

V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después
del Protocolo de Palermo

TOMO I

Capítulo 7



Organización
Internacional
del Trabajo



CICAJ
PUCP



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO
DEL PODER JUDICIAL

V CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

Veinte años después del Protocolo de Palermo

**V Congreso Jurídico
Internacional
sobre formas
contemporáneas de
esclavitud**

Veinte años después del
Protocolo de Palermo

Tomo I

Coordinador
Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, noviembre de 2022

Copyright

© Organización Internacional del Trabajo 2022

© Poder Judicial 2022

Comisión de Justicia de Género

© Pontificia Universidad Católica del Perú

Departamento Académico de Derecho

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901

<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Primera edición, noviembre 2022

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), el Poder Judicial (PJ) y la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes, como mínimo a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT. 2022. V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo. Tomo I. Lima: OIT

ISBN: 9789220382318 (versión impresa)

ISBN: 9789220382325 (versión web PDF)

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT, el PJ y la PUCP no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT, el PJ o la PUCP las sancionen.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la OIT, el PJ o la PUCP, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Impreso en Perú

LA EXPLOTACIÓN LABORAL EN ARGENTINA: PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA LEGISLATIVA¹

Patricia Gallo²

Resumen

En este trabajo se abordan las características básicas del delito de trata de personas como proceso previo de la fase de explotación laboral, y del delito que abarca esta última conducta, de forma independiente (“reducción a servidumbre”, artículo 140 del CP argentino). Se analiza la distinción entre las formas contemporáneas de esclavitud —reducción a esclavitud, a servidumbre e imposición de trabajos forzosos— y la “explotación laboral leve” —que no está tipificada en Argentina—. En este contexto, se sugieren pautas legislativas para la introducción de ese delito.

Palabras claves: Esclavitud, Servidumbre, Trabajo forzoso, Explotación laboral, Sometimiento.

Sumario

1. El delito de trata de personas con fines de explotación laboral en el CP argentino. 2. Las formas modernas de esclavitud y las “condiciones perjudiciales de labor”. 3. La explotación laboral stricto sensu como delito autónomo. 4. La necesidad del tipo penal de explotación laboral stricto sensu en Argentina. 5. El delito de explotación laboral stricto sensu y el delito de trata de personas. 6. Consideraciones finales. Referencias.

1 Algunas de las ideas contenidas aquí se encuentran en Gallo (2017a y 2017b).

2 Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente en la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Letrada en la Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

1. El delito de trata de personas con fines de explotación laboral en el CP argentino

Con la sanción de la Ley N.º 26.364 en 2008, la trata de personas pasó a integrar los delitos contra la *libertad individual*, siendo este el bien jurídico protegido por la figura del artículo 145 *bis* del CP argentino.³ El artículo 145 *bis* dispone: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) 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 mediere el consentimiento de la víctima”.⁴

La libertad individual, en tanto objeto de protección, debe ser entendida en un doble aspecto: “como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (actuación sobre la voluntad o psique del sujeto pasivo)” (Buompadre, 1999, pp. 24-25). Esta figura delictiva involucra un proceso complejo, compuesto por diferentes etapas que pueden ser llevadas a cabo por una única persona o por distintos actores.

3 Este precepto fue modificado por Ley N.º 26.842, en 2012, centrándose especialmente esa reforma en la exclusión del consentimiento de la víctima como una causal de renuncia de la tutela penal.

4 La versión agravada del delito está prevista en el artículo 145 *ter*: “En los supuestos del artículo 145 *bis* la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuere 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 participaran tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente o 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 consumar 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”.

La propia explotación a la que son sometidas las víctimas representa el *tramo final* de las distintas fases que componen el tráfico de seres humanos. Una de esas modalidades de explotación es la laboral (trabajo forzoso, esclavo o reducción a servidumbre).

El tipo penal de trata (artículo 145 *bis* del CP) no abarca la *fase de explotación* de las víctimas sino el proceso previo: ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas *con fines de explotación*.

El artículo 2 de la Ley N.º 26.364, modificado por la Ley N.º 26.842, entiende por explotación (laboral) las siguientes conductas:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condiciones de *esclavitud* o *servidumbre*, bajo cualquier modalidad.
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar *trabajos o servicios forzados*.

Estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de *sometimiento* de la persona trasladada, captada o acogida a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. La explotación laboral, así definida por la ley de trata, ha sido receptada en el tipo penal de “reducción a servidumbre”, artículo 140 del CP argentino, es decir, constituye un delito (en sus tres modalidades) autónomo y ubicado fuera de la ley de trata.

El citado artículo dispone 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”.

2. Las formas modernas de esclavitud y las “condiciones perjudiciales de labor”

El trabajo esclavo o forzoso se entiende así cuando las condiciones laborales irregulares constitutivas del trabajo se obtengan bajo coacción y amenaza, *para retener al trabajador en forma involuntaria*. Pero si bien todo trabajo forzoso implica condiciones inaceptables de trabajo, no todas las condiciones irregulares son trabajo forzoso (Aboso, 2013, p. 106).⁵ Solo cuando se den bajo la utilización de formas que lesionen o restrinjan gravemente la libertad de autodeterminación del individuo y su plena capacidad volitiva para decidir su aceptación, podemos estar en presencia de esclavitud/servidumbre/trabajo forzoso (Tazza, 2014, p. 118).

Por eso es necesario distinguir entre el trabajo esclavo o forzoso y el trabajo en “condiciones irregularmente perjudiciales y/o peligrosas” (con “irregularmente” se hace referencia al incumplimiento de la normativa laboral, es decir, no basta con que las condiciones sean perjudiciales o peligrosas si no hay infracción de la norma extra penal). En el primer caso, se parte de la base de la *inexistencia* de una relación laboral remunerada, sea porque el trabajador realiza sus labores en el marco de una situación de privación o restricción de su libertad ambulatoria, sea porque la dirección del trabajo no respeta ninguna de las condiciones *mínimas* establecidas por la ley laboral; se priva al trabajador de un sueldo, del descanso, licencias anuales, es decir, está marginado de toda ley, convención o estatuto laboral, al presentarse una *relación de dominio* entre empleador y trabajador. En suma, existe una situación de inequidad en la que el trabajador está en una posición de máxima vulnerabilidad, que le impide directa o indirectamente abandonar

5 En este sentido, puede destacarse el siguiente fallo: “La falta de mérito para procesar o sobreseer a los imputados por el delito del art. 140 del CP debe decretarse, pues si bien se demostró que explotaban talleres textiles no habilitados y que incumplían disposiciones laborales y de seguridad social con respecto a los trabajadores, no se desprende de los testimonios brindados por éstos la existencia de signos de explotación o reducción a servidumbre” (CNCrim y Correccional Federal, Sala I, 20/12/12, “O.C.O. y otros procesamientos”).

dichas tareas, ejercer sus derechos laborales, o bien disponer de su libertad personal (Aboso, 2013, pp. 104-105).

Por el contrario, en el caso de “imposición de condiciones irregularmente perjudiciales y/o peligrosas de labor”, si bien existe cierta “reducción del ámbito de autodeterminación del trabajador”, *no llega a ser una relación de dominación total física y/o psíquica*. Se trata de casos más leves de explotación laboral (“concepto elástico”) que no encuadran en situaciones *extremas* de sometimiento como la esclavitud y servidumbre o de trabajo forzado. En esta lógica, no se debe confundir “reducción a servidumbre o esclavitud” con *condiciones excesivamente precarias de trabajo* o la falta de cumplimiento de medidas de seguridad laboral, que crean peligro no permitido para los trabajadores (Villada, 2014, p. 75). La confusión deriva de la ambigüedad de la expresión “explotación laboral”, porque es utilizada con dos connotaciones diferentes.

En primer lugar, se habla de “las *formas graves* de explotación laboral” (usando esa expresión en sentido amplio), que abarca las figuras de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso (también llamadas “formas contemporáneas de esclavitud”). Así mismo, se hace referencia a la “explotación laboral” *stricto sensu*, es decir, con un sentido más restrictivo, aludiendo a un delito en particular, que no tiene las connotaciones de máxima gravedad como las otras tres modalidades. Es necesario distinguir ambos conceptos.

