un concurso de delitos entre la trata de personas y los posibles delitos que concurren con él descartando, de ese modo, la aparición de un posible concurso normativo.

En cuanto al posible concurso delictivo, una obligada apreciación del concurso real implicaría desconocer los criterios establecidos en la teoría del concurso y además generaría un castigo punitivo desproporcionado como consecuencia de la acumulación de penas resultantes de un único acto delictivo. Habrá que acudir a la aplicación de los principios generales de resolución de concurso de delitos que pretenden dar coherencia a reformas penales que, en ocasiones, con endurecimientos penológicos generan problemas de difícil resolución.

Por dotar de claridad expositiva al conjunto se han agrupado los diferentes posibles casos de concursos de la trata con el delito cometido según la fase de la trata en los que puedan ser realizados.

5.2. Concurrencia de la trata de seres humanos con los delitos cometidos durante el proceso

Estos serían los delitos cometidos debido al propio proceso que supone tratar a una persona, es decir, aquellos que pueden aparecer durante las acciones que conducen a una persona a ser tratada a través de los medios comisivos del propio tipo.

Podríamos así hablar de delitos de lesiones debido a la violencia utilizada, delitos contra la libertad como las amenazas y las coacciones. También podrían tener cabida delitos de secuestro o detención ilegal al transportar a una persona o, incluso, podrían aparecer delitos contra la libertad sexual durante el proceso en el que a la víctima se le

⁷³⁸ CUERDA RIEZU, A.: "El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990", op. cit., pp. 847-848.

vulnera su propia autoestima para hacerla más fácilmente explotable. Otros delitos podrían ser contra la intimidad y el honor o delitos de trato degradante. En ocasiones podrían aparecer delitos de homicidio imprudente o en grado de tentativa.

Este catálogo de delitos puede aparecer durante el propio proceso de trata de una persona, dado que tanto las acciones propias del tipo como los medios comisivos pueden llegar a provocar los tipos delictivos nombrados.

Para resolver el concurso que debe aplicarse en esta cuestión basta con pensar qué delitos pueden producirse de forma inherente a los medios utilizados, es decir, cuáles son aquellos que aparecen únicamente por ser la persona tratada sin haberse excedido los cauces normales de este tipo delictivo. En estos delitos inherentes al propio proceso no podrá afirmarse la concurrencia de los mismos con la trata de personas puesto que estaríamos ante un supuesto de doble incriminación y quebrantando así el *principio non bis in idem*.

En lo que se refiere a la propia referencia de la cláusula con el delito del art. 318 *bis* CP, parece que el legislador pretende relacionar la conducta de la trata con un posible cruce irregular de fronteras, admitiendo de entrada un concurso de delitos entre ambos preceptos (generalmente ideal)⁷³⁹. Esto ocurrirá siempre que se entienda que el art. 318 *bis* CP pretende la protección y el control de los flujos migratorios y que sanciona el cruce irregular de las fronteras del Estado, objetivo que no existe en el delito de trata.

Con respecto al contenido de este artículo, su redacción fue modificada por el número ciento setenta del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, cambiando el contenido del tipo penal y las penas previstas en el tipo básico, considerándose ahora una “ayuda a la entrada y permanencia ilegal en España” castigándose desde entonces con una pena mínima en comparación a cómo se venía haciendo hasta el año 2015⁷⁴⁰. Realmente lo único que hizo el legislador español fue transponer la Directiva de la Unión Europea del año 2002/90/CE, aunque, eso sí, unos años más tarde. Anteriormente al año 2015, la doctrina llegó a considerar, *de lege ferenda*, extraer del ámbito penal

⁷³⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 482-483

⁷⁴⁰ Al respecto, PÉREZ ALONSO, E.: “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tras la reforma de la L.O. 1/2015”, *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conllego, M./Paredes Castañón, J.M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M.A./Roso Cañadillas R./Lombana Villalba J.A. (Dirs.), Ed. Reus, Madrid, 2020, pp. 1835-1847.

dichas acciones y traspasarlas al ámbito del derecho administrativo sancionador en todo lo que tenga que ver con el cruce ilegal de fronteras⁷⁴¹.

En cuanto a los delitos de amenazas, coacciones y detenciones ilegales, parece lógico presumir que puedan aparecer de forma más o menos natural dados los medios comisivos para cometer el delito. La doctrina parece coincidir en que existiría en este caso un concurso aparente de normas a resolver por el principio de consunción al existir un precepto, el de la trata, que desplaza al otro al incluir el primero por sí solo el desvalor que el otro supone, lo cual sucede en el caso que analizamos puesto que un hecho acompaña generalmente al otro, esto es, al producirse el delito de trata, dado su extenso marco en cuanto a medios comisivos, conlleva generalmente la producción de los delitos mencionados⁷⁴².

El mismo análisis valdría para concursar aquellos delitos cometidos contra la integridad moral como el trato degradante⁷⁴³, ya que la figura de la trata protege bienes jurídicos similares a los de estos ilícitos. Esta sería la forma de resolverlo siempre que estos tipos aparezcan únicamente para vencer la oposición de la víctima, puesto que si aparecieran con posterioridad al mismo proceso de trata nos encontraríamos ante un posible concurso real.

En cuanto a los delitos contra la vida de las personas, si la víctima de trata falleciera, la pena a imponer será la resultante de aplicar un concurso ideal entre la trata de seres humanos en su tipo básico con el delito de homicidio. Pese a existir la regla concursal específica, las propias reglas generales de concurrencia del delito de peligro en relación con el delito de lesión impiden apreciar la agravante de puesta en grave peligro para la vida al quedar esta consumida en el delito de lesión, en este caso el de homicidio doloso o imprudente⁷⁴⁴.

Lo mismo puede decirse en relación con posibles lesiones ocasionadas. En este sentido se expresa la Fiscalía General del Estado al afirmar que si se produce muertes o graves lesiones de la víctima no será de aplicación la circunstancia calificadora puesto

⁷⁴¹ En este sentido se expresa VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 486; llega a considerar inconstitucional el referido precepto MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La inmigración como delito...*, op. cit., p. 159.

⁷⁴² Explica de este modo la resolución del principio de consunción en la resolución del concurso aparente de leyes penales MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor, Barcelona, 2006, p. 656.

⁷⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 485-486.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 456.

que supondría valorar dos veces la misma circunstancia, sino que entraría a concursar el tipo básico de trata en concurso ideal con el correspondiente delito de resultado⁷⁴⁵.

En el caso de cometerse otros delitos por los mismos sujetos activos que nada tengan que ver con el delito de trata, como puede ser aprovechar las redes de la trata para traficar con droga o la falsificación de documentos de identidad, si el sujeto activo ha facilitado drogas a la víctima de trata o la utiliza para su traslado o aprovecha el traslado de las víctimas de trata para trasladar droga se podría apreciar un concurso medial del delito de trata con el delito de tráfico de drogas, considerando la misma solución cuando a la víctima se le aporta documentación falsa.

Otro concurso podría aparecer al respecto del subtipo agravado del apartado 6 del art. 177 bis CP que viene a castigar *cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*, ya que podría entrar en conflicto con el delito de organización criminal. Al ser este tipo autónomo un delito en el cual se castiga la agrupación de una pluralidad de personas con la finalidad de cometer delitos, no es necesario para la consumación que efectivamente se haya cometido la actividad ilícita para la que estaba prevista, es por ello que habría que distinguir dos opciones, que la trata ya se haya producido o no.

En el caso de que la trata de seres humanos aún no se haya producido en el marco de esa organización criminal deberá castigarse por el tipo delictivo del art. 570 bis y no por el subtipo agravado de la trata, puesto que no se podría castigar de forma agravada el delito de trata por pertenencia a organización criminal si la trata aún no se ha llevado a cabo. También debe tenerse en cuenta el castigo de los actos preparatorios del delito de trata que podría desplazar el propio delito de organización criminal debido al elevado marco penal previsto en el delito de trata de seres humanos que podría dejar a un lado a este como consecuencia del principio de alternatividad⁷⁴⁶.

Sin embargo, cuando ya se ha iniciado la modalidad delictiva de la trata en el seno de una organización criminal, el castigo del delito de pertenencia a organización criminal no tendría sentido al existir un subtipo agravado en el propio tipo penal de la trata. De este modo, cuando una organización delictiva se dedica a la trata de seres

⁷⁴⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada*, op. cit., p. 27.

⁷⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 480

humanos, habiendo dado comienzo a su ilícita actividad, se aplicará exclusivamente el subtipo agravado del apartado 6 del art. 177 *bis* al encontrarnos ante un concurso de normas que debería resolverse mediante el principio de especialidad al considerar que los tipos cualificados son ley especial frente al régimen general de los arts. 570 *bis* y *ter*⁷⁴⁷, pese a que la cláusula concursal del art. 570 *quáter in fine* se remite de forma expresa al criterio de la alternatividad para solucionar el concurso de normas en estos casos, imponiéndose el tipo penal con mayor castigo.

Queda por analizar en este apartado como se castiga el delito cuando existen varias víctimas de trata. Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Pleno no Jurisdiccional, de 31 de mayo de 2016, para la unificación de criterios que establece que “el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 *bis* del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”. La Sala resuelve que en estos casos se está ante un sujeto pasivo individual, y no difuso o plural, y afirma que, además, cuando el precepto excluye todo tipo de consentimiento de la víctima en estos comportamientos delictivos, que proyectan su protección por encima de cualquier otra consideración, la ley penal contempla a la víctima como un sujeto pasivo individual. Asimismo, destaca que este caso es distinto a otros delitos, como ocurre con la inmigración ilegal, donde se considera que se ha cometido un solo delito, aunque afecte a varias personas, debido a que el bien protegido es distinto, el control estatal sobre los flujos migratorios.

6.2. Concurrencia de la trata de seres humanos con los delitos cometidos durante la fase de explotación

6.2.1. Concurrencia con la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad

Dado que, como ya se ha advertido, no existen tipos autónomos para este tipo de explotación, motivo por el que, *de lege ferenda*, se propone una reforma del Título que contiene al delito de trata, se debe ajustar el posible concurso de la trata con la finalidad

⁷⁴⁷ En este mismo sentido se expresa FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 1/2002 ante el problema concursal planteado entre el art. 318 bis. 5 y el 515 CP*. España, 2002.

de explotación que se reconduce hacia una explotación laboral catalogada como posibles delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 y 312 del CP, es decir, una explotación laboral derivada de la imposición de condiciones laborales manifiestamente ilegales⁷⁴⁸. Eso sí, dejando muy claro desde un principio que no es suficiente con esta reconducción normativa y que, desde luego, no bastan estos delitos contra los derechos de los trabajadores para proporcionar adecuada protección a una víctima de trata con finalidad de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, ya que, son bienes jurídicos distintos y son formas de explotación distintas, por ello, deben tener un tratamiento penológico también distinto⁷⁴⁹.

Hasta que existan esos tipos delictivos, cuando la víctima de trata sea sometida a este tipo de explotación debe acudir a los tipos genéricos contra los derechos de los trabajadores para tipificar esas conductas ya que estos castigan los actos de imposición de condiciones laborales contraviniendo legislación laboral e implicando condiciones manifiestamente ilegales, aunque no plasmen el desvalor real de las conductas que se pretenden castigar con esas finalidades de trata⁷⁵⁰. De hecho, cuando la finalidad de los tratantes sea someter a la persona a alguno de los delitos castigados en los arts. 311 o 312, es decir, someterlos condiciones laborales ilegales y desfavorables, no podremos catalogar la acción como un delito de trata al carecer el tipo del elemento subjetivo obligatorio en este delito, es decir, adolecería de la intencionalidad de someter a la persona a una de las finalidades de explotación reflejadas en el delito de trata, por lo que nos encontraríamos, únicamente, con un delito contra los derechos de los trabajadores.

Con las herramientas normativas que tenemos a nuestro alcance y vista la cláusula concursal del art. 177 *bis* CP, podemos afirmar que cuando la trata se realice con intención de explotar laboralmente, el concurso que aparece será un concurso real o eventualmente medial si puede afirmarse la concurrencia de necesidad en concreto entre el tipo de trata con aquellos delitos que pueden cometerse en la referida fase de explotación. De este modo, el tipo con el que generalmente entrará en concurso el delito de trata será el del art. 311 CP que establece:

“Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

⁷⁴⁸ POMARES CINTAS, E.: *El derecho penal ante la explotación laboral...*, op. cit., p. 136.

⁷⁴⁹ Al respecto, y refiriéndose además al concepto de propiedad, DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Trata de personas y favorecimiento...”, op. cit., p. 27.

⁷⁵⁰ De la misma opinión VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p.479.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

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.

También podría aparecer el concurso con el art. 312. que dice:

2º En la misma pena incurrirán quienes 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”.

Ambos tipos son la única opción disponible para concursar la trata con la primera de sus finalidades junto con una posible tipificación conjunta con el delito de trato degradante del art. 173.1 CP⁷⁵¹.

Este tipo de “atajo legal” al no existir los tipos autónomos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, suponen otra serie de problemas⁷⁵²:

1) Discriminación con respecto al sujeto activo.

Los arts. 311 y 312 vienen referidos a diferentes a sujetos pasivos y a diferentes medios. El art. 311 hace referencia a sujetos nacionales de la Unión Europea o con autorización administrativa de residencia y trabajo y exige “engaño o abuso de situación de necesidad” y en el tipo agravado violencia o intimidación, mientras que el art. 312.2 viene referido a los súbditos extranjeros “sin permiso de trabajo”, es decir, a los “irregulares” y no exige ningún medio comisivo.

Sin embargo, y he aquí el verdadero problema, ambos artículos establecen penas distintas al castigar con pena privativa de libertad de entre seis meses y seis años o más en el caso del tipo agravado en el caso de que la persona explotada sean súbditos extranjeros con autorización administrativa de residencia y trabajo o naciones de la Unión Europea y con penas de entre dos y cinco años de prisión si la víctima es un extranjero “ilegal”.

⁷⁵¹ Llega también a esta solución VILLACAMPA ESTIARTE. C.: *El delito de trata...*, op. cit., p. 480.

⁷⁵² De la misma opinión VALVERDE CANO, A.B.: “Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el código penal español”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 436-437.

Esta discriminación penológica afecta a la protección de la persona explotada y está totalmente injustificada puesto que el objeto de tutela de estos delitos es precisamente la prestación de trabajo en condiciones que respeten los derechos laborales y no el control de flujos migratorios⁷⁵³, es decir, no se debería tener en cuenta la situación administrativa del sujeto explotado si de lo que se trata es de la protección de sus derechos como trabajador.

2) Falta de protección a menores.

Los menores aparecen específicamente protegidos tanto en el delito de trata (art. 177 *bis*. 2 CP) como en el de prostitución involuntaria (art. 188 CP), mientras que en los delitos mencionados contra los derechos de los trabajadores no aparece reseña alguna al respecto. Por tanto, paradójicamente se le ofrece mayor protección al menor cuando son objeto de trata para una posible finalidad de explotación que cuando efectivamente se produce dicha explotación para la que fueron tratados.

3) Catalogación que adolece del verdadero desvalor de la acción.

Equiparar situaciones que afectan a distintos bienes jurídicos y, por ende, que pretenden proteger situaciones que nada tienen que ver en cuanto a la afectación de la persona, no parece que sea la solución.

Hablamos de tipos penales que protegen los derechos del trabajador y que, si bien merecen un castigo acorde con el desvalor de acción que realiza el sujeto que pretende su explotación, no pueden englobar conductas en las cuales se mercantiliza, cosifica y destruye la personalidad jurídica de la víctima al convertirla en objeto y quebrantar la propia esencia del ser humano que es precisamente lo que ocurre cuando una persona es sometida a las modalidades de explotación que se pretenden concursar en este epígrafe, la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

Sin embargo, pese a no existir ninguna otra solución legal y acudir a los únicos tipos que nos permite el código penal que podrían asemejarse a tal situación, ni recoge la totalidad del injusto, ni protege a la víctima como se debería ni tiene sentido que la propia explotación tenga menor castigo que el proceso que conduce a ella⁷⁵⁴.

⁷⁵³ POMARES CINTAS, E.: *El derecho penal ante la explotación laboral...*, op. cit., p. 115.

⁷⁵⁴ En este sentido se expresa también PÉREZ ALONSO, E.: "Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud", op. cit., p. 355.

forma habitual por el concurso real, tanto en su modalidad ordinario como concurso medial.

Por su parte la STS 1002/2016, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 10526/2016 de 19 de enero de 2017 analiza la correcta aplicabilidad del artículo 188.1 CP. La Sala entiende que la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad caracterizada por la imposibilidad de sustraerse a esa imposición. Ésta se hallaba en un país extranjero sin otras relaciones o contactos y sujeta a la voluntad de quien la había traído desde su país natal, Rumanía. Manifiesta que el tipo penal no exige necesariamente un elemento de violencia o intimidación en su sentido clásico, bastando con el aprovechamiento de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. El Tribunal Supremo acaba aplicando una doble condena en relación de concurso medial “que se contempla expresamente en el art. 177 *bis*.9 CP”. Según expresa el Tribunal, en el caso de los delitos relativos a la prostitución, normalmente se aplica el concurso medial, ya que la explotación sexual es una de las finalidades típicas incluidas en el art. 177 *bis*. Aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art. 177 *bis*, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente. Se estaría en este caso ante un concurso medial, puesto que, en palabras del Tribunal “en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes, aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77.1 para el denominado concurso medial”.

6.2.3. Concurrencia con la finalidad de explotación para realizar actividades delictivas

Cuando la trata consista en explotar las actividades delictivas de la víctima, este delito concurrirá con la inducción o la autoría mediata de aquellos delitos que se fuerza a perpetrar a la víctima.

6.2.4. Concurrencia con la finalidad de extracción de órganos

Tras la reforma operada en 2010 se establece un delito autónomo de tráfico de órganos contemplado en el art. 156 *bis* CP. La introducción de este nuevo tipo en el texto punitivo se justifica en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 al hacer referencia a la cada vez más extendida compraventa de órganos humanos y a la llamada de atención en diversos foros internacionales para abordar su castigo. De hecho, se hace referencia expresa a la Declaración de Estambul, adoptada en la Cumbre Internacional sobre turismo de trasplante y tráfico de órganos celebrada en mayo de 2008⁷⁵⁶. Resulta curioso advertir, sin embargo, que el propio Preámbulo de la citada Ley reconoce que la tipificación expresa de este tipo delictivo no es necesaria por ser las conductas subsumibles en el propio delito de lesiones.

En lo que se refiere a esta finalidad de explotación en el marco del delito de trata, un sector mayoritario de la doctrina ha defendido que entre el delito de trata y el propio tipo autónomo de tráfico de órganos habría un concurso de delitos⁷⁵⁷, basándose en que el art. 156 *bis* sanciona la extracción de órganos humanos que es la finalidad que se persigue con este tipo de trata. Otro sector académico, aunque minoritario, sostiene en cambio que el concurso de delitos existiría entre la figura del art. 177 *bis* y el correspondiente delito de lesiones, pero que entre la propia trata y el tráfico de órganos debería de concurrir un concurso de normas⁷⁵⁸.

Entre los autores que afirman la existencia de un concurso de delitos, se discute si este debiera ser un concurso real, ideal o medial, predominando esta última perspectiva al argumentar que la trata constituye un delito instrumental, medio para la posterior explotación de la víctima, existiendo así una relación de medio a fin entre la trata y la el

⁷⁵⁶ Son varios los textos adoptados por organismos internacionales instando a los estados a prohibir y sancionar el tráfico de órganos, destacan entre ellos la Resolución 59/156 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2004, sobre prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos o en el contexto de la Organización Mundial de la Salud la Resolución WHA 63.22 de la Asamblea Mundial de la salud por la que aprueban los principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos; en el seno del Consejo de Europa destaca el Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002.

⁷⁵⁷ Al respecto por todos AGUADO LÓPEZ, S.: "Tráfico de órganos humanos". Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal parte especial. Volumen 1*, 2ª Ed. Iustel, Madrid, 2016, p. 187; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código penal*. Tomo II. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 240.

⁷⁵⁸ Vid. al respecto por todos TAMARIT SUMALLA, J./GARCÍA ALBERO, R.: "Artículo 156 *bis*". Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 6ª Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 148;

posterior tráfico de órganos humanos⁷⁵⁹. Esta última opción parece cobrar importancia tras la última modificación introducida por Ley Orgánica 1/2019⁷⁶⁰, de 20 de febrero, al incorporarse un apartado 9 que establece que “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 177 *bis* de este Código y demás delitos efectivamente cometidos. Se añade además la ejecución del tráfico de órganos humanos como conducta típica. Ambas reformas llevan a defender el concurso real siempre que una misma persona lleve a cabo actos de trata con fines de extracción de órganos y, tras ello, almacene, transporte, traslade, reciba, importe, exporte o use dichos órganos.

De este modo, si la trata para la extracción concurre con el tipo del tráfico de órganos relativo a la obtención o extracción ilegal o al transporte o su uso (letras b. y c.) del tipo de tráfico de órganos, habrá que apreciar un concurso real, lo cual sucederá al ser varias las conductas que debe realizar un mismo sujeto para que existan varias infracciones. Sin embargo, este concurso adoptará en la mayoría de las ocasiones la forma del concurso medial porque el delito de trata se convierte en un medio irrefutable para llevar a cabo el tráfico de órganos.

No obstante, si la acción típica busca captar con donantes con fines de extracción de órganos empleando para ello engaño, nos encontraremos ante un único hecho constitutivo tanto del delito de tráfico de órganos del apartado 1, puesto que en este se castigan también los actos de favorecimiento de la extracción u obtención ilícita de órganos, como del delito de trata con fines de extracción de órganos con independencia de que esos órganos se lleguen o no a extirpar, descartándose, por tanto, tanto el concurso real como el medial ya que nos encontraríamos ante un mismo hecho. Quedaría la duda de si se debe apreciar un concurso ideal, o bien, un concurso aparente de normas. Para diferenciar entre ambos, habría que valorar cuál es el bien jurídico protegido y tener presente el principio *non bis in idem* que impide castigar dos veces un mismo hecho. Si se estima que el bien jurídico protegido en el delito de trata es un conglomerado de derechos entre los que destaca como valor o criterio unificador el que se ha definido aquí como “estatus libertatis” se podría considerar la posibilidad de que

⁷⁵⁹ Defienden la idea de un concurso medial MAYORDOMO RODRIGO, V.: “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp.371-374.

⁷⁶⁰ Al respecto de esta reforma MOYA GUILLEM, C.: “Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación”. *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019, pp. 1-29.

existiera un concurso ideal al proteger el delito de tráfico de órganos la salud pública. Sin embargo, si se llega a la conclusión, como hacen otros autores que optan por definir un bien jurídico pluriofensivo caracterizando el objeto de tutela según sea la finalidad de explotación, se podría optar por un concurso aparente de normas, al existir un mismo bien jurídico, la salud pública, tanto en la trata con finalidad de extracción de órganos como en el propio delito de tráfico de órganos⁷⁶¹.

En conclusión, cuando existan los elementos típicos del delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, existirá a su vez un delito de tráfico de órganos del art. 156 bis puesto que la trata para la extracción de órganos es, por sí misma, una forma de favorecer o facilitar el tráfico de órganos humanos, en cuyo caso, según sea opte por un bien jurídico u otro nos encontraríamos ante un concurso ideal o ante un concurso de normas. Situación distinta sería aquella que, además de la extirpación, con posterioridad, el órgano sea objeto de almacenamiento, traslado, exportación, etc. En este segundo supuesto, nunca podría existir un concurso de normas, sino que habría que resolver por un concurso real de delitos.

Quedaría ahora por solventar qué sucedería si la persona que realiza la conducta castigada por el delito de trata con fines de extracción de órganos, llega efectivamente a realizar la extirpación produciéndose una serie de lesiones. Dichas lesiones, que no contarían con el consentimiento del donante, estarían tipificadas en el art. 149 CP si el órgano extirpado fuese un órgano principal y en el art. 150 CP si el órgano fuese no principal⁷⁶². La lógica nos lleva a pensar que en este caso existiría un concurso real de delitos porque se protegen bienes jurídicos distintos y porque los hechos que llevan a su aplicación son también diferentes, ya que, el delito de trata se consuma con anterioridad al de las lesiones debido a la extirpación del órgano. Este concurso, sin embargo, adoptaría en la práctica la forma de un concurso medial ya que el delito de trata sería el medio necesario para llevar a cabo la extirpación del órgano y existiría una conexión típica entre ambos delitos (medio y fin), la intención del autor abarcaría la comisión de ambos delitos y la trata se erigiría en medio necesario para llevar a cabo la lesión debida a la extirpación.

⁷⁶¹A esta conclusión llega MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos...*, op. cit., p. 191.

⁷⁶² Al respecto de la diferencia entre órganos principales y no principales DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos de lesiones*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 94-95.

En conclusión y por ordenar un poco todos los concursos referidos, si la extirpación del órgano debida a la trata no llega efectivamente a producirse nos encontraríamos ante un concurso de normas (misma protección de bienes jurídicos) o ideal (protección de bienes jurídicos distintos) entre la trata con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos. Si efectivamente se produce la extirpación, nos encontraremos ante un concurso, en principio medial, de delitos entre la trata con fines de extracción de órganos y el delito de lesiones debido a la extracción. Y, por último, si tras la extirpación del órgano, se almacena o se usa ese órgano, existirá, nuevamente un concurso real de delitos (en principio, medial) entre la trata y el tráfico de ese órgano⁷⁶³.

6.2.5. Concurrencia con la finalidad de celebración de matrimonios forzados

La finalidad de matrimonio forzoso también cuenta con su tipo autónomo, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de julio, entre los delitos contra la libertad, en concreto en el art. 172 bis CP que establece:

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

En base a la cláusula contractual del apartado 9 del art. 177 bis, una parte mayoritaria de la doctrina interpreta que debe existir un concurso real⁷⁶⁴ entre el tipo autónomo de matrimonios forzados y la trata de personas con los mismos fines, si bien, otro sector manifiesta que en este contexto en concreto resulta más conveniente el concurso medial⁷⁶⁵.

Por su parte, haciendo caso omiso de la mencionada cláusula, otros autores son de la opinión de aplicar directamente un concurso de normas entre ambos tipos⁷⁶⁶ delictivos, de forma que, el art. 172 bis CP debería aplicarse cuando el matrimonio

⁷⁶³ A esta conclusión llega también MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos...*, op. cit., p. 196-197.

⁷⁶⁴ TORRES ROSELL, N.: “El art. 172 bis”. Quintero Olivares, G., (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 1169

⁷⁶⁵ Admite ambos, tanto el real como el medial, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “*El delito de trata de seres humanos en Derecho Penal español tras la reforma de 2015*”, op. cit.

⁷⁶⁶ Por todos CARPIO BRITZ, D.: “Artículo 172 bis”. Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S., (Dirs.), *Comentarios al CP. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 621. Afirma que el concurso aparente de normas debe resolverse a favor del art. 177 bis.1.e) CP en base a los principios de consunción (art. 8.3 CP) o de alternatividad en su caso (art. 8.4 CP).

forzado afectara a la libertad y autonomía de la víctima de tal forma que implicara un nuevo proyecto de vida personal y familiar que de otra forma la misma no hubiera elegido. Mientras que el delito de trata debería quedar reservado para aquellas situaciones más graves, como se deduce de la propia pena del delito (entre cinco y ocho años), en las cuales se produzca una afrenta a la propia dignidad del sujeto pasivo y un proceso de despersonalización del propio sujeto⁷⁶⁷. Se indica, desde esta misma posición, que el art. 177 *bis* CP tiene una mayor capacidad de acoger diferentes medios comisivos que el art. 172 *bis* CP al incluir modelos tales la intimidación no necesariamente grave, el engaño o el abuso de necesidad o vulnerabilidad, lo cual podría hacer que pudiera apreciarse en más casos que el delito autónomo. Además, el delito de trata con fin de matrimonios forzados sería aplicable, y con pena mayor, en aquellos supuestos en los que apareciera violencia o intimidación pero el matrimonio no llegara a celebrarse, supuesto en el aparecería otro concurso de normas con el art. 172 *bis* en grado de tentativa⁷⁶⁸.

