

# V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después  
del Protocolo de Palermo

TOMO I



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](mailto: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](http://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

# CONTENIDO

## PRÓLOGO

*Esteban Pérez Alonso* 9

## RELATORÍA

17

## SECCIÓN I: INTRODUCCIÓN

Abordaje de la niñez en los instrumentos de trata: de la trata de blancas al Protocolo de Palermo

*Jean Allain* 75

El sistema universal de derechos humanos y los retos que plantean las peores formas contemporáneas de esclavitud en el contexto de la COVID-19 y veinte años después del Protocolo de Palermo

*Urmila Bhoola* 87

## SECCIÓN II: TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL

El delito de explotación sexual en el ordenamiento jurídico peruano: apuntes para su comprensión y abordaje desde la relación entre dignidad, libertad sexual y enfoque de género

*Ingrid Díaz Castillo* 103

Explotación sexual y delito de proxenetismo. ¿Un caso encubierto de explotación laboral?

*Lucía Remersaro Coronel y Lucía Giudice Graña* 133

Análisis de género de la responsabilidad de las empresas multinacionales por delitos de trata de personas

*Aintzane Márquez Tejón* 171

Persecución penal del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual durante la pandemia de la COVID-19

*Marta Pardo Miranda* 217

### SECCIÓN III: TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN LABORAL

La explotación laboral en Argentina: problemática y propuesta legislativa

*Patricia Gallo* 251

Los delitos de explotación laboral: bases para una interpretación sistemática de sus diversas tipificaciones en el Código Penal peruano

*Julio Alberto Rodríguez Vásquez e Yvan Montoya Vivanco* 271

Delimitando la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo forzoso: caminando hacia su tipificación en el Código Penal español

*Tania García Sedano* 327

La ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en España: el porqué y el cómo de una propuesta de *lege ferenda*

*Ana Valverde-Cano* 349

Análisis del artículo 603 *bis* del Código Penal italiano: nuevos escenarios de aplicación de la intermediación ilícita y de la explotación del trabajo

*Gaia Derasmo* 389



## PRÓLOGO

La obra colectiva que tengo el honor de prologar es, sin duda, el principal resultado científico del *V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud: la trata de personas veinte años después del Protocolo de Palermo*, celebrado durante el mes de marzo de 2021, en modalidad *on line*, en Lima (Perú), y organizado conjuntamente por la OIT (Oficina para los Países Andinos), la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial del Perú y la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos (AUIP), avalada por la Universidad de Granada. Como aclara el mismo título del congreso y de esta obra, el objetivo principal ha consistido en hacer un balance crítico de la situación legal de la trata de seres humanos en el XX aniversario de la aprobación del Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, y que fue adoptado en Palermo (Italia).

El Protocolo constituye, sin lugar a dudas, el principal instrumento jurídico universal convenido por la comunidad internacional para hacer frente al fenómeno criminal de la trata de seres humanos en el mundo. Se marcaban tres objetivos básicos, conocidos como la política *3P*: Prevenir la trata, Perseguir penalmente la trata y Proteger y asistir a las víctimas de la trata. Objetivos y políticas que se han venido cumpliendo y desarrollando con muy diversa intensidad, puesto que en un principio se impuso el modelo criminocéntrico y migratorio en el abordaje de la trata, desplazando a un plano muy secundario al modelo victimocéntrico y de derechos humanos, que actualmente se va abriendo camino,

poco a poco, veinte años después. El principal logro que cabe reconocer al Protocolo es el de promover la cooperación internacional entre los distintos países firmantes, mediante el proceso de armonización legislativa que se ha llevado a cabo en estas dos últimas décadas. En efecto, el artículo 3 del Protocolo ha ofrecido una definición internacional de *trata de seres humanos* —fruto de debates, negociaciones y consensos en la comunidad internacional— que ha permitido que todos los países hablen el mismo lenguaje legal para referirse al fenómeno de la trata.

El gran logro alcanzado por el Protocolo ha sido, claramente, el haber provocado todo un largo proceso de modificación y adaptación legal del nuevo concepto internacional de trata de las legislaciones penales internas de los países firmantes. Hoy encontramos, en cualquier país del mundo, una regulación *ex novo* en la legislación penal, donde se considera como delito la trata de seres humanos conforme al estándar internacional marcado por el Protocolo. Este es, sin duda, su verdadero éxito. Ojalá que pronto podamos contar con nuevos instrumentos internacionales para hacer frente a las situaciones de extrema explotación de la persona que se están produciendo también mundialmente y que hemos dado en llamar *formas contemporáneas de esclavitud*.

Sin embargo, el resto de objetivos planteados por el Protocolo prácticamente no han sido desarrollados, ni internacional ni nacionalmente, sobre todo en lo que se refiere a la protección y asistencia a las víctimas de la trata, que nuevamente están siendo olvidadas. Más bien diría que están siendo instrumentalizadas, pues aparecen como la imagen que se traslada para la criminalización de los desplazamientos de personas que se están produciendo generalizadamente en las últimas décadas y no como las víctimas que se ha de proteger frente a actos de barbarie que pretenden destruir su personalidad. En este objetivo oculto del Protocolo de Naciones Unidas predomina, claramente, el enfoque trafiquista de control de los flujos migratorios sobre la perspectiva de derechos humanos, que requieren y reclaman las víctimas. No obstante, hay que reconocer que en Europa, como consecuencia del Convenio del Consejo de Europa de 2005 y de la Directiva N.º 2011/36/

UE, comenzó a diseñarse un modelo victimocéntrico y de derechos humanos, que poco a poco se abre paso, no sin grandes dificultades; aunque todavía están pendientes importantes desarrollos ulteriores, que requieren de una mayor voluntad política que la que están mostrando hasta ahora los Estados europeos para la implementación de las obligaciones impuestas por dichos instrumentos jurídicos.

Son muchas las cuestiones y problemas —generados por un tratamiento holístico de la trata de seres humanos— que requieren de análisis y debate, como los que se han producido en el congreso y en esta obra colectiva. Cuestiones de muy diversa índole que han sido tratadas por especialistas nacionales e internacionales en la materia y que ahora se presentan para el conocimiento y debate público con la comunidad científica internacional y con los profesionales que se ocupan y preocupan de la interpretación y aplicación de las nuevas normativas y políticas públicas aprobadas para enfrentar este fenómeno que, sin duda alguna, supone una clara y grave violación de los derechos humanos.

En efecto, la trata consiste en un proceso mediante el cual se arranca y segrega a una persona de su hábitat natural y social, de forma forzada, fraudulenta o abusiva, y se le somete y se le pone a disposición de un tercero que la “trata” como una cosa, con el propósito final de explotarla en beneficio ajeno. Es un floreciente y expandido negocio criminal que se basa en las vidas baratas y en los grandes beneficios. Se calcula que en el mundo puede haber cinco millones de víctimas, que generan beneficios de treinta y dos mil millones de dólares anuales. Desde la perspectiva de las víctimas, además, hay que señalar que se trata de un fenómeno con un alto componente de género, de minoría de edad y de extranjería, a lo que —lógicamente— también hay que añadir la pobreza extrema en que se encuentran muchas de las víctimas; razón por la cual en la mayoría de los casos aflora, de un modo u otro, la idea de vulnerabilidad —personal o estructural— como elemento caracterizador del fenómeno.

En esencia, la trata supone un grave atentado contra la libertad y dignidad de la persona, que es sometida y dominada por otra para explotarla (económicamente) como si de una cosa se tratara; así, origina la falta de libertad y la degradación de la persona. A esta nueva forma de delincuencia se le denomina *la esclavitud del siglo XXI*. Pero, a decir verdad, esta denominación no parece del todo correcta, puesto que la trata es un proceso mediante el cual se llega a las situaciones de extrema explotación de la persona que resultan equiparables a la vieja esclavitud, aunque considerada en sí misma también suponga una explotación instrumental y transitoria de la persona con miras a su explotación final, de carácter más permanente.