En efecto, estamos ante situaciones diferentes, que podemos delimitar por el *grado de afectación* a la libertad personal y a la personalidad jurídica de la víctima, es decir, por el nivel de degradación o cosificación de la persona. En otras palabras, podría considerarse que, en principio, “todos los casos de esclavitud son casos de servidumbre y de trabajo forzoso y todos los de servidumbre son también de trabajo forzoso, pero no al revés” (Pérez Alonso, 2017, pp. 349-350, con cita de Boronat Tormo y Grima Lizandra).⁶

6 El Tribunal de Estrasburgo, en el caso *Siliadin contra Francia*, da a entender que hay una gradación en función de la gravedad, que la distinción entre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso se basa en una cuestión de grado, a partir de la cual el

Creo que la explotación laboral es un *concepto elástico* que en su máxima gravedad puede configurar las llamadas modalidades de esclavitud, pero para ello debe haber una reducción extrema de la autodeterminación de la víctima. En ese caso cabe hablar entonces de “formas contemporáneas de esclavitud”.⁷ Entonces, lo importante es marcar la línea divisoria entre “explotación” y “esclavitud”.

3. La explotación laboral *stricto sensu* como delito autónomo

La conceptualización de “esclavo” no lo es en un sentido “simbólico” y no alude a lo arduo que pueda ser el trabajo, sino a que *el esclavo no puede apartarse de su situación de sometimiento sin que su vida corra peligro*: hay amenazas y coacción directa por parte de los captores —mediante encierro, golpizas, exigencias de pago de deudas, etcétera— que impiden que las víctimas abandonen el lugar, denuncien o hagan valer algún derecho. Esta es la diferencia entre la “explotación laboral” y el “trabajo esclavo” o reducción a servidumbre: *de la explotación laboral se puede salir sin que bienes jurídicos esenciales como la vida y la salud corran riesgo*. Si bien puede haber coacción, lo será de un modo indirecto, es decir, aquella presión que es propia e inherente al capitalismo, pero no se configuran amenazas serias de violencia, muerte o encierro (Pacceca, 2011, pp. 153-154). En

trabajo forzoso sería una práctica menos grave que la esclavitud y la servidumbre, y la servidumbre menos grave que la esclavitud, y esta la forma más extrema de explotación del ser humano (López Rodríguez, 2018, p. 402).

- 7 Según esta lógica, parte de la doctrina crítica la diversidad de conceptos y sostiene la necesidad de avanzar hacia la concreción de una sola noción abierta y extensa en la que pueden incluirse las distintas modalidades contemporáneas de explotación de seres humanos. Desde esta óptica, se ha propuesto —creo que acertadamente— una visión global de ellas, en virtud de la cual la esclavitud abarque la servidumbre y el trabajo forzoso (López Rodríguez, 2018, p. 404 y nota 115). Así, se ha señalado que por exigencias del principio de legalidad penal sería recomendable evitar la diversificación de conceptos como si no fueran en realidad formas igualmente severas de esclavitud, apostando a una definición que contenga un *concepto único* que aglutine las notas comunes y esenciales que los caracterizan (Pomares, 2011, pp. 787-788).

estos términos, la “explotación” es un abuso de la superioridad del *empleador* en el marco de la *relación laboral (existente)*.

En efecto, las modalidades de conductas relacionadas con la esclavitud no consisten en explotar el trabajo del sujeto pasivo imponiendo condiciones laborales ilícitas, sino en imponer la condición de trabajador, la realización del trabajo mismo. Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y la servidumbre son modos de imponer la *condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar la prestación laboral* (Pomares, 2011, pp. 18 y ss.).

El artículo 140 del CP argentino solo abarca esas formas de esclavitud, por lo que existe en Argentina una importante laguna normativa que imposibilita captar los casos de explotación laboral del *trabajador*, cuando la pretensión de explotar se dirige (con un sentido económico) a la apropiación del valor de su trabajo *perjudicando ilícitamente sus derechos sociolaborales*, pero sin someterlo a las categorías de siervo o esclavo ni imponiéndole la relación laboral; no hay en el ordenamiento argentino una fórmula jurídica capaz de resolver esta situación.