En cualquier caso, al existir un tipo específico de delito de matrimonios forzados, parece claro que la intención del legislador es la de castigar en concurso de delitos la trata y el matrimonio forzado cuando existan los elementos necesarios para que concurran ambos delitos⁷⁶⁹.

7. Análisis jurisprudencial

Con el objetivo de alertar sobre la necesidad de introducir en nuestro Código Penal tipos autónomos que castiguen las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” realizo un análisis de diferentes sentencias del Tribunal Supremo en las que se castigan situaciones que suponen sometimientos extremos de las personas y que podrían ser castigados como sometimiento a esclavitud pero que, sin embargo, al no existir estos

⁷⁶⁷ Coincide con esta solución el Informe emitido el 20/12/2012 por el Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica el CP, p. 142.

⁷⁶⁸ ROSELL TORRES, N.: “Artículo 172 bis”, op. cit., pp. 1175-1176. La autora opina que aplicar el art. 177 bis en estos supuestos presenta otras opciones sancionadoras que quedan veladas en caso de acudir al delito de coacciones, como, por ejemplo, poder apreciar los tipos agravados de este artículo, establecer concursos con otros delitos que hubieran podido cometerse, de explotación de la víctima o reconocer a las víctimas aquellas medidas legales para su protección, seguridad y asistencia que se han previsto en el marco de la trata.

⁷⁶⁹ De esta opinión 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*, núm. 20-32, 2018, p. 30.

delitos se configuran como delitos de trata junto con delitos de prostitución forzada y delitos de los derechos de los trabajadores.

De este modo, queda reflejado la ausencia de delitos concretos que castiguen comportamientos que suponen un atentado contra el “*status libertatis*” de la persona y no una explotación o un delito de prostitución forzada, cobrando aún más relevancia la propuesta de “*lege ferenda*” que realizaré tras este análisis.

7.1.Explotación sexual

7.1.1.STS, 538/2016, 17 de junio⁷⁷⁰

1) Hechos probados.

Los acusados Gregorio e Isabel contactan con ciudadanas nigerianas que residían en su país de origen ofreciéndoles trabajo como peluqueras en la isla de Tenerife a lo que estas acababan accediendo debido a la situación de necesidad en la que se encontraban en su país y a la pobreza extrema en la que vivían.

A finales de diciembre de 2012 una de las víctimas acepta venir a España confiando en la oferta de trabajo y en una vida mejor. Los acusados organizan el viaje y consiguen pasaportes falsos tanto para ella como para otra de las víctimas a la cual conoce en Melilla.

Tras pasar por Melilla y Madrid, finalmente consiguen llegar a Tenerife el 25 de abril de 2013 acompañadas por Ernesto que trabajaba en connivencia con los acusados Gregorio e Isabel.

A su llegada a la isla fueron alojadas en un domicilio en el que permanecieron varios días sin salir, período en el cual, fueron informadas por los acusados Beatriz y Gregorio de que el trabajo que venían a realizar no consistía en peluquería, sino en la práctica de la prostitución, y que habían contraído con ellos una deuda que ascendía a aproximadamente 4000 euros cada una de ellas, que debían saldar mediante el ejercicio de la prostitución, al tiempo que, en palabras del TS “las amedrentaban y presionaban para que aceptaran las condiciones impuestas, a lo que tuvieron que acceder”.

⁷⁷⁰ STS, 538/2016, 17 de junio.

De este modo fueron obligadas a prostituirse en diferentes lugares de Tenerife debiendo entregar cantidades que rondaban los 300 euros semanales a Gregorio y Beatriz, situación en la que permanecieron hasta junio de 2013.

2) Conclusiones del Tribunal.

En esta sentencia TS aborda varias cuestiones interesantes para el estudio de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

El TS castiga a los responsables de estas acciones como autores de dos delitos de trata de seres humanos en concurso medial con un delito de prostitución coactiva cometido sobre cada una de las dos víctimas.

En cuanto a la concurrencia de varias víctimas en el tipo delictivo de la trata de seres humanos, deja claro que el sujeto pasivo es individual por lo que habrá que castigar, en concurso real, tantos delitos como víctimas, haciendo en este punto referencia al Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016⁷⁷¹, en donde se llegó al siguiente Acuerdo:

“El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”.

Con respecto al sujeto pasivo individual de la trata de seres humanos, el TS hace referencia a la STS, 178/2016, 3 de marzo⁷⁷², que declara lo siguiente:

“El art. 177 bis del C. Penal castiga la trata de seres humanos, sea en España o desde España, empleando violencia, intimidación o engaño... cuyas conductas típicas son la captación, el traslado, el transporte, el acogimiento, la recepción o el alojamiento con distintas finalidades, en el caso de autos la explotación sexual, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima. Dado el bien jurídico protegido, libertad e indemnidad sexual de las víctimas, de naturaleza personal, se cometieron tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas reseñadas en el factum”.

Para argumentar esta decisión el TS señala que las conductas típicas del delito de trata son de muy variada acuñación siendo el tipo objetivo diverso y que dado el bien

⁷⁷¹ Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016.

⁷⁷² STS, 178/2016, 3 de marzo.

jurídico que se pretende proteger, la cuestión debe obligatoriamente resolver hacia considerar un sujeto pasivo individual y no difuso o plural.

Además, añade, cuando el precepto excluye todo tipo de consentimiento de la víctima en estos comportamientos delictivos, que proyectan su protección por encima de cualquier otra consideración, es evidente que la ley penal contempla a la víctima como un sujeto pasivo individual.

Concluye, en este sentido que tal bien jurídico es la dignidad, que está caracterizada por ser de una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido.

Resulta interesante advertir cómo el TS encuentra un serio problema para subsumir las conductas de los sujetos activos en el tipo penal de la trata de seres humanos al no estar representadas sus posibles finalidades en un tipo autónomo señalando en este lo siguiente:

“No puede mantenerse que se esté penando una especie de delito de peligro respecto a otras conductas que no están propiamente incluidas en el vigente Código Penal, como el delito de esclavitud. Pero, de todos modos, tenemos que tomar en consideración que las finalidades que se describen en el tipo que interpretamos, se encuentran de un modo u otro todas ellas incorporadas a algún precepto penal, por lo que el riesgo citado de tal penalización de peligro sin delito como tal, no puede darse”.

Como vemos, acaba advirtiendo que, sea como fuere, todas las finalidades se encuentran incorporadas, de un modo u otro, en algún otro tipo del Código Penal, afirmación esta con la que no estoy de acuerdo y que se ha tratado de advertir como errónea en este trabajo. Doblando el tenor literal de los tipos delictivos para incorporar en ellos acciones que poco o nada tienen que ver con el objeto de tutela propio del delito solo se consigue inseguridad jurídica y que los beneficiados sean los propios criminales que cometen tales actos a sabiendas de que no serán perseguidos o castigados por los actos efectivamente cometidos, si no por otros “prestados” de otros apartados del Código Penal.

Sobre la subsunción de los hechos en un delito de trata de seres humanos en concurso medial con otro de prostitución coactiva el TS hace referencia a la STS, 191/2015, 9 de abril⁷⁷³, conforme a la cual:

“La acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito tipificado en el art. 177 bis del Código Penal”.

3) Conclusiones personales.

Esta sentencia resulta altamente ilustrativa de la situación criminal que se vive en España con respecto a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

Queda probado que dos mujeres nigerianas son transportadas desde su país de origen mediante engaño y abuso de situación de vulnerabilidad para finalmente ser obligadas a ejercer la prostitución en su destino final a través de la intimidación.

Parece claro que aparece un delito de trata de seres humanos y que la finalidad real de los autores era la de la explotación sexual. Sin embargo, me planteo en este punto una pregunta ¿qué debe considerarse explotación sexual y qué diferencia habría entre esta y un sometimiento a esclavitud, servidumbre o incluso trabajo forzoso si la prostituta fuera considerada una trabajadora? Más allá, cuando la víctima es sometida a explotación sexual, al autor se le castiga con un delito de prostitución coactiva, es decir, por “determinar a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución” a través de la violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”, tal es el tipo del artículo 187.1 CP.

Lo que trato de explicar es que, si sobre una víctima de trata de seres humanos se ejerce violencia o intimidación y es sometida y obligada a ejercer la prostitución, se está ejerciendo sobre ella un control tal que es equivalente a posesión puesto que no es libre de autodeterminarse así misma ni es libre de decidir qué quiere hacer o en qué quiere trabajar, porque ha sido sometida hasta tal punto que se ve encerrada en un piso, sin dinero, sin documentación y con una deuda contraída que no había pactado.

⁷⁷³ STS, 191/2015, 9 de abril.

Lo que propongo después de estudiar las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y los delitos relacionados con ellas que suponen explotación sexual es que esa persona obligada a prostituirse y sometida se la considere una víctima de sometimiento a esclavitud, siempre y cuando aparezcan como medios comisivos la violencia o la intimidación, y que el bien jurídico quebrantado sea su “*status libertatis*” y que la pena, por ende, sea la correspondiente a robar la vida de una persona. De este modo, el delito del artículo 187.1 castigaría aquellas situaciones de prostitución fraudulenta o abusiva en las que la prostitución involuntaria se ejerza a través de fraude o engaño.

Es esta una reflexión ciertamente atrevida, pero no deja de tener sentido en cuanto abrimos un poco la mente y la liberamos de las tan repetidas palabras: prostitución, sexo, explotación, etc. Si no definimos la finalidad, no dejaremos ninguna posible explotación extrema fuera de protección. Quiero decir, poco le importa al esclavista cuál sea la finalidad de la persona esclavizada mientras le sea rentable su balance de cuentas. En ese juego de vidas baratas la persona sometida a esclavitud, sea por estar obligada a vender su cuerpo, sea por estar en una mina de carbón o sea por quedar atado a la tierra de otro, está simplemente siendo despojada de su vida, le son arrancados sus derechos humanos para el aprovechamiento de otro. Por lo tanto, si llamamos a las cosas por su nombre, esas personas son, en su mayoría, esclavos, simplemente esclavos, sea la finalidad la de la esclavitud sexual o la esclavitud laboral.

Así, las víctimas de la sentencia han sido objeto de un sometimiento a esclavitud, con finalidad de explotación sexual, de acuerdo, pero ¿qué hubiera cambiado si en vez de ser prostituidas hubieran sido encerradas en un cuarto para trabajar en una fábrica? Son tantos los derechos vulnerados que, si se castigara únicamente como un delito de prostitución coactiva, quedarían sin objeto de tutela un amplio espectro de su libertad individual y su personalidad.

Por todo ello, si reconducimos el concepto de explotación sexual y prostitución forzosa hacia el concepto de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, no quedará sin justo castigo ninguno de estos comportamientos, ni quedará desprotegida ninguna víctima en tanto en cuanto podrán ser perseguidas las acciones de las redes esclavistas como auténticos delitos de sometimiento extremo y no, como se están castigando ahora mismo, como delitos de prostitución coactiva o como delitos de explotación laboral contra los derechos de los trabajadores.

7.1.2.STS, 807/2016, 27 de octubre⁷⁷⁴

1) Hechos probados.

La acusada Marisa, nigeriana, a través de un intermediario contactó con la víctima Daniela, también de nacionalidad nigeriana, prometiéndole llevarla a España y conseguirle una vida mejor ofreciéndole trabajo a cambio de 30.000 euros en concepto de gastos de viaje y estancia.

En 2009 le consiguió el traslado a España para ella y para su hijo de 5 años de edad. Llegó a las costas de Algeciras en patera y, una vez allí, fue trasladada en autobús hasta Madrid donde fue recogida por la acusada Marisa y viajaron en avión hasta la isla de Gran Canaria haciendo uso de un pasaporte a nombre de otra persona que la acusada le facilitó. Ya en la isla fue trasladada al domicilio de Marisa donde vivía con su marido Casiano. Posteriormente fue empadronada en el domicilio del hermano de la acusada, Gumersindo, también nigeriano.

A la llegada a su nueva vivienda Daniela fue obligada a prostituirse bajo el férreo control de todos los anteriormente mencionados para así poder pagar la deuda que había contraído con ellos que ascendía a un total de 18.000 euros por el traslado a España, además de tener que pagar los gastos de vivir en su caso que ascendían a 125 euros por la luz y el agua, 50 euros por la comida y 200 euros por el alquiler, así como 300 euros al acusado Gumersindo por cuidar de su hijo mientras ella se prostituía.

Daniela era obligada a ejercer la prostitución a través de las intimidaciones de Marisa y Gumersindo llegando estos a agredirla físicamente en varias ocasiones tanto a ella como a su hijo de 5 años. Además era amenazada con causarle a ella, a su hijo y a otros familiares algún mal practicando “vudú” contra ellos, consiguiendo así que Daniela les entregara cada día todo el dinero que ganaba a Marisa.

En esta misma sentencia también se incluye a otra víctima de nombre Montserrat que llegó a la isla de Gran Canaria en 2011 y fue compañera de piso de Marisa en el domicilio de Gumersindo a la cual también trasladaron ilegalmente y obligaron mediante amenazas e intimidación a ejercer la prostitución.

⁷⁷⁴ STS, 807/2016, 27 de octubre.

2) Conclusiones del Tribunal.

En esta sentencia el TS resuelve sobre varios aspectos importantes del delito de trata, a saber: la aplicación retroactiva del nuevo delito de inmigración clandestina dada la reforma operada en 2015 en el artículo 318 *bis*; el nuevo ámbito de actuación de este delito debido a la incorporación del delito de trata de seres humanos; el delito de prostitución coactiva; y la relación concursal entre los delitos de inmigración clandestina y prostitución coactiva con el delito de trata de seres humanos.

El TS condena a Marisa como autora responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 *bis*. 1º CP, de un delito de prostitución forzada del artículo 188.1 CP (en la actualidad 187.1) y de un delito de trata de seres humanos en concurso medial con un delito de prostitución forzada.

Además, condena a Casiano y a Gumersindo a sendos delitos de prostitución forzada.

En lo que se refiere a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en cuanto al delito de inmigración clandestina y a su nuevo ámbito de aplicación, el TS considera que:

“Aun cuando no se plantee expresamente por la parte recurrente es claro que la norma aplicable debe ser la redactada conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, que debe ser aplicada retroactivamente por ser más favorable que la normativa anterior.

En efecto, como señala la reciente sentencia de esta Sala núm. 536/2016, de 17 de junio, el motivo no puede ser resuelto sin tomar en consideración la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el delito de inmigración ilegal, o clandestina, tipificado en el art 318 bis y que ha sido objeto de aplicación en la sentencia impugnada. Como recuerda, a su vez, la STS 188/2016, de 4 de marzo, tras esta reforma ha de acogerse con gran reserva la aplicación de nuestra doctrina jurisprudencial anterior sobre este tipo delictivo, por referirse dicha doctrina a un tipo que tanto en su sentido y finalidad, como en el marco punitivo (que se ha reducido de forma muy relevante), ha sido modificado sustancialmente”.

Así, el TS entiende que el nuevo tipo penal es mucho más benévolo y que lo único que pretende sancionar son las “conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea”, por tanto, lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos

a la Unión Europea con vulneración de la normativa reguladora, así como a su permanencia en nuestro territorio, en este caso cuando la conducta se realice con ánimo de lucro.

Además, el TS destaca que:

“Cabe la posibilidad de comportamientos que integren una infracción administrativa de menor entidad de la legislación de extranjería, pero que no revistan la gravedad necesaria para alcanzar relevancia penal. Para alcanzar esta relevancia la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal. En el caso actual, la entrada en España mediante “pateras” o embarcaciones que soslayan los controles aduaneros para desembarcar clandestinamente a los inmigrantes en las costas por lugares no permitidos para la entrada legal en nuestro país, no solo constituye una infracción “muy grave” de la normativa administrativa, sino que se configura de manera manifiesta como un medio fraudulento de burlar o soslayar el sistema de control establecido por la Unión Europea para limitar el acceso de ciudadanos extranjeros ajenos a la Unión, por lo que constituye la actividad delictiva sancionada en el precepto analizado”⁷⁷⁵.

Con respecto a la relación existente entre el delito de inmigración clandestina y el de prostitución forzada, el TS considera que no se incurre en doble sanción castigando la prostitución coactiva con independencia del delito del art. 318 bis:

“Al haber prescindido en este caso el Tribunal sentenciador de sancionar la conducta de la recurrente por la vía del delito de trata de seres humanos, que conduciría a una pena superior como apreciaremos seguidamente al analizar la conducta referida a la segunda víctima, nos encontramos ante dos conductas diferenciadas, que afectan a bienes jurídicos distintos, y en la que tampoco puede apreciarse una relación de medio a fin pues por expresa disposición legal la sanción prevenida en el art 318 bis es aplicable en todo caso separadamente, como se previene incluso para los supuestos de trata de seres humanos en el párrafo noveno del art 177 bis”.

En cuanto al delito de trata de seres humanos, el TS comienza precisando que esta sanción se refiere únicamente a la conducta relacionada con la víctima Montserrat, puesto que el comportamiento relativo a Daniela ya ha quedado sancionado a través de los delitos de inmigración clandestina y prostitución forzosa. Aclarando que es cierto que ambos comportamientos podían haber sido sancionados por la vía del delito de trata de seres humanos, en concurso medial con el delito de prostitución forzada, lo que

⁷⁷⁵ Hace referencia el TS a las STS, 646/2015, 20 de octubre y STS, 536/2016, 17 de junio.

habría conducido a una penalidad mayor, pero, al no haberse recurrido la sentencia por la acusación esta calificación favorable no puede ser corregida.

De nuevo el TS vuelve a hacer referencia al Pleno no jurisdiccional de 31 de mayo de 2016 que obliga a sancionar tantos delitos como víctimas con arreglo a las normas del concurso real y se remite a la STS 536/2016, 17 de junio, que es la primera que lo aplica.

Por último, el TS establece la relación concursal entre el delito de trata y los delitos de inmigración clandestina y prostitución forzosa, señalando que el propio art. 177 *bis* dispone que las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan en su caso por el art. 318 *bis*, lo cual indica que responde a un bien jurídico diferente, por lo que ambos preceptos se aplicarán separadamente en concurso real.

Por otra parte, indica que la relación concursal existente entre la trata y la prostitución forzada es la del concurso medial o instrumental.

2) Conclusiones personales.

De nuevo nos encontramos ante dos mujeres engañadas y obligadas a ejercer la prostitución. El propio TS habla de bienes jurídicos distintos en los delitos de trata e inmigración ilegal, sirvan esas palabras para aclarar que lo que aquí se propone es proteger el objeto de tutela de una mujer sometida de forma extrema, siendo este el “*status libertatis*” y no únicamente la libertad e indemnidad sexual, bien jurídico protegido del delito de prostitución forzosa.

Resulta, por tanto, urgente reconocer la categoría de víctima de sometimiento a esclavitud para así proteger el amplio espectro de derechos que se ven vulnerados por este tipo de comportamientos.

Además de esto, de nuevo me reitero en la idea de que, si deseamos la idea de explotación sexual o prostitución y ponemos el énfasis en la noción de sometimiento extremo sea cual sea la finalidad de explotación, toda prostitución en la que aparezcan la violencia o la intimidación, podrá ser considerada una “Forma Contemporánea de Esclavitud”, al igual que lo será un sometimiento extremo para aprovechamiento de la fuerza de trabajo. De esta forma, castigar este tipo de prostitución a través de un delito

contra la libertad e indemnidad sexual carecería de sentido, pasando a castigarse como un delito dentro del catálogo de “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

7.2.Explotación laboral

Si existen problemas en cuanto a la definición de comportamientos que suponen “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que vienen siendo castigados a través de la trata en concurso con la prostitución forzosa, cuando la finalidad del sometimiento es la de la explotación laboral el escenario es aún peor puesto que los tribunales se ven obligados a reconducir esas conductas y castigarlas a través de los artículos 311.1 y 312.2 *in fine* CP (imposición de condiciones laborales ilícitas) y del artículo 173 CP (imposición de trato degradante) en los casos que encajan en estas categorías⁷⁷⁶.

Esto es así porque en nuestro Código Penal no se castiga el trabajo forzoso, con lo que, los únicos tipos autónomos que se asemejan a un sometimiento extremo con finalidad de trabajo forzoso es la explotación laboral reconducida a los delitos contra los derechos de los trabajadores o a otros tipos que poco o nada se parecen a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que vengo analizando en este trabajo.

Estos delitos se encuentran ubicados en el Título XV “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” del Código Penal, que castiga los delitos contra los derechos de los trabajadores y que protege bienes jurídicos tales como la integridad y la salud de los trabajadores⁷⁷⁷. El TS ha establecido que se trata de un objeto de tutela

⁷⁷⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.: “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”. Suárez López, J.M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I.F., Jiménez Díaz, M.J., Cantero Caparrós (Coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, Vol. 2, Madrid, 2018. También al respecto, Circular de la Fiscalía 5/2011, pp. 39 y ss. Ver el “contrato esclavo” de la STS 995/2000, 30 de junio. Cuando estos delitos se aparecen relación con la trata de seres humanos generalmente se aplica en concurso con los delitos contra los derechos de los trabajadores como ocurre en STS 247/2017, 5 de abril; STS 435/2017, 10 de noviembre de 2017; STS 659/2016, 19 de julio de 2016; STS 270/2016 de 5 de abril de 2016. Desde una perspectiva crítica, LÓPEZ RODRÍGUEZ, J./ARRIETA IDIAKEZ, 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. También ver opiniones de, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional.*, op. cit., p. 480; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, op. cit., 2011, p. 27.

⁷⁷⁷ La jurisprudencia ha definido el interés a proteger por estos delitos como 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, 30 de junio; 1465/2005, 22 de noviembre. Al respecto de las distintas posiciones sobre el bien jurídico del

unitario “sin perjuicio de que concretos tipos delictivos concedan una específica protección inmediata a alguno de esos derechos”⁷⁷⁸.

La jurisprudencia y un amplio sector doctrinal consideran que el bien jurídico protegido en el artículo 311.1 son los intereses fundamentales de los trabajadores nacionales, europeos o en situación administrativa regular proyectados en la libre prestación del trabajo con las condiciones y derechos reconocidos por la legalidad vigente⁷⁷⁹. El ámbito de actuación de este tipo delictivo queda en entredicho al incluir el legislador la referencia a los derechos pactados a título individual, ya que el artículo 311 hace referencia a la imposición de condiciones que “supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual” y acaba quedando lejos de proteger esos mínimos irrenunciables de los trabajadores en general⁷⁸⁰. Al incluir en el precepto un ámbito tan amplio, los operadores jurídicos deben interpretar aquellos casos que supongan cierta gravedad y que afecten a la “autodeterminación de las conductas de los trabajadores”⁷⁸¹. Por otra parte, la propia naturaleza colectiva del bien jurídico, en ciertas ocasiones, ha supuesto que un sector académico considere la existencia de una única infracción cuando un solo comportamiento afecte a una pluralidad de trabajadores⁷⁸².

En cuanto al artículo 312.2 CP, castiga la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas a “súbditos extranjeros” en situación administrativa irregular. Sin embargo, aunque este tipo también proteja la prestación laboral en condiciones que respeten los derechos laborales⁷⁸³, no se exige de forma explícita que exista atentado a la autodeterminación de los trabajadores, esto es, el tipo no requiere

artículo 311, ORTUBAY FUENTES, M.: *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*. Universidad del País Vasco, 2000.

⁷⁷⁸ STS, 247/2017, 5 de abril. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1140-1141; POMARES CINTAS, E., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”. Álvarez García, J. (Dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 885 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”. *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2a, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 832 y ss.;

⁷⁷⁹ POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral...*, op. cit., pp. 59 y ss. Otro sector doctrinal considera 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.

⁷⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, op. cit., p. 1146.

⁷⁸¹ POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, op. cit., p. 886.

⁷⁸² TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, tomo IV, Ed. Lustel, Madrid, 2016, p. 241.

⁷⁸³ POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, op. cit., pp. 922 y ss.

que existen medios comisivos tales como el engaño o el abuso de una situación de necesidad como sí ocurre en el artículo 311.1 CP. Ciertos autores entienden que esa situación de necesidad es inherente en los casos contemplados en el art. 312⁷⁸⁴. Sin embargo, resulta difícil mantener esta postura al considerar que el Código Penal entiende que exista un mayor desvalor de acción y castigue con mayor pena una situación que, a su vez, se promueve administrativamente mediante políticas contra la inmigración ilegal⁷⁸⁵. Por ello, POMARES CINTA argumenta, con buen criterio, que en este artículo el objeto de protección también es el interés estatal del control del flujo migratorio⁷⁸⁶.

Así, el art. 311 CP redactado por el apartado diez del artículo único de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, en sus apartados 1, 3 y 4 prevé una serie de conductas que imponen y mantienen condiciones ilegales de trabajo. De este modo, la acción consiste en imponer a los trabajadores, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

El apartado 4 incorpora una modalidad agravada cuando el delito se lleva a cabo con violencia o intimidación, castigando esta conducta con las penas superiores en grado.

Por su parte, el apartado 2 de este mismo artículo tipifica ahora dos conductas nuevas: la contratación de trabajadores sin dar de alta en la Seguridad Social y la contratación de trabajadores sin permiso de trabajo, siempre que, en ambos casos, se alcance un número mínimo de los mismos en proporción al total de trabajadores de la empresa. En ambas conductas la finalidad es la misma: evitar que se contraten trabajadores sin que se cotice debidamente por ellos al sistema de Seguridad Social. La referencia a la ausencia de permiso de trabajo hará su aplicación necesaria a ciudadanos extranjeros o a algunos casos excepcionales donde pudiera ocurrir que, por edad, o por otras circunstancias hiciese falta un permiso de trabajo; lo que en todo caso se reconduciría a la ausencia de alta en la Seguridad Social.

⁷⁸⁴ MORILLAS CUEVA, L.: "Delitos contra los derechos de los trabajadores", op. cit., p. 884.

⁷⁸⁵ POMARES CINTAS, E.: El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, op. cit., p. 117.

⁷⁸⁶ *Ibidem.*, pp. 94 y ss.

Sin entrar al análisis en profundidad de estos tipos, baste lo referido para dejar claro que la protección que el legislador pretende ofrecer con el castigo de estas conductas queda muy alejada del ámbito criminal que supone un sometimiento o explotación extrema a una “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. Mientras que el elemento común protegido en estos tipos es, de un lado, el interés del Estado por el respeto de unas condiciones laborales mínimamente garantistas, en las que se respete la vida profesional de los trabajadores y, por otro, también se defienden los derechos individuales de los ciudadanos derivados de su condición de trabajador, las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” pretenden tutelar un ámbito mucho más amplio de la esfera personal del individuo, no solo en su condición de trabajador, sino en su esfera más íntima y personal puesto que lo se ataca cuando una persona es sometida a trabajo forzoso es su propia condición de persona, sus derechos humanos básicos y como resultado de todo ello su “*status libertatis*”.

La agravante del apartado 4 del art. 311 tampoco supone una mejora en la protección de conductas que supongan “Formas Contemporáneas de Esclavitud” puesto que, pese a elevar el castigo al existir violencia o intimidación, hablamos de ámbitos de protección distintos. Esta agravante podría tener la finalidad de castigar el trabajo forzoso debido a la pena tan elevada, ya que se castiga cuando exista violencia o intimidación con la penas superiores en grado a las de los apartados anteriores, con lo que la pena de prisión sería de 6 a 9 años, pero esta interpretación no permite castigar las conductas del sometimiento a trabajo forzoso al referirse este precepto a las víctimas en el marco de una relación laboral y no al hecho de imponer la condición de trabajador, es decir, este apartado no protege a la persona a la que se le impone la condición de trabajador, sino que protege a la persona que en el marco de una relación laboral y siendo trabajador se le impongan condiciones ilegales. Por otra parte, con este incremento punitivo se produce una brecha punitiva entre la explotación laboral y la explotación sexual (sea prostitución de adultos del art. 187.1, o prostitución infantil del art. 188.1) al llegar a castigarse la primera con una pena de hasta 6 a 9 años mientras que la segunda únicamente se castiga con una pena de 2 a 5 años. Sin embargo, en el caso de trabajadores menores de edad no encontramos ninguna protección especial en el ámbito de la explotación laboral como sí ocurre en la explotación sexual, protección que debería incorporarse cuando la persona sea menor de 16 años al ser la edad que se marca para poder trabajar.