Por eso, en realidad, la trata de personas forma parte de un fenómeno horrendo y cruel de mayor alcance y gravedad, que se ha dado en llamar *formas contemporáneas de esclavitud*. Se trata de una práctica muy organizada y de irritable actualidad, que aparece disfrazada bajo nuevas formas y métodos. La moderna esclavitud se caracteriza básicamente por el sometimiento, control y explotación extrema del ser humano, en situación de vulnerabilidad, para obtener un provecho o beneficio (económico) de tal situación. Sus elementos básicos son, por tanto, las condiciones de sometimiento y vulnerabilidad. Tales prácticas conducen a la degradación extrema del ser humano, que primero se utiliza como mercancía que se compra y vende a través del tratante y, luego, como una cosa fungible que está a plena disposición del explotador. Pero, al mismo tiempo, esa situación de sometimiento y poder de disposición también supone un grave atentado contra la libertad personal, en la medida en que se limita severamente o se priva de la libertad general del ser humano para desenvolverse en la vida, desde las cuestiones más cotidianas hasta las más trascendentales. La esclavitud de hoy se basa en las vidas baratas y en los grandes beneficios, pues en el nuevo sistema-mundo generado por la globalización la vida humana carece de valor: hoy, hay vidas no vividas; hoy, hay muertos en vida. La esclavitud de hoy, como la de ayer, consiste en quitar la vida a una persona, pero sin matarla físicamente. Por tanto,

trata y esclavitud van de la mano tanto hoy como ayer, por lo que se hace necesario un abordaje conjunto de ambos fenómenos, como el que se realiza en esta obra. Pero hay que tener muy presente la mayor gravedad del segundo delito sobre el primero: mientras la trata capta y segrega a la persona para ponerla a disposición y exposición de ser explotada, la esclavitud la atrapa y encierra en una situación de explotación extrema que lleva a la muerte civil y social de la persona: es un cuerpo u organismo vivo sin personalidad jurídica, sin vida propia.

Sin embargo, la comunidad internacional, regional y nacional ha invertido el orden de valores y prioridades, y solo se está ocupando en la actualidad del fenómeno de la trata de seres humanos, dejando en un segundo plano el fenómeno de la moderna esclavitud, cuando debería suceder lo contrario. Y no exclusivamente por la distinta gravedad de ambos fenómenos, que ciertamente es lo más importante desde un punto de vista valorativo y cualitativo, sino también por su extensión a escala mundial. La esclavitud de nuestro tiempo es como una pandemia o plaga social que se extiende por todo el planeta y cuenta con más de cuarenta millones de víctimas (según el último *Índice Mundial de Esclavitud*, de 2018, elaborado por la Fundación Free Walk y la OIT). Por esto, hace falta una respuesta global al fenómeno, que permita actualizar los viejos convenios internacionales y regionales sobre la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, para ofrecer un tratamiento holístico de las modernas formas de explotación extrema del ser humano equivalentes a la esclavitud, las *formas contemporáneas de esclavitud*.

De este modo, la obra que ahora se presenta, así como el congreso que le sirve de base, pretende cumplir con el doble objetivo de hacer un balance sobre el Protocolo de Palermo contra la trata de personas —analizando las cuestiones más controvertidas y pendientes de ulteriores desarrollos en materia de trata—, al tiempo que se someten a debate también las situaciones de explotación extrema del ser humano, posteriores o no al proceso de trata, que configuran también sus propias finalidades.

Por todo lo expuesto, este libro constituye un estudio jurídico de carácter transversal, integral y multidisciplinar sobre la trata de seres humanos y las modernas formas de esclavitud, a lo largo de cinco apartados bien diferenciados. En el primero de ellos se analizan —desde una perspectiva general y de conjunto— los desafíos de este fenómeno desde el sistema universal de derechos humanos, planteando la problemática de las empresas transnacionales en la violación de derechos y centrando la atención en la perspectiva de la infancia y de género, para terminar planteando —críticamente— cómo el Protocolo de Palermo no permite erradicar las prácticas de sometimiento forzoso para la explotación del ser humano. Por tal motivo, la segunda y tercera parte de esta obra se centran fundamentalmente en analizar los desafíos que plantean las situaciones de extrema explotación del ser humano, tanto en el ámbito laboral como en el contexto sexual. Esta indagación se lleva a cabo desde la perspectiva de la regulación penal de diversos países americanos y europeos, que ha puesto de manifiesto las lagunas legales y déficits legislativos existentes al respecto, los problemas de delimitación conceptual que plantean, tanto teórica como jurisprudencialmente, y otras cuestiones no menos importantes, como la incidencia de la COVID-19 en este fenómeno. En la cuarta parte se avanza en el estudio de otras formas de explotación personal que constituyen finalidades propias de la trata, como la explotación criminal de las víctimas y la extracción de órganos y tejidos humanos, al tiempo que se analiza la trata de menores con fines de adopciones ilegales o de mujeres insertas y explotadas sexualmente en las maras; incluso se indican también otras formas de instrumentalización de la mujer, como los supuestos de maternidad subrogada. Finalmente, la última parte de este estudio está dedicada a hacer un balance de la actuación institucional de la sociedad civil, y también de la academia científica, para hacer frente al fenómeno de la trata y la esclavitud, y termina con un análisis de las víctimas durante los veinte años de vigencia del Protocolo de Palermo, desde un enfoque de género y derechos humanos.

Antes de finalizar, quisiera agradecer y reconocer el trabajo y la excelente disposición y coordinación mostrada por todas las instituciones que organizaron el *V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud* que, sin duda, es un buen ejemplo del camino que hemos de seguir, de cooperación institucional, para hacer avanzar el conocimiento científico y social de un tema tan importante como el estudiado en el congreso y que aparece plasmado en este libro. Gracias, por tanto, a la Oficina de la OIT para los Países Andinos, a la Pontificia Universidad Católica del Perú y a la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial del Perú, desde la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos de la Asociación de Universidades Iberoamericanas de Posgrado (AUIP), avalada por la Universidad de Granada; Red que no cesa en su empeño y objetivo principal de constituirse en una amplia plataforma universitaria para llevar a cabo tareas de investigación de carácter multidisciplinar y transversal sobre la moderna esclavitud y la defensa de los derechos humanos, a las que suman otras tareas de formación y de transferencia del conocimiento a la sociedad, para que tome conciencia sobre ellas. De este modo, sin duda, se estará en mejores condiciones para abrir un debate público y social en torno a las causas y consecuencias de este fenómeno y los instrumentos jurídicos necesarios para su prevención y erradicación, así como referente a la necesidad de tutelar a las víctimas y proclamar el valor y la defensa de los derechos humanos en el mundo.

En suma, este libro es un claro ejemplo de lo que se acaba de expresar. Es una obra colectiva que nace de un debate científico serio y fundado, a lo largo de los últimos años, con el que se pretende dar a conocer a la sociedad en su conjunto un problema social de primer orden en el ámbito mundial, como es el de la trata de seres humanos y las formas contemporáneas de esclavitud. Difundirlo para que se tome conciencia de él y para que el nivel de tolerancia social sea igual a cero, como medio para su prevención. Al tiempo que también debe permitir que se inicie un diálogo institucional y social capaz de generar las medidas sociales, económicas y jurídicas ne-

cesarias para la erradicación de este fenómeno y la debida asistencia y protección a las víctimas. En último término, este libro pretende contribuir al progreso científico en los estudios jurídicos sobre la trata de seres humanos y las formas contemporáneas de esclavitud desde la perspectiva integral y multidisciplinar, propuesta en esta obra, de modo que esperamos que sea de utilidad social.