4. La necesidad del tipo penal de explotación laboral *stricto sensu* en Argentina

Además de los casos extremos de trabajo forzoso, esclavo o de reducción a servidumbre, existen en Argentina ciertas prácticas laborales (sobre todo respecto del trabajo no registrado) que no respetan ciertas condiciones legales establecidas por el derecho laboral, a favor de los trabajadores, a quienes se les imponen: remuneraciones por debajo del mínimo legal, jornadas demasiado extensas, falta de descansos y vacaciones, trabajo en condiciones peligrosas (infringiendo el riesgo permitido), entre otras. Se trata de una situación de explotación laboral *intermedia y extendida*, que está casi naturalizada (no llama la atención ni es denunciada) y es la que precisamente cae en la laguna normativa explicada en el punto anterior.

Estas conductas se identifican con lo que hemos llamado aquí *explotación laboral stricto sensu* y se ven exacerbadas en el caso de los trabajadores “en negro” o no registrados. Esta circunstancia adquiere una relevancia esencial en el actual contexto del mercado laboral argentino, donde el trabajo informal y precario se ha generalizado, alcanzando niveles históricamente elevados.⁸

Ahora bien, no existe en el CP argentino una fórmula legal que abarque este comportamiento, es decir, hay un importante vacío normativo que muchas veces genera la aplicación a estos casos del tipo penal del artículo 140, forzando su interpretación y *banalizando los conceptos del trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud*. Ello puede verse claramente en los casos de explotación laboral en los talleres textiles clandestinos (Gallo y García Sedano, 2020, pp. 87 y ss.).

Tenemos en Argentina la situación opuesta a la configurada en el Código Penal español, donde no se tipifica legalmente de forma expresa el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Dicho vacío legal no puede quedar cubierto con la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y 312 del CP español, que refieren a situaciones de explotación laboral pero que no alcanzan el umbral mínimo de un trabajo forzado.⁹ De este modo, la punición de las formas

8 Se calcula que los trabajadores no registrados (“en negro”) son algo más del 33 % de la fuerza laboral.

9 El artículo 311.1 del CP español sanciona con penas de prisión y multa a “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”. Por su parte, el inciso 4.º dispone que: “Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”. El artículo 312.2º *in fine* sanciona —también con prisión y multa— a “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” (ver Díaz Morgado, 2014, p. 320). La inclusión del segundo como delito autónomo puede encontrarse en la voluntad de clarificar que *los extranjeros sin permiso de trabajo*

más graves de imposición ilegal de condiciones de trabajo, queda confiada a dichos preceptos, creados para afrontar formas mucho más livianas de explotación (Terradillos, 2021, pp. 679-680).¹⁰

Como se viene señalando, las formas contemporáneas de esclavitud son situaciones de explotación *extrema* del ser humano, donde se niega su propia condición de persona y su libertad personal más básica, mientras que los *delitos laborales* se refieren solo a los *trabajadores* y no a todas las personas, en la medida en que *tiene que haber una relación laboral* de la que se abusa para obtener un provecho, explotando su fuerza de trabajo y vulnerando con ello los derechos legalmente reconocidos al colectivo de trabajadores (Pérez, 2017, p. 355).

Frente a este panorama, es necesario diseñar un tipo penal específico que abarque supuestos de “explotación laboral” donde el abuso del empleador se traduzca en la imposición de condiciones laborales ilegalmente perjudiciales y/o peligrosas (como las señaladas antes: remuneraciones extremadamente bajas, falta de descanso, etcétera), *pero no la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador*, pues no se lo reduce a esclavo o siervo ni se *le impone* la relación laboral.

En este sentido, el bien jurídico tutelado no será la libertad, como en el caso del artículo 140 CP argentino, sino el derecho a la prestación del trabajo en las condiciones reconocidas por la legislación vigente, como manifestación de la *dignidad* del trabajador. La dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo, y cuyo respeto debe gozar

son titulares del derecho al trabajo y deben ser protegidos ante posibles vulneraciones de los derechos laborales. Tradicionalmente se ha considerado que los extranjeros sin permiso de trabajo son objeto de una mayor protección penal al no exigir el tipo penal que las condiciones laborales sean impuestas mediante engaño o abuso de la situación de necesidad (pp. 320-321). Según la jurisprudencia española, son claros ejemplos de “contratación abusiva” el abono de una retribución inferior al salario mínimo legal, la imposición de jornada laboral muy superior a la establecida legalmente, la ausencia de vacaciones y períodos de descanso, entre otras (p. 323).