Debido a todo ello, la agravante específica del apartado 4 del art. 311 carecería de sentido y fundamento jurídico, puesto que cuando exista esa violencia e intimidación entraremos en el ámbito de aplicación del trabajo forzoso, sea o no la persona víctima del delito trabajador, por lo que de “*lege ferenda*” se propone la derogación de la misma.

En el caso del art. 311 *bis* únicamente protege a extranjeros o menores de edad a los que se de ocupación careciendo de permiso de trabajo y el art. 312 viene referido a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra, los que recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y a los que empleen a 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 de trabajo.

Como vemos, todos los comportamientos se circunscriben únicamente a un ámbito laboral y se deben cumplir, como en los tipos anteriores, ciertos requisitos que dejarían fuera del ámbito de protección a muchas personas que, sean trabajadores o no, sufren sometimientos extremos y como consecuencia de ello son vulnerados derechos que nada tienen que ver con el bien jurídico que estos delitos pretenden proteger.

Para mostrar el tratamiento que se aplica en nuestro ordenamiento jurídico a conductas que suponen “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, veamos varias sentencias del Tribunal Supremo al respecto.

7.2.1. STS, 348/2017, 17 de mayo de 2017⁷⁸⁷

1) Hechos probados.

Entre mayo de 2008 y junio de 2009 los acusados Genaro, Mariano y Severino dirigían cada uno de ellos un taller textil en Mataró. Ninguno de ellos tenía licencia de actividad y contrataban a trabajadores de nacionalidad china en situación irregular. Las condiciones de trabajo consistían en jornadas de trabajo de excesiva duración de hasta

⁷⁸⁷ STS, 348/2017, 17 de mayo de 2017.

15 horas diarias sin descanso semanal ni vacaciones. Tampoco existía remuneración por enfermedad. Comían y dormían en los propios talleres que carecían de las condiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo y donde estaban sometidos a estricto control en sus escasas salidas de los talleres.

El TS condena a Genaro, Mariano y Severino como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores en su modalidad de explotación laboral

2) Conclusiones del Tribunal.

En palabras del TS el art. 312 describe:

“Situaciones de explotación de los trabajadores por cuenta ajena, que integran ilícitos laborales criminalizados, justificándose la intervención del derecho penal por la mayor lesividad que la infracción de normas laborales conlleva para el bien jurídico protegido. Se trata de la contratación de inmigrantes ilegales, esto es, aquellos que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España que, aunque no se hallan incluidos en el art. 35 de la Constitución que reconoce a " todos los españoles" el derecho al trabajo y el deber de trabajar, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos y solo frente a ellos, sin que pueda constituir una patente de impunidad cuando concierne a personas no españolas conscientes de su situación ilegal. No cabría en estos casos imponer condiciones atentatorias a la dignidad humana”.

Como vemos, el propio TS define este tipo de conducta como “atentatorias a la dignidad humana”, sin embargo, el bien jurídico protegido por estos delitos no es la dignidad humana, como sí que lo es en el caso de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, las cuales, como ya se ha dicho, protegen un conjunto de derechos cuyo contenido viene definido, entre otros, por la dignidad humana.

Además, el TS viene a referirse a los bienes jurídicos afectados señalando que:

“Colocaban en una situación próxima a la esclavitud a unos trabajadores extranjeros que emprendieron un largo viaje buscando un medio de vida, pretensión que se vio frustrada por la grave conducta atribuida al recurrente”.

El propio TS define como situación cercana a la esclavitud un comportamiento como el descrito anteriormente, pero finalmente castiga a los autores por un delito contra los derechos de los trabajadores.

3) Conclusiones personales.

Si bien es cierto que el sometimiento de una persona a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso supondrá una imposición de condiciones de trabajo que quebranten sus derechos laborales, los tipos delictivos referidos a los delitos contra los derechos de los trabajadores no reflejan por sí mismos la cantidad de injusto en todas las esferas personales de la persona sometida ni se ajustan a lo que este tipo de delitos pretenden proteger. Debemos pensar, por tanto, que los delitos contra los derechos de los trabajadores pueden ser un medio o indicador que nos ponga en sobre aviso de que pueda existir una posible manifestación delictiva de una forma contemporánea de esclavitud, pero en ningún caso será un fin en sí mismo.

Tanto es así que el espacio de tutela de los artículos 311 y 312 CP no contempla los diferentes escenarios de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, quedando circunscritos únicamente a unas condiciones ilegales de trabajo o a irregularidades en el sistema de Seguridad Social, pero no refleja todos los factores que alertan sobre una posible situación de sometimiento extremo, como pueden ser la compraventa de una persona o el control que refleja que el autor del delito está ejerciendo atributos del derecho de propiedad, verdadera piedra angular del delito de sometimiento a esclavitud.

Más aún, el propio tipo penal nos indica que existen comportamientos que quedarían sin castigo según sea el contexto del delito, puesto que en los delitos contra los derechos de los trabajadores existe una diferencia según sea la condición administrativa de la víctima. Es cierto que en lo que a la víctima se refiere, una situación administrativa irregular supone un elemento de vulnerabilidad a tener en cuenta, pero existen otros muchos que no quedan reflejados en un único contexto. Por otra parte, la propia exigencia de los elementos típicos de los artículos 311 y 312 restringe su aplicación a ciertos ámbitos laborales, tal y como ocurre con la referencia a un contrato de trabajo, elemento que puede aparecer o no en los delitos que suponen sometimiento a una “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.⁷⁸⁸

⁷⁸⁸ Esta situación ha sido frecuentemente advertida por diferentes sectores doctrinales. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, op. cit., pp. 1146-1147.

Son muchas las razones por las que debemos incidir en la necesidad de incorporar tipos delictivos autónomos que castiguen los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. El análisis jurisprudencial nos hace darnos de bruces contra la realidad que vivimos actualmente encontrándonos con situaciones “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, más cercanas a la propia esclavitud que al trabajo forzoso siendo catalogadas como tipos delictivos cuya finalidad es la protección de los derechos trabajadores, dejando en el camino y sin halo de protección alguno la dignidad de la persona, su integridad moral, su personalidad jurídica y su condición de seres libres.

7.2.2. STS, 270/2016, 5 de Abril de 2016⁷⁸⁹

1) Hechos probados.

Luis y su pareja, Elena Isabel, acuerdan con Juana que traerían desde Rumanía a las hijas de esta, Amanda y Ana a cambio de un precio y con la finalidad de ser explotadas sexualmente.

A su llegada a España fueron trasladadas a Gerona a un piso donde se ejercía la prostitución y que estaba a nombre de Ceferino. Las obligaron a ejercer la prostitución, con disposición las 24 horas del día. Todo el dinero que recibían a cambio de sus servicios se lo entregaban a Luis y Elena, que las controlaban constantemente y el único día libre que tenían a la semana salían para ir a su casa. Les quitaron sus pasaportes originales y les hicieron carnets de identidad falsos a nombre de otras personas, pero con sus fotografías.

Cuando iban a casa de Luis las obligaban a practicar sexo en grupo tanto con este como con Elena y un tercero de nombre Plácido, siendo golpeadas si se negaban.

Con la ayuda de una de las chicas que trabaja en la prostitución y con su novio, las llevaron a Málaga y allí este último las dedicó a la prostitución para trasladarlas posteriormente al Club “Lovers” de la localidad de Madrid.

⁷⁸⁹ STS, 270/2016, 5 de Abril de 2016

Las menores y el resto de las mujeres que trabajaban en los clubes de alterne se regían por una serie de normas que la policía encontró escritas en un documento.

La madre de las menores, Juana se trasladó desde Rumanía a España a vivir con ellas en Torre del Mar, controlando el dinero que cobraban por prostituirse hasta que su hija Amanda acudió a la policía y pudo denunciar los hechos.

El TS castigó estos hechos por los correspondientes delitos de trata de seres humanos en concurso medial con delitos de prostitución forzosa. Además, se castiga a uno de los autores por un delito de falsedad documental. También se castiga a otros de los autores por un delito contra los derechos de los trabajadores.

3) Conclusiones del Tribunal.

El TS comienza analizando los elementos típicos del delito de explotación laboral del artículo 311.1 CP diciendo que:

“Aprovechándose y con abuso de la situación de necesidad de las mujeres que ejercían la prostitución y otras actividades que deben considerarse de "alterne", bajo su dominio y control y en sus locales, las sometió a unas condiciones próximas a la explotación privándoles de los derechos básicos que como trabajadoras a sus órdenes les eran debidos”.

Además hace referencia a las Sentencias 2205/2002⁷⁹⁰, 30 de enero, 1045/2003⁷⁹¹, 18 de julio, 1092/2004⁷⁹², 1 de octubre y 1471/2005⁷⁹³, 12 de diciembre con respecto al bien jurídico del artículo 312.2 afirmando que:

“El bien jurídico de este delito está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro”.

⁷⁹⁰ STS, 2205/2002, 30 de enero.

⁷⁹¹ STS, 1054/2003, 18 de julio.

⁷⁹² STS, 1092/2004, 1 de octubre.

⁷⁹³ STS, 1471/2005, 12 de diciembre.

Pretende dejar claro el Tribunal Supremo la existencia de una relación laboral entre las mujeres que ejercen la prostitución y el propietario del club de alterne, citando la sentencia STS 1390/2001⁷⁹⁴, 22 de noviembre, que establece que:

"El hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral."

Matizando el TS en este punto que:

"En el presente caso se trata de extranjeras, la mayoría marroquíes o rumanas, que provienen por tanto de zonas pobres, con pocas posibilidades de acceder a otro tipo de trabajo en España, y cuya situación es de necesidad, y ello les lleva a la prostitución y a adaptarse a las condiciones de trabajo que les son impuestas, de manera que en el presente caso, aun cuando no se trata de condiciones denigrantes para la persona, que implican una subordinación y dependencia en el sentido de explotación sexual incardinable en el artículo 188-1 in fine del Código penal , análisis en el que luego nos detendremos, conforman unas condiciones laborales de explotación laboral que no reconocen derechos básicos de las personas trabajadoras y contravienen clamorosamente las normas contenidas en el estatuto de los trabajadores, tanto en lo relativo al horario y jornadas laborales, como en cuanto a las normas de comportamiento, con ausencia de contrato, de seguridad social como de seguro médico, con lo que ello implica de desprotección en el ámbito de la salud".

Por todo ello el TS considera que existe, además de los delitos de trata de seres humanos del artículo 177 *bis* CP, otros tantos delitos de prostitución sobre menores de edad de los artículos 188.1 y 2 CP en concurso medial, y los correspondientes delitos contra los derechos de los trabajadores.

3) Conclusiones personales.

En esta sentencia aparecen todos los tipos delictivos que vienen siendo utilizados por los Tribunales para castigar diferentes tipos de sometimiento extremo del ser humano que suponen un grave atentado contra la libertad, personalidad jurídica,

⁷⁹⁴ 1390/2001, 22 de noviembre.

dignidad, integridad moral de la persona y que vienen a constituir Formas Contemporáneas de Esclavitud en sus diferentes expresiones.

Además de todas las reflexiones que se han ido haciendo a lo largo de este análisis jurisprudencial y del resto de este trabajo de investigación, no debemos olvidar que utilizar estos tipos delictivos genera una situación que quebranta el principio de justicia generalizadora que viene referido al tratamiento igual de casos iguales, dejando así lo accidental con respecto a un concreto bien jurídico fuera de análisis o consideración⁷⁹⁵. Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad⁷⁹⁶, de tal forma que el legislador debe de ser lo suficientemente preciso como para que quede identificado de forma clara y concisa cuál es el objeto nuclear del tipo, quedando de este modo vinculada la decisión del aplicador con la normativa creada, configurándose así un bien jurídico pulcramente definido⁷⁹⁷ y limitándose una posible aplicación arbitraria de la norma jurídica por parte de los tribunales.

En el caso expuesto el Tribunal Supremo acude a un tipo delictivo que queda ceñido y circunscrito por su propio contenido y redacción a un ámbito exclusivamente laboral cuyos propios requisitos del tipo excluyen su aplicación a otro tipo de relaciones. Se desvirtúa así el principio de igualdad al aplicar a situaciones jurídicas distintas un mismo tipo penal puesto que la situación de sometimiento y explotación

⁷⁹⁵ NAVARRO FRÍAS, I.: *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Ed. Marcial Pons, Granada, 2021, p. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto al principio de igualdad viene a decir en que este principio obliga al legislador a dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, prohibiendo toda desigualdad que desde el punto de vista de la finalidad de la norma carezca de una justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Al respecto STC 85/2019, de 19 de junio y STC 60/2015, de 18 de marzo.

Ver al respecto el análisis de los diferentes bienes jurídicos de los delitos relacionados con las Formas Contemporáneas de Esclavitud que realiza VALVERDE CANO, A.B.: *Regulación y tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud*, Tesis doctoral Facultad de Derecho de Granada, Director Pérez Alonso, E., 2020, Granada (pendiente de publicación), pp. 428-435.

⁷⁹⁶ MARTÍNEZ TAPIA, M.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000, pp. 92 y ss.

⁷⁹⁷ Existen opiniones contrapuestas en el ámbito doctrinal en cuanto a que la precisión legislativa constituya un argumento a favor del principio de igualdad con respecto a su aplicación por parte de jueces y tribunales. En contra FERRERES COMELLA, V.: *El Principio de Taxatividad en Materia Penal y el Valor Normativo de la Jurisprudencia (una Perspectiva Constitucional)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 53 y ss. Este autor entiende que cuanto más precisa sea la norma más se alejará su aplicación del principio de igualdad. A favor del argumento podemos encontrar a NAVARRO FRÍAS, I.: *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 85 y ss.

extrema a la que se encuentren sometidas las mujeres del caso de marras en poco o nada se acercan al objeto de tutela que estos delitos pretenden proteger.

Sea cual fuere la aplicación de la norma por parte de los Tribunales, resulta evidente que se utiliza, a modo de parche jurídico, diferentes tipos delitos de explotación sexual/laboral para dar cabida a comportamientos que exceden su ámbito de actuación, quedando expuesta la falta de compromiso del legislador con los principios vertebradores de nuestro ordenamiento jurídico, generando un ambiente de desconfianza e inseguridad jurídica en lo que al castigo de estas conductas se refiere.

8. Propuesta de *lege ferenda*

8.1. Ubicación sistemática, estructura y bien jurídico protegido

Para ubicar el conjunto de delitos que se pretenden incorporar al Código Penal se debe hacer referencia obligatoria al objeto de protección que se quiere tutelar.

Durante el estudio realizado en páginas anteriores sobre ese bien jurídico a proteger ha quedado demostrado que no resulta fácil determinar un solo derecho que se postule como candidato a englobar todo el contenido de injusto que se produce con estas violaciones de derechos humanos. Más bien, parece claro para la mayoría de la doctrina -se acabe optando por uno o por otro- que se trata de un complejo conjunto de derechos, como si de un *puzzle* o conglomerado se tratara, compuesto por la dignidad concretada en la integridad moral, la salud, la libertad en sentido amplio y otros posibles aspectos jurídicos según sea la finalidad de explotación que se pretenda. Debemos recordar que, una vez concretada la explotación de la víctima, se produce una despersonalización del ser humano que lleva a ser tratado como un objeto de comercio, como una *res* con la que se negocia, se vende y se compra. Fue este concepto el que me hizo pensar en la idea de libertad, al relacionar de forma directa la antigua trata de esclavos con la pérdida de la libertad, entendida esta de la forma más profunda y amplia, compuesta de los atributos que implican el derecho a la libertad, desde la libertad deambulatoria hasta la libertad de decisión. Libertad para decidir qué hacer con tu propia vida. El TEDH en la Sentencia *Siliadin* determina que llega a producirse una

“negación de la libertad particularmente grave”⁷⁹⁸ que llega a calificar como servidumbre.

En esta línea de pensamiento, las *Guidelines Bellagio-Harvard*, piedra angular para formular un concepto de esclavitud que sea aplicable en nuestro actual sistema jurídico, establecen que la esclavitud consiste en “tener el control sobre una persona de tal manera que se le prive significativamente de su libertad individual”⁷⁹⁹. Estas directrices consideran, tal y como se ha defendido en este trabajo, que existe una gradación entre las distintas violaciones de los derechos humanos, de forma que el trabajo forzoso quedaría por debajo de la servidumbre en cuanto afectación del bien jurídico, siendo la conducta más grave la de sometimiento a esclavitud. Se utilizan así las diferentes directrices como una herramienta práctica para determinar cuándo se está ante un verdadero sometimiento a esclavitud. De este modo, llegan a la conclusión de que “aceptando que en una situación determinada pueden darse al mismo tiempo tanto la esclavitud como servidumbres menores tales como el trabajo forzoso o instituciones o prácticas análogas a la esclavitud”⁸⁰⁰, la manera de proceder consiste en analizar el fondo de la relación y no simplemente la forma, siendo la primera pregunta que se debe hacer la de conocer si se han ejercido los atributos del derecho de propiedad. Si la respuesta es afirmativa, aparecerá un delito de sometimiento a esclavitud, en caso contrario, podemos situarnos ante otra “Forma Contemporánea de Esclavitud”. Las palabras claves para definir ante qué concepto estamos son la diferencia entre “condición” y “estado”, que permiten aplicar a día de hoy esos “atributos” del derecho de propiedad sobre un ser humano libre.

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, máximo instrumento normativo de protección de los Derechos Humanos, contiene en su artículo 4 la prohibición de ser sometido a esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Como se añade en los propios “considerandos” del Convenio, estas libertades fundamentales constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo. Siendo esto así y atendiendo al incumplimiento de la nación española al no castigar en su justa medida las diferentes formas de explotación extrema del ser humano, se hace necesario integrar en

⁷⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.

⁷⁹⁹ RED DE INVESTIGACIÓN SOBRE LOS PARÁMETROS LEGALES DE LA ESCLAVITUD: Guidelines-Bellagio Harvard 2012. Directriz número 3.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, directriz número 10.

nuestro texto punitivo un catálogo de delitos que tipifiquen tales comportamientos. Es el propio TEDH, máximo garante del Convenio, el que, como ya se ha dicho, ha exigido a los Estados de nuestro entorno jurídico que castiguen debidamente estos comportamientos, siendo insuficiente, en el caso español, los tipos con los que a día de hoy contamos para luchar contra esta realidad del siglo XXI. Este Tribunal, además, ha recalcado en varias ocasiones, que estos crímenes afectan a la propia esencia del ser humano, situándolos entre los delitos contra la propia libertad del ser humano, cosificando a la persona y destruyendo su propia dignidad.

Ante tales reflexiones surge la expresión “*status libertatis*” como aglutinadora de todos los derechos humanos violados por las diferentes manifestaciones de atentados contra la libertad, que será en mayor o menor medida afectado según sea la forma de explotación ante la que nos encontremos y donde el núcleo determinante de su protección es la libertad en sentido amplio y la protección de la personalidad individual.

Ubicado el objeto de tutela y siendo coherentes con el mismo, definiendo una agrupación de todos los tipos delictivos bajo un mismo Título situado tras los delitos contra la libertad, creando un nuevo Título VI *bis* que contenga los diferentes artículos de menor a mayor afectación al bien jurídico “*status libertatis*” y titulado “De los atentados contra la libertad en sentido amplio y la personalidad individual”. De esta forma, el Título estaría configurado por cuatro artículos ubicados a continuación del último referente a las coacciones, el art. 172 *ter*.

Por lo tanto, quedaría compuesto por un art. 172 *quáter* que castigaría la trata de seres humanos tal y como la conocemos hoy, aunque con algunas posibles mejoras técnicas de las que hablaré más adelante; un art. 172 *quinquies* que contenga un delito de trabajo de forzoso; un art. 172 *sexies* que establezca el delito de servidumbre; un art. 172 *septies* que tipifique un delito de sometimiento a esclavitud; y un artículo 172 *octies* que recoja las disposiciones comunes a todos los delitos.

La ubicación tras los delitos contra la libertad y antes de los delitos contra la integridad moral refleja el entorno en el que se mueve el bien jurídico que protege estos nuevos tipos, es decir, no son en puridad únicamente delitos contra la libertad sino que se componen, como ya se ha dicho, de una serie de derechos que configuran un “*status libertatis*” el cual, en sí mismo, es una mezcla heterogénea de distintos derechos básicos del ser humano, entre ellos, la propia dignidad concretada en la integridad moral. Por

tanto, al situar el nuevo Título entre los delitos que protegen la libertad y aquellos que protegen la integridad moral, se pretende ubicar los nuevos delitos en un lugar que refleje que tutelan un bien jurídico que es más amplio que el que protegen los delitos contra la libertad de los que se sitúa a continuación y que también consta de una parte de integridad moral como los delitos a los que antecede.

En este sentido PÉREZ ALONSO⁸⁰¹ propone la creación de un nuevo Título V *bis* bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica” incluyendo, junto al delito de trata de seres humanos, los delitos de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud⁸⁰². Este autor considera que estos tipos delictivos quebrantan cuatro derechos humanos en cuya esencia se encuentra la falta de libertad en general y la degradación extrema de la persona humana, aunque con distinto grado de intensidad según sea el comportamiento. Entiende que la ubicación sistemática del nuevo título debe ser anterior al Título VI referido a los delitos contra la libertad porque se pretende proteger un estadio previo al ejercicio de otros derechos y a las facetas concretas de la libertad que se protegen en el Título relativo a los delitos contra la libertad, ya que se protege la propia libertad de la persona, esto es, las condiciones mínimas del ser humano para poder ser considerado como tal y poder actuar en consecuencia ejerciendo libremente el resto de derechos fundamentales. Aunque la propuesta de este autor sea diferente a la que expongo en este trabajo, sí que coincide en proponer el bien jurídico “*status libertatis*” como objeto de tutela que aglutina todas las violaciones de los diferentes derechos humanos que se ven quebrantados por estas formas de sometimiento extremo.

POMARES CINTAS⁸⁰³ llega a la conclusión de que, exceptuando el delito genérico de trato degradante tipificado en el art. 173.1 CP, no existe una respuesta adecuada para luchar contra lo que ella denomina “supuestos de explotación económica en condiciones asimiladas a la esclavitud”. Considera que los delitos contra los derechos de los trabajadores regulan comportamientos que consisten más en imponer condiciones

⁸⁰¹ PÉREZ ALONSO, E.: “Tratamiento jurídico-penal...”, op. cit., pp. 359-365.

⁸⁰² Otras propuestas en esta materia, aunque con perspectivas diferentes son las de VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El delito de trata..., op. cit., pp. 457 y ss., 570 y 571; de la misma autora: “La moderna esclavitud...”, op. cit., p. 337; POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos...”, op. cit., p. 27; VALVERDE CANO, A.B.: *Regulación y tratamiento jurídico-penal...*, op. cit., pp. 482-489.

⁸⁰³ POMARES CINTAS, E.: “Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

laborales ilícitas que en imponer el trabajo mismo bajo una situación de disponibilidad respecto del empleador. Entiende que esta indefinición penal viene a constituir un enorme obstáculo para la persecución de la trata laboral de personas, cuya tipificación vulnera, además, el mandato de taxatividad y las garantías básicas del principio de legalidad en materia penal. Por todo ello, propone incorporar al Código Penal español el delito de sometimiento a condiciones de esclavitud o similares quedando regulado dentro de los delitos contra la integridad moral en el Título VII del CP. Sistemáticamente considera que se debe actualizar y dividir el Título VII en dos Capítulos en atención al diferente ámbito de incidencia en la integridad moral de las personas según los instrumentos internacionales y regionales, dedicando el Capítulo I a las formas de degradación de la persona aglutinadas en los conceptos de tortura, trato inhumano y degradante y sus derivaciones (violencia habitual en ámbito familiar o asimilado, acoso laboral, acoso inmobiliario) y el Capítulo II englobaría la trata de seres humanos y las formas de explotación asimiladas a la esclavitud.

MAQUEDA ABREU⁸⁰⁴ opta por el castigo de cada uno de los delitos cometidos durante la fase de explotación de forma individual, lo que supondría la utilización de la figura de la continuidad delictiva para el castigo de los delitos sexuales sufridos por la víctima como es el caso de la agresión o el abuso sexual, además de otros como pueden ser las lesiones, las detenciones ilegales, etc. De hecho, en el ámbito de la prostitución forzada es práctica habitual castigar estos delitos de forma individual cuando pueden probarse y se han cometido como medios intimidatorios, o bien, cuando los diversos actos sexuales son susceptibles de individualización con conocimiento de la falta de libertad de la víctima durante el ejercicio de la prostitución. Con esta propuesta, nuevamente se pone el foco de atención únicamente en el carácter sexual de los delitos de prostitución en los que tan solo se protege la libertad e indemnidad sexual de la víctima olvidándose del total de injusto sufrido a consecuencia de los comportamientos criminales que suponen las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, dado que estas, además de afectar a este bien jurídico suponen un quebrantamiento de otros objeto de tutela que quedan fuera del ámbito de protección de estos delitos sexuales. Por otra parte, la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,

⁸⁰⁴ MAQUEDA ABREU, M.L.: “La “prostitución forzada es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible”. En, Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Volumen II, J. de Vicente Remesal, M. Díaz y García Conlledo, J.M. Paredes Castañón, I. Olaizola Nogales, M.A Trapero Barreales, R. Roso Cañadillas, J.A. Lombana Villalba (Dir.), Reus Editorial, Madrid, 2020, p. 1760.

además de quedar fuera del ámbito de actuación del propio art. 74 según establece su propio apartado 3, suponen una doble victimización puesto que es el propio sujeto pasivo del delito el que debe probar cada uno de los actos sexuales sufridos, dejando en suspenso su propio estatus de víctima ya que lo será, en tanto en cuanto logre probar los actos sexuales que ha sufrido⁸⁰⁵. No solo eso, sino que el propio Tribunal Supremo ha señalado que no cabe admitir la continuidad delictiva en supuestos de trata y prostitución involuntaria⁸⁰⁶.

Otros países de nuestro entorno jurídico ya han configurado un modelo de protección contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” cumpliendo así las exigencias impuestas por las instancias internacionales. Son varios los países que han optado por ubicar los tipos delictivos entre los delitos contra la libertad. Así Alemania regula esta materia en la Sección 18 de la Parte Especial referida a los delitos contra la libertad personal. Italia ubica estos delitos entre los “Delitos contra la personalidad individual” en la Sección I del Capítulo III referido a los delitos contra la libertad individual. Portugal también regula estos tipos entre los delitos contra la libertad personal en el Capítulo V incluido dentro del Título I.

En cuanto al ordenamiento jurídico de los países iberoamericanos, Argentina sitúa la regulación de esta materia en el Título V que viene referido a los delitos contra la libertad y Perú en el Capítulo I sobre violación de la libertad personal. Otros muchos países iberoamericanos también han actualizado su normativa al respecto pero con la adopción de una ley integral contra la trata de personas que, en realidad, viene a regular mediante un enfoque integral tanto la trata como el trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud, tal es el caso de Panamá⁸⁰⁷, Honduras⁸⁰⁸, Bolivia⁸⁰⁹, Costa Rica⁸¹⁰, El Salvador⁸¹¹ o Nicaragua⁸¹², pero al no estar ubicados dentro de un Código, se desconoce la intención del legislador en cuanto a su posible ubicación sistemática.

Sirva este análisis como punto de partida para posibles debates académicos referentes a la forma de castigar estas conductas criminales, ya que eso significará que,

⁸⁰⁵ VALVERDE CANO, A.: “Ausencia de un delito de esclavitud...”, op. cit., pp. 438 y 443.

⁸⁰⁶ Entre otras, STS, 853/2015, 18 de diciembre y STS, 77/2019, 12 de febrero.

⁸⁰⁷ Ley Nº 79, Sobre la trata de personas y actividades conexas, de 9 de noviembre.

⁸⁰⁸ Decreto Nº 59-2012, Ley contra la trata de personas, de 6 de julio de 2012.

⁸⁰⁹ Ley Nº 263, Integral contra la trata y el tráfico de personas, de 31 de julio de 2012.

⁸¹⁰ Ley Nº 9095, Contra la trata de personas, de 8 de febrero de 2013.

⁸¹¹ Decreto Nº 824, Ley Especial contra la trata de personas, de 16 de octubre de 2014.