**Esteban Pérez Alonso**

Director de la Red Iberoamericana de Investigación  
sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud  
y Derechos Humanos (AUIP)  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Granada



# RELATORÍA<sup>1</sup>

**Día 1: 2 de MARZO DE 2021**

**Urmila Bhoola:** *El Sistema Universal de Derechos Humanos y los desafíos de las formas contemporáneas de esclavitud en el contexto de la COVID-19 y veinte años después del Protocolo de Palermo*

La conferencia inaugural estuvo a cargo de Urmila Bhoola, ex Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias. En dicha conferencia, la ex Relatora abordó el Estado de la regulación internacional en materia de trata de personas y los retos que el actual contexto plantea.

Así, reflexionó acerca del incremento de la vulnerabilidad frente a situaciones de trata, trabajo forzoso y esclavitud a partir de la pandemia por COVID-19. La pérdida de empleos, el cierre de negocios, el desalojo de viviendas, el incremento de movilidad humana, entre otros factores, han contribuido a la comisión de estos delitos, con particular incidencia en personas que enfrentan múltiples e interseccionales formas de discriminación: niños y niñas, personas con discapacidad, trabajadores migrantes, solicitantes de refugio y refugiados, personas afrodescendientes, personas LGTBQ+, entre otras. Frente a esto, señaló que urge reforzar las protecciones en materia de derechos humanos y, en esta línea, resulta fundamental tener en cuenta la triada de instrumentos para combatir estas graves conductas: el Protocolo de Palermo, la Convención sobre Esclavitud y el Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso y su Protocolo 29.

Por otro lado, señaló que no puede negarse el efecto que han tenido estos instrumentos en el desarrollo normativo, tanto en lo que se refiere a los tra-

---

1 Texto elaborado por Renata Bregaglio Lazarte, Consultora de OIT.

tados como instrumentos de *soft law*, como en lo relativo a la jurisprudencia de órganos y cortes de derechos humanos, incluyendo las cortes nacionales. El impulso no solo ha venido desde los órganos de Naciones Unidas sino también desde los tribunales regionales de derechos humanos, como la sentencia para el caso de Rantsev vs. Chipre y Rusia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la sentencia Hacienda Verde vs. Brasil, de la Corte Interamericana. En la primera, el Tribunal identificó obligaciones claras en materia de prevención, mientras en la segunda, la Corte reconoció la discriminación económica estructural que pueden vivir las personas que son sometidas a explotación laboral; e indicó que, cuando se trata de casos de explotación infantil, los Estados tienen un deber de diligencia reforzado para prevenir dichos delitos.

La ex Relatora también llamó la atención acerca de los retos actuales para hacer frente a la trata de personas. Uno de ellos es el marcado enfoque punitivo de estos instrumentos, en detrimento de medidas concretas de protección hacia las víctimas; por eso resulta necesario seguir trabajando para reivindicar su rol. Esto puede hacerse, por ejemplo, a partir de la configuración de la reparación como derecho de las víctimas, su exención penal, la no valoración de su estatus migratorio y el no condicionar su protección a su participación en el proceso. Un segundo reto está relacionado con la no regulación de actores no estatales; sobre este aspecto, la ex Relatora resaltó la necesidad de regular a estos sujetos a partir del marco de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

Para hacer frente a estos retos se requiere que los órganos de Naciones Unidas, gobiernos, la sociedad civil y la academia sigan estos tres pasos: i) actuar para integrar el Protocolo de Palermo en las normas, *soft law* y casos surgidos desde entonces; ii) incidir en el cambio de normas internas con enfoque de derechos humanos; y, iii) considerar la posibilidad de adoptar un nuevo instrumento.

En la sesión de preguntas se conversó sobre las limitaciones derivadas del Protocolo de Palermo. Una de ellas es la ausencia de una definición del

término *explotación*, dadas las dificultades para lograr el consenso por parte de los Estados negociadores. En segundo lugar está el limitado número de extradiciones que se realizan en casos de trata de personas sobre la base del Protocolo de Palermo (la mayoría se insertan en el marco de acuerdos bilaterales). Esta situación, lamentablemente, responde a la falta de voluntad de los Estados para cooperar, pero también responde a la ausencia de mecanismos de supervisión internacional que garanticen el cumplimiento del tratado.

Finalmente, se consultó acerca de las relaciones entre trabajo infantil y formas de explotación, concretamente a partir de situaciones reportadas en la sierra central del Perú, donde se secuestra a niños y niñas para su utilización en fines criminales. Sobre este punto, la ex Relatora precisó que, de acuerdo con las definiciones de la Organización Internacional del Trabajo, el trabajo infantil no es, *per se*, una forma de esclavitud. Lo que se ha identificado como esclavitud son las peores formas de trabajo infantil. En su opinión, el caso peruano, así como lo que viene ocurriendo en las maras, en Centroamérica, podría ser considerado trata si es que se verifican los elementos establecidos en el Protocolo de Palermo.

### **Kevin Bales: *Desbloqueando la ciencia de la esclavitud***

El profesor Bales presentó experiencias desarrolladas por el *Rights Lab* de la Universidad de Nottingham, donde se utiliza investigación interdisciplinaria y experimental para contribuir a generar estrategias —basadas en evidencia— de lucha contra la esclavitud.

De esta manera, llamó la atención sobre el rol de la tecnología para combatir la esclavitud y presentó diversas herramientas desarrolladas por el *Rights Lab*: i) una base de datos sobre registros de esclavitud en todos los conflictos armados ocurridos entre 1989-2016 ([www.csac.org.uk](http://www.csac.org.uk)); ii) una base de datos sobre instrumentos nacionales y leyes nacionales sobre esclavitud ([www.antislaverlaw.ac.uk](http://www.antislaverlaw.ac.uk)); iii) la construcción de narrativas de víctimas sobrevivientes a partir del análisis de *big data* sobre nubes de palabras; iv) la medi-

ción del vínculo entre esclavitud y deforestación, o la huella de carbono de las actividades vinculadas a esclavitud; y, iv) la observación, vía satélites, de zonas de explotación laboral. Esta última herramienta permitió identificar campos de procesamiento de pescado en Bangladesh, donde se explotaba a niños y niñas.

En la ronda de preguntas se consultó acerca de si existen criterios para diferenciar las formas en las que se expresa la esclavitud en los países del norte y del sur. El profesor Bales sostuvo que, en su opinión, no se puede hablar de formas propias de cada región, sino de diversas formas en las que la esclavitud se manifiesta en cada país. En todo caso, si se trata de hacer comparaciones entre países pobres y ricos, se verá que opera un sistema de esclavitud del norte hacia el sur. No obstante, esta primera constatación no es suficiente. Resulta necesario investigar más allá de ese patrón, porque quizá lo más importante no es la forma en que se identifican patrones por región, sino la manera en que las modalidades de esclavitud evolucionan y se adaptan a las nuevas realidades.

Así mismo, se le consultó sobre la necesidad de cuantificar los casos de trata a través de investigaciones que vayan más allá de aquellos oficialmente reportados. El profesor Bales manifestó su total acuerdo, pues la trata y la esclavitud son dos de los crímenes más escondidos. En ese sentido, tomar como referencia solo los casos que salen a la luz llevará a una invisibilización del verdadero problema.