10 Ver STS, 2.º, 17/05/2017 y STS, 2.º, 28/9/2017.

del mayor nivel de protección, como derecho fundamental. Puede definirse a la dignidad personal como “el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno” (Rojas, 2005, pp. 15 y ss.).

En este escenario, el tipo penal de explotación laboral aquí postulado debe abarcar como sujetos pasivos a los “trabajadores por cuenta ajena”. Es decir, no se trata de cualquier trabajador, sino de quien se encuentra en una situación subordinada y dependiente en una relación laboral, quedando expuesto al posible abuso de su superioridad por parte del empleador.¹¹ Este momento de desequilibrio o desigualdad dota de contenido al concepto jurídico penal (sujeto pasivo) de “trabajador por cuenta ajena”, que debe entenderse únicamente como aquel que *realiza una actividad productiva en relación de dependencia* (Sánchez, 2004, p. 36). La *relación de subordinación* es la razón material sobre la que se fundamenta la autoría del sujeto activo (empresario/empleador) en este delito y, al mismo tiempo, la razón que explica la especial protección del trabajador (Sánchez, 2004, p. 37).

11 “La relación laboral no es horizontal o simétrica, sino vertical o asimétrica al conferirse en exclusiva al empresario el poder de dirección y organización de la estructura empresarial donde se inserta la prestación laboral” (SAP Granada, 1.º, 10/11/2008). El trabajador se ve obligado a someterse a las jornadas, ritmos y condiciones de producción que le señalan los mandos de la empresa, bajo el riesgo de perder su trabajo; por eso se ha dicho que la relación entre empleador y trabajador está “desequilibrada de manera radical y debe definirse a partir de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento; el obrero no sólo vende su capacidad de trabajo, vende también su obediencia a la disciplina de la fábrica, a las reglas de la empresa y a los dictados de los jefes”. “Las formas del poder en el interior de la empresa son complejas y múltiples, su evolución se explica en parte por los avances técnicos de la industria. La máquina y los sistemas informáticos son instrumentos silenciosos de construcción de disciplina y consenso. El poder se expresa con mecanismos directos como son la vigilancia u observación, el estímulo y la amenaza, o indirectos, con mediaciones impersonales, como pueden ser los reglamentos interiores o la cadena fijada para la realización de las actividades” (Sáez Valcárcel, 2005, pp. 41 y 43). En este contexto, la posición del trabajador es doblemente dependiente. Lo es como efecto de una situación estructural de naturaleza económica y lo es también dentro del microcosmos que representa la empresa, reflejo, a su vez, de aquella situación más general (Baylos y Terradillos, 1997, pp. 40 y ss.).

La situación de *desigualdad estructural* de la relación laboral, en la que una parte —trabajador— depende de la otra —empleador—, es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia, como un *colectivo vulnerable* que requiere una protección eficaz de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica”, y debe ser reforzada mediante la intervención del derecho penal, con el fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte, frente a abusos graves.¹² Sin embargo, esta característica no es suficiente para convertir al trabajador dependiente en sujeto pasivo del delito propuesto.

En efecto, el desvalor de estos comportamientos empresariales debe ser re-ceptado penalmente en una nueva figura penal, que abarque la “explotación laboral consistente en imponer condiciones laborales ilícitas perjudiciales y/o riesgosas a los trabajadores por cuenta ajena, *abusando de una situación de necesidad*”. El medio comisivo del “abuso de la situación de necesidad” debe exigir algo más, debe subrayar el *aprovechamiento* de alguna situación de vulnerabilidad del trabajador más allá de lo que es intrínseco a la desigualdad estructural entre las partes, propia de la relación de trabajo.