⁸¹² Ley Nº 896, Contra la trata de personas, de 28 de enero de 2015.

tarde o temprano, el legislador penal tomará cartas en el asunto e incorporará los tipos penales con mayor o menor rigor en cuanto a la posible ubicación de los mismos. Lo que aquí se pretende es tomar medida de la necesidad de los mismos y se ubican en base al que considero objeto de tutela, siendo refrendada esa posición por otros sistemas jurídicos y, por lo tanto, por otros académicos.

8.2.Nuevos tipos delictivos

A la hora de afrontar la redacción de los nuevos tipos que recojan cada una de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” he tenido en cuenta varios factores.

Se han analizado todos los tipos delictivos al respecto de esta materia de los países de nuestro entorno jurídico y de gran parte de los países iberoamericanos. Si bien es cierto que muchos de ellos recogen varias de las formas a las que aquí se pretende hacer referencia, también lo es que a la hora de redactar el artículo se incorporan varios de los delitos en un solo tipo, mezclando de forma poco académica un tipo de explotación con otro. En otras ocasiones, se redacta el tipo con poca claridad conceptual dejando excesivo margen interpretativo a los Tribunales. Para evitar esas confusiones, durante gran parte de este trabajo se ha intentado acotar cada una de las conductas para que puedan ser aplicadas con el máximo rigor jurídico posible y precisamente en ellas me basaré a la hora de redactar el contenido de los tipos.

Son muchos los textos internacionales que contemplan las modalidades delictivas que aquí se estudian y que se han venido repitiendo inalterables al paso de las décadas y de muchos regímenes jurídicos nacionales e internacionales. No en vano, dichos textos, son el fundamento jurídico en el que se ha construido este trabajo. Así, el Convenio sobre Esclavitud de 1926 en su artículo 1.1. es el primer documento que recoge con precisión una definición de esclavitud, definición que es reproducida en esencia en el artículo 7.a de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 y que vuelve a ser reproducido en lo sustancial por el artículo 7.2.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y que aparece de forma más detallada en la legislación secundaria de la Corte, en concreto, en sus Elementos de los Crímenes. Por lo expuesto, en la redacción del texto punitivo ha sido utilizada esta normativa internacional que ha ido superando satisfactoriamente el paso del tiempo.

Esas definiciones y, más concretamente, el concepto de esclavitud ha necesitado de una interpretación jurídica internacional para reconocer su validez y aplicabilidad al haber pasado durante muchos años en una sombra jurídica convirtiéndola en estéril en cuanto a su practicidad para ser relevante en una sociedad en la que normativamente la esclavitud se consideraba abolida. Gracias a las *Guidelines Bellagio-Harvard* y a su aplicación por parte de diferentes tribunales internacionales ya mencionados, vuelve a la vida jurídica para demostrar que, interpretada de forma correcta, no se refiere únicamente a una esclavitud *de iure*, si no, que, el estado o condición, de un lado, y los atributos del derecho de propiedad de otro, hacen de la definición una maquinaria bien engrasada capaz de acoger también una esclavitud *de facto* en la que una persona es controlada de tal forma que se ejerciera sobre ella alguno o todos los atributos del derecho de propiedad y, más concretamente, ejercer un control equivalente a posesión. Con estas líneas interpretativas, la misma definición de esclavitud de 1926 puede ser aplicada a una situación actual en la que se someta a una persona por parte de otra sin tener un derecho de propiedad sobre ella, situación jurídica prohibida en el S. XXI, a una situación tal que ejerza sobre la misma un control que sea equivalente a posesión de forma que exista una relación fáctica, que no jurídica, que cree un aparente derecho de propiedad.

Basándome en ello, considero que las *Guidelines Bellagio-Harvard* sobre los Parámetros Jurídicos de la Esclavitud son la llave que ha permitido abrir el ataúd en el que se encontraba la definición de esclavitud para volver a dotarla de contenido y validez jurídica y es por ello por lo que la redacción de las definiciones que se incorporan a los tipos penales han sido influidas por los conceptos contenidos en las mismas.

8.2.1. Delito de trata de seres humanos

Artículo 172 *quáter*:

“1. Será castigado con la pena de cuatro a siete años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere,

incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) El sometimiento a trabajo o servicios forzados, a esclavitud de iure o de facto o a prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre de cualquier naturaleza o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

3) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

El artículo que castiga la trata de seres humanos se ha reproducido, en esencia, tal y como aparece establecido en el artículo 177 *bis* CP, salvo la inclusión de algunos apartados en las disposiciones comunes y los cambios realizados en cuestión de técnica legislativa que vienen a plasmar las críticas de la doctrina desde la última reforma de 2015:

1) Se elimina la expresión “sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella”.

En ningún instrumento internacional en la materia se hace referencia alguna al territorio nacional en la conducta delictiva. Considero que esta expresión no debe formar parte del tipo puesto que hace referencia a la confusión del legislador español entre trata y migración ilegal y al enfoque trafiquista que ha venido reflejando la normativa en ese sentido⁸¹³. Entiendo que no debe ser un elemento del tipo que, de una u otra forma, la conducta venga referida a un territorio con soberanía española para poder confirmar la tipicidad de la acción puesto que supone una clara violación del tanto del Protocolo de Palermo, como del Convenio de Varsovia y de la Directiva 2011/36/UE que en ningún caso contienen referencia alguna a este supuesto.

Otro aspecto del que se deduce la inquietud demostrada por el legislador español en cuanto a la protección de nuestras fronteras es la disparidad punitiva entre los hechos constitutivos de la explotación posterior al delito de trata y que se pretenden evitar con la propia tipificación de este delito. Es decir, el delito de trata fija un castigo mayor que

⁸¹³ PÉREZ ALONSO, E.: “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”, op. cit., pp. 101 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., pp. 411 y ss.

los delitos de explotación posterior de los que puede ser víctima la persona tratada. Así, por ejemplo, el ejercicio forzado de la prostitución de adultos establecido en el art. 187.1 CP o la participación en la prostitución de menores o discapacitados castigada en el art. 188.1 conllevan una pena de 2 a 5 años de prisión, mientras que la trata con finalidad de explotación sexual, pese a no llegar a explotar a la víctima, se castiga con pena de 5 a 8 años de prisión. Esta perspectiva penológica del legislador pone de manifiesto que su interés último se centra más en evitar que lleguen a nuestro territorio víctimas de trata que en reprimir su posterior explotación, de ahí que se castigue con mayor rigor una situación que otra⁸¹⁴. Lo que también se evidencia, como se ha advertido en reiteradas ocasiones en este trabajo, en el hecho de castigar el delito de trata e, incomprensiblemente, no sancionar la propia explotación a la que conduce ese delito al no plasmar en el Código Penal los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.

La falta de preocupación del legislador español por todas aquellas modalidades de trata de seres humanos que no involucren al territorio soberano también viene reflejada en el tiempo que se ha permitido para incorporar este delito en el elenco de delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ para incorporarlo al marco normativo del principio de justicia universal. Tanto es así que hasta la entrada en vigor de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal, se encontraban en este grupo de delitos en la letra f) del artículo vigente desde 2007 el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, fueran o no trabajadores, pero no estaban reflejados los supuestos de trata de personas. En la modificación de la LOPJ que entró en vigor el 22 de julio de 2014 no se modificaba el art. 23. Fue en la posterior reforma operada por la mencionada LO 1/2014, vigente desde el 15 de marzo de 2014, en la que se incluye entre los que delitos en los que cabe aplicar el principio de justicia universal el de trata de seres humanos⁸¹⁵.

2) Se elimina la expresión “nacional o extranjera”.

No se entiende la referencia que incorpora el delito de trata a que la víctima sea “nacional o extranjera”, ya que, desde la perspectiva de la nacionalidad, una víctima efectivamente solo puede ser de España o de fuera de España y, por ende, nacional o

⁸¹⁴ PÉREZ ALONSO. E.: “Tratamiento Jurídico-Penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, op. cit., p. 358.

⁸¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE. C.: “El delito de trata de seres humanos en Derecho Penal español tras la reforma de 2015”, op. cit., p. 463.

extranjera. Si el castigo del comportamiento delictivo pretende proteger a toda víctima, sea nacional o extranjera, no resulta necesario hacer hincapié en ese aspecto concreto⁸¹⁶.

Quizás en un primer momento, con la incorporación del delito de trata de seres humanos al Código Penal, esta expresión podría tener una explicación desde el punto de vista de la necesidad del legislador de intentar plasmar que la trata protegía a todo tipo de víctima, es decir, tanto las de que provengan de una trata interna como de una trata internacional. Ello debido a la continua confusión incipiente en nuestro legislador entre la trata y las migraciones ilegales. No obstante, tras haberse aclarado la confusión doctrinalmente de forma reiterada, no tiene sentido seguir manteniendo esta referencia y aludir con ello a una u otra nacionalidad de la víctima.

3) Se elimina la cláusula concursal del apartado 9 del artículo 177 bis.

Considero innecesaria la incorporación de una regla concursal en la que, de nuevo, el legislador evidencia su preocupación por la protección fronteriza de nuestro estado al hacer alusión directa al art. 318 *bis*, por varias razones.

Se impone la obligación a los operadores jurídicos de castigar en lo que, *a priori*, parece un concurso de delitos, el delito de trata con el delito de inmigración ilegal, de forma específica, y con los correspondientes a la propia explotación final u otros cometidos durante el proceso. Este tipo de cláusula evoca a un excesivo celo del legislador por castigar todas las conductas posibles y de limitar la capacidad de los Tribunales de aplicar las reglas generales contenidos en el Código Penal que regulan los concursos, tanto de delitos como de normas. Además, el propio delito de trata es un delito de mera actividad, que se consuma sin necesidad de que se produzca la explotación, por lo que no recoge todo el desvalor de la conducta delictiva si esta ha sido casi completada en cuanto a su intención final, con lo cual, si efectivamente se produjera la explotación, no sería necesario incorporar una cláusula para que los Tribunales efectivamente la castigaran.

Por otra parte, al incluir una cláusula así se requiere de una interpretación ciertamente restrictiva no solo para evitarse vulneraciones al principio *non bis in idem* producida por los reductos de diferentes formas de trata habidas en nuestro Código Penal, sino principalmente porque se sigue haciendo referencia a la concurrencia con el

⁸¹⁶ PÉREZ ALONSO, E.: "La trata de seres humanos en el Derecho Penal español", op. cit., p. 103.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 416.

delito de inmigración clandestina del art. 318 *bis*, ya que, afirmar el concurso de todo supuesto de trata que implique cruce ilegal de fronteras con el delito propio de ese cruce, cuando el tipo del delito de trata tiene una pena suficientemente grave sin necesidad de que se le añada el efecto cualificante propio del concurso, resulta aún más incomprensible⁸¹⁷.

4) Se cambia la pena.

La trata de seres humanos se castiga con una pena privativa de libertad de 5 a 8 años. Sin embargo, considero necesario cambiar el arco penológico del tipo para que sea consecuente y lógico con las penas que se proponen en el resto de delitos que configuran las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

De este modo, cambio la pena a una privación de libertad de entre 4 y 7 años, respetando de este modo la Directiva 2011 sobre trata de seres humanos de la Unión Europea⁸¹⁸ que establece un límite máximo de al menos 5 años de privación de libertad:

“Art. 4.1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años”.

Además, la propia Directiva sugiere que, en el caso de que existan ciertas situaciones que den lugar a una agravante específica, se castigue con una pena cuyo límite máximo sea de, al menos, 10 años:

“Art. 4.2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción:

a) se cometió contra una víctima particularmente vulnerable, la cual, en el contexto de la presente Directiva, incluirá como mínimo a los menores;

b) se cometió en el marco de una organización delictiva a tenor de lo dispuesto en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada);

c) puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, o d) se cometió empleando violencia grave o causó a la víctima daños particularmente graves”.

⁸¹⁷ Al respecto, DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Trata de personas y favorecimiento...”, op. cit., p. 23; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 482 y ss.

⁸¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO: Directiva 2011/36/UE 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, 5 abril de 2011.

Al imponer una pena privativa de libertad de entre 4 y 7 años y proponer en el artículo referente a las disposiciones comunes una serie de agravantes comunes a todos los tipos entre las cuáles se incluyen todas las contenidas en la Directiva siendo castigadas con la pena superior en grado, la trata de personas sería castigada con una pena que llegaría a sobrepasar los 10 años de privación de libertad, cumpliendo así las exigencias establecidas en la Directiva europea.

5) Finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía.

Esta finalidad vendrá referida a la prostitución abusiva o fraudulenta junto a la pornografía, es decir, a la persona que sea prostituida mediante engaño o fraude o abusando de su situación de necesidad o vulnerabilidad, quedando fuera del ámbito de aplicación de esta finalidad la prostitución cuando concurra violencia o intimidación, llamada prostitución forzada, al quedar esta incluida en el ámbito de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como veremos más adelante.

8.2.2. Delito de trabajo forzoso

Artículo 172 *quinquies*:

“1. El que obligare a otro a realizar un trabajo o servicio forzoso u obligatorio contra su voluntad empleando violencia, intimidación o la amenaza de una pena cualquiera, será castigado como reo de delito de trabajo forzoso con la pena de prisión de cinco a ocho años.

2. No se entiende por trabajo forzoso:

a) El trabajo o servicio exigido en base a las leyes que puedan regular el servicio militar obligatorio.

b) El trabajo o servicio exigido que se incluya dentro de las obligaciones cívicas habituales.

c) El trabajo o servicio exigido en virtud de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, impuesto por sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

d) El trabajo o servicio exigido en casos de fuerza mayor, como pueden ser: siniestros, incendios, inundaciones, guerras y, en general, en aquellas circunstancias que pongan en peligro o amenacen la vida o condiciones de existencia de toda o parte de la población”.

El tipo objetivo establece que una persona obliga a otra a realizar un trabajo o servicio, que sea forzoso u obligatorio, en contra de su voluntad. Para entender el concepto de trabajo forzoso, se deben analizar los elementos que exige el tipo para que este se considere como tal. En primer lugar, el trabajo debe ser forzoso y obligatorio. El concepto “forzoso” se concreta en una acción que evoca para el que lo realiza una coacción física o mental. En cuanto a la obligatoriedad del mismo, no viene referido únicamente a cualquier forma legal de coacción u obligación, sino que deben intervenir en el supuesto el resto de elementos que integran el tipo, a saber: que sea en contra de la voluntad de la persona y que se establezca a través de determinados medios comisivos. Todos estos conceptos vienen incorporados en la definición de trabajo forzoso que se establece en el art. 2 del Convenio N° 29 de 1930 de la Organización Internacional del Trabajo, definición que ha servido de base para todos los instrumentos internacionales relacionados con la materia y que ha sido interpretada por los diferentes Tribunales Internacionales⁸¹⁹.

La expresión “contra su voluntad” viene a incorporar el elemento del mencionado Convenio que establece: “para el cual dicho individuo no se ha ofrecido voluntariamente”. Es decir, la persona está obligada a trabajar cuando no ha sido ella la que ha elegido libremente realizar ese trabajo, no le han dado la oportunidad de sopesar si desea realizar ese trabajo y, por tanto, no ha aceptado de forma libre y voluntaria la realización de ese trabajo.

Los medios comisivos establecidos en la definición reflejan, precisamente la idea de coacción física o mental, ejercida a través de la violencia o la intimidación, o el uso de una amenaza o una pena cualquiera. No debe entenderse “pena” como la aplicación de una sanción legal, sino un castigo cualquiera que sea la naturaleza del mismo. Se refiere, por tanto, a una amenaza real e inminente lo suficientemente intensa como para hacer cambiar las decisiones de la persona.

Se incorpora, además, tal y como se hace en el Convenio N° 29 de la OIT, una serie de situaciones que no deben ser consideradas trabajo forzoso adaptadas a nuestro Código Penal. Tales exclusiones vienen relacionadas con actuaciones amparadas por la legalidad vigente o por otras de especial necesidad en base a las circunstancias concurrentes.

⁸¹⁹ Ver por todos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van der Musselle contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983.

La pena reflejada se aumenta con respecto al delito de trata de personas reflejando un escalón más de agravio para el bien jurídico protegido y dejando margen de castigo al resto de comportamientos contenidos en los artículos siguientes que son de mayor gravedad.

8.2.3. Delito de sometimiento a servidumbre

Artículo 172 *sexies*:

1. El que someta o mantenga a otro a servidumbre será castigado con la pena de prisión de seis a nueve años.

2. Se entiende por servidumbre:

El estado o condición de una persona que es obligada a prestar servicios a otra o a vivir y trabajar en un determinado lugar mediante violencia, intimidación o cualquier otra forma de amenaza sin quedar definidas la duración y la naturaleza de esa relación, estando así sometida a la voluntad de otra persona y siendo dependiente de ella, sin ser libre de cambiar su condición.

El tipo objetivo viene determinado por el sometimiento o mantenimiento de una persona a servidumbre. Se diferencia entre someter o mantener para englobar las conductas tanto del que inicia por primera vez el sometimiento a servidumbre como para el que continúa dicha situación.

En cuanto al concepto de servidumbre, se engloba en un solo apartado el concepto de servidumbre por deudas y el de la llamada servidumbre de la gleba. A lo largo del estudio del régimen jurídico de las formas de explotación humana siempre ha existido cierta falta de claridad sobre lo que constituye el concepto de “servidumbre” y la distinción existente entre esta y el concepto de esclavitud. Para incorporar al tipo la definición de servidumbre he optado por refundir en un solo concepto la definición recogida 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. También se ha tenido en cuenta la interpretación más elaborada que sobre el concepto ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sostiene que lo que ha de ser prohibido es una forma especialmente grave de negación de la libertad, que el término

servidumbre implica la obligación, bajo coacción, de proporcionar servicios a alguien⁸²⁰.

Se hace referencia al estado o condición para establecer la diferencia entre un posible contrato legal sobre la persona que definiría el término “estado” o una situación a la que se ha llegado a través de cualquier otro medio que viene a ser incorporado con la palabra “condición”. La persona sometida puede ser la deudora de un supuesto pago comprometido con la persona que acaba aprovechando esa deuda para someterla a su voluntad privándola de su libertad de decisión, autonomía e incluso movimiento. Lo definitivo para entender la servidumbre frente al trabajo forzoso, según ha expresado el propio TEDH es que la persona sometida tiene el conocimiento de que su condición es inmutable y que la misma no evolucionará de forma favorable. En este sentido es suficiente con la propia creencia de la persona basada en factores objetivos o situaciones mantenidas por los autores de los actos⁸²¹.

Por ello, se especifica en la definición que “no se define la duración ni la naturaleza de esos servicios”, haciendo referencia a que la víctima entiende que su situación no va a cambiar o es ciertamente perdurable en el tiempo ya que los servicios prestados no se están aplicando, o no como deberían, al pago de su deuda.

También se incorpora en un mismo texto la definición de servidumbre de la gleba que incorpora los elementos exigidos por la jurisprudencia del TEDH para castigar la acción, como son: obligación de realizar ciertos servicio para otro, obligación de vivir en la propiedad de otra persona e imposibilidad de modificar su condición⁸²². Lo definitorio de este estado es que los servicios prestados no lleguen a modificar su condición de siervo. Además, esos servicios pueden ser incluso remunerados, pero no por ello deja la persona sometida de seguir vinculada a esa tierra y a esos servicios.

Mediante la redacción de este tipo delictivo he pretendido dejar patente que la servidumbre puede entenderse como un trabajo forzoso agravado debido al aspecto temporal y al carácter coactivo de la relación entre la persona explotada y el explotador, ya que, en el caso de la servidumbre, existe un fuerte sentimiento por parte de la persona

⁸²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso M. and others v. Italy and Bulgaria, 17 de diciembre de 2012, párr. 149-150.

⁸²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012, pp. 3 y ss.

⁸²² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso C.N. contra Reino Unido (núm. 4239/08), 13 de noviembre de 2012, párr. 4-10.

sometida de que su situación es inmutable y que perdurará en el tiempo tanto como quiera su explotador, habiendo una dependencia material de la que no puede escapar la persona que se encuentra en tal situación.

La pena aplicada al artículo es la de prisión de 6 a 9 años, oscila entre la pena del trabajo forzoso y la de sometimiento a esclavitud en coherencia con el resto del nuevo articulado.

8.2.4. Delito de sometimiento a esclavitud

Artículo 172 *septies*:

“1. El que someta o mantenga a otro a una situación de esclavitud, será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años.

2. Se entiende por esclavitud el estado o condición de una persona que es dominada fácticamente por otra de tal forma que se ejerzan sobre ella alguno o todos de los atributos del derecho de propiedad, creando un control que sea equivalente a posesión”.

El tipo objetivo es el sometimiento o mantenimiento a una situación de esclavitud. Se utilizan los verbos someter o mantener para incorporar ambas posibilidades en el delito. De un lado, someter equivaldría a una reducción directa a esclavitud y, de otro, mantener definiría una situación que ha comenzado otro pero que de forma sucesiva se ha mantenido en el tiempo por otro individuo al que se le ha cedido el control.

Para no encontrarnos frente a una ley penal en blanco y que el operador jurídico tenga que acudir a otra norma para poder realizar una correcta interpretación, en el segundo párrafo se describe qué debe entenderse por esclavitud.

Los términos “estado o condición” describen las dos posibles situaciones en las que podemos encontrar a una persona sometida a esclavitud, esto es, podemos hallarla en un estado de esclavitud, lo cual evocaría un sometimiento plenamente jurídico, un estado legal de esclavitud, que a día de hoy se encuentra abolido en nuestro ordenamiento jurídico, mientras que una condición de esclavitud, hace referencia a una situación dada sin quedar vinculada a ningún aspecto legal. Por lo tanto, se debe concluir que la expresión “estado o condición” incorpora a la definición la posible existencia de una esclavitud jurídica o *de iure* (estado) y de una esclavitud de hecho o *de facto* (condición), castigando así cualquier tipo de dominio que se pueda ejercer sobre una persona.

En cuanto a la expresión “ejercicio de alguno o todos los atributos del derecho de propiedad” indica que para que exista un verdadero sometimiento a esclavitud se debe ejercer sobre la persona un poder tal que se manifiesta sobre ella, no un derecho de propiedad, prohibido jurídicamente y, por tanto, de difícil aplicación, sino alguno de los incidentes que definen ese derecho de propiedad. Interpretado de esta forma, refuerza la misma teoría sostenida en todo el conjunto de la definición: que la palabra “atributo” permite la aplicación de una esclavitud fáctica, puesto que no ejerce un derecho de propiedad legal, sino un dominio tan profundo que aparecen “incidentes” o “atributos” de ese derecho de propiedad, en concreto un control tan férreo que equivalga a posesión.

El último de los elementos que componen la definición viene dado por la frase “control equivalente a posesión”. He añadido esta última frase por precisar más aún el sentido jurídico que se le debe dar a la esclavitud de nuestro tiempo. Soy consciente que esa última expresión podría ser perfectamente omitida y que puede dar lugar a debates académicos, ya que, al incorporarla habría que delimitar también que es posesión y que no lo es, estudio que también se ha realizado en este trabajo. Sin embargo, creo que aporta más soluciones que problemas. Mediante la incorporación de este concepto se pretende dejar claro que la relación de fondo entre el sometido y el individuo que somete está basada en el control y que ese control, para encontrarnos realmente ante un sometimiento a esclavitud, debe ser de la misma intensidad que el atributo fundamental del derecho de propiedad, de lo que lo caracteriza, es decir, de la posesión. Además, al añadir esta expresión, se permite establecer de forma clara la graduación entre los diferentes sometimientos de los nuevos delitos incorporados al Título Vi *bis*, puesto que, si no aparece un control equivalente a posesión, no podremos castigar la acción a través del artículo 172 *septies*, al no aparecer la esclavitud, quedando la conducta incluida en alguno de los otros nuevos tipos al afectar en menor grado a la esfera personal del individuo.

En cuanto a los medios comisivos a través de los cuáles se puede someter a una persona a esclavitud, transferir ese control o mantenerla, he optado por no incorporarlos a la definición. La idea que me ha llevado a tomar esa decisión ha sido la de no poner límite a la imaginación de los posibles autores y por lo tanto a su castigo como tales. Con esto quiero decir que entiendo que no pueden enumerarse en una lista cerrada todos los medios a través de los cuales se puede consumir el tipo, ya que, en ese atrevimiento se podría caer en el error de olvidar alguno. Más aún, tal y como ya se ha dicho en otras

páginas de este estudio, la esclavitud no queda definida debido a un medio u otro, es decir, las prácticas mediante las que se somete a una persona, si bien son importantes para entender el entorno global del delito, no determinan la propia existencia de la condición de esclavitud, puesto que lo que define esa relación es la naturaleza de la misma, el vínculo de control que se crea de una persona hacia otro y no el método que se ha utilizado para llegar a él. Existen mil y una formas de iniciarlo, mantenerlo o transferirlo, tantas como imagine la mente del criminal a la cual no se le puede poner límite. Por ello, con el objetivo de incluirlos todos, he decidido no especificar ninguno, resaltando en estas líneas que para la existencia de la esclavitud hay que estudiar la naturaleza de la relación establecida, siendo el vínculo creado un control que sea equivalente a posesión.

En referencia a la pena, he optado por sancionar el tipo con una pena de privación de libertad de entre 8 a 12 años. Creo que el arco penológico es el más coherente si observamos la pena de la trata de personas, de 4 a 7 años, y de otros delitos castigados en el Código Penal, así como la pena que he aplicado a los tipos delictivos anteriores.

8.2.5. Disposiciones comunes a los artículos anteriores

Artículo 172 *octies*:

“1. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en los artículos anteriores, se considerará trata de seres humanos, trabajo forzoso o servidumbre cualquiera de las acciones indicadas en los respectivos artículos cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad.

2. El consentimiento de la víctima será irrelevante siempre que se haya recurrido a los medios indicados en el artículo correspondiente. En el caso del sometimiento o mantenimiento a esclavitud, el consentimiento de la víctima no será válido a efectos del castigo del autor.

3. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista para cada delito cuando:

a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o minoría de edad;

c) la explotación sexual fuera especialmente grave, considerando, en todo caso, como tal aquella que se lleve a cabo sobre una víctima que es obligada a mantener relaciones

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

sexuales de forma reiterada o continuada a cambio de un precio pagado en todo o en parte a su explotador, o;

d) el trago degradante fuera especialmente grave, considerando, en todo caso, como tal aquellos que supongan una privación de la libertad deambulatoria de la víctima prolongada o unos tratos especialmente vejatorios.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

4. Será castigado con la pena de 2 a 5 años todo aquel que, teniendo conocimiento de la situación de la víctima, haga uso de ella u obtenga algún beneficio derivado del aprovechamiento, cesión o cualquier otra forma de disposición.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista para cada delito e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista para cada delito e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 o la circunstancia prevista en el apartado 4 de este artículo.

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 quintuple 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.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer cualquiera de los delitos anteriores serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos anteriores producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

10. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, las víctimas de los artículos anteriores quedarán exentas de pena por las infracciones penales que hayan cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que hayan sido sometidas y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

Con respecto al punto 1 pretendo dejar claro que el consentimiento en el caso de los menores, al igual que en el delito de trata, no es válidamente prestado por lo que en ningún caso podrá ser efectivo a la hora de impedir el castigo de estas conductas cometidas sobre ellos. Igualmente, en el punto 2 el consentimiento de la víctima queda invalidado siempre que se haya recurrido a los medios comisivos enunciados en el tipo, especificando que en el delito de sometimiento o mantenimiento a esclavitud, al no establecer ningún medio delictivo, el consentimiento será, en todo caso, inválido.