Finalmente, se preguntó sobre el papel de la academia en la investigación de trata y lucha contra el fenómeno. En opinión del profesor Bales, la academia permitirá comprender las causas y consecuencias de la trata. Además, señaló, los movimientos contra la esclavitud a lo largo de la historia han sido políticos y sociales, pero la esclavitud encierra una cuestión económica que es fundamental. La academia puede ayudar a entender estos aspectos.

**Jean Allain: *El enfoque hacia la niñez en los instrumentos de trata desde la trata de esclavos blancos hasta el Protocolo de Palermo***

La ponencia planteó una mirada histórica a la protección de niños y niñas, desde el Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, de 1910, hasta el Protocolo de Palermo. Aspectos centrales en esta evolución han sido el vínculo entre protección a la niñez y las regulaciones sobre prostitución y prostitución forzada, y la valoración del consentimiento. Así, la evolución normativa de la Convención de 1910 se refería únicamente a mujeres menores, poniendo como edad base para dicha minoría de edad los 20 años y habilitando una prohibición de prostitución general como posibilidad en el derecho interno. La Convención de 1921 para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños elevó la edad de 20 a 21 años y estableció una protección para niños y niñas. Posteriormente, la Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad, de 1933, modificó las protecciones anteriores y las estableció para mujeres mayores de edad y respecto de cualquier acto inmoral en otro país. De acuerdo con el expositor, la finalidad de los negociadores de los tratados era elevar la prohibición de la prostitución al terreno del derecho internacional.

Esta regulación se mantuvo hasta 1949, cuando se adoptó el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Dicho tratado hace mención a concertar o explotar la prostitución de “otra persona”, de modo que incluye a niños y niñas. De acuerdo con el autor, los abolicionistas ganaron la batalla de incluir una prohibición a la prostitución en el derecho internacional, pero no así la guerra, en tanto varios Estados evitaron ratificar el tratado. La protección de la niñez se vio afectada por la lucha ideológica entre quienes hablaban de prostitución y quienes hablaban de prostitución forzada. En cierta forma, el enfoque del Protocolo de Palermo vuelve a traer protecciones planteadas originalmente en el Convenio de 1910.

**Esteban Pérez Alonso: *La política europea en materia de trata de seres humanos***

La ponencia llamó la atención sobre la Directiva N.º 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, y que sustituye la Decisión Marco N.º 2002/629/JAI del Consejo. Este importante instrumento jurídico supone la culminación de un largo proceso de superación del paradigma migratorio y criminocéntrico hacia uno de derechos humanos y victimocéntrico.

Desde una mirada histórica, esta evolución entre dos paradigmas se inicia con el Programa de Tampere, de 1999, en el que el Consejo de Europa declaró que estaba dispuesto a hacer frente a la inmigración ilegal para luchar contra quienes cometían delitos internacionales. Posteriormente, en 2002, se adoptó la Decisión Marco N.º 2002/629/JAI. En ella es evidente que la preocupación principal es la lucha contra la trata de personas a través del derecho penal, a partir del desarrollo del vínculo entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Así mismo, cabe mencionar la Directiva N.º 2004/81/CE de 2004, que concede permiso de residencia para nacionales de terceros países que sean víctimas de trata o hayan sido objetivo de acción de ayuda a la inmigración ilegal, siempre que cooperen. Esta regulación marca claramente una distancia con el enfoque centrado en la víctima, pues no existe reconocimiento autónomo de la víctima de trata de personas, sino que está condicionado a su colaboración en el proceso.

El nuevo paradigma, señaló el profesor Pérez Alonso, empezó a gestarse con el Programa de La Haya, de 2004, y continuó con otros importantes instrumentos, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos, de 2005; el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla, de 2005; y el Programa de Estocolmo, de 2009, que considera la trata de personas como un delito en el que se dará prioridad a la lucha transfronteriza. Finalmente, el modelo de derechos humanos se consolida

con la Directiva N.º 2011/36, que añade a los tres pilares del Protocolo de Palermo un cuarto pilar: el de la cooperación política.

En la ronda de preguntas se consultó sobre los avances en Europa y España en la lucha contra la trata, desde la adopción del Protocolo de Palermo. En opinión del profesor Pérez Alonso, el aspecto más importante de la política criminal europea ha sido la armonización de las normas penales en trata de personas. En ese sentido, resaltó que el Protocolo de Palermo ha generado un gran aporte: permitir que todos los Estados hablen el mismo idioma en cuanto a la trata de personas.

En cuanto a España, se resaltó que, si bien poco a poco se va abandonando la mirada migratoria criminocéntrica, esta aún subsiste. Un ejemplo de esto se observa cuando se comparan las penas de trata con las de explotación en el Código Penal español. Las penas por explotación son más bajas que las de trata. En su opinión, esto se debe a que el legislador quiso reprimir con mayor pena el delito si las personas venían de fuera del país. Así, resulta necesario cambiar el enfoque para abordar el problema de la trata de personas. No es cuestión de cerrar fronteras ni de asumir que la criminalización de las conductas va a solucionar los problemas de explotación del ser humano que la globalización económica está generando. Por el contrario, es necesario estudiar con profundidad las causas y consecuencias y enfrentar el fenómeno como lo que es: un negocio. Propuso que no debería condenarse solo el tráfico, sino también el aprovechamiento posterior, que incluye la sanción a las grandes empresas transnacionales que se benefician con la industria de la trata.

***Aintzane Márquez: ¿Cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos por parte de empresas transnacionales? Un análisis de género a la responsabilidad de las empresas multinacionales por delitos de trata de personas***

La ponencia reflexionó sobre las estrategias que desde el derecho internacional de los derechos humanos se vienen abriendo camino para superar los

problemas de acceso a la justicia que enfrentan las mujeres víctimas de trata de personas, en los casos en los que los hechos se cometen en un ámbito controlado por una empresa, como ocurre con la minería, la agricultura, la textilera, entre otros. Esto es particularmente relevante debido a los posibles problemas de extraterritorialidad en empresas transnacionales, que restan jurisdicción a las cortes nacionales.

La profesora Márquez identificó un amplio número de instrumentos —convencionales y de *soft law*— que regulan el comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos. Resaltó también que los órganos de vigilancia de Naciones Unidas han señalado que parte del derecho a un recurso efectivo implica defender a las personas de los actos de empresas que operan fuera del territorio del país. En particular, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se pronunció, en 2020, en su Recomendación General N.º 38, donde señaló que los agentes no estatales tienen la obligación de respetar la prohibición de trata de personas y los Estados deben prevenir, investigar y sancionar estos actos. Además, el Comité también ha planteado la necesidad de hacer compatibles dos marcos normativos: las normas de debida diligencia para empresas y las normas sobre responsabilidad penal para delitos de trata a personas jurídicas.

En el caso español, el Código Penal regula responsabilidad penal de persona jurídica, que se extiende a los casos de trata de personas. Además, aunque no habla de manera expresa de debida diligencia, sí plantea un atenuante de responsabilidad cuando existen modelos de organización empresariales orientados a la vigilancia y control de los delitos, y da pautas acerca de la forma que han de adoptar. Finalmente, en la legislación procesal española se habilita la jurisdicción extraterritorial para los delitos de trata de personas en el caso de sucursales. En ese sentido, la profesora Márquez culminó su ponencia señalando que el ordenamiento español permite combinar el estándar de debida diligencia exigida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con la persecución penal.



En la ronda de preguntas se reafirmó la idea de que no resultaba suficiente la regulación y sanción penal para hacer frente a este fenómeno. Es fundamental, también, establecer regulaciones en materia de diligencia debida a las empresas.

Además, en relación con la regulación española sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, se precisó que esta solo aplica en ciertos delitos, como es el caso de la trata de personas. Sin embargo, sería adecuado que se extendiera también a los delitos de esclavitud y trabajo forzoso.