12 La tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación laboral —trabajador— (principio protectorio) se complementa con el “principio de irrenunciabilidad” que plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de las ventajas que el derecho laboral le concede a los trabajadores: no pueden renunciar a estos. Sin este principio, el principio protector sería inoperante y tiene su fundamento en la *indisponibilidad*: el trabajador no puede disponer de sus derechos laborales frente al empleador. Esta cuestión se relaciona con la (i) relevancia del consentimiento del trabajador a las condiciones perjudiciales ilícitas de trabajo. En las relaciones laborales, el papel tutelar que cumple el Derecho impide concebir la sujeción a condiciones infralegales del trabajador como un desistimiento de este a sus derechos (indisponibles), por cuanto el trabajador no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que le impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción (en el ordenamiento argentino, artículos 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo). Por lo tanto, resulta indisponible su tutela, y ello no solo por imperio legal sino constitucional (artículo 14 *bis* Constitución Nacional) e internacional (tratados a los que Argentina se ha obligado voluntariamente y que organismos como la OIT supervisan).

En este sentido se ha expresado el Tribunal Supremo español, aclarando que “el abuso de estado de necesidad debe tener más consistencia que la derivada de la ínsita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, porque de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal, máxime teniendo en cuenta la crisis económica que ha golpeado con especial fuerza a la clase trabajadora”. Pero tampoco debe exigirse requisitos de precariedad extrema, inhabilitantes del precepto, entendiéndose por abuso de necesidad “un plus diferente a la mera desigualdad intrínseca que existe en las relaciones laborales, pero sin llegar a una interpretación tan restrictiva que convirtiera este tipo penal en un delito de imposible acreditación y existencia” (Terradillos, 2021, p. 659).¹³ Por ejemplo, la condición de “migrante irregular”.

Respetando el principio de mínima intervención del derecho penal, se trata de tipificar la quiebra *muy grave* de las condiciones legales de trabajo por el empleador, partiendo de un abuso de la situación de necesidad del trabajador. De este modo, el delito protegerá de *lege ferenda* las *condiciones dignas de labor*, garantizadas por la Constitución Nacional¹⁴ y normativamente establecidas (en la legislación laboral y los convenios colectivos de trabajo).

En otras palabras, el precepto abarcará el comportamiento del empleador de imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por la ley, es decir, la *explotación económica* del trabajador a través de medios ilícitos, que pro-

13 Ver STS, 2.º, 5/4/2017, Fundamentos de Derecho. Tercero. En igual sentido, SAP Sevilla, 3.º, 14/3/2002, con relación al artículo 311 CP español.

14 El artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional argentina establece en su párrafo primero: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”.

cura obtener un provecho económico mediante el atropello de sus derechos sociolaborales (Pomares, 2013, p. 57).

Debe insistirse en que esta norma penal postulada solo estará justificada si la forma de intervención se adecúa a los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, conforme a los cuales debe atenderse solo a la *intensidad grave* de los ataques dirigidos al bien jurídico (Terradillos, 2006, pp. 18-19).

5. El delito de explotación laboral *stricto sensu* y el delito de trata de personas

Sentado lo anterior, está claro que es necesario este nuevo tipo penal autónomo de explotación laboral “leve”; pero ¿cuál es la relación de este delito con el de trata? En otras palabras, ¿puede integrar la explotación laboral *stricto sensu* como finalidad de explotación el delito de trata de personas?

Una posible respuesta afirmativa se basa en la interpretación de que la fórmula del Protocolo de Palermo sobre la finalidad de la trata, haciendo referencia a la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, es una lista no exhaustiva y podría incluir *otras formas* de explotación.

Esta parece ser la postura del legislador penal mexicano, en el marco de la “Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia de las víctimas de estos delitos” (publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de junio de 2012). La norma mencionada dispone (artículo 10) que se entenderá por explotación (como fase final del delito de trata): “la esclavitud, la condición de siervo, el trabajo o servicios forzados y la explotación laboral, entre otras”.

En este esquema, la ley mexicana define e incluye en su texto como figuras delictivas a la esclavitud (artículo 11), la servidumbre (artículo 12), el trabajo forzoso (artículo 22) y, *además*, la explotación laboral (artículo 21), en los siguientes términos:

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.

Como puede verse, además de las llamadas “formas contemporáneas de esclavitud”, se incluye dentro de las posibles formas de explotación la figura que aquí se ha denominado *explotación laboral stricto sensu*, y que, como se ha destacado antes, no tiene las connotaciones de delito grave de las otras tres modalidades (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso). Nótese que el citado artículo 10, luego de mencionar a estas cuatro formas de explotación, culmina con la expresión “entre otras”, poniendo de manifiesto que no se trata de una enumeración taxativa.