En el punto 3 se recogen 4 agravantes que pueden agruparse según sea de tipo subjetivo u objetivo. Con respecto a la agravante subjetiva viene referidas a la especial vulnerabilidad de la víctima debido a enfermedad, estado gestacional, discapacidad, situación personal o minoría de edad. La vulnerabilidad de la víctima es un factor clave que aprovechan los autores típicos de estas modalidades delictivas y es precisamente en este caldo de cultivo en el que sacan más provecho de las personas necesitadas. Se ha obviado incluir el abuso de situación personal o de vulnerabilidad entre los medios comisivos de los delitos precisamente porque entiendo que para conseguir la dominación, sometimiento y control de una persona se debe ejercer de forma obligatorio algún tipo de violencia o intimidación no siendo suficiente la mera disponibilidad de la víctima por su situación de vulnerabilidad al ser inherente a esta modalidad delictiva. Sin embargo, sí que incorporo este elemento como agravante subjetiva cuando exista una situación en la que la víctima sea especialmente vulnerable siendo este factor aprovechado por el autor, considerando, en todo caso, a los menores de edad como personas vulnerables. En cuanto a las modalidades objetivas se incluyen la puesta en peligro de la vida, integridad física o psíquica; cuando el objetivo del sometimiento extremo sea la de la explotación de naturaleza sexual, castigando de forma particularmente grave la prostitución forzada cuyo contenido quedó eliminado del art. 187 para incorporarlo a estos tipos delictivos; y cuando el trato degradante sea especialmente grave, incorporando de forma específica aquellos casos en los que la

víctima es encerrada privándola de forma continuada de su libertad deambulatoria o sea permanente humillada y vejada.

El punto 4 se incorpora para dar cabida a la figura del proxeneta y a la de todo aquel que, sabiendo de la condición de víctima de la persona, se aproveche de tal situación para obtener cualquier tipo de beneficio. Esta figura pretende castigar a toda la cadena de intermediarios y a aquellos que, sin haber sido el autor del delito ni haber participado en el sometimiento de la persona, la utilicen de alguna forma obteniendo algún tipo de beneficio.

El punto 5 establece otro agravante para cuando el autor se aproveche de su condición de autoridad. Desgraciadamente, las macro-redes criminales incorporan entre sus filas a funcionarios con categoría de autoridad para facilitar sus movimientos ilegales y es precisamente esta la justificación del aumento de pena.

El punto 6 castiga precisamente con una agravante específica aquellos autores que pertenezcan a una organización criminal haciendo referencia al art. 570 *bis* CP, aunque incorporando el elemento transitorio, esto es, sin que sea necesario que la organización sea estable o que perdure en el tiempo. Los factores político-criminales que justifican el aumento de pena es la dificultad en la persecución de estos tipos delictivos debido a las complicadas estructuras de estas redes criminales facilitando así su impunidad.

En el punto 7 se incorpora la responsabilidad de las personas jurídicas. La justificación de este apartado viene dada por la estrecha relación de estos tipos delictivos con las empresas utilizadas como tapaderas para la comisión de comportamientos delictivos vinculados a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”. En un mundo globalizado en el que los delincuentes utilizan los canales logísticos de las empresas para cometer sus actos delictivos este apartado se encuentra plenamente justificado, tanto es así que el apartado 2.e del Protocolo de la OIT sobre trabajo forzoso establece la adopción de medidas por parte de los Estados que apoyen la diligencia debida en los sectores público y privado para prevenir y responder al riesgo del trabajo forzoso añadiendo la Recomendación que complementa a este Protocolo que los Estados deben adoptar medidas como “apoyo a los sectores público y privado para que

actúen con la debida diligencia a fin de prevenir el trabajo forzoso u obligatorio y de responder a los riesgos que conlleva”⁸²³.

El punto 8 castiga de forma específica los actos preparatorios previos a la participación punible al entender conveniente el castigo de las conductas encaminadas a la preparación y elaboración de un plan para cometer estos actos delictivos.

El punto 9 incorpora las sentencias de jueces y tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza como válidas a efectos de reincidencia.

Por último, el punto 10 establece la exención de responsabilidad criminal para las víctimas del delito en aras de evitar una doble victimización⁸²⁴ al igual que se incluye para el propio delito de trata de seres humanos. Estos comportamientos delictivos aparecen precisamente aprovechando la falta de alternativa de las víctimas y los autores a menudo las utilizan para realizar “otras actividades delictivas” tal y como ocurre en una de las finalidades de explotación de la trata, siendo necesario valorar las circunstancias personales y cuáles han sido las causas que la han llevado a tal situación, pudiendo operar, en otro caso, la eximente incompleta establecida en la circunstancia primera del art. 21 CP llegando a aplicar la pena inferior en uno o dos grados en base al art. 68 CP.

8.3.Reformas en otros ámbitos del Código Penal

8.3.1.Reforma del art. 187 CP

El art. 187 CP quedaría redactado de la siguiente forma:

“1. El que empleando engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución será castigado con la pena de prisión de cuatro a siete años.

2. Quien se lucre explotando la prostitución de otra persona será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años, aún con el consentimiento de la víctima.

3. En todo caso, se considerará explotación cuando concurra alguna de las siguientes:

a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.

⁸²³ OIT: Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, 103ª reunión, Ginebra, 2014.

⁸²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSSELL, N.: “Mujeres víctimas de trata en prisión...”, op. cit., pp. 486 y ss.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

b) *Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas*”.

Como se explicará más adelante en el epígrafe referido a los concursos de los nuevos delitos con aquellos con los que pueden concurrir y más concretamente con aquellos de naturaleza sexual, al investigar sobre la posible relación del delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso con el delito de prostitución castigado en el artículo 187.1.

Entre los medios comisivos de este delito se encuentra la violencia y la intimidación, sin embargo, según se han definido los nuevos delitos contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, resulta difícil distinguir la situación entre una persona prostituida mediante violencia o intimidación y los nuevos tipos delictivos que se proponen incorporar al Código Penal puesto que la persona que es obligada a mantener relaciones de naturaleza sexual a través de la coerción física y la intimidación y que, por lo tanto, no es susceptible de cambiar esta situación debería ser considerada como una esclava (sexual), sierva (sexual) o trabajadora forzosa (sexual), ya que, desde el momento en el que se supera el umbral de la explotación y se utiliza la violencia y la intimidación, se le está negando la capacidad de decidir libremente qué quiere hacer con su cuerpo siendo obligada a una de las formas más denigrantes de explotación al entregar su cuerpo, su intimidad, su esfera más íntima a otra persona por dinero.

Esta forma delictiva supera con creces el ámbito de la libertad e indemnidad sexual al ser quebrantados otros objetos de tutela que quedarían recogidos en el “*status libertatis*”, correspondiéndoles un mayor castigo al elevar la pena de estos sometimientos extremos, quedando establecida en el art. 187 .1 la prostitución abusiva o fraudulenta como forma de prostitución en la que se produce un vicio del consentimiento a través del engaño o el abuso de situación de vulnerabilidad y siendo castigado este delito con una pena equitativa al supuesto de trata con finalidad de explotación sexual de carácter abusivo o fraudulento. El apartado 2 del art. 187 castigaría a todo aquel que se lucre a través de la explotación de la persona prostituida.

La pena propuesta queda establecida en coherencia con la posible finalidad de la trata para explotación sexual que, como se ha dicho, contemplaría únicamente la modalidad abusiva de la misma, pasando a castigarse la modalidad forzada en la que existe violencia o intimidación como un comportamiento de sometimiento extremo y,

por tanto, como una finalidad del apartado a) de las finalidades de la trata de seres humanos.

8.3.2. Reforma del art. 188 CP

Se propone la derogación del apartado 2 del art. 188 CP cuyo contenido pasaría a formar parte de una modalidad agravada de los nuevos delitos de sometimiento extremo por las razones ya expuestas en el caso de los adultos, esto es, desde el momento en el que existe violencia o intimidación se considera que esta conducta entra en el ámbito de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

En el apartado 1 de este mismo artículo se castigará la prostitución abusiva o fraudulenta con respecto a menores de edad ya que estos no disponen de la capacidad de prestar válidamente su consentimiento por lo que el mismo nunca será tenido en cuenta en lo que al ejercicio de la prostitución se refiere. Es decir, siempre que no exista violencia o intimidación, se castigará, al menos, como prostitución abusiva o fraudulenta.

En cuanto a la pena, la prostitución abusiva o fraudulenta de menores será castigada con una pena de prisión de 4 a 7 años y multa de 12 a 24 meses como en el caso de los adultos puesto que la edad de consentimiento sexual viene determinada en los 16 años⁸²⁵, por lo que en el caso de que el menor lo fuera por debajo de este límite de edad la pena será de prisión de 5 a 8 años y multa de 12 a 24 meses.

8.3.3. Reforma del art. 311 CP

En el apartado 1 se cambia la pena, que pasaría a ser de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 3 a 6 meses. Esto es debido a que a través de este artículo se pretendía contemplar formas extremas de explotación que pasarían a castigarse en los delitos contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, con lo que carece de sentido aplicar una pena desproporcionada a una modalidad delictiva que supone unas condiciones ilegales de trabajo, castigando en su justa medida, pero entre los nuevos delitos propuestos, el posible sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud.

El apartado 4 del art. 311 establecería:

⁸²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, España, 2017, p. 2.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

“Si las conductas establecidas en los apartados anteriores se llevaran a cabo sobre personas menores de 16 años se impondrán las penas en su mitad superior”.

Se propone la derogación del art. 311.4 que castiga las condiciones ilegales de trabajo con la pena superior en grado cuando exista violencia e intimidación al considerar que este comportamiento debe encontrarse en el ámbito delictivo de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” por las razones ya expuestas en el epígrafe de explotación laboral, a la vez que se propone la incorporación de una agravante específica que proteja a los menores de 16 años de edad que se encuentran en condiciones ilegales de trabajo.

8.4.Propuesta concursal

Con la inclusión de estos nuevos tipos autónomos que castigan las diferentes formas de sometimiento extremo del ser humano se abre una interesante discusión a la hora de relacionarlos con otras formas delictivas que puedan concurrir con ellos. Dada la propia naturaleza de los mismos y el bien jurídico que se pretende proteger, no cabe duda de que existirán parcelas delictivas en las que aparezcan otros tipos criminales que invadan el campo de protección de estos nuevos delitos.

Cómo se relacionan los unos con los otros, qué tipo de concursos pueden existir, cuál es la mejor forma de incardinar cada uno de los delitos en aras de una mejor protección del ser humano. Son muchas las preguntas que aparecen y que en este apartado se analiza con la intención de proponer un camino para el estudio doctrinal de los posibles concursos que podrían plantearse.

Dicho esto, a la problemática concursal se le suma un factor importante y que crea aún más caos a la hora de relacionar las diferentes modalidades delictivas que pueden aparecer, y es que la incorporación al Código Penal de nuevas figuras delictivas se lleva a cabo de forma fragmentaria y sin tener en cuenta una visión global del Código Penal, por lo que no suele tener en cuenta que gran parte de lo que se está incorporando al Código puede estar ya recogido con anterioridad o las nuevas relaciones que habría que establecer entre lo reformado y no reformado.

Recordemos que el nuevo Título que se propone incorporar tiene la finalidad de proteger un bien jurídico compuesto por una amalgama de derechos que confluyen en el

llamado “*status libertatis*”. Si bien estos nuevos artículos quedan desvinculados de todas aquellas circunstancias que no supongan una “forma de sometimiento extremo”, en el propio abanico de bienes jurídicos protegidos aparecerán, sin duda, algunos o muchos de los que ya se encuentran protegidos en otros delitos. Sin embargo, la clave para diferenciar unos delitos de otros será la intensidad en la afectación de tales bienes, dado que estos nuevos delitos únicamente aparecerán cuando exista la versión más extrema de ataque a la personalidad del individuo. Esto dependerá de una serie de factores que se deben tener en cuenta, a saber: los medios comisivos, la naturaleza de la relación entre autor y víctima, la situación del sujeto pasivo anterior al sometimiento o la situación en la que se encuentra la víctima al finalizar el proceso de sometimiento.

Se deberá analizar, por tanto, qué comportamiento delictivo es susceptible de quedar incorporado al propio delito sometimiento dado el cauce típico de la acción que conlleva la forma criminal y cuáles no podrán ser incorporados al no pertenecer al espectro delictivo del propio delito. De este modo, podremos delimitar cuáles son las fronteras de cada uno y si deben concursarse delictualmente o, por el contrario, quedar consumidos por el tipo global.

Pensemos que para someter a una persona a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso existen un amplio catálogo de comportamientos que están afectando en mayor o menor medida a la dignidad humana concretada en la integridad moral, a la libertad, a su integridad física y psicológica, a su libertad sexual, etc. Es por ello que se debe analizar con precisión ante qué comportamiento nos encontramos para no incurrir en una posible doble incriminación.

Se propone, en este sentido, una serie de concursos de los tres delitos propuestos correspondientes a las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” con los tipos que habitualmente pueden concurrir según sea la modalidad delictiva ejercida por el autor. El tratamiento unitario de las tres nuevas modalidades delictivas, es decir, del sometimiento a esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso a la hora de relacionarlos con otros tipos delictivos se debe a su mismo bien jurídico, es decir, los tres delitos relacionados con las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” comparten objeto jurídico de protección con lo que podemos deducir que el tratamiento concursal de los tres será el mismo con respecto a los bienes jurídicos protegidos por otros tipos delictivos. Veamos pues cómo podrían relacionarse estas formas de sometimiento extremo con otros delitos que confluyen en su ámbito delictivo.

8.4.1. Concurrencia con delitos cometidos durante el proceso de sometimiento

Para llegar a someter a una persona a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso resultan necesarios una serie de medios comisivos que produzcan en el sujeto pasivo una cosificación tal que resulta deslindada de su propia personalidad. En este proceso aparecen afectados otros objetos jurídicos y, debido a ello, se cometen otros tipos delictivos relacionados de forma directa con el objeto criminal del autor, esto es, dominar a la persona hasta tal punto que no tenga poder decisión sobre su propio futuro.

Hablamos de delitos contra la libertad como las coacciones, las amenazas, las detenciones ilegales o los secuestros o delitos contra la integridad física de la persona como las lesiones o contra la integridad moral como las torturas o el trato degradante. También podrían aparecer delitos contra la intimidad de la persona e incluso, en pos de conseguir reducir a la víctima, delitos contra la libertad sexual utilizados como medio de dominio de la voluntad del individuo o llegar a cometerse un homicidio consumado o en grado de tentativa.

Dados los medios comisivos y la intensidad que se necesita aplicar para reducir a “la nada” la voluntad de un ser humano, todo este catálogo de delitos puede surgir para cometer un solo delito “contra la libertad en sentido amplio y la personalidad individual”.

Para estudiar la relación concursal existente entre estos será necesario dirimir qué delito son debidos al propio delito de sometimiento y cuáles resultan un añadido al propio delito que se pretende cometer. Aquellos producidos como consecuencia directa de la comisión del tipo perseguido por el autor deberán quedar consumidos en el mismo, puesto que castigándolos de forma separada se podría conculcar el principio de *non bis in idem* al aparecer una posible doble incriminación.

En cuanto a los delitos contra la libertad tales como amenazas, coacciones, detenciones ilegales o secuestros, además de aparecer la mayor parte de ellos incluidos en los propios medios comisivos de los delitos de sometimiento, el propio tipo implica, en la mayoría de los casos, que la persona sea privada, al menos, de su libertad deambulatoria, además de su libertad de decisión, lo cual implica que aparezca un concurso aparente de normas al quedar consumidos estos delitos por el delito más amplio o complejo, esto es, por el delito de sometimiento. Este concurso de normas se

resolvería por lo tanto por el principio de consunción al exigir el propio procedimiento coactivo (en este caso el del sometimiento extremo de la persona) para mantener sometido al individuo, que se cometan esos otros tipos y que, así, forme parte de la antijuridicidad del precepto, lo que supone, como indica el principio de consunción, que únicamente una de ellas resulte de aplicación al quedar cubierta con ella la totalidad del contenido antijurídico, quedando el resto desplazadas.

De igual forma, los delitos contra la integridad moral como el trato degradante podrían quedar incluidos en el tipo del delito de sometimiento siempre y cuando forme parte del cauce normal del delito y que la propia antijuridicidad del mismo englobe también el de los delitos contra la integridad moral. Más aún, resulta complicado entender los delitos de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” sin quebrantar mínimamente la integridad moral de la persona, puesto que, si bien aquí se ha postulado el bien jurídico “*status libertatis*” como concepto aglutinador de derechos, este viene compuesto en una gran parte del derecho a la integridad moral como bien jurídico en el que aterriza la propia dignidad de la persona, con lo que, al estar cometiendo el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso se estará cometiendo a su vez un delito de trato degradante.

Con respecto a los delitos contra la integridad física de la persona, como las lesiones, no siempre resultará necesario para cometer los delitos objetos de estudio que el autor agrede físicamente a la víctima para lograr su objetivo de dominación. En este sentido pueden quedar consumidas ciertas lesiones de menor gravedad propias del encierro o del forcejeo con la víctima, pero cuando aparezcan lesiones que vayan más allá de las que puedan aparecer por el propio curso delictivo deberán concurrir con los delitos de sometimiento extremo a través de un concurso de delitos que podría ser real si se produce en diferente momento de la acción típica o ideal si se produce durante la acción típica, aunque si consideramos que el delito se está cometiendo durante todo el proceso de sometimiento de forma permanente en el tiempo, habría que optar por el concurso ideal.

La aparición de un delito de homicidio, en modalidad dolosa o imprudente, o incluso consumado o en grado de tentativa, quedaría fuera del espectro delictivo habitual de estos delitos con lo que también debería concurrir mediante un concurso de delitos en su modalidad ideal al no quedar incluido en la protección que persiguen estos tipos delictivos y, por tanto, no estar incluida en la antijuridicidad del precepto.

Aquellos delitos que cometieran los autores con ocasión o aprovechamiento de las circunstancias de su red criminal tampoco serían englobados en el cause típico de los delitos de formas contemporáneas de esclavitud. Pensemos en delitos tales como tráfico de armas o de droga que concurrirían con los delitos de sometimiento al estar ocurriendo durante el proceso de explotación extrema. Este tipo de concurso de delitos podría resolverse por un concurso medial al utilizar un delito como medio necesario para cometer otro.

En estos modelos delictivos suele ser habitual que el autor pertenezca a una organización criminal dedicada a la realización de tales actividades, lo cual podría concurrir con el delito de organización criminal del art. 570 *bis*, tipo autónomo que castiga la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. Este tipo es de mera actividad, no tiene que aparecer la actividad ilícita en cuestión para que se consume, con lo cual la forma de concursarlo con los nuevos delitos dependerá de si efectivamente estos se han producido o no.

En el caso de no haberse producido aún, la organización criminal será castigada por el delito autónomo del art. 570 *bis* y no aparecería el tipo agravado del art. 172.5 *octies*. Si por el contrario dicha organización ya ha dado comienzo a sus actividades delictivas deberá castigarse por la circunstancia agravada desplazando al tipo autónomo al aplicarse un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad.

Por último, en el caso de existir varias víctimas sometidas a las mismas condiciones, tal y como sucede en el delito de trata de seres humanos, se deben castigar tantos delitos como víctimas según las normas del concurso real. En este sentido el propio Tribunal Supremo en Pleno no Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016 ya advirtió con respecto al delito de trata que existe un sujeto pasivo individual, y no difuso o plural, que proyecta su protección por encima de cualquier consideración y que la ley penal contempla a la víctima como un sujeto pasivo individual. La misma consideración para las víctimas de los delitos cuyo concurso analizamos.

8.4.2. Concurrencia con los delitos de explotación laboral

Nos referimos a los artículos ubicados en el Título XV del Código Penal, “delitos contra los derechos de los trabajadores”, en concreto con los delitos establecidos en los arts. 311 y 312 puesto que estos han sido, hasta el momento, los tipos más cercanos para castigar comportamientos de trabajo forzoso. Aunque nada tengan que ver con este tipo de sometimiento extremo, puesto que lo que protegen estos delitos son los derechos de los trabajadores cuando se ven sometidos a condiciones de trabajo manifiestamente ilegales, mientras que el delito de trabajo forzoso propuesto en este trabajo protege la libertad/dignidad/integridad moral/salud, en definitiva, el “*status libertatis*” de todo ser humano en la medida que se impone la condición de trabajador al que no lo es o no quiere serlo.

Como acabo de decir, la intención del legislador con la tipificación de estos delitos contra los derechos de los trabajadores es radicalmente distinta a la de los nuevos tipos ubicados en el propuesto nuevo Título VI *bis*, de lo cual se desprende que los bienes jurídicos protegidos son también distintos. Por otro lado, los posibles sujetos pasivos de los distintos tipos podrían también ser distintos, puesto que en el caso del art. 311 parece existir una relación laboral en la que las condiciones de trabajo son ilegales y de lo que se deduce que existe una “explotación laboral”, mientras que en el delito de trabajo forzoso, la persona sometida no está vinculada al autor por ningún tipo de relación laboral y mucho menos si habláramos de servidumbre o sometimiento a esclavitud, siguientes escalones en la cadena de sometimiento extremo. Aquí no se imponen condiciones ilegales de trabajo sino la condición de trabajador, siervo o esclavo al que no quiere trabajar, servir ni estar sometido y bajo posesión de otro.

Todo lo cual me lleva a sugerir que los delitos tipificados en el art. 311 (condiciones ilegales de trabajo) y también en el 312 (contratación ilegal de extranjeros en situación irregular) no deben quedar consumidos por los nuevos tipos sobre “Formas Contemporáneas de Esclavitud” puesto que protegen bienes jurídicos distintos y sujetos pasivos distintos y, por ello, no quedaría englobada toda la antijuridicidad de la conducta.

La relación de concurrencia en estos ámbitos delictivos debería ser resuelta por un concurso de delitos, en concreto por un concurso ideal, para que el contenido del injusto fuera contemplado en su justa medida.

Ahora bien, en este punto me surge una duda con respecto a la penalidad del art. 311. Este delito tiene un arco penológico que oscila entre los 6 meses y los 6 años de privación de libertad. Al igual que sucedía con el art. 318 *bis* que castigaba la inmigración clandestina, antes de la aparición del delito de trata de seres humanos este delito tenía una pena desproporcionada por dar cabida a las conductas que de la trata además de al propio cruce ilegal de fronteras. En la reforma operada en 2015 el propio legislador modificó el artículo explicando en la propia exposición de motivos que “se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 *bis* con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves”.

En este mismo sentido, el art. 311 pretende dar cabida a las modalidades más extremas de sometimiento y no únicamente a la explotación laboral al no existir hasta el momento un tipo que recoja con verdadera claridad este comportamiento delictivo. Por lo tanto, al igual que ocurrió con el art. 318 *bis*, si finalmente se produjera la tipificación autónoma de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, ya no habría necesidad de seguir aplicando una pena desproporcionada en el art. 311, puesto que las condiciones manifiestamente ilegales deberían quedar sancionadas con una pena menor, quedando el delito de trabajo forzoso del art. 172 *quinquies* para castigar las conductas que supongan un sometimiento extremo.

8.4.3. Concurrencia con los delitos de explotación sexual

La explotación sexual es quizás una de las formas de explotación más habituales y frecuentes por lo que concurrirá a menudo con los tipos que estudiamos. Cómo se plasmó al analizar la finalidad de explotación sexual con respecto a finalidad de

explotación en el delito de trata de seres humanos, no solo incluye la prostitución forzada, forma más recurrente de actividad de naturaleza sexual, sino todas aquellas modalidades que supongan actos de naturaleza sexual.

El legislador español ha separado en las finalidades de la trata la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso de la explotación sexual, es por ello que en este trabajo se han estudiado por separado.

Sin embargo, a la hora de escribir estas líneas y estudiar los posibles concursos que pueden darse entre las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y la explotación sexual, me resulta difícil distinguir las líneas que separan una forma de sometimiento extremo, sea de la naturaleza que sea, de otra, siempre y cuando se den los elementos del tipo que la califiquen como forma de sometimiento extremo que castigan los nuevos tipos incorporados.

Me explico. Cuando un ser humano sometido deja atrás el umbral de la explotación sexual, entra en terreno de la esclavitud (sexual), de la servidumbre (sexual) o del trabajo forzoso (¿sexual?). En ese nuevo territorio, las fronteras entre uno u otro tipo delictivo las marca, como ya se ha analizado, que exista un control equivalente a posesión, que desconozca la naturaleza de la relación y duración del sometimiento o que sea un trabajo al que no ha accedido de forma voluntaria, respectivamente, además de otros. Pero, y he aquí mi duda, el horizonte con la explotación queda lejano, ya no podemos hablar de que exista una explotación sexual inmersa en la esclavitud, sino que hablamos directamente de un nuevo delito para el cual la procedencia de la explotación resulta indiferente, puesto que lo que prima es el sometimiento pleno, efectivo y absoluto de la persona, sea para dominarla sexualmente, sea para dominarla laboralmente o sea, simplemente, para dominarla personalmente como lacayo o siervo doméstico.

Con esto quiero decir, que debemos quitarnos la venda de los ojos igual que hicimos con el trafiquismo y el cruce de fronteras. Aquí lo importante no es el sesgo de la prostitución o del sexo porque todo es sometimiento extremo. La palabra sexo nos nubla el juicio y no permite que veamos que detrás de la vida de una persona prostituida encadenada de por vida a un burdel y obligada a entregar su cuerpo, no está el delito de explotación sexual o de prostitución (que también) o contra los derechos de los trabajadores (que también) o contra los derechos de los trabajadores extranjeros (que

también), sino que está sometida a algo mucho más degradante y sin libertad, y que no queda protegida por los tipos actuales catalogados en nuestro Código Penal. Está sometida a una forma de esclavitud que no distingue entre género o naturaleza de la supuesta explotación, pasamos al siguiente nivel en cuanto a degradación de la personalidad individual y de falta de libertad.

Existe además un dislate punitivo considerable al tener en cuenta que los artículos que castigan la prostitución forzada de adultos y la prostitución de menores es castigada con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 12 a 24 meses, una pena muy inferior a la que se propone para castigar las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso. Es más, como sabemos la pena del delito de trata de seres humanos es de 5 a 8 años, castigando el legislador con mayor contundencia el propio proceso que la posible finalidad de explotación sexual en el caso de la prostitución fraudulenta, abusiva o forzada (de 2 a 5 años)⁸²⁶, denotando nuevamente el enfoque trafiquista que sigue existiendo en el delito de trata.

Más allá, siendo esto así, el art. 187.1 CP dejaría de tener sentido tal y como se encuentra redactado actualmente puesto que los comportamientos castigados en el mismo que supongan violencia e intimidación pasarían a formar parte del contenido incluido en los nuevos delitos que propongo, salvo en el supuesto de que la persona prostituida lo fuera sin violencia e intimidación, en cuyo caso entraríamos en el terreno de la que podríamos llamar prostitución fraudulenta o abusiva puesto que, dentro de los medios comisivos del art. 187.1 se establecen no solo la violencia y la intimidación, si no también, el engaño, abuso de situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Quedaría definido de este modo un reducto para las situaciones en las que la víctima fue engañada debido a su situación para ser prostituida pero no se mantuvo en este ejercicio puesto que no emplearon violencia e intimidación. Esa explotación sexual a través de la prostitución fraudulenta o abusiva sería considerada como una prostitución debida a un vicio del consentimiento de la víctima y estaría ya definida dentro del propio art. 187 al entender que existe explotación cuando concurren las circunstancias de vulnerabilidad personal o económica, o bien, que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas. Dichas circunstancias recuerdan a las que aparecen

⁸²⁶ POMARES CINTAS, E.: "El delito de trata de seres humanos...", op. cit., pp. 24 y 25; de la misma autora *El Derecho Penal ante la explotación...*, op. cit., pp. 127, 128 y 139.

en el art. 311, que se refiere a la explotación, apareciendo los mismos medios comisivos (engaño o abuso de situación de necesidad) y parecido concepto de explotación (imponer condiciones de trabajo abusivas).

Sin embargo, si aparece la violencia o la intimidación, la persona prostituida será siempre y en todo caso víctima de un delito de trabajo forzoso de naturaleza sexual, de una servidumbre sexual o de una esclavitud sexual. Si eliminamos la palabra “sexual” y observamos únicamente que la víctima está siendo sometida de forma extrema a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, toda forma de explotación extrema quedaría reflejada en el ámbito delictivo de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, careciendo de sentido el artículo dedicado a castigar únicamente la prostitución forzada.

En el caso de los menores, el art. 188 castiga a todo aquel que participe en la prostitución del menor o se lucre con ello y agrava la pena cuando se utilice violencia o intimidación. Sin embargo, al no existir ningún tipo de consentimiento por parte del menor, puesto que sería inválido al no tener capacidad para prestarlo, cualquier tipo de prostitución en la que se emplee violencia o intimidación sería, al menos, trabajo forzoso, por lo que el apartado 2 del art. 188 carecería de sentido y su contenido sería trasladado al ámbito de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como ya se ha explicado en líneas precedentes, quedando el apartado 1 únicamente para el ámbito de la prostitución abusiva o fraudulenta siempre que no exista violencia o intimidación.