**Marisol Gonzales, Stephanie Carrión y Marco Arellano: *Análisis de las víctimas de trata de personas luego de veinte años del Protocolo de Palermo: actuación estatal a la luz del enfoque de género y derechos humanos***

La ponencia reflexionó sobre la necesidad de incorporar los enfoques de vulnerabilidad en la lucha contra la trata de personas, a partir del perfil de las víctimas. Se mencionó que en el Perú se han adoptado, desde el 2011, dos planes nacionales contra la trata de personas, y que el segundo de ellos, correspondiente al periodo 2017-2021, acierta al incorporar nuevos enfoques respecto de su antecesor, como los enfoques de niñez, discapacidad, territorialidad, interseccionalidad, entre otros. Así mismo, el nuevo plan se aparta de la mirada criminológica y se aproxima a una de corte victimológico, que individualiza a las víctimas por su situación de vulnerabilidad.

Pese a esto, la ponencia señaló que en la práctica subsiste la necesidad de implementar medidas que permitan articular estos enfoques. En esta tarea debiera prestarse especial atención a las medidas específicas que deben adoptarse en el caso de mujeres trans que son víctimas del delito, y al tránsito que muchas de las víctimas hacen para llegar a ser victimarias.

Las preguntas a la ponencia giraron principalmente en torno a la correcta aplicación de un enfoque de género en el tratamiento de las víctimas. Este enfoque, sumado a los ya descritos, se consideró un aporte de la regulación

peruana para los demás países del sur global. Así, se consultó sobre la compatibilidad del enfoque de género con el mandato de no discriminación y sus alcances respecto de las víctimas hombres. Frente a esto se reafirmó que el enfoque de género es una herramienta para luchar contra la discriminación. No se trata de generar privilegios ni, tampoco, de atribuir una debilidad que permita la exclusión. Se trata de reconocer la diversidad de las personas y, a partir de ella, identificar las necesidades concretas que pudieran tener. En esa línea se señaló que el género como enfoque, en tanto herramienta analítica, también genera un impacto en las víctimas hombres, pues permite identificar los casos de explotación que generan mayor incidencia en ese sector de la población.

También se consultó acerca de los problemas que podrían generarse en el registro de víctimas, pues muchas de quienes son LGTBI podrían no querer identificarse. Frente a esto, se señaló que bastaría con permitir que la víctima señale el género con el que se identifica, sin tener que visibilizar su condición de persona LGTBI.

## **DÍA 2: 3 DE MARZO DE 2021**

### ***Elvia Barrios: La jurisprudencia de la Corte Suprema peruana sobre trata de personas***

La exposición de la magistrada Barrios presentó los principales hitos en la evolución de la jurisprudencia de trata de personas en el Perú. El delito se encuentra regulado en el Código Penal peruano desde el año 1991, aunque es solo en el 2014 cuando se incorpora lo dispuesto en el Protocolo de Palermo. Aspecto medular en esta evolución ha sido la adopción de dos Acuerdos Plenarios. El primero fue tomado por la Corte Suprema en el 2011. Frente a un tipo penal que no se adecuaba a lo dispuesto por el Protocolo de Palermo, el Acuerdo Plenario postuló que la trata de personas es un delito proceso que involucra diversas etapas: desde la captación de la víctima hasta su recepción en el lugar de destino. También se determinó

que el delito ‘se perfecciona’ aunque la víctima no llegue a realizar nunca la finalidad para la cual fue captada, desplazada o entregada. El segundo, del año 2019, se dio tras una nueva modificación al Código Penal, que incluyó conductas relacionadas con la explotación laboral. Este segundo acuerdo incorporó una perspectiva de género al delito de trata. Así, además de indicar que el bien jurídico protegido en este tipo de delito trasciende a la libertad, en tanto hay un aprovechamiento de la vulnerabilidad, se afirma que la trata tiene rostro de mujer. Finalmente, el Acuerdo Plenario estableció que el delito no siempre se da a través de una banda u organización criminal, y que la trata y la explotación pueden coexistir independientemente.

Pese a estos avances jurisprudenciales, muchas de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema merecen críticas. La más cuestionada de estas decisiones estuvo referida a un caso, en Madre de Dios, de una adolescente de 15 años de edad, quien fue obligada a trabajar como dama de compañía en el bar de un campamento minero. La decisión judicial absolvió a la dueña del bar al indicar que no hubo explotación, pues a pesar de que la víctima trabajaba más de 10 horas, lo hacía sentada, de modo que no llegaba a agotar sus fuerzas y, por tanto, no configuraba explotación laboral.

En este contexto, y mirando al futuro, la expositora planteó los retos del análisis de nuevas figuras no reguladas, como la gestación subrogada, y la necesidad de uniformar criterios sobre el concurso de la trata y otros delitos.

**Luis Lafont Nicuesa: *El uso de las técnicas especiales de investigación en la persecución de la trata de seres humanos en España***

El fiscal Lafont se ocupó del uso de técnicas especiales de investigación en la persecución de la trata de seres humanos en España, y se concentró específicamente en las figuras del agente encubierto, previstas en el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Esto se originó en una resolución del Parlamento Europeo, que da cuenta de nuevas modalidades de trata de personas, como la capacitación a través de redes sociales que garantizan el anonimato de los esclavistas.

La idea de utilizar un agente encubierto para investigar delitos de trata de personas no está exenta de críticas, pues implica hacerse pasar por alguien que requiere el servicio. Sin embargo, planteó el expositor, su uso puede ser relevante para establecer la geografía de la organización criminal (como saber quiénes son las víctimas, dónde están, qué rutas son utilizadas y cuál es la ruta del dinero). En el caso de España, la figura se utiliza para algunos delitos en los que opere una organización criminal, como la trata de personas. Las funciones de este agente encubierto son limitadas y opera como medida de *ultima ratio*, previa autorización judicial. No se permite la infiltración estratégica de largo plazo, y quien ejerce esta función debe ser un policía (a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones). Este agente encubierto puede ser físico o informático (para operar a través de las redes sociales o en canales cerrados de comunicación con el fin de contactar a las organizaciones de tratantes).

**Marcelo Colombo: *Buenas prácticas en la investigación y la persecución penal de la explotación laboral en Argentina***

El fiscal Colombo abordó algunas buenas prácticas en la investigación y persecución penal de trata de personas con fines de explotación laboral en Argentina. La iniciativa surgió a raíz de la constatación de que, en la práctica jurídica argentina, los abusos laborales extremos no eran regulados y sancionados desde el ámbito penal sino desde el laboral. Frente a esta realidad, se asumió el reto de afinar criterios para identificar cuándo se está frente a casos de explotación laboral y cuándo no; y se elaboró —de manera conjunta con la Organización Internacional del Trabajo— un informe con estrategias para la detección e investigación del delito, publicado en el 2017.

Estas estrategias plantean cuatro ejes interpretativos que son fundamentales. El primero es adoptar una interpretación dinámica de la explotación laboral, a partir de las formas más recurrentes detectadas en los casos de trata, como ocurre con la servidumbre por deudas o servidumbre por leva (donde los servicios personales son prestados como garantía de una deuda,

pero sin que se ajusten al pago o se limiten a él). El segundo eje tiene que ver con la interpretación de la protección del salario, a partir de lo dispuesto en los Convenios 29 y 105 de la Organización Internacional del Trabajo. Con base en estos instrumentos, debe tenerse presente que el salario debe pagarse en intervalos regulares, no debe haber descuentos ilegales y no puede ser inferior al salario mínimo. El tercer eje está vinculado con el concepto mismo de salario. Muchas personas no conocen el valor de lo que van a cobrar ni cuándo va a terminar la relación laboral. En estos escenarios no es posible asumir que se presta consentimiento, pues no hay certeza sobre las contraprestaciones. Por eso, tampoco es posible afirmar que lo que la persona recibe a cambio es un salario. Por el contrario, el fiscal Colombo resaltó la necesidad de prestar atención a la relación entre empleador y trabajador, para identificar si el trabajador realmente sabe cuánto cobra y cuándo cobra, o si hay retención de salario. Finalmente, el cuarto eje interpretativo está vinculado con el criterio para establecer cuándo se paga muy exiguamente un servicio. Así, resulta fundamental que la contraprestación permita cubrir necesidades básicas para una vida digna.