Así mismo, la doctrina española se pregunta si la orientación de la trata de seres humanos a la ulterior explotación laboral en los términos de los artículos 311,1.º y 4.º y 312.2 *in fine* del CP español puede integrar el delito de trata con la finalidad de imposición de trabajo o servicios forzados o condiciones similares a las de esclavitud o servidumbre. A ello, se ha respondido que: “... el Protocolo de Palermo ejemplifica que la explotación, para ser considerada objetivo típico del delito, ha de revestir las formas de trabajos o servicios forzados o de prácticas análogas a la esclavitud, ‘como mínimo’”. Por lo tanto, como advierte el Proyecto de Ley modelo contra la trata de personas, elaborado en 2010 por la Oficina de NU contra la Droga

y el Delito, “la lista no es exhaustiva”. El mismo documento propone que la explotación típica debe incluir, entre otros objetivos tradicionalmente aceptados, “otras formas de explotación tipificadas en las leyes nacionales (art. 8.2.f)” (Terradillos, 2021, p. 680).¹⁵ En este esquema, se señala que “queda a la decisión del legislador estatal el integrar expresamente en el tipo de trata la finalidad de imponer condiciones ilegales de trabajo que no lleguen al nivel de los trabajos forzosos o de la esclavitud. Y el legislador español no lo ha hecho, aunque esa vía no le está definitivamente cerrada al intérprete de la norma” (Terradillos, 2021, p. 681).

6. Consideraciones finales

A pesar de las posturas antes desarrolladas (legislativa y doctrinaria), creo que la limitación para incluir esta finalidad (explotación laboral *stricto sensu*) en el delito de trata no proviene tanto de la taxatividad de esa enumeración cuanto de la *propia definición de trata* que da la Convención, en tanto proceso previo de la explotación.

En efecto, el Protocolo de Palermo define a la trata de personas como:

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.

Como puede observarse, según esa descripción, ya desde el proceso de trata se compromete la libertad individual de la víctima, entendida no solo como libertad de movimiento sino también como libertad de decidir sobre el

15 Según el autor, esta respuesta además vendría avalada por la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en la Asamblea General de UN, el 30 de junio de 2016, 32/3, que se refiere indistintamente a todas las formas de explotación, económica o laboral.

rumbo de su propia vida, porque es cosificada y se aniquila su capacidad de autodeterminación (Buompadre, 1999, pp. 61-62).

De este modo, la base de la trata constituye “un conjunto de acciones encaminadas a apartar o sustraer a la víctima de su entorno más inmediato de protección para desplazarla a otro extraño, con la finalidad de explotarla de cualquier manera posible” (García Sedano, 2020, p. 28, con cita de Coomaraswamy). Es decir, “ese movimiento o transporte es tal, que sitúa a la víctima en un entorno que no le es propio, donde queda aislada cultural, lingüística y/o físicamente y se le deniega la identidad jurídica o el acceso a la justicia” (García Sedano, 2020, p. 28, nota 22, con cita de Coomaraswamy). En esta exégesis, la antijuridicidad propia de este ataque contra la libertad individual se configura con el dominio que ejerce el autor sobre la víctima, abusando de su situación de vulnerabilidad; por eso su consentimiento es irrelevante, porque, partiendo de su condición vulnerable, no es libre para consentir de modo eficaz.

Ahora bien, este escenario difiere de la relación entre el autor y la víctima en la explotación laboral *stricto sensu*, donde, como se ha señalado, no es de dominio sino de *abuso de superioridad por la posición del autor* (empleador), donde sí hay un consentimiento relevante del sujeto pasivo; el que recae sobre la relación laboral *per se*, existente, sobre la que se estructura el abuso, aunque no sobre las condiciones perjudiciales de labor, que se le imponen.

Esta circunstancia pone de manifiesto una *asimetría* notoria entre el delito de trata, así definido por el Protocolo de Palermo, y el delito de explotación laboral *stricto sensu*, que impide la relación delito instrumental-delito posterior.