De este modo, la prostitución forzada será castigada como sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso siempre que exista violencia o intimidación y pasará a ser considerada como un delito que destruye la vida de la víctima aumentando la pena de forma considerable pasando de ser castigada con una pena privativa de libertad de 2 a 5 años a una pena mínima de 5 a 8 años que es la impuesta para el delito de trabajo forzoso.

Es más, en el nuevo artículo 172 *octies* en el que se establecen una serie de disposiciones comunes, se incorpora en el apartado 3. d) una agravante específica que hace referencia precisamente a los casos en los que la víctima es sometida a una explotación sexual, incluyendo así los casos de prostitución forzosa de forma específica, que serán castigados con la pena superior en grado prevista para cada delito y que *d) la explotación sexual fuera especialmente grave, considerando, en todo caso, como tal aquella que se lleve a cabo sobre una víctima que es obligada a mantener relaciones*

sexuales de forma reiterada o continuada a cambio de un precio pagado en todo o en parte a su explotador”

De este modo, se protege de forma concreta a la víctima de la prostitución forzosa al haber sido reformado el artículo que contenía esta figura. Este mismo artículo también incorpora todas las agravantes específicas que contenía el artículo 187.1 y que ahora se aplican a todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

También se incorpora la figura del proxeneta y de todo aquel que, de una u otra forma, obtenga algún tipo de beneficio a través de su uso o aprovechamiento por la explotación de la víctima, estableciendo el art. 172 *octies* en su apartado 4: “*Será castigado con la pena de 2 a 5 años todo aquel que, teniendo conocimiento de la situación de la víctima, haga uso de ella u obtenga algún beneficio derivado del aprovechamiento, cesión o cualquier otra forma de disposición.*”

Quedan incluidas en este apartado aquellas personas que usen o se beneficien de las víctimas siendo conocedoras de su situación. La figura que más se nos viene a la cabeza es la del proxeneta, que se incluiría en el ámbito de la explotación de naturaleza sexual vinculada a la prostitución forzosa, pero también quedarían reflejados en este apartado todos los intermediarios que de algún modo se aprovechan de la mano de obra barata en el ámbito de la explotación extrema laboral. Pensemos en la implicación que tendría la aplicación real y efectiva de este apartado en el ámbito de las grandes empresas que se aprovechan del trabajo forzoso de las víctimas encadenadas a la pata de una mesa para coser camisetas durante 18 horas al día y venderlas más baratas que sus competidores, es posible que tuviéramos que empezar a mirar las etiquetas de las prendas cada vez que fuésemos a adquirir una.

Con este nuevo panorama, quedando incorporada la explotación sexual derivada de la prostitución forzosa cuando exista violencia e intimidación y todos aquellos actos de naturaleza sexual que supongan una destrucción de la libertad en general y de la personalidad individual de la víctima en los delitos que constituyen las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” con el único objetivo de llamar a las cosas por su nombre y castigarlas en su justa medida y quedando el art. 187 para aquellos casos en los que se utiliza el fraude, el engaño o el abuso para prostituir a una persona durante un tiempo determinado, el único concurso que podría existir es el de normas, puesto que la

prostitución fraudulenta o abusiva quedaría absorbida en el sometimiento extremo en cuando apareciera la violencia o la intimidación.

Creo firmemente que el camino hacia destapar lo que significa la esclavitud contemporánea pasa por realizar cambios, cambios que en el imaginario social son difíciles de aprehender porque son demasiados los años que llevamos entendiendo la prostitución de forma, a mi juicio, equivocada. La mujer prostituida, no es una prostituta, es un ser humano al que se le ha despojado, de la forma más infame, de su dignidad, integridad física y moral, libertad y una larga lista de derechos en la persecución del objetivo más antiguo de los tiranos: el poder y la dominación. A través de ese poder, de ese dominio, la persona prostituida termina por entender que su destino no le pertenece y que debe someterse a los intereses de su poseedor. No se me ocurre ningún otro delito que lleve aparejado tanta destrucción del “ser”.

Cuando una persona es sometida a un trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud de naturaleza laboral se están quebrantando una serie de derechos incorporados en el objeto de tutela de estos tipos representados en el “*status libertatis*”. Esa persona será explotada de forma extrema, obligada a trabajar durante gran parte de la jornada, siendo poseída, “*de facto*”, por el sujeto activo del delito, aprovechándose de su mano de obra y sacando partido a las “vidas baratas”. Pero en el caso del trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud de naturaleza sexual, no solo aparecen todas estas violaciones, sino que, además, se desprecia de tal forma a la persona que se invade su naturaleza más íntima y personal, se degrada a la víctima hasta hacerla objeto obligándola mediante la fuerza a practicar sexo cada día con todo aquel que pueda pagar el precio, ejerciendo de verdugo cada uno de los clientes que en el trámite de esa relación sexual piensan que pueden hacer con la víctima lo que quieran porque lo han pagado, incluyéndose solo en una de las relaciones sexuales del día violaciones, vejaciones, lesiones físicas y mentales y la sensación y el conocimiento de que no van a cambiar su situación, que cada día que amanezca su pesadilla vuelve a empezar.

Por esta razón, tras estudiar e investigar la doctrina y la jurisprudencia, he llegado a la conclusión de que la prostitución forzada no es un delito contra la libertad e indemnidad sexual, es una “Forma Contemporánea de Esclavitud” y debe ser castigada con toda la contundencia de nuestro Código Penal. Es por ello que redacto una agravante específica cuando los actos de naturaleza sexual sean particularmente graves, incluyendo en todo caso la prostitución, para diferenciar el ámbito laboral del sexual en

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

lo que a castigo se refiere, pero sin olvidar que ambos tienen la misma raíz, el negocio con el ser humano, el quebrantamiento de la dignidad inherente a toda persona, el convertirlos en muertos en vida.

CAPÍTULO 7.

Conclusiones



Primera. Se parte de un recorrido por la historia de la esclavitud que aquí se ha llamado “clásica” para poner de manifiesto que en un sentido “contemporáneo” estas manifestaciones de sometimiento extremo del ser humano siguen existiendo. No cabe duda, la esclavitud, como forma de explotación extrema de la persona existe hoy en día, pero no debemos confundir el concepto de explotación con las “Formas Contemporáneas de Esclavitud.”

Los datos aportados por diferentes organizaciones como *Walk Free Foundation* o la OIT estiman que alrededor de 40.3 millones de personas en el mundo están, de una u otra forma, sometidas a esclavitud.

Por tanto, la problemática que encontramos a la hora de realizar este trabajo de investigación ha sido, por una parte, definir qué es esclavitud y que no lo es y, por otra, construir un término de esclavitud que sea realmente operativo y cuyos parámetros legales permitan que sea aplicable a los comportamientos criminales del presente.

Aparece así la construcción “Formas Contemporáneas de Esclavitud” como concepto terminológico que pretende llamar la atención de la sociedad al englobar una serie de conductas delictivas que tienen que ver con diferentes formas de someter de modo extremo a al ser humano, pero, y he aquí la gran diferencia, que distan mucho de referirse únicamente en una explotación laboral. Bajo este concepto aparecen el sometimiento a esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos. Ahora bien, únicamente existe una forma de sometimiento a esclavitud, que aparecerá cuando se den determinadas circunstancias, el resto, pese a ser consideradas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” no pueden ni deben ser consideradas esclavitud en sí misma, por lo que, quedarán en escalones inferiores de intensidad en la afectación del bien jurídico protegido.

Segunda. En la esclavitud que se ha llamado “clásica”, el amo cuidaba de su esclavo como un bien de gran valor, como una inversión a largo plazo que pretendía que le aportara una gran rentabilidad a base de trabajo, por lo que le proporcionaba la asistencia y cuidados necesarios para que esa inversión perdurara el mayor tiempo posible. Existía un verdadero derecho de propiedad fundamentando jurídicamente en un contrato con valor normativo en el tráfico jurídico con lo que el esclavo se convertía en una “*res*”, en una cosa de un alto valor que podía vender, traspasar o ceder.

La diferencia que existe a día de hoy es que hay una ingente cantidad de potenciales esclavos y que estos no se compran, simplemente se aprovecha la oportunidad y se toman y cuando ya han dado de sí todo lo posible se desechan y se coge otro. Son las vidas baratas, personas desechables, “*disposable people*”. Las diferencias entre la antigua esclavitud y la nueva esclavitud nos permite comprender la proliferación de estas formas de sometimiento extremo y la realidad contemporánea de las modernas formas de esclavitud. No se trata aquí de responder a si existe o no la esclavitud, se trata de cuán profundo es el abismo en el que se encuentran las personas

esclavizadas, dada la dificultad de cuantificar la magnitud de la problemática y su erradicación.

En la antigüedad la esclavitud la marcaba el color de la piel. La raza anticipaba cual sería el destino de la persona, puesto que se consideraba que unas eran superiores a otras por naturaleza.

Con el paso del tiempo se buscaron nuevos argumentos y justificaciones para seguir sometiendo a seres humanos y apareció la justificación que valida cualquier hipótesis, el medio que justifica cualquier fin: el dinero. Así, se encontró la forma de seguir encontrando nuevos esclavos para aprovecharse de su mano de obra barata en el mercado más barato: el de la necesidad, el de los seres más vulnerables. Adquirir a aquellas personas que son tan vulnerables que su única y mejor opción es dejarse someter para ser vendido, comprado, sometido y finalmente desechado.

Sin embargo, a estos nuevos esclavos no se les cuida para que la inversión y el dinero gastado en ellos sea rentable. No existe una propiedad sobre ellos porque legalmente no se puede tener la propiedad de un ser humano, por lo que cuando dejan de servir a los propósitos de sus captores son desechados y consiguen otros que le sustituyan. No hay negocio más rentable que el negocio de la carne humana y son las misma macro-redes criminales internacionales las que aprovechan su organización para comprar, vender, transportar, engañar a todos aquellos seres humanos con pocas alternativas. La inversión es mínima para la ganancia.

Las causas que generan esta facilidad en la consecución de este material es que la oferta es muy elevada. El aumento de la población mundial, las brechas de desigualdad, las diferencias económicas existentes, la globalización, el capitalismo económico y otros factores han hecho de este mundo un caldo de cultivo perfecto para generar seres vulnerables que son el objeto de negocio de los nuevos negreros.

Tercera. Las características de esta “moderna esclavitud” son bien distintas a las de la esclavitud clásica. Durante muchos años conseguir un esclavo significaba un largo viaje desde ultramar para que llegaran las personas esclavizadas y pagar un alto precio por ellas. A día de hoy, pese a poder existir un traslado internacional, se pueden encontrar en sus mismos países, incluso en su misma región. En la actualidad, someter a los seres humanos tiene un menor coste. Existe una amplia apertura de fronteras, medios y canales de comunicación, un mundo globalizado en el que la figura del migrante es algo habitual, con lo que los medios necesarios para las organizaciones criminales son menores y menos costosos.

No existe un pacto escrito, ni un contrato. La persona esclavizada puede no conocer cuál iba a ser su destino. En un primer momento pudo ser engañada para en otro posterior ser sometida a través de la violencia, de la intimidación o de la amenaza. Los medios comisivos pueden ser tantos que no dan lugar a describirlos. Lo importante es que la relación que existe entre la víctima y el sujeto activo está definida por un dominio total sobre la misma. El control es equivalente a posesión.

Llega un momento en el que la persona se olvidó de que lo era. Pierde la condición de ser humano para ser objeto de comercio. Esa “cosificación” del ser humano define que se ha convertido en una “*res*” con la que se puede mercadear, que únicamente existe para conseguir un beneficio económico o de cualquier otro tipo.

Así se crean, viven y se destruyen a los esclavos del S. XXI.

Cuarta. La fórmula “Formas Contemporáneas de Esclavitud” es utilizada por vez primera en el año 1988 en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas al denominar “Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud” al Grupo de Expertos nombrado en 1975.

Sin embargo, este concepto dio lugar a una confusión terminológica al considerar que cualquier forma de explotación puede ser considerada esclavitud. No es así. Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” incluyen diferentes comportamientos de explotación o sometimiento extremo de la persona, que, en diferentes grados, suponen un aprovechamiento de la mano de obra (incluida la de naturaleza sexual) con la finalidad de obtener algún beneficio económico o de otro tipo. Estos comportamientos son considerados las formas más extremas de sometimiento y dominio que puede existir sobre la vida de una persona, entre los cuales se incluyen el sometimiento a esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos. Estos cuatro comportamientos delictivos son las llamadas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” pero únicamente existe un delito de sometimiento a esclavitud y ese concepto de esclavitud aparece en el art. 1.1. de la Convención sobre Esclavitud de 1926 que establece que es: “*el estado o condición de un individuo sobre el cuál se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos*”. Esta definición es la piedra angular de la tesis doctoral, puesto que su interpretación y transposición a los casos de esclavitud existentes a día de hoy es lo que permitirá que sea verdaderamente operativa y que pueda incorporarse y aplicarse como tipología delictiva.

La diferencia entre un verdadero sometimiento a esclavitud y el resto de sometimientos extremos que se incluyen en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” es precisamente el grado de control que existe sobre la víctima, puesto que cuando se ejerce algún atributo del derecho de propiedad sobre la persona existirá un control que será equivalente a posesión, esto es, la persona víctima del delito se verá dominada de tal forma que “*de facto*” se ejerce un derecho de propiedad sobre ella, ya que “*de iure*” ese derecho de propiedad estaría prohibido legalmente. Aparece así una graduación de formas de explotación extrema que, si bien, pueden tener una finalidad similar al sometimiento a esclavitud, en ningún caso podrán ser entendidas como esclavitud tal y como ha quedado definida. Ese escalafón dependerá del grado de afectación y destrucción del bien jurídico protegido en estos tipos delictivos quedando en primer lugar el sometimiento a esclavitud, en el cual aparece la mayor violación del objeto de tutela al estar el individuo plenamente sometido a la voluntad del sujeto activo. En segundo lugar se encontraría la servidumbre, considerada como un trabajo forzoso agravado por la continuidad en el tiempo y la imposibilidad de la persona de

revertir su situación. El trabajo forzoso queda en tercer lugar y, por último, la trata de seres humanos como delito instrumental o proceso que puede dar lugar a un sometimiento extremo, pero que, además de un proceso supone, por sí misma, un quebrantamiento del mismo bien jurídico que el resto de sometimientos extremos, exista posteriormente una explotación extrema o no.

Quinta. Es la observación y el estudio de la naturaleza de la relación existente entre víctima y autor lo que definirá si nos encontramos ante un verdadero sometimiento a esclavitud o ante alguna de sus formas contemporáneas. Los medios para llegar a esa situación no son los que definen la tipología delictiva ni el propio concepto de esclavitud. El camino para llegar a convertir a una persona en esclavo puede tomar muchas vías alternativas, costumbres, métodos o mecanismos que pueden ser considerados importantes para entender de forma global el estado o condición final de la persona pero no son determinantes para el mismo, ya que lo que define la situación es el vínculo de control existente entre ambas personas, vínculo que queda marcado por un control tal que sea equivalente a posesión apareciendo el ejercicio de algún atributo del derecho de propiedad.

Los medios, por lo tanto, no serán la base probatoria de la existencia de esclavitud, de hecho, podrían llegar a ser tantos que si tuviéramos que enumerarlos alguno podría quedar olvidado. No obstante, resulta obvio que para conseguir la dominación y el sometimiento total de una persona, en la mayoría de los casos (sino en todos) mediará algún tipo de violencia, intimidación, amenaza o coacción favorecidos por la situación de vulnerabilidad personal del individuo.

Sexta. Para lograr una herramienta efectiva contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, resulta necesario clarificar la definición legal de esclavitud contenida en el Convenio de 1926 y que cayó en el más absoluto desuso por su inaplicación a la esclavitud del presente al considerar que venía referida únicamente a una esclavitud “*de iure*” o legal y que no podía ser utilizada para luchar contra las manifestaciones contemporáneas. Una vez que tengamos esta herramienta podremos delimitar y definir el resto de sometimientos extremos englobados en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

Los elementos utilizados en la definición de esclavitud deben ser analizados e interpretados para extraer el verdadero potencial a un concepto que puede parecer desfasado pero que contiene los términos necesarios para su aplicación contemporánea.

Los elementos “estado o condición” hacen referencia, precisamente, a situaciones de esclavitud “*de iure*” o de derecho y “*de facto*” o de hecho. La definición deja así abierta la posibilidad de que existan personas sometidas a un “estado” de esclavitud que daría lugar a una esclavitud legal propia del pasado, pero también incorpora la “condición” de esclavo refiriéndose a la situación de una persona que “*de facto*” o de hecho se encuentra sometida a esclavitud, esto es, no existe propiedad legal sobre ella pero sí que aparecen atributos del derecho de propiedad que son ejercidos sobre la

persona. Esta interpretación admite su aplicación a comportamientos actuales en los que la manera de poseer algo o a alguien viene referida a una situación “de hecho” pero no “de derecho” como podría ocurrir con productos ilegales como las drogas o las armas, cuya propiedad está prohibida legalmente, pero sobre las cuales un juez podrá reconocer un derecho de propiedad “*de facto*” sobre ellos.

Esos “atributos del derecho de propiedad” hacen referencia a “incidentes del derecho de propiedad” que, si son efectivamente ejercidos por una persona, revelan el control que se ejerce sobre el objeto (persona en nuestro caso). La definición no habla de un derecho de propiedad en sí mismo sino del ejercicio de alguno o todos de los atributos del derecho de propiedad y ese ejercicio daría lugar a una esclavitud en la que el autor no está ejerciendo un derecho de propiedad legal que suponga un estado de esclavitud, si no, más bien, ejerce algún atributo que supone estar sometido a una “condición” de esclavitud apareciendo un sometimiento a esclavitud “de hecho”.

La posesión es la piedra angular sobre la que descansa la construcción del sistema de propiedad en lo que a sometimiento a esclavitud se refiere, existiendo una interrelación entre esta y el resto de atributos del derecho de propiedad, de tal forma que, mientras que es el control o dominación efectiva equivalente a posesión el que posibilita el ejercicio del resto de atributos, ese mismo ejercicio del resto de poderes también indican la presencia de control y dominio. Esta correlación entre la posesión y los demás atributos del derecho de propiedad nos permite afirmar que cuando son ejercidos en el contexto de una relación posesoria estaremos ante la presencia de un delito de sometimiento a esclavitud.

Con esta interpretación de la definición de esclavitud podemos dibujar las líneas que separan las diferentes “Formas Contemporáneas de Esclavitud” estableciendo una graduación al tener en cuenta que no podemos hablar de esclavitud sin que exista un control equivalente a posesión y que, por lo tanto, en el resto de sometimientos extremos la afectación del bien jurídico será menor. Son las *Guidelines Bellagio-Harvard* de la Red de Investigación sobre Parámetros Legales de la Esclavitud las que por primera vez interpretan la definición contenida en la Convención sobre Esclavitud de 1926 como una herramienta útil y válida para poderla aplicar a situaciones de esclavitud “de hecho” contemporáneas.

Séptima. Realizar un recorrido por la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Internacionales con respecto a este ámbito de estudio supone constatar la falta de concreción y entendimiento que a lo largo del tiempo ha existido sobre estos términos. En el caso *Siliadin* el TEDH realiza una interpretación restrictiva del término esclavitud y considera que la víctima se encuentra sometida a servidumbre y a trabajo forzoso pero no a esclavitud al no interpretarla a la vista del paradigma de la propiedad ejercida “*de facto*” a través de un control equivalente a posesión.

En el caso *Rantsev*, sin embargo, el TEDH incorpora la trata de seres humanos al contenido del art. 4 CEDH sin ser esta nombrada de forma específica en el texto,

realizando, en este caso, una interpretación extensiva del concepto de esclavitud que en nada ayuda a su definición y aplicación efectiva.

En el caso *CN. y V. contra Francia* el TEDH comienza a separar conceptos incluidos en las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” considerando que la servidumbre sería como un trabajo forzoso agravado dado que la condición de la víctima es inmutable y que no va a cambiar con el tiempo, teniendo así una sensación de permanencia en el tiempo.

Son muchas las sentencias que se estudian en esta tesis doctoral y que ayudan a configurar el contenido y las líneas de separación de cada forma de explotación extrema. La primera que concibe un concepto cercano al expuesto en este trabajo sobre el sometimiento a esclavitud y el resto de formas contemporáneas aparece en el marco del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Kunarac*, en el que se diferencia entre la esclavitud y el resto de formas considerando que en la primera deben quedar patentes ciertos poderes vinculados al derecho de propiedad, proporcionando así al explotador un control sobre la persona que se plasma en todos los ámbitos de su vida centrando su atención el Tribunal en que ese control se consigue a través del ejercicio de un derecho de propiedad y determinando la “calidad” según sea la relación entre explotador y explotado y no en los medios en los que se llega a tal estado.

Quizás sea la sentencia del caso *Tang* emitida por el Tribunal Supremo Australiano la más relevante para esta tesis doctoral al aplicar por vez primera las *Guidelines Bellagio-Harvard* distinguiendo en la definición de esclavitud situaciones de sometimiento “*de iure*” y “*de facto*”. Este Tribunal analiza los elementos contenidos en la definición de esclavitud y considera que los términos “condición”, “alguno o todos” y “atributos” determinan la intención del legislador de considerar un sometimiento “de hecho” en el que la persona sometida es controlada, no por un derecho de propiedad real, sino por una serie de poderes provenientes del derecho de propiedad y que suponen una verdadera posesión.

Octava. Para ubicar la problemática y estudiar la solución que se le ha dado en los países de nuestro entorno jurídico se ha realizado un análisis de Derecho comparado de los Estados que han incluido, de una u otra forma, tipos delictivos en el ámbito de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

La ubicación, sistemática y contenido de los tipos delictivos en los Códigos Penales de los distintos países es diferente y variada, pero en todos ellos se interpretan estos sometimientos extremos como una forma de destrucción de la libertad y personalidad del individuo quedando además reflejados en las tipologías las diferencias existentes entre el delito de sometimiento a esclavitud y el resto de formas de explotación extrema.

En cuanto a la ubicación la más repetida es que se integren entre los delitos contra la libertad, aunque también existen ejemplos en los que el bien objeto de tutela es la integridad moral o la dignidad.

Queda claro, en base al análisis realizado, que las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” son castigadas como delito en todos los Códigos analizados y que existe una relación de graduación entre ellas. Además, se diferencia entre esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de seres humanos, evidenciando los distintos tratamientos penales que deben tener las distintas explotaciones extremas.

Sirve además este estudio para analizar el objeto de tutela que se pretende proteger mediante la tipificación de estos comportamientos delictivos a través de la ubicación y sistemática de los tipos en los distintos Códigos. Las más relevantes son aquellas que los ubican entre los delitos contra la libertad y aquellos otros que buscan la protección de la integridad moral y la dignidad.

Novena. Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” se consideran un gravísimo atentado contra los derechos humanos y requieren una respuesta contundente. Los textos normativos internacionales más relevantes contienen la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos. Ejemplo de ello son la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 4), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 6) o la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5), incluso, el Estatuto de la Corte Penal Internacional considera la esclavitud un crimen de lesa humanidad (art. 7).

La prohibición de la esclavitud es considerada una norma de *ius cogens* con efectos *erga omnes* que la comunidad internacional en su conjunto debe respetar y, por tanto, todos aquellos países que la incumplan, estarán desobedeciendo una norma imperativa de Derecho Internacional general.

Estas formas de explotación extrema suponen diferentes tipos de atentados contra la propia consideración de persona llegando a quebrantar la capacidad de autodeterminación del ser humano y convirtiéndolo en una “*res*” con la que se puede mercadear. De este modo, se ven afectados distintos objetos de tutela entre los cuales destacan la dignidad humana, la integridad moral, la seguridad, la libertad y otros tantos según sea la forma de sometimiento extremo a la que se ve arrastrado el ser humano.

Una de las bases de este trabajo de investigación es precisamente definir un bien jurídico objeto de tutela de la norma en cada una de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” que se analizan.

Tal y como se ha puesto de manifiesto, el término “Formas Contemporáneas de Esclavitud” puede generar cierta confusión pues alude a una serie de conductas que derivan de la esclavitud. Sin embargo, esas “formas” son diferentes manifestaciones de sometimiento extremo de la persona que pueden llegar a ser consideradas esclavitud tal y como ha quedado definida en este trabajo o no. Esto dependerá del grado en el que se vea afectado el bien jurídico protegido. Es decir, cada forma de explotación extrema llega a someter a la persona a un nivel de control diferente, por lo que no todos los comportamientos que engloban las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” pueden ser

considerados esclavitud en sí misma, ya que el objeto de tutela se verá quebrantado en mayor o menor medida en unos comportamientos que en otros, siendo precisamente esa distinción la que traza la línea entre unos tipos delictivos y otros.

De este modo, existe un escalonamiento de los comportamientos que, siendo todos ellos gravísimos atentados contra los derechos humanos, afectan en distinto grado al sujeto pasivo, quedando la esclavitud situada por encima del resto por el grado de control al que se somete a la persona y la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de personas, por ese orden, el resto.

Por todo lo expuesto se ha realizado un amplio estudio sobre el concepto de bien jurídico comenzando por la propia definición de lo que se entiende por “bien jurídico” hasta pasar por las diferentes funciones en base a las propuestas resultantes según la dicotomía funcional dogmática vs política criminal que han llevado a diferentes concepciones tales como la constitucionalista, la personal y otras concepciones actuales, concluyendo que la concepción procedimental permite justificar la protección de los derechos humanos sobre los que se establecen los diferentes procesos normativos y programas ético-políticos complementando esta concepción discursivamente al reconocerse una nueva generación de derechos humanos. Con lo cual quedaría integrado el concepto procedimiento legítimo, derechos humanos y principio discursivo delimitando un marco que vinculara al legislador y que estableciera límites negativos y orientara de forma positiva la intervención.

Décima. Para llegar a definir un bien jurídico que englobe todas las violaciones de derechos humanos que se producen a través de estos atentados a la persona, la primera pregunta que se debe responder es si aparece un solo bien jurídico para todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” o si cada una de ellas afecta de manera distinta a un “interés personal” que el Derecho Penal debe proteger.

En aras de encontrar respuestas a este dilema, en primer lugar, se realiza un estudio de derecho comparado analizando la ubicación sistemática de estos delitos en los diferentes textos punitivos de países de nuestro entorno jurídico. Tras ello se hace un análisis de la jurisprudencia del TEDH para conseguir una aproximación al bien jurídico que tutelan las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” a través del contenido de las sentencias. Y, por último, se hace un estudio del delito de trata de seres humanos como única forma de sometimiento extremo que hasta el momento se encuentra recogida en nuestro Código Penal.

En base a la ubicación sistemática de los delitos analizados en los distintos Códigos Penales se infiere que existe una unidad de bien jurídico que sobresale por encima del resto, siendo este la libertad. Todas las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” se incorporan en un mismo Capítulo, ya sean de forma separada o como resultado de la trata de seres humanos, lo que nos lleva a deducir que el desvalor de la acción ataca de forma directa a un mismo bien jurídico.

En el análisis de las sentencias del TEDH destaca un elemento común a todas las violaciones, ya que, el control de la persona supone, por encima de todo, una pérdida de libertad, existiendo una equidad entre la “calidad” de la relación y la pérdida de libertad que se refleja en el grado de control a la que se ve sometida la persona.

Undécima. En cuanto al delito de trata de seres humanos existe una gran cantidad de opiniones en esta materia que pueden agruparse en varios sectores doctrinales.

Aquellos que defienden la integridad moral como bien jurídico protegido basan su argumento en la difícil aprehensión de la dignidad como concepto jurídico y su falta de carácter de derecho fundamental además de en la relación existente entre el trato inhumano y degradante y la trata de seres humanos. Este derecho carece de la capacidad de incluir todos los intereses quebrantados en las formas de sometimiento extremo suponiendo un derecho excesivamente limitado y poco funcional quedando fuera del ámbito de protección aquellos aspectos que no pertenecen a la esfera más personal del individuo, es decir, aquellas decisiones que se refieren a la propia libertad de autodeterminación personal.