Finalmente, el fiscal Colombo resaltó dos necesidades adicionales que tienen los escenarios de explotación laboral. El primero es la restitución de derechos a las víctimas. Al respecto, comentó que en Argentina el fiscal y el juez tienen la obligación de hacer una estimación del lucro cesante y daño que ha sufrido la víctima, aunque esta no se haya apersonado al proceso. El segundo es la existencia de víctimas que a la vez son victimarios. En estos casos es importante tener presente que no se puede castigar a la víctima que ocupe un rol en la organización, pues su participación como victimaria no anula su calidad de víctima.

En la ronda de preguntas se consultó sobre los criterios diferenciadores de la explotación laboral infantil y de personas adultas utilizados por las autoridades argentinas. El fiscal Colombo señaló que en Argentina no solo está penalizada la explotación laboral en términos de trata o servidumbre de menores, sino también el empleo de mano de obra infantil de niños y niñas por debajo de los 16 años de edad. Además, si se utiliza un menor de 17

en alguna actividad laboral, se debe determinar si está siendo empleado en una actividad riesgosa o prohibida, de conformidad con lo señalado por el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo. Si la actividad no es riesgosa, siempre habrá que medir de qué forma está siendo empleado ese menor, para determinar si se encuentra o no en una relación servil.

También se consultó sobre la práctica de “damas de compañía” en el Perú y su relación con la explotación. Esta práctica consiste en un servicio dado por mujeres, en el que se fomenta la venta de alcohol durante jornadas largas y se visten prendas diminutas. En este caso se señaló que si las víctimas son adolescentes el consentimiento es inválido y se trataría de explotación. Por otro lado, se apuntó que en Argentina, en ciertos casos, se ha determinado que la venta de alcohol formaba parte de la misma prestación que se realizaba con el servicio sexual. Por el contrario, si solo se trata de venta de alcohol correspondería analizar los otros indicadores de la explotación, como la duración de la jornada de trabajo, si la víctima puede dejar el servicio, o si se le paga un salario.

Finalmente, se consultó acerca de la articulación entre los inspectores de trabajo y las autoridades fiscales que concurren a la escena del delito. Se resaltó que esta articulación es vital para la correcta persecución penal, y se señaló que en Argentina se vienen dando esfuerzos de colaboración con las autoridades laborales y de migraciones. De esta manera, se realizan capacitaciones constantes a los inspectores laborales para que puedan tanto detectar un posible supuesto de servidumbre como documentar el hecho adecuadamente. Además, en caso de identificar indicios de explotación, el inspector debe contactarse con el fiscal federal de turno para que este finalice la recolección de la prueba necesaria.

### **Mohammed Mattar: *La jurisprudencia de los Estados Unidos sobre trata de personas: una perspectiva internacional***

El profesor Mattar reflexionó en torno a las regulaciones de Estados Unidos para combatir los casos de trata de personas. Si bien el Protocolo

de Palermo y la *Trafficking Victims Protection Act* (TVPA) han cumplido veinte años, y aunque esta última asume las definiciones del Protocolo de Palermo, existen algunas diferencias entre ambos instrumentos. Una de ellas es que la TVPA solamente se refiere a dos formas de trata: la que se da con fines de explotación laboral y aquella con fines de explotación sexual. No incluye otras, con otras finalidades, como la adopción ilícita. Otra diferencia entre ambas normas es que la TVPA considera que la trata debe haberse realizado por fuerza, engaño o coerción, mientras que para el Protocolo de Palermo solo se requiere probar el abuso de una situación de vulnerabilidad.

Pese a estas diferencias, es importante tener presente que la TVPA evoluciona cada año e incorpora las nuevas problemáticas que aparecen. Si esto mejora, mejora también la calidad de la persecución del delito. Por ejemplo, en el 2003, se enmendó la norma para permitir que las víctimas de trata puedan iniciar acciones civiles para la compensación del daño. Hasta antes de esta modificación, la norma únicamente permitía una restitución. Luego, en el 2005, la norma fue enmendada de manera que pudiese ser aplicada fuera del territorio de los Estados Unidos, pero aún bajo su control, como en el caso de la Guerra de Iraq, por ejemplo. En el 2008, a partir de un caso de trata que involucró a un funcionario diplomático, la norma se enmendó nuevamente. En el 2013 hubo otra modificación, que estableció que USAID no ayudaría a países donde los Estados permitiesen el uso de niños y niñas soldados. Finalmente, en el 2018, se inafectó tributariamente a las reparaciones concedidas a las víctimas.

No obstante estas modificaciones, también se puede hablar de cambios negativos. En la reforma de 2005, por ejemplo, se decidió que el Departamento de Trabajo debía emitir un informe, distinto al del Departamento de Estado, en el que se consignen los bienes producidos por el uso de empleo infantil o empleo forzoso. Sin embargo, como el nivel de precisión de dichos informes es muy vago, no permite la identificación de las empresas involucradas.

Además de las enmiendas, las finalidades de la TVPA —la búsqueda de protección de las víctimas y la mejora de las calidades de la persecución del delito— se consiguen también con ciertas normas complementarias. La primera de ellas es la *Stop Enabling Sex Traffickers Act*, una ley de 2018 que permite demandar civilmente a las compañías de Internet que permiten prácticas de trata de personas en sus plataformas. La segunda norma es la *International Marriage Broker Regulation Act*, de 2005. Esta norma indica que si un ciudadano estadounidense busca casarse con una persona de otro país a través una empresa casamentera, esta debe presentar sus registros criminales previos. Finalmente, la tercera norma es la *Sex Tourism Act*, de 2003, que establece una pena de 30 años para personas que viajen al extranjero para tener sexo con niños o niñas e incluye responsabilidad para las agencias de turismo, sin prescripción.

En la ronda de preguntas, el profesor Mattar pudo profundizar sobre la jurisprudencia de Estados Unidos en la materia. Señaló que a través de ella se ha establecido que no se puede alegar desconocimiento para evitar la persecución del delito y se ha determinado la responsabilidad penal de quien consume servicios sexuales derivados de trata, cuando conoce que la persona es víctima.

Así mismo, en la ronda de preguntas se consultó si en el Derecho de los Estados Unidos se podría reconducir la trata con fines criminales o con fines de venta de niños y niñas a modalidades de explotación laboral. El profesor Mattar planteó que —de acuerdo con el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo—, el consentimiento del niño o niña no es relevante. Por eso se debería extender la definición de trata en casos de niños y niñas sin necesidad de una finalidad específica, pues siempre habrá explotación.

Finalmente, en relación con la explotación laboral de niños, niñas y adolescentes y su vínculo con la trata, se puntualizó que, debido a la irrelevancia del consentimiento, la explotación siempre genera trata en el caso de niños y niñas.



**Paula Andrea Leiva y María Fernanda Billone: *Víctimas del delito de trata de personas en la República Argentina: derechos y garantías de cara al 2021***

Las fiscales Leiva y Billone presentaron los avances normativos, jurisprudenciales y de políticas públicas en materia de trata de personas desde la ratificación del Protocolo de Palermo, por parte del Estado argentino, y la regulación del delito de trata de personas.