En efecto, el delito de trata se conforma mediante tres elementos: conducta de índole traslativa, finalidad de explotación, pero también medios comisivos para obtener el *control* de la víctima, preparando el terreno para someterla en la fase de explotación; y en esta lógica, no debe perderse de vista que el sentido de la trata, aunque sea un delito autónomo, es servir *instrumentalmente* a la explotación laboral posterior (Terradillos, 2021,

p. 677), lo que necesariamente implica una correspondencia o proporción entre ambos delitos.

Ahora bien, ¿en qué se sustenta esa asimetría señalada?, ¿será en la diferente vulnerabilidad de las víctimas de cada delito? La respuesta es *no*. En mi opinión, el contexto que genera la vulnerabilidad tanto de la víctima de trata como de la víctima de la explotación laboral *stricto sensu* es el mismo: la marginalidad socioeconómica, producto de políticas macroeconómicas propias del proceso de globalización, la mercantilización de los trabajadores y de las condiciones laborales. La diferencia radica, entonces, en la *intensidad del abuso de esa situación de necesidad*, que en el caso de la trata y de la reducción a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso es tan profunda que causa una relación de sumisión total, de dominio. Sí podría servir como delito instrumental a la explotación laboral *stricto sensu* la inmigración ilegal, donde también hay una relación de abuso, pero no de dominio sobre el migrante (Gallo, 2012, pp. 609 y ss.).

De este modo, cabe concluir entonces en la necesidad de que un nuevo tipo penal abarque la explotación laboral consistente en imponer condiciones ilegalmente perjudiciales, *pero fuera del contexto del delito de trata, porque le es ajeno*. Ello por cuanto el primer delito refiere a trabajadores vulnerables explotados, pero el segundo al proceso por el que las personas son cosificadas. Por eso se ha dicho sabiamente que los hombres que vienen de lejos, geográfica y socialmente hablando, se transforman en esclavos ya en el *trayecto*; es allí, en el curso de la trata, donde comienzan a perder su identidad jurídica y la posibilidad de tener derechos (Navarro, 2017, p. 127).

Referencias

- Aboso, G. (2013). *Trata de personas*. Bdf.
- Baylos, A y Terradillos, J. (1997). *Derecho penal del trabajo*.
- Buompadre, J. (1999). *Delitos contra la libertad*.
- Díaz Morgado, C. (2014). *El delito de trata de seres humanos*. (Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho).
- Gallo, P. (abril de 2012). Tráfico de inmigrantes: ¿un delito sin víctima? *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*.
- Gallo, P. (2017a). La necesidad de un “tipo penal de riesgos laborales” en el Código Penal argentino. *En Letra – Derecho Penal*, 3(5).
- Gallo, P. (2017b). *Riesgos penales laborales. Un análisis crítico sobre el artículo 316 del CP español y una propuesta de tipo penal de peligro para el ordenamiento jurídico argentino*. (Tesis doctoral, Facultad de Derecho – Universidad Autónoma de Madrid).
- Gallo, P. y García Sedano, T. (2020). *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*.
- García Sedano, T. (2020). *La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos*.
- López Rodríguez, J. (2018). Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 48.
- Navarro Fernández, J. (2017). ¿Es Qatar un estado esclavista? En E. Pérez Alonso (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*.

- Pacecca, M. (2011). Trabajo, explotación laboral, trata de personas. *Rev. Inter. Mob. Hum.*, XIX(37), julio-diciembre.
- Pérez Alonso, E. (2017). Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud. En E. Pérez Alonso (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*.
- Pomares Cintas, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 13-15.
- Pomares Cintas, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*.
- Rojas Rivero, G. (2005). *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*.
- Sáez Valcárcel, R. (2005). Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales. *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 15.
- Sánchez Lázaro, F. (2004). El concepto de trabajador en el derecho penal español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª época, N.º13.
- Tazza, A. (2014). *La trata de personas*.
- Terradillos Basoco, J. (2006). Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral. En *Tutela penal de la seguridad en el trabajo. Cuadernos penales José María Lidón*, 3.
- Terradillos Basoco, J. (2021). Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática. *Estudios Penales y Criminológicos*, 41. Universidad de Santiago de Compostela.
- Villada, J. (2014). *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*.