Otro sector doctrinal erige el derecho a la dignidad como objeto de tutela justificando esta opción en el carácter “estrecho” de la integridad moral ante las diferentes vulneraciones que supone el delito de trata, además de que en la normativa internacional se nombra a la dignidad tanto en los instrumentos europeos como internacionales de forma reiterada, siendo mencionado expresamente en el preámbulo de la ley de reforma que incorpora el delito de trata en nuestro Código Penal. Sin embargo, la incapacidad terminológica del concepto de dignidad, su aplicación informadora, su fundamentación en los derechos de la persona y su entendimiento como principio material de justicia que limita las intervenciones punitivas del legislador e informador del ordenamiento jurídico, justifican que el derecho a la dignidad no puede ser protegido de forma directa por el Derecho Penal, siendo tutelables únicamente aquellos derechos en los que este se manifiesta.

Por último, otro amplio sector doctrinal entiende que en el delito de trata deben protegerse varios intereses a la vez, ya sea frente a su lesión o frente a su puesta en peligro. Este grupo de autores considera que el bien jurídico es la libertad, la dignidad o la integridad moral además de otros derechos de carácter secundario que son puestos en peligro según sea la finalidad de la trata. Podrían agruparse en los siguientes apartados según sean los derechos tutelados: libertad y dignidad-integridad moral y libertad-dignidad/integridad moral y otros derechos específicos. A este grupo doctrinal se le crítica que el bien jurídico en el delito de trata debe ser independiente de aquellos que pudieran quedar vulnerados según sea la finalidad de explotación al no ser esta necesaria para la consumación del delito.

Duodécima. La conclusión a la que se llega en este trabajo de investigación es que existe un amplio abanico de derechos humanos básicos cuando una persona es sometida a una “Forma Contemporánea de Esclavitud”. Entre esa amalgama de

derechos se sitúa en un lugar nuclear que podría englobar y erigirse como estandarte el término de libertad en sentido amplio, de libertad como razón de ser para toda persona y que se concreta en el concepto de “*status libertatis*”. La tutela de este bien jurídico supone observar bajo un mismo halo de protección un objeto de tutela polifacético o pluriofensivo en el cual se incluyen una serie de derechos, intereses y valores tales como la dignidad humana, la integridad moral, el derecho a la vida o a la personalidad jurídica, la seguridad, etc.

Este derecho a la libertad incorporado al “*status libertatis*” debe ser entendido como un conjunto de “atributos o extensiones” de diferentes derechos relacionados con la misma que son violados en todo el conjunto de “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y, por ende, en el delito de trata, constituyendo una “cadena de violaciones” según sean los comportamientos que se van sucediendo en cada tipo delictivo viéndose afectadas cada una de las manifestaciones del derecho a la libertad de forma continuada y gradual.

Todas esas “extensiones de la libertad” son un conjunto de “derechos propios de la libertad” y en la fase final de explotación extrema se ven completados por la vulneración de otros derechos humanos básicos según sea el tipo de sometimiento extremo al que se vea sometida la persona. Ese conglomerado de derechos es agrupado en un concepto unificador de bienes tutelables que es el “*status libertatis*” y los diferentes valores que lo componen se verán afectados en uno u otro grado según sea la explotación extrema que se lleve a cabo sobre la persona.

Decimotercera. Situadas las diferentes “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y el bien jurídico que protegen, se analiza la única manifestación que existe en nuestro Código Penal: la trata de seres humanos. Para ello se hace un recorrido por todo el proceso legislativo que ha llevado a configurar el tipo delictivo tal y como lo conocemos hoy día, siendo el único instrumento que poseen los jueces y tribunales para luchar contra todas las formas de explotación extrema que se incluyen en este trabajo, incumpliendo así la normativa internacional.

Tras analizar todas las implicaciones y perspectivas del delito de trata de personas se hace un estudio de su concurrencia con otros tipos delictivos con los que habitualmente confluye para observar posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente en materia de trata de personas e investigar de qué manera se castigan los comportamientos delictivos en el ámbito de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, resultando que lo que supone un verdadero sometimiento a esclavitud se castiga como un delito de trata de seres humanos en concurso con un delito de prostitución forzada o con un delito contra los derechos de los trabajadores y denotando la necesidad perentoria de introducir tipos delictivos que castiguen de forma autónoma cada una de las comportamientos que suponen un sometimiento extremo.

Más aún, al no estar tipificado el delito de sometimiento a esclavitud, a servidumbre o a trabajo forzoso, se está castigando más el proceso por el que se puede

explotar a una persona que la explotación en sí misma, al existir un delito de trata, pero no estar castigadas sus posibles finalidades de explotación. Utilizando nuestros operadores jurídicos las únicas herramientas a su disposición, a saber: la trata, la prostitución forzada y los delitos contra los derechos de los trabajadores además de un posible delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Decimocuarta. Por todo ello y por la obligación del Estado español de incluir los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, se realiza una propuesta de *lege ferenda* para reformar el Código Penal e incluir tipos delictivos autónomos que castiguen las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

Se propone incorporar un nuevo Título VI *bis* que incorpore los diferentes artículos de mayor a menor afectación del bien jurídico protegido “*status libertatis*” y que se titule “De los atentados contra la libertad en sentido amplio y la personalidad individual”, quedando compuesto por un art. 172 *quáter* para castigar la trata de seres humanos regulada tal y como aparece actualmente en nuestro Código Penal pero con algunos cambios a nivel técnico; el art. 172 *quinquies* castigaría el delito de trabajo de forzoso; el art. 172 *sexies* para punibilizar el delito de servidumbre; el art. 172 *septies* que establezca un delito de sometimiento a esclavitud; y, por último, el artículo 172 *octies* que disponga las disposiciones comunes de todos los delitos anteriores.

El contenido de los artículos es redactado en base a la interpretación que se ha hecho de los instrumentos normativos internacionales y del análisis de las sentencias de los diferentes Tribunales Internacionales, además de acudir al Derecho comparado para el estudio de las tipificaciones de las diferentes categorías delictivas en este ámbito.

Decimoquinta. Una vez incorporados al Código Penal, los nuevos delitos deberán relacionarse con otros muchos que encuentran en su parcela de influencia bienes jurídicos que se verán afectados en el proceso delictivo que se lleva a cabo en las distintas formas de sometimiento extremo.

La forma de relacionarse los unos con los otros y los concursos que pueden plantearse es, sin duda, una de las tareas más complejas de las que se aborda en este trabajo de investigación, siendo la primera intención la de proponer una solución como inicio de una discusión doctrinal que pueda (y deba) plantear los posibles concursos existentes entre todo el conjunto de delitos que conllevan estas “Formas Contemporáneas de Esclavitud”.

El problema que encontramos es la cantidad de bienes jurídicos afectados en todo este catálogo delictivo sumado a que la incorporación de las nuevas figuras delictivas en el Código Penal se realiza sin tener en consideración una vista global del Código, de forma que no se tiene en cuenta que lo que se está añadiendo puede ya haber sido establecido con anterioridad.

Llegados a este punto, la línea que separa qué figuras delictivas son consideradas “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y cuáles no, debe ser la intensidad en la

afectación de los bienes jurídicos protegidos, puesto que, en cada sometimiento extremo se verá afectado el “*status libertatis*” de forma gradual y, en el resto de delitos que concurren con estas formas, el bien jurídico protegido, si bien cercano, será otro y será afectado de forma concreta o en menor grado que el anterior. Lo cual dependerá de una serie de factores como los medios comisivos, la situación del sujeto pasivo y, destacando por encima del resto, la naturaleza de la relación entre el autor y la víctima, teniendo en cuenta que si existe un control equivalente a posesión estaremos ante un caso de sometimiento a esclavitud propiamente dicho.

Entendido esto, se llega a la conclusión de que el análisis del comportamiento delictivo debe discriminar entre aquellas conductas que deben ser incorporadas al propio proceso de sometimiento extremo debido al cauce típico propio de la acción y aquellos comportamientos que aparecen como formas criminales concurrentes pero que no quedarán englobadas en la acción típica del delito, apareciendo diferentes parcelas delictivas cuyas fronteras permiten separar los diferentes actos delictivos para quedar incorporados a los nuevos delitos, o bien, para ser concursados con los mismos.

En la sistemática de la propuesta concursal se distingue entre aquellos delitos cometidos durante el propio proceso de sometimiento, necesarios para llegar a tener el dominio de un ser humano y explotarlo de forma extrema, y aquellos otros que quedan fuera de este ámbito y que concurren de forma habitual con los nuevos delitos.

Resulta evidente que para controlar a una persona y llegar a someterla hasta tal punto que se produzca una forma de dominio absoluta, se verán afectados una serie de bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la integridad moral, la dignidad, la libertad, la libertad e indemnidad sexual, vinculados a distintos tipos delictivos que se solaparán con los actos criminales que venimos estudiando. Precisamente por ello, será necesario un análisis preciso del tipo de delito ante el que nos encontramos.

Decimosexta. En cuanto a los delitos que aparecen durante el propio proceso de sometimiento, serán todos aquellos considerados “necesarios” para llegar a lograr el control, dominio y sometimiento extremo de la persona. Para lograr ese sometimiento y posterior sometimiento, el sujeto pasivo verá quebrantados una serie de derechos u objetos de tutela propios de otros delitos tales como aquellos que protegen la libertad como las coacciones, las amenazas, las detenciones ilegales o los secuestros o delitos contra la integridad física de la persona como las lesiones o contra la integridad moral como las torturas o el trato degradante. También podrían aparecer delitos contra la intimidad de la persona e incluso, en pos de conseguir reducir a la víctima, delitos contra la libertad sexual utilizados como medio de dominio de la voluntad del individuo o llegar a cometerse un homicidio consumado o en grado de tentativa.

Debido a los medios comisivos propios de estas nuevas formas delictivas y la intensidad aplicada a la reducción del ser humano a mero objeto, todos estos tipos delictivos pueden aparecer para cometerse un solo delito “contra la libertad en sentido amplio y la personalidad individual”. Por lo tanto, para analizar cuál será la

conurrencia existente entre estos delitos y las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” habrá que desentrañar qué delitos se deben a la propia conducta de sometimiento extremo y qué otros son un añadido distinto e innecesario para someter a la persona. Esto es, unos delitos son producto propio e inherente a los delitos contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y deberán quedar consumidos en los mismos. Son a estos precisamente a los que nos referimos como consecuencia del propio sometimiento, puesto que si se castigaran de forma separada estaríamos concurriendo en una violación del principio “*non bis in ídem*.”

Hablamos de delitos contra la libertad tales como amenazas, coacciones, detenciones ilegales o secuestros o aquellos otros delitos contra la integridad moral como el trato degradante

En el caso de los delitos contra la integridad física de la persona, como las lesiones, no siempre resultará necesario para cometer los delitos objeto de estudio que el autor agrede físicamente a la víctima para lograr su objetivo de dominación, en este caso podrían quedar consumidas aquellas lesiones de menor gravedad propias del encierro o del forcejeo con la víctima y aquellas otras lesiones que vayan más allá del propio curso delictivo deberán concurrir con los delitos de sometimiento extremo a través de un concurso real si se producen en un momento diferente al de la acción típica o ideal si se ha producido en el propio curso.

Con respecto a un posible delito de homicidio doloso o imprudente, o incluso en grado de tentativa, resulta evidente que quedaría fuera del ámbito delictual propio de las “Formas Contemporáneas de Esclavitud”, por lo que también debería aparecer un concurso ideal de delitos.

Por último, aquellos otros delitos que aparezcan con ocasión o aprovechamiento de la propia red delictiva de los autores tales como tráfico de drogas o de armas, tampoco quedarían englobados en los nuevos tipos delictivos, pudiendo concurrir con estos a través de un concurso medial al cometer un delito como medio necesario para cometer otro.

Decimoséptima. Quedaría por resolver qué sucede con aquellos delitos que no forman parte del catálogo delictivo propio y necesario de los comportamientos criminales de los delitos “contra la libertad en sentido amplio y la personalidad individual”.

La sistemática de este estudio hace necesario dividir su análisis en aquellos delitos propios de la explotación laboral y aquellos otros propios de la explotación de naturaleza sexual, objetivos típicos de todas las formas de sometimiento o explotación extrema estudiados.

Con respecto a la concurrencia con los delitos de explotación laboral de los arts. 311 y 312 CP, estos protegen, de forma genérica, el derecho del trabajador a unas condiciones dignas, bien jurídico que poco o nada tiene que ver con el “*status*

libertatis”. Por otra parte, los sujetos pasivos también podrían ser distintos ya que en el art. 311 CP parece existir una relación laboral en la que las condiciones son manifiestamente ilegales por lo que se deduce que hay una “explotación laboral”, sin embargo, en el delito propuesto para el castigo del trabajo forzoso la persona sometida no tiene porqué estar vinculada por ninguna relación laboral previa, ni tampoco en los posibles delitos de servidumbre o sometimiento a esclavitud.

De todo lo cual se deduce que los tipos delictivos de los arts. 311 y 312 no deben quedar consumidos por los nuevos tipos de sometimiento extremo al tener parcelas distintas de protección concurriendo a través de un concurso ideal de delitos para que el contenido del injusto quede plenamente contemplado.

Decimoctava. En cuanto a la concurrencia con los delitos de explotación de naturaleza sexual, las últimas sentencias del Tribunal Supremo en el caso de la trata de seres humanos vienen aplicando un concurso ideal entre el delito contra la libertad e indemnidad sexual y el propio delito de sometimiento extremo. Sin embargo, como ha terminado expuesto en este trabajo de investigación, al pensar en la naturaleza de la relación que se establece entre la persona prostituida y el autor del hecho y analizar qué comportamiento criminal aparece, no se encuentra diferencia entre el delito de prostitución forzada y las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” siempre que para lograr el sometimiento de la persona prostituida se haya utilizado violencia o intimidación. La persona prostituida es una víctima más de un sometimiento extremo que se encuentra plenamente dominada estableciéndose una relación de control, en muchos casos, equivalente a posesión, elementos típicos del delito de sometimiento a esclavitud. De este modo, el tipo delictivo de la prostitución forzada quedaría incorporado a los delitos “contra la libertad en sentido amplio y la personalidad individual” quedando el art. 187.1 para castigar aquella forma de explotación de naturaleza sexual que aparece cuando la persona ha sido engañada reduciéndose este ámbito delictivo a un posible delito de prostitución fraudulenta o abusiva al aprovecharse el autor de su vulnerabilidad o situación y utilizando como medios comisivos el fraude o el engaño y no la violencia o la intimidación.

Es por ello que se propone la reforma del art. 187.1 para que contemple aquellos comportamientos delictivos denominados como prostitución abusiva o fraudulenta y que la llamada prostitución forzosa, es decir aquella que aparece cuando se utiliza la violencia o la intimidación, pase a formar parte de las conductas criminales tipificadas como “Formas Contemporáneas de Esclavitud” al cumplirse todos los elementos necesarios de estos tipos delictivos. Además, en el art. 187 *octies*, que recoge las disposiciones comunes, existe una agravante específica para aquellos casos en los que la víctima sea sometida con la finalidad de explotarla sexualmente, puesto que se considera que existe mayor desvalor de acción, mayor contenido de injusto y mayor afectación al bien jurídico protegido. También se incorpora en este mismo artículo la figura del proxeneta y de todo aquel que, de una u otra forma, consiga un beneficio de cualquier tipo por la explotación extrema de la persona prostituida y el resto de agravantes específicas que se encontraban establecidas en el art. 187.

Así las cosas, el único concurso que podría existir sería el del delito contra las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” y la prostitución abusiva o fraudulenta, que debería resolverse a través de un concurso aparente de normas puesto que el bien jurídico protegido por el delito de prostitución abusiva es ciertamente cercano al “*status libertatis*” y, desde el momento en el que la víctima sea sometida a cualquier violencia o intimidación, pasaríamos a hablar de un delito de sometimiento extremo quedando el comportamiento anterior englobado en el propio cauce típico del delito.

En el caso de los menores de edad, desaparece el contenido del apartado 2 del artículo 188 ya que, como en el caso de los adultos, al aparecer como medios comisivos la violencia o la intimidación estas conductas quedarían englobadas en el contenido de los nuevos delitos propuestos, quedando lo establecido en el apartado 1 de este mismo artículo para el castigo de los casos en los que los menores de edad sean obligados a ejercer la prostitución de alguna otra forma que no quede definida dentro del ámbito de la violencia o la intimidación, no siendo necesario demostrar cuál fue el medio comisivo ya que su consentimiento será, en todo caso, invalidado, configurando así la figura de la prostitución abusiva o fraudulenta.

Decimonovena. Las “Formas Contemporáneas de Esclavitud” son una realidad de nuestro tiempo y deben ser destapadas para lograr su prevención y erradicación. El Derecho Penal supone una humilde herramienta para la prevención y lucha contra estas formas de destrucción de la persona, pero no es la única ni la más importante. El sistema creado por el “nuevo mundo” hace necesario un enfoque multidisciplinar en esta materia en el que concurren diferentes ámbitos de actuación para abordar la cuestión de forma conjunta. En este sentido, el Derecho Penal supone un elemento útil y necesario, pero el cambio de paradigma debe crearse partiendo de una perspectiva global del fenómeno.

El legislador español ha venido incumpliendo el Derecho Internacional general al no castigar estas conductas criminales y nuestros Tribunales han recurrido, con mejor o peor fortuna, a otros tipos delictivos que no poseen la capacidad punitiva necesaria ni protegen el objeto de tutela correcto. Estos sometimientos extremos quedan al margen de otras formas de explotación porque son los únicos tipos delictivos en los que la víctima no tiene libertad para cambiar su vida. En mayor o menor grado, esa sensación de ser incapaz de sortear tu destino, es la que define la naturaleza de la relación entre víctima y autor.

Se ha realizado una propuesta de *lege ferenda* para incorporar estos comportamientos delictivos con el único objetivo de crear un necesario debate doctrinal y castigar estas conductas con la proporcionalidad necesaria, cumpliendo los requisitos que dictan nuestros principios jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA (por orden alfabético).

ABOSO, G.: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Baigún, D. /Zaffaroni, E. (Dir.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008.

ALCÁCER GUIRAO, R. “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito”. Ed. Atelier, 2003.

AGUADO LÓPEZ, S.: “Tráfico de órganos humanos”. Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal parte especial. Volumen 1*, 2ª Ed. Iustel, Madrid, 2016.

ALLAIN, J.: “The Definition of Slavery”. *General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute*, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, 2007.

- “Slavery and the League of Nations: Ethiopia as a Civilised Nation”. 8 *Journal of the History of International Law*, 2006.
- “A Legal Consideration of Slavery in Light of the Travaux Préparatoires of the 1926 Convention”, *Wilberforce Institute*, Hull, 2006.
- “On the Curious Disappearance of Human Servitude from General International Law”. *Journal of the History of International Law*, Nº 11, 2009.
- “The Definition of Slavery in International Law”. *Howard Law Journal*, vol. 52, 2009.
- *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013.
- Opinión Jurídica del Testigo Experto para la República Federal de Brasil. Human Rights Centre, School of Law Queen’s University, Belfast. En el caso de, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 12 de febrero de 2016. Traducción por Bedmar Carrillo, E. (Universidad de Granada).
- “Decolonisation as the Source of the Concepts of Ius Cogens and Obligations Erga Omnes”, en *Ethiopian Yearbook of International Law*, Springer, Chan, 2017, pp. 33-59.
- “Slavery and It’s Obligation Erga Omnes”, en *The Australian Yearbook of International Law*, Vol. 36, Nº 1, 2019.

ALLAIN, J./BALES, K.: “Slavery and it’s definition”. *Global Dialogue*, Volume 14, Number 2, Summer/Autumn, Queen's University Belfast Law Research Paper No. 12-06 2012.

ALLER, G.: “Aspectos dogmáticos sobre el consentimiento”. *Coloquios penales. Cuestiones penales, político-criminales y criminológicas*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2010.

ÁLONSO ALAMO, M.: “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “¿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 La Ley*, 2007.

- “Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”. *Revista General de Derecho Constitucional*, nº12, 2011.

AMANS, C./NAGER, S.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Elbert, C.A. (Dir.), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2009.

AMELUNG, K.: “El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”. HEFENDEHL (Coord.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*

ARANGO Y PARREÑO, F. D.: *Obras. Imagen Contemporánea*, volumen II, La Habana, 2005.

ARCOS RAMÍREZ, F.: “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita” en *El Derecho Penal ante las Formas Contemporáneas de Esclavitud*, E. Pérez Alonso (dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguado, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

ARISTOTELES: *La Política*, Alba (Colección Literatura universal Alba), Alcobendas, 1999.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J./ARRIETA IDIAKEZ, 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.

ARROYO ZAPATERO, L.: “Propuesta de un euro-delito de trata de seres humanos”, en Arroyo Zapatero, L. /Berdugo Gómez de la Torre, J.R. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. II. Cuenca, 2001.

BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*. Siglo Veintiuno de España editores, Madrid, 2000.

- “No one shall be held in slavery or servitude: a critical Analysis of international slavery agreements and concepts of slavery”. *Understanding Global Slavery: A reader*. University California Press, 2005.

BALES, K./SOODALTER, R.: *The slave next door. Human trafficking and slavery in America today*. University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2009.

BALES, K./TRODD, Z./WILLIAMSON, A.K.: *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*. One world, Oxford, 2009.

BEAUSONNIE, G.: “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, 2013.

BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 1998.

BEDMAR CARRILLO, E.: “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”. *La Ley Penal*, nº 94-95, sección legislación aplicada a la práctica, junio-julio 2012.

- “Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud”. *El Derecho ante las Formas Contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarate Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

BENÍTEZ, V.H.: “Trata de personas. Confluencia de figuras”. *El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 2009.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Morillas Cuevas, L. (Coord.). Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

BINDING, K.: “*Die Normen und ihre Übertretung*”, Bd. I, reimpr. de la 4ª ed. de Leipzig, de 1922. Aalen, 1965.

BIRNBAUM, J.: “Über das Erfordmidriner Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkrankung”. *Archiv des Criminal rechts. Neue Folge*, 1834.

BORONAT TORMO, M. /GRIMA LIZANDRA, V.: “La esclavitud y la servidumbre en el derecho española propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“Siliadin c/ Francia”): un caso de trabajo doméstico servil”. Carbonell Mateu, J.C./González Cussas, J.L./Orts Berenguer, E./Cuerda Arnau, M.L. (Coords), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BÖSE, M.: “Trafficking in humans beings in Germany”, en *The evolution of European criminal law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in humans beings*, Ed. Weyenbergh y Santamaría, Bruselas, 2009.

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.

BRADLEY, K.: *Esclavitud y sociedad en Roma*. Editorial Península, Grupo planeta, Barcelona, 1998, p. 17.

BRICOLA, F.: “Teoria generale del reato”. *Separata del Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1994.

BUCKLAND, W.W.: *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian*. Cambridge University Press, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Trotta. Madrid, 2006.

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.

CANNEVALE, A. G./LAZZARI, C.: “Schiavitù e servitù en el Diritto Penale”. *L'indice Penale*, Fas. 1, Italia, 2006.

CANO GALÁN, Y.: “Prostitución voluntaria y contrato de trabajo”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A./Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

CANOSA USERA, R.: “Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado: un ejemplo de integración entre tratados internacionales. (Comentario al art. 4)”. García Roca, J./Santolaya, P. (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2ª Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

CARMONA SALGADO, C.: “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual”. Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), Pérez Alonso, E. (Coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CARPIO BRITZ, D.: “Artículo 172 bis”. Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S., (Dirs.), *Comentarios al CP. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CARUSO, G.: *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale. Contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003*, n. 28, Cedam. Padova, 2005.

CASADEI, T.: “La nueva esclavitud”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 43, 2009.

- “Sujetos vulnerables, trata y formas contemporáneas de esclavitud: El papel de las instituciones”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguardo, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

CASTELLANOS, L.: “Aumenta la trata de niñas indígenas”, en *El Universal*, México, 2011.

CASTELLÓN NICÁS, N.: *El concurso de normas penales*. Ed. Comares, Granada, 2000.

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.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. 6ª. Ed. Tecnos. Madrid, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “La criminalidad Organizada. Concepto. Asociación Ilícita. Problemas de autoría y participación”. *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 2001

- *La organización criminal. Tratamiento Penal y procesal*. Dykinson. Madrid, 2000.

CIAMPA, G.: *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Jovene, 2008.

COLOMBO, M./MANGANO, M.A.: “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público*, año 7, número 11, Buenos Aires, Argentina, 2010.

COMISIÓN DE IGUALDAD Y DERECHOS HUMANOS DE AUSTRALIA: *Submission in Support of the Application for Leave to Intervened and Submission on the Appeal*, Commonwealth Director of Public Prosecution v Wei Tang, High Court of Australia, Melbourne, 5 Mayo de 2008.

COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA: *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos*. 15º Período de sesiones, Consejo Económico y Social, ONU, 26 de abril de 2006.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México*, México, diciembre, 2013.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencia*, Gulnara Shahinian, Misión especial en Mauritania, ONU, 2009.

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, 2014.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro, 17 de julio, 2020.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*.

CORREA BORGES, P. C.: “Legislación penal para la lucha contra la trata de personas en la región de UNASUR”, *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Pérez Alonso, E/Pomares Cintas, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CUADRADO RUIZ, M.: “El delito de matrimonio forzado”, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

CUERDA ARNAU, M.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CUERDA RIZEU, A.: “El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990”, *Anuario Derecho Penal Y Política Criminal*, núm. 44, 1991.

CUGAT MAURI, M.: “Trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”. Quintero Olivares, G. (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur, Menor 2010.

D´ALESSIO, A.: *Código Penal de la Nación comentado y anotado*. Ed. La Ley, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 2009.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código Penal”, en Zuñiga Rodríguez, L./Gorió Barranco, M.C./Fernández García, J. (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2011.

- *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Ed. Comares, Granada, 2009.

DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: “XIX. El delito de matrimonio forzado”. Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 23-08, 2021.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, C.: “Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre”. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*.

DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE LUCAS, J.: “La lucha contra la discriminación”. *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, CGPJ, 1999 pp. 150 y ss.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*. Gómez Tomillo, M. (Dir.) Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN: *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*. México, 2012.

DÍAZ MORGADO, C.: *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis Doctoral Universidad de Barcelona, 2014.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*. Ed. Trotta. Madrid, 2003.

- “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”. *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 6, 2000.

- “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y Legislación española”. *Revista Penal*, Nº2, 1998.

- *Los delitos de lesiones*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DOCKES, P.: *La liberación medieval*. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

DOLCINI, E/MARINUCCI, G: *Codice Penale Commentato*, Ed. Wolters Kluwer, Italia.

DONINI, M.: “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional. Razones y límites: La experiencia italiana”. *Revista penal Dialnet*, Nº 8, 2001.

ELTIS, D. y otros: *Atlas of the Transatlantic Slave Trade*. Yale University Press, New Haven, EEUU, 2010.

ESQUINAS VALVERDE, P.: “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código penal alemán (§ 233 Strafgesetzbuch)”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguado, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

- “El nuevo delito del art. 172 bis como modalidad de violencia contra la mujer”, *Formas Contemporáneas de Esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dirs.), P. Mercado Pacheco e I. Ramos Tapia (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

- “El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-32, 2018.

FARIÑAS DULCE, M. J.: *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

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.

FELLINI, Z.: *Delito de trata o tráfico de niños*. Ed. Hammurabi. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007.

FERRERES COMELLA, V.: *El Principio de Taxatividad en Materia Penal y el Valor Normativo de la Jurisprudencia (una Perspectiva Constitucional)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

FIANDACA, G./MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bolonia, 2011.

FINLEY, M.: *Esclavitud antigua e ideología moderna*. Editorial Crítica, Barcelona, 1982.

FIRSCH, W.: “Bien jurídico, derecho, estructura del derecho e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en HEFENDEHL (coord.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martíne Íñigo Ortiz de Urbina. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2007.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de extranjería e inmigración*. España, 2011.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 1/2002 ante el problema concursal planteado entre el art. 318 bis. 5 y el 515 CP*. España, 2002.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, España, 2017.