En concreto, se resaltó la Ley N.º 26364 (modificada por la N.º 26842), a través de la cual el Estado brinda protección a las víctimas: garantizándoles recibir información sobre los derechos que les asisten y sobre el Estado de su proceso, en su idioma y en un lenguaje adecuado para su edad y madurez; brindándoles asistencia psicológica y médica, alojamiento, manutención, asesoría legal, apoyo en la búsqueda de empleo; otorgándoles el derecho a permanecer en el país si lo desean o de retornar a su país de origen y permitiéndoles prestar testimonio en condiciones de protección. La consigna general es el respeto de las individualidades y la no revictimización, incluso si las víctimas cometieron otro delito como consecuencia de la dinámica de trata de personas en la que se encontraban inmersas.

También se mencionaron los aportes de los tribunales que han venido aplicando el estándar de control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de los planes bienales en materia de trata de personas. Se resaltó que el plan 2020-2022 estableció una línea gratuita para denuncias anónimas, que durante el 2020 permitió el rescate de más 200 víctimas de trata.

En la ronda de preguntas se indagó acerca de ejemplos de aplicación de estándares internacionales mediante control de convencionalidad y de buenas prácticas desarrolladas por la Fiscalía argentina. Respecto de lo primero, se señaló la promoción de un rol activo de la víctima en el proceso; así, toda autoridad judicial debe dar a conocer sus derechos durante el proceso. Respecto de lo segundo, se mencionaron los esfuerzos de concienciación a las víctimas, pues muchas veces estas no se reconocen como tales.

**Tamara González Fernández: *La construcción jurisprudencial del delito de trata de personas con fines de explotación sexual***

La ponencia mostró el abordaje de los tribunales españoles de la realidad de la trata de personas con fines de explotación sexual. Para eso se analizaron 76 sentencias de tal tipo de trata, entre el 2013 y el 2019, contrastándolas con la línea jurisprudencial de la Sentencia N.º 188 del Tribunal Supremo, que señala que el delito se caracteriza por tener dos elementos: captación por engaño o coacción y explotación sexual.

Como parte de los hallazgos, se mencionó que solo el 13 % de los casos investigados por trata con fines de explotación sexual son condenados. Esta cifra podría explicarse porque —en lo que se refiere al elemento de la captación, en las decisiones analizadas—, en un 62 % de los casos las víctimas señalaron tener proyecto migratorio propio, aunque declararon también no conocer el trabajo que iban a realizar. Esto limita las posibilidades de determinar el engaño en la captación. De acuerdo con los hallazgos del estudio, si la víctima sabía qué trabajo realizaría, la sentencia es absolutoria en el 87 % de los casos. Además, cuando la víctima es la denunciante, no denuncia el engaño sino solo la violencia sufrida.

De esta manera, la comunicación apuntó en la necesidad de cuestionar la eficacia de la categoría de trata que se utiliza, pues con ella se elimina la capacidad de agencia de las personas migrantes. Así mismo, este planteamiento elimina la responsabilidad del Estado, pues centra el problema en las redes de tráfico y de prostitución que crea la trata, y no en las regulaciones migratorias que permiten la supervivencia de estas redes. Muchas víctimas cuentan con proyecto migratorio propio, pero, como no tienen solvencia económica, buscan ingresar al país de manera irregular y deben permanecer en el mercado laboral informal tres años, como mínimo, hasta poder hacer una regularización. Esto las convierte en altamente vulnerables para ser captadas por redes de trata. Finalmente, se resaltó que la legislación española —abolicionista de la prostitución— niega derechos a las trabajadoras sexuales y, así, perjudi-

ca a víctimas de trata, porque equipara la prostitución a la explotación sexual e invisibiliza a las víctimas.

En la ronda de preguntas se planteó el debate en torno a las posibilidades de abordar el trabajo sexual desde un enfoque regulacionista cuando las víctimas se encuentran en situación de pobreza y vulnerabilidad. Frente a esto, se precisó que el modelo que reclaman las trabajadoras sexuales no es el regulacionista sino uno de derechos, que aboga por la despenalización del trabajo sexual. Siguiendo a María Luisa Maqueda, debe entenderse que la prostitución tiene que ser libre: no cabe hablar de prostitución forzada. Si no hay consentimiento se tratará de explotación. Por otro lado, y de acuerdo con Ruth Mestre, hay que tener presente que “desde el privilegio las pobres nunca eligen”; por tanto, debe descartarse la premisa de que las personas con pocos recursos no pueden tomar decisiones.

Finalmente, se consultó acerca del abordaje de los concursos de delitos en el Tribunal Supremo de España. Sobre este punto se manifestó que en el 100 % de las sentencias analizadas se concluyó que la explotación se había producido efectivamente. En la mayoría de los casos se planteó un concurso con el delito de prostitución y, en menor medida, con el delito de inmigración ilegal. Finalmente, se mencionó que solo en un porcentaje menor se aplica el agravante de organización criminal.

**Silvia Rodríguez León: *¿A quién sanciona realmente el Protocolo de Palermo? El perfil de las personas condenadas por trata de personas en España***

Se parte de la ausencia de investigaciones sobre quiénes son autores de trata, y de estereotipar las teorías sobre el autor ideal, pues se suele pensar que los autores son principalmente hombres que conforman grandes redes de trata. Sin embargo, esta percepción viene siendo cuestionada recientemente. El Informe Global sobre Trata de Personas, de UNDOC (2020), señala que el 38 % de las personas condenadas por trata de personas son mujeres, y que un 52 % son migrantes condenadas por trata en los países de destino. Así

mismo, destaca la diversidad en el modo de organización de los tratantes: individual, dos o más personas y a través de crimen organizado.

En este contexto se presentaron los resultados de la sistematización del perfil de las personas condenadas, a partir del análisis de 39 sentencias condenatorias entre los años 2015 y 2018. El perfil se construyó sobre la base de las variables sexo, edad, país de origen, relación con la víctima, relación con otros tratantes e intervención en grupos criminales organizados.

Los resultados mostraron que el 39,44 % de las personas condenadas son mujeres; que el 32 % de ellas fluctúa entre los 30 y 39 años de edad; y que los principales países de origen son Rumanía (50 %) y Nigeria (36 %). El estudio evidenció también que cerca del 90 % de las personas condenadas tenían una relación previa con la víctima y con otros tratantes, y que solo el 13 % integraba grupos criminales. Estos resultados contribuyen a romper el paradigma del “autor ideal” y plantean la necesidad de mejorar el conocimiento de las personas autoras; así se podrá sancionar la trata de modo proporcional y diseñar estrategias preventivas eficaces.

En la ronda de preguntas se comentó que el Ministerio de Justicia peruano había producido un informe en el que se concluía que el 40 % de las personas responsables de cometer delito de trata eran mujeres. Además, el 51 % de tratantes decía venir de hogares pobres. Por esto se planteó la necesidad de que este tipo de información sea tomado en cuenta por la política criminal y la justicia penal. También se precisó que, en el caso español, estas mujeres provienen del mismo contexto socioeconómico que las víctimas.

Finalmente, se reflexionó sobre los problemas que genera la disonancia entre los autores ideales y los autores reales en la persecución de la trata. En concreto, se plantearon dos dificultades derivadas de asumir el estereotipo de que la trata la cometen hombres a través de organizaciones criminales: por un lado, solo se pone atención a ese prototipo de autores y se pasa por alto otros casos; y, por otro, no se reconoce como víctimas a las mujeres autoras de trata.