FISCHER, A.: “The supression of slavery in International Law”. *International Law Quarterly*, 1950.

FLORES, E./ ROMERO, M.: “Trata de personas con fines de explotación”. Ed. Lerner, Córdoba, Argentina , 2009.

FUNDACIÓN WALK FREE: *Global Slavery Index 2018. Modern Slavery: A hidden everyday problem*, 2018.

GARCÍA ALBERO, R.M.: “El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)”. Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

- *Non bis in idem material y concurso de leyes*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1995

GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*. M García Arán (Coord.) Comares, Granada, 2006.

- “Esclavitud y tráfico de seres humanos”. Octavio de Toledo, E./ Gurdiel Sierra, U.M./Cortés Bechiarelli, E. (Coords.), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- “Trata de personas y regulación de la prostitución”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA GARCÍA, C.: “El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Universidad de Murcia, Departamento de Derecho Civil*, Murcia, 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas, Madrid, 2004.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. en “Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)”, en *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, nº69, 1983.

GOMEZ NAVAJAS, J.: “Inmigración ilegal y delincuencia organizada”, *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLES RUS, J.J.: *La Criminalidad Organizada*. Tirant Monografías, 877, Valencia, 2013.

- *Bien jurídico y Constitución: (bases para una teoría)*. Fundación Juan March. Madrid, 1983

GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código penal*. Tomo II. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

GOZZI, M.H.: “La loi du 5 aout 2013: quand l'importance du texte n'emporte pas qualité normative”, *Recueil Dalloz*, Vol. 46, 2013.

GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”. *Revista Actualidad Penal*, 1996.

GRASSO, G./LUCIFORA, A.: “Evaluation of the impact in italy of the 19th July Framework Decision of the trafficking human beings”, en *The evaluation of European criminal law*, Ed. Anne Weyembergh and Veronica Santamaria en l'Université de Bruxelles, Bruselas, Bélgica.

GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Germany*, 22 de marzo de 2021.

- *Report concerning the implementation of the Council of Europe Con-vention on Action against Trafficking in Human Beings by Portugal*. Second Evaluation Round, 2017.

- *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Ac-tion against Trafficking in Human Beings by France*. First Evaluation Round, 2012.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentarios a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 13, 2005.

GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2007.

GUISASOLA LERMA, C.: “Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traduc. sobre la 4ª ed. de Jiménez Redondo, M., Ed. Trotta. Madrid, 1998.

HASSEMER, W.: “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. En *Doctrina Penal*, nº 46/47, 1989.

- “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, 1992.

HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989.

HAYNES, J.: “The Modern Slavery Act 2015: A Legislative Commentary”, *Statute Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2016.

HICKEY, R.: “Seeking to understand the definition of slavery”. *The legal understanding of slavery. From the historical to the contemporary*, Oxford University Press, UK, 2012.

HIRSCH, H.J.: “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

HOHFELD, W. N.: “Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, 1913-14.

HONORÉ, A.: “Ownership”. *Oxford Essays in Juresprudence*, Ed. A.G. Guest, 1961.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”. *Oñati Socio-legal Series*, v. 5, n. 2, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA: *El trabajo infantil en México 1995-2002*. México, 2004.

JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997.

KANT, I.: *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*. Ed. Aguilar, 5ª edición, Buenos Aires, 1978.

KNOSPE, A.: «Die Grenzen des Arbeitsrechts: Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung im Lichte einer interdisziplinären und internationalen Wirkungsanalyse», en *Revista Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts (RdA)* n°. de 2011.

KÜHL, K.; “Strafgesetzbuch Kommentar. Bearbeiter von §233”. *StGB*, Ed. C.H. Beck, n°27, 2011.

LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Ed. Routledge, 1ª edición. Tübinga, 1996.

LAURENZO COPELLO, P.: “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, N°12. 2003.

LE COZ, N. “La repression des atteintes aux personnes dans la loi no 2013- 711 du 5 aout 2013”, *AJ Penal*, 2013.

LEAGUE OF NATIONS: Record of the Fourth Assembly, Meetings of the Committee, Minutes of the Sixth Committee (Political Questions), 19 September 1923

LEAGUE OF NATIONS: *Question of Slavery*. Report of the Sixth Committee. League of Nations Official Journal (Special Supplement 33) Records of the Sixth Assembly: Text of Debates, Nineteenth Plenary Meeting, 26 September 1925.

LEAGUE OF NATIONS: “Draft Convention on Slavery”, Replies of Governments, Reply from the Government of Germany, LofN Doc. A.10(a).1926.

LEAGUE OF NATIONS: Report of the Advisory Comm. of Experts on Slavery, Third (Extraordinary) Meeting of the Advisory Comm., League of Nations Doc. C.189 (I). M.145.1936.VI.B (May 15, 1936), in Publication of the League of Nations VI.B. Slavery, 1936.

LEAGUE OF NATIONS, Annex: Draft Convention, League of Nations Official Journal (Special Supplement 33) Records of the Sixth Assembly: Text of Debates, 26 de septiembre de 1925.

LEAGUE OF NATIONS: Slavery Convention. Report presented to the Assembly by the Sixth Committee, LofN Doc.A.104. VI, 1926.

LEAGUE OF NATIONS: Draft Convention on Slavery, Replies of Governments, Reply from the Government of the Union of South Africa, LofN Doc.A.10(a).1926.VI, 22 de julio de 1926.

LISZT, F.V.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ed. Reus, Madrid.

LÓPEZ CERVILLA, J.M.: “El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313 y 312.2.2º del Código Penal)”. *Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2004.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Thomson Reuters Arazandi, Pamplona, 2016.

LUGARD, F.: “Slavery in Abyssinia”, Mandates, *The Question of Slavery*, League of Nations, 1922.

MANTOVANI, F.: “Delitti contro la persona”. *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Ed. Cedam, 5ª edición, Italia, 2014.

MANTOUVALOU, V., “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, *The Modern Law Review*, Vol. 81, No. 6, 2018.

MAPELLI CAFFARENA, B.: “La trata de seres humanos”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma”. *Revista de derecho y proceso penal*, Nº. 11, Dialnet, 2004.

- *El tráfico sexual de personas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”. Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), Pérez Alonso, E. (Coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- *Prostitución, feminismo y derecho penal*. Ed. Comares, Granada, 2009.
- “El nuevo delito de matrimonio forzado”. Álvarez García, F.J., (Dir.), Dopico Gómez-Aller, J (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Código Penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?”. Suárez López, J.M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I.F., Jiménez Díaz, M.J., Cantero Caparrós (Coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 2, Madrid, 2018.
- “La “prostitución forzada es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible”. En, Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Volumen II, J. de Vicente Remesal, M. Díaz y García Conlledo, J.M. Paredes Castañón, I. Olaizola Nogales, M.A Trapero Barreales, R. Roso Cañadillas, J.A. Lombana Villalba (Dir.), Reus Editorial, Madrid, 2020.

MARGADANTS, G. F.: *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge, México D.F., 1979.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Derecho penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017.

MARTÍ, J.: *Nuestra América*. Editorial Casa de las Américas, La Habana, Cuba, 1974.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 CP*. Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

MARTÍNEZ TAPIA, M.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000.

MARTIÑÓN CANO, G.: “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, *La trata de seres*

humanos en el contexto penal iberoamericano. Pérez Alonso, E/Pomares Cintas, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. *En Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

MAYORDOMO RODRIGO, V.: “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011.

MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Ed. B de F, Montevideo, Uruguay, 2003.

- “Límites del normativismo en Derecho penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7, 2005.

-*Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor, Barcelona, 2006

MODERN SLAVERY ACT: *Explanatory Notes*, Chapter 30.

MORALES PRATS, F./GARCÍA, A.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. 3ª ed., Quintero Olivares, G. (Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”. *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2a, Ed. Dykinson, Madrid.

MOYA GUILLEM, C.: *Trata de seres humanos con fines de extracción de órganos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- *La trata de seres humanos. Análisis criminológico y jurídico penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- “Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación”. *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019.

MUÑOZ CONDE, F.: Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (Coords.). Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

- *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

MUÑOS SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

MUSACCHIO, V.: “Schiavitù e tratta di esseri umani: análisis del fenomeno desingezad”. *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Ed. Guiffré, Italia, 2003.

NAIR, S.: *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía, codesarrollo*. Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010.

NAVARRO FRÍAS, I.: *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Ed. Marcial Pons, Granada, 2021.

NAVARRO, J.A.: “¿Es Qatar un estado esclavista?”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguado, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

NEUMANN, U.: “Alternativas: ninguna: Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico”. *CPC* n° 93.

NIEBOER, H.J.: *La esclavitud como un sistema industrial*. American Economic Association, 1910.

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.

OBOOKATA, T.: *Trafficking in human beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Leiden, Boston, 2006.

- “Trafficking of Human Beings as a crime against humanity: some implications for the international legal system”. *International and Comparative Law Quarterly*, N° 45, 2005.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

OHCHR: *Análisis de algunos conceptos básicos del Protocolo contra la trata de Personas*. Grupo de Trabajo sobre Trata de Personas, 2009.

OHCHR: *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*, Nueva York, 15 de diciembre, 2000.

OHCHR: *La abolición de la Esclavitud y sus Formas Contemporáneas*. David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, 2002.

OHCHR: *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*. Nueva York y Ginebra, 2010.

OHCHR: *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York, 2004.

OHCHR: *Ley Modelo contra la Trata de Personas*. Nueva York, 2010.

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, Informe IB, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra 2005.

OIT: *Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*, 96ª reunión, Informe III (1B), Ginebra, 2007.

OIT: *Informe Estimación mundial sobre el Trabajo Forzoso. Resumen ejecutivo*. Ginebra, 2012.

OIT: *Informe resumen ejecutivo. Los trabajadores domésticos en el mundo: estadísticas mundiales y regionales, y alcance de la protección jurídica*, Ginebra, 2013.

OIT: *Intensificar la lucha contra el Trabajo Forzoso*, 103ª reunión, Informe IV (1), Ginebra, 2014.

OIT: *Informe Ganancias y pobreza. Aspectos económicos del trabajo forzoso*. Ginebra, 2014.

OIT: *Informe Global estimate of forced labour: Results and methodology*, Ginebra, 2017.

OIT: *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso*, (núm. 105), 40ª reunión, Ginebra, 1957.

OIT: *El costo de la coacción*. Informe del Director General Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 98.ª reunión, Informe I (B), 2009.

OIT: *Análisis de los delitos de Trabajo Forzoso y de Esclavitud y otras formas de explotación en Perú*. Proyecto “Del Protocolo a la Práctica: Un Puente para la Acción Global contra el Trabajo Forzoso, Bridge Perú”.

OIT: Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, 103ª reunión, Ginebra, 2014.

OIT/FUNDACIÓN WALK FREE: *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, Ginebra, 2017.

OLAIZOLA NOGALES, I.: “A vueltas con la inmigración clandestina y el nuevo delito de trata de personas”. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013.

ONTIVEROS ALONSO, M: “El Derecho Penal frente a la trata de personas (Problemas técnicos y político criminales)”, en *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, García Ramírez, S. y OÍslas de González Mariscal, O. (coords.),. México, Inacipe, 2011.

- “50 Errores de la Ley General contra la Trata de Personas”, en *Revista Valores*, México, 2014.

ORTS BERENGUER, E.: “Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”. *Derecho penal Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTUBAY FUENTES, M.: *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*. Universidad del País Vasco, 2000.

PAOLA, S.: *Nuove schiavitù e diritto penale*. Università Degli Studi di Bergamo. Ed. Giuffré, Milano, 2014.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO: Directiva 2011/36/UE 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, 5 abril de 2011.

PATTERSON, O.: *Slavery and Social Death. A Comparative Study*. Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982.

PAZ, M./LOWRY, S.: “Reducción a la servidumbre”. *Código penal comentado*, Vitale, G. (Dir.), Revista Pensamiento Penal, 2015.

PENNER, J.: *The idea of Property in Law*. Clarendon Press , 1997

PÉREZ ALONSO, E.: *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguardo, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

- *Formas Contemporáneas de Esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dirs.), P. Mercado Pacheco e I. Ramos Tapia (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

- *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

- *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguado, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- “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.
- “El bien jurídico protegido en el delito de trata”. En *Homenaje al profesor Zugaldía Espinar*, 2021, (en prensa).
- “La trata de seres humanos en el Derecho Penal español”. Villacampa Estiarte, C. (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tras la reforma de la L.O. 1/2015”, *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conllego, M./Paredes Castañón, J.M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M.A./Roso Cañadillas R./Lombana Villalba J.A. (Dirs.), Ed. Reus, Madrid, 2020.
- “Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexualmente remuneradas con menores”. *RDPCrim.*, nº 17, 2017

PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2004.

PÉREZ MACHÍO, A.I./DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los conceptos que lo definen”. *Servicio Editorial Universidad del País Vasco*, 2005.

PICOTI, L.: “I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana” en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, Ed. Franco Angeli, Italia, 2007.

- “Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali tra normativa interna ed internazionalne “. *L'indice Penale*, Italia, 2007.

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.

POMARES CINTAS, E.: *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

- “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Artículos Nº 13-15, Año 2011.
- *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Delitos contra los derechos de los trabajadores”. Álvarez García, J. (Dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- “Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguado, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

PROCURADURÍA PARA EL COMBATE DE LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS (PROTEX): *Nueva Ley de Trata de Personas*, Ministerio Público Fiscal, Argentina, 2012.

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, Argentina, 2017.

PULITANO, D.: “Quale scienza del Diritto penale?”. *Criminalia Annuario di scienze penalistiche*, Italia, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ; J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*. 6ª edición, Ed. Atelier, Barcelona 2010.

QUESADA MONGE, R.: *Globalización y deshumanización: Dos caras del capitalismo avanzado*. Costa Rica, EUNA, 1998.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 5ª edición, Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2005.

RED DE INVESTIGACIÓN SOBRE LOS PARÁMETROS LEGALES DE LA ESCLAVITUD: *Guidelines-Bellagio Harvard* 2012. Traducción al español por Eulogio Bedmar Carrillo (Universidad de Granada) y Carlos Espaliú Berdud (Universidad Internacional de Catalunya).

RENZIKOWSKI, J.: “Die Reform der Straftatbestände gegen den Menschenhandel” en *JuristenZeitung*(JZ), nº 18, 2005.

REQUEJO NAVEROS, M.T.: “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en Alcácer Guirao, R./Martín Lorenzo, M./Valle Mariscal De Gante, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015.

- “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: aciertos, desaciertos y proyectos de reforma”. Valle Mariscal De Gante, M./Bustos Rubio, M. (Coords.), *La reforma penal de 2013*, Universidad Complutense de Madrid, 2014

REQUENA ESPADA, L./GIMÉNEZ-SALINAS, F./ ANDREA y DE JUAN ESPINOSA, M.: “Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012.

RESTA, F.: *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Ed. Giuffrè Editore, Italia, 2008.

REYES IBÁÑEZ, E.: “Hacia una reflexión de la trata de personas a la luz de los derechos humanos”, en Orozco, R. (coord.), *Trata de personas*. México, Inacipe, 2011.

RIVERA, E./MARTÍNEZ, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2010.

RODRÍGUEZ BENOT, A./HORNERO MÉNDEZ, C.: *El nuevo Derecho de Extranjería*. Ed. Comares. Granada, 2001.

RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por los funcionarios públicos*, Ed. Comares. Granada, 2000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: “Ley de extranjería y derecho penal”. *La Ley*, diario N° 5261, 2001.

RODRÍGUEZ MORALES, H.: “El impacto de los derechos humanos ante la fenomenología de la esclavitud moderna”. *Cuadernos de Dereito Actual*, nº 9, 2018.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al art. 15 de la CE”. En Alzaga Villamil, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984.

ROMANO, B.: “Riflessioni penalistiche le misure contro la tratta di persone”. *L'indice Penale*, Fas. 2, Italia, 2006.

TORRES ROSELL, N.: “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 2015.

- “El art. 172 bis”. Quintero Olivares, G.,(Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed. , Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

ROXIN, C.: “Was darf der staat unter strafe stellen? Zur legitimation von strafdrohungen”. Pérez Álvarez, F. (Coord.) *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.

- ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. Hefendehl, R. (Coord.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Ed. Marcial Pons, 2007, pp. 447-448.

RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsguts Begriffs”. *Festschrift fur Richard. M. Honig zum 80, Geburtstag*, Gottingen, 1970.

- “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”. *Nuevo pensamiento penal*, Traduc. BACIGALUPO, n° 5 a 8, 1975

SACO, J.A.: *La Historia de la Esclavitud*. Ediciones Espuela de Plata, Sevilla, 2009.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005.

SÁNCHEZ-PRIETO, P./DÍAZ MORENO R./BELSO TRUJILLO, E.: *Edición de textos alfonsíes*. Real Academia Española: Banco de datos (CORDE). Corpus diacrónico del español. Siete Partidas.

SCHÖNKE, A./SCHRÖEDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*,§232, nm. 6. Verlag C.H. Beck, 27, Neu bearbeitete Auflage, München, 2006.

SANTANA VEGA, D.: “El nuevo delito de trata de seres humanos (L.O. 5/2010)”, *Cuadernos de Política Criminal*, Número 104, II, Época II, Octubre, 2011.

- “La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”. *Nova et Vetera* 20(64), 2011

SECRETARÍA DE TURISMO UNIVERSIDAD DEL CARIBE: *Propuesta técnica para las asesorías para identificar los factores que permiten la trata de personas en el Sector Turístico*, ap. III, t. I, México, 2011.

SERRA CRISTOBAL, R./LLORGIA GARCÍA, P.: *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*. R. Serra Cristóbal y P. Lloria García (Coords.), Madrid, 2007.

SHAHINIAN, G.: “Aproximación a la realidad de las formas contemporáneas de esclavitud”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarde Encabo, S./Lara Aguado, A./Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas, 1ª ed. Madrid, 2001.

SOLER, S.: *Derecho Penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

SPITZER, A. L.: *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer, 2017.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial. 5a, Ed. Civitas, Madrid, 2018.

SUMMERES, K.: *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, I reaticontro la persona, II. Reaticontrol'onore e la libert a individuale*. Papa, M. (Coord.), UTET, 2006.

STRATENWERTH, G.: “Zum Begriff des Rechtsgutes”. ESER/SCHITTENHELM/SCHUMAN (Hrsg.), *Festschrift f ur Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998.

TAMARIT SUMALLA, J./GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 156 bis”. Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 6ª Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

TOLSTOI, L.: *La Esclavitud de nuestro tiempo*. Littera Books,, Barcelona, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “El derecho de la globalización. Luces y sombras”. *Transformaciones del Derecho Penal en la mundialización*, (Dir.) Juan Ramón Capella Hern andez, Estudios de Derecho Judicial, n 16, 1999.

- “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N . 63, 1981.

- “Trata de seres humanos”.  lvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

- *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, tomo IV, Ed. Iustel, Madrid, 2016.

TRINCI, A./FARINI, S.: *Compendio di diritto penale. Parte speciale*. Ed. Dike Giuridica Editrice, Roma, 2015

UNDOC: *Convención de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004.

UNDOC: *Informe Mundial sobre Trata de Personas*, 2012.

UNODC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2014.

UNDOC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2018.

UNDOC: *Informe Mundial sobre trata de personas*, 2020.

UNICEF/DIF/CIESAS: *Infancia robada. Niñas y niños víctimas de explotación sexual en México*, México, 2000.

UNICEF/DIF/CIESAS: *Infancia robada. Niñas y niños víctimas de explotación sexual en México*. México, 2000.

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.

VALVERDE CANO, A.B.: “Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos en el código penal español”. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso, E. (Dir.), Mercado Pacheco, P./Olarte Encabo, S./Lara Aguardo, A/Ramos Tapia, I./Pomares Cintas, E./Esquinas Valverde, P. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

- *Regulación y tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud*, Tesis doctoral Facultad de Derecho de Granada, Director Pérez Alonso, E., 2020, Granada, (pendiente de publicación).

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Penal comentado*. Ed. Atelier, Barcelona, 2015.

VELÁSQUEZ DELGADO, P.: *Formas contemporáneas de esclavitud*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco, Año 4, nº6, Monográfico. P. Velásquez Delgado (Dir.), E. Pérez Alonso (Coord.), Cusco (Perú), 2020 (en prensa).

- *Trata de seres humanos*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco. Año 3, nº5, Monográfico. P. Velásquez Delgado (Dir.), E. Pérez Alonso (Coord.). Cusco (Perú), 2019.

- “El delito de trata de personas en el derecho penal peruano”. *El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud*, E. Pérez Alonso (Dir.), P. Mercado Pacheco, S. Olarte Encabo, A. Lara Aguardo, I. Ramos Tapia, E. Pomares Cintas, P. Esquinas Valverde (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

VIDAL MANZANARES, C.: *El legado del cristianismo en la cultura occidental*. Espasa, 2000, pp. 208 y ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.

- “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”. *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, nº 10, 2013.
- “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 14, 2010.
- “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”. *Diario La Ley*, Nº 8554, 2015.
- “La trata de seres humanos: concepto y caracterización”. Pérez Alonso, E./Pomares Cintas, E. (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- “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.
- “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”. Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSSELL, N.: “Trata de seres humanos para explotación criminal: efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema de justicia penal”. *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Pérez Alonso, E./Olarte Encabo, S. (Directores), Mercado Pacheco, P./Ramos Tapia, I. (Coordinadores), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 2012

VIVES ANTÓN, T. S.: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”. En *Estudios Penales y Criminológicos XXV*. Santiago de Compostela, 2005.

- “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”. *Revista Jurídica de la Comunidad valenciana*, nº 16, 2005.
- “Valoraciones ético-sociales y Jurisprudencia Constitucional. El problema del aborto consentido”. *La libertad como pretexto*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

- “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. *Anuario da Faculta de de Dereito da Universida de da Coruña*, Nº 14, 2010.

VOGEL, J.: “Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº11, 2003.

WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte General*, 12ª ed., 3ª ed. castellana, Ed. Jurídica de Chile, 2013.

ZIEGLER, K.: “The legal Framework of trafficking and smuggling in Germany. Victim protection emerging from witness protection?” en *Inmigration and Criminal Law in the European Union*, Ed. Guild y Minderhoud, Nijhoff Publishers, Reino Unido, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018.

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin contra Francia (núm. 73316/2001), 26 de julio de 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rantsev contra Chipre y Rusia (núm. 25965/04), 7 de junio de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. y V. contra Francia (núm. 67724/09), 11 de octubre de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Der Mussele contra Bélgica (núm. 8919/80), 23 de noviembre de 1983.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso C.N. contra Reino Unido (núm. 4239/08), 13 de noviembre de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Chowdury y otros contra Grecia (núm. 21884/15), 30 de marzo de 2017.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso S.M. contra Croacia (núm. 60561/14), 25 de junio de 2020.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Seguin contra Francia (núm. 42400/1998), 7 marzo 2000.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso M. y otros contra Italia y Bulgaria, 17 de diciembre de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Nachova y otros contra Bulgaria (núms. 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Guerra y otros contra Italia (núm. 14967/89), 19 de febrero de 1998.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Van Droogenbroeck contra Bélgica (núm. 7906/77, 24 de junio de 1982.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Guzzardi contra Italia (núm. 7367/76), 6 de noviembre de 1980.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Nedjet Sahin y Perihan Sahin contra Turquía (núm. 12379/0549) ,20 octubre 2011.
- Resolución de la Comisión, asunto Iversen contra Noruega (núm. 1468/62), 17 de diciembre de 1963.
- Tribunal Supremo de Australia, caso The Queen contra Tang, (HCA 39), 28 de Agosto de 2008.
- Corte Permanente de Arbitraje, caso Muscat Dhows, 13 de octubre de 1904.
- Corte Especial de Sierra Leona, caso Brima y otros (SCSL-2004-16-A), 22 de febrero de 2008.

- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kunarac y otros (núm. IT-96-23/1-T), n22, de febrero de 2001.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, caso Hadijatou Mani Koraou contra la República de Nigeria (núm. ECW/CCJ/JUD/06/08), 27 de octubre de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde contra Brasil, sentencia de 26 de octubre de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia (Serie C No. 148), 1 de Julio de 2006.
- Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Sentencia de 8 de febrero de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Santa Fe, Sentencia núm. 35/09 de fecha de 4 de diciembre de 2009.
- Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, Sentencia de marzo de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Posadas, Sentencia de 26 de julio de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Paraná, Sentencia de fecha 26 de julio de 2010.
- STC, 120/1990, de 2 de julio.
- STC, 137/1990, de 19 de julio.
- STS, 588/2000, de 06 de abril del 2000.
- STS, 175/2001, de 3 de octubre de 2001.
- STC, 137/2008, de 18 de febrero de 2008.
- STC, 207/1996, de 16 de diciembre.
- STC, 220/2005, de 31 de enero.
- STC, 106/2011, de 20 de junio.
- STS, 17/2014, de 28 de enero.
- STS, 270/2016, de 5 de abril.
- STS, 396/2019, de 24 de julio.
- STS, 544/2019, de 13 de noviembre.
- STC, 53/1985, fundamento jurídico 8, de 25 de febrero.
- STS, 1060/2001, de 1 de junio.
- STS, 311/2007, de 20 de abril.
- STS, 1124/2007, de 3 de julio.
- STS, 951/2009 de 9 de octubre.

El derecho penal ante las formas contemporáneas de esclavitud

- STS, 191/2015 de 9 de Abril de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo alemán, 3ª Sala de lo penal, (núm. 507/09), de 13 de enero de 2010.
- Tribunal da Relação do Porto, recurso penal (núm. 1231/09. 3JAPRT.P1), 4ª Sección, de 30 de enero de 2013.
- Sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de lo Penal de la Provincia de Tucumán, caso núm. 23.554/2002, 11 de diciembre de 2012.
- Tribunal Oral Federal Nº 2 de Córdoba, caso Nº P-9/09, 27 de abril de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, caso núm. 2271/10, 8 de febrero de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Santa Fe, caso núm. 35/09, 4 de diciembre de 2009.
- Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, marzo de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Posadas, 26 de julio de 2010.
- Tribunal Oral Federal de Paraná, 26 de julio de 2010.
- STS, 588/2000, 6 de abril del 2000.
- STS, 175/2001, 3 de octubre de 2001.
- STC, 137/2008, 18 de febrero de 2008.
- STC 207/1996, 16 de diciembre de 1996.
- STC, 220/2005, 31 de enero de 2005.
- STC, 56/2019, 6 de mayo de 2019.
- STS, 28/2015, 11 de febrero de 2015.
- STS, 715/2016, 26 de septiembre de 2016.
- STS, 19/2015, 22 de enero de 2015.
- STS, 538/2016, 17 de junio de 2016.
- STS, 144/2018, 22 de marzo de 2018.
- STS, 17/2014, 28 de enero de 2014.
- STS, 270/2016, 5 de abril de 2016.
- STS, 396/2019, 24 de julio de 2019.
- STS, 544/2019, 13 de noviembre de 2019.
- ATS, 164/2014, 13 de febrero de 2014.
- STS, 538/2016, 17 de junio.

- Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016.
- STS, 191/2015, 9 de abril.
- STS, 807/2016, 27 de octubre.
- STS, 646/2015, 20 de octubre.
- STS, 536/2016, 17 de junio.
- STS, 545/2015, 28 septiembre.
- STS, 1002/2016, 19 de enero.
- STS, 348/2017, 17 de mayo.
- STS, 995/2000, 30 de junio.
- STS, 1465/2005, 22 de noviembre
- STS, 247/2017, 5 de abril.
- STS 995/2000, 30 de junio.
- STS, 247/2017, 5 de abril.
- STS, 435/2017, 10 de noviembre.
- STS, 659/2016, 19 de julio.
- STS, 270/2016 de 5 de abril.
- STS, 270/2016, 5 de abril de 2016.
- STS, 2205/2002, 30 de enero.
- STS, 1054/2003, 18 de julio.
- STS, 1092/2004, 1 de octubre.
- STS, 1471/2005, 12 de diciembre.
- STS, 1390/2004, 22 de noviembre
- STC, 85/2019, 19 de junio
- STC, 60/2015, 18 de marzo.
- Corte Internacional de Justicia, caso Bélgica V. España, Asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company, 5 de febrero de 1970.
- STS, 853/2015, 18 de diciembre.
- STS, 77/2019, 12 de febrero.