**Rita Figueredo: *La esclavitud contemporánea en Portugal: las minorías racionales, étnicas y migrantes***

La ponencia presentó el estado actual del delito de trata de personas en Portugal, delito introducido con la Ley N.º 60, de 2013, que modificó el artículo 160 del Código Penal. Además, se presentaron las diferentes políticas públicas que Portugal ha adoptado para luchar contra la trata: el Observatorio de Trata, el Plan Nacional de Prevención y Lucha contra la Trata de Personas y las medidas de cooperación nacional e internacional.

También se presentó el perfil del delito y de las víctimas en Portugal. Se resaltó que existe un predominio de la trata con fines de explotación laboral, cuyas víctimas son principalmente de nacionalidad rumana (33,8 %) y moldava (16,3 %). Finalmente, se señaló que este tipo de trata ocurre sobre todo en las zonas agrícolas.

En la ronda de preguntas se pudo precisar que la razón de la prevalencia de la trata con fines de explotación laboral en Portugal está relacionada con el bajo nivel de formación de las personas que trabajan en las zonas agrícolas. Así mismo, se determinó el rol del Observatorio de la Trata en las acciones de prevención: informar a la población en general acerca de los riesgos del delito.

**DÍA 3: 4 DE MARZO DE 2021****Iván Meini: *El delito de trabajo forzoso en el Perú***

La ponencia planteó algunas reflexiones en torno a la explotación laboral en el Perú, a partir de la tipificación en el Código Penal peruano de los delitos de trabajo forzoso y esclavitud, y de la manera en que estas figuras han venido siendo utilizadas por tribunales peruanos en relación con la trata de personas. En el Perú el abordaje del bien jurídico protegido de los delitos de trabajo forzoso y esclavitud se ha hecho normalmente con ocasión del análisis jurisprudencial de trata con fines de explotación laboral. Sin embar-

go, debe tenerse presente que mientras el trabajo forzoso y la esclavitud son formas de explotación, la trata de personas sería un delito tendencia que prepara el contexto para la explotación laboral, pero que no requiere que esta se concrete para su consumación. Por tal motivo, resulta fundamental aplicar correctamente las reglas de concurso entre trata y los delitos de explotación laboral.

La jurisprudencia peruana no ha sido completamente clara para determinar los bienes jurídicos protegidos en los delitos de explotación laboral. No obstante, en opinión del profesor Meini, el trabajo forzoso y la esclavitud protegerían lo mismo: la autonomía o la libertad, antes que la dignidad. Pese a esto, aún no existe consenso sobre la identificación entre trabajo forzoso y esclavitud, pues cierto sector de la doctrina señala que esta última sería un agravante de la primera, mientras que otro plantea que se trata de figuras autónomas. En el Perú, sin embargo, este debate no ha sido abordado por la jurisprudencia debido al escaso número de sentencias sobre esclavitud. A pesar de esto, el profesor Meini considera que los indicadores de la OIT sobre trabajo forzoso resultarán útiles no solo para identificar indicios de trabajo forzoso sino también de esclavitud.

Finalmente, el profesor Meini planteó una reflexión sobre el requisito de ausencia de consentimiento para que una conducta sea considerada trabajo forzoso en el Código Penal peruano. En su opinión, lo importante no es analizar si hubo o no consentimiento, sino si este fue válido. Siguiendo la línea trazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en los casos *Chowdrury* y otros contra Grecia, y *Van der Musselle* contra Bélgica— se planteó que las condiciones de vulnerabilidad de la víctima podrían llevar a que su consentimiento formal no fuese válido. Por eso resulta imperativo incorporar los enfoques de género, intercultural e intergeneracional, entre otros, en el análisis de consentimiento.

Las preguntas a la exposición estuvieron referidas a las relaciones entre el delito de trata de personas y la explotación laboral, trabajo forzoso y esclavitud. Al respecto, el profesor Meini recordó que el concepto de explotación

laboral —del artículo 153 del Código Penal peruano— no está referido a los elementos subjetivos del dolo, pues la trata de personas no tiene que abarcar la explotación de la víctima. Así, la trata de personas es un delito independiente del trabajo forzoso y la esclavitud, y ocurre en momentos distintos. La captación y el traslado bastarán para ser considerados un delito. Y si, además, ocurre explotación, se tendrán que poner en juego otros delitos. En su opinión, antes que pensar en un tipo penal que lo abarque todo, es mejor diferenciar las conductas y apostar por la sistematicidad y claridad. Por otro lado, señaló que la noción de explotación laboral es más amplia que la de esclavitud y trabajo forzoso. Podría haber explotación laboral que implique solo la infracción de normas laborales y genere responsabilidad administrativa. En cambio, en el ámbito penal la explotación laboral solo se expresa a través del delito de trabajo forzoso y del delito de esclavitud. Si bien los criterios para diferenciar ambos delitos no han sido abordados por la jurisprudencia peruana, el profesor Meini señaló que la diferencia podría estar dada por la intensidad de la afectación a las víctimas. Por eso reafirmó que los indicadores de la Organización Internacional del Trabajo, en función de la concurrencia e intensidad con la que ocurran, pueden llevar a concluir que se está frente a uno u otro delito.

### **Yvan Montoya: *La explotación laboral de niñas, niños y adolescentes***

En su ponencia, el profesor Montoya reflexionó sobre tres problemas que surgen de la regulación de delitos relacionados con la explotación laboral infantil en el Código Penal peruano: la trata, la esclavitud y el trabajo forzoso de niños y niñas.

El primero de ellos tiene que ver con la proliferación de conceptos normativo-jurídicos, aunque poco a poco estos han ido adquiriendo contenido a partir de lo dispuesto en los instrumentos y jurisprudencia internacional. El segundo problema está vinculado con cuestiones concursales. Si bien el Acuerdo Plenario N.º 6-2019 abordó las implicancias del concurso entre trata de personas con fines de explotación sexual y los delitos de explotación sexual, no consideró las implicancias concursales entre la trata con fines de

explotación laboral y los delitos de explotación efectiva. Dado que las penas del delito de esclavitud o trabajo forzoso de menores de 14 años son más bajas que las penas de la trata con fines de explotación laboral de estos, el profesor Montoya propuso dejar de lado la fórmula del Acuerdo Plenario que plantea aplicar el agravante del delito de explotación, para tratar el problema como un concurso real de delitos.

Finalmente, el tercer problema tiene que ver con el rol del consentimiento infantil. En los delitos de trata y esclavitud se señala de manera expresa la invalidez del consentimiento. No obstante, en el caso del trabajo forzoso este requisito no forma parte de la definición. Dado que no todo trabajo infantil constituye explotación, sino solo sus peores formas, estas formas pondrían un límite claro a la posibilidad de consentir por parte del niño o niña. Además, en los casos de trabajo forzoso o trabajo peligroso, de acuerdo con la legislación nacional, será necesario atender a la relación entre la edad y el tipo de actividad, e identificar posibles indicadores de vulnerabilidad, así como tomar en cuenta la relación de proporcionalidad entre el fin del trabajo, la vulnerabilidad y su naturaleza.

En la ronda de preguntas el profesor Montoya tuvo la oportunidad de profundizar en su propuesta de contar con indicadores que permitan identificar explotación laboral infantil. Así, señaló la necesidad de distinguir entre el trabajo infantil (un trabajo prohibido que genera infracciones en el derecho laboral como ocurre, por ejemplo, cuando se incumple la edad mínima) y la explotación laboral infantil. En su opinión, para hablar de esta última se tendría que estar ante un control intenso de la autonomía del niño o niña, ante una situación que restrinja su ámbito de libertad. Mientras que en el trabajo infantil hay una infracción de la legalidad, en la explotación laboral infantil concurre un abuso de la situación de vulnerabilidad, por lo que debe hacerse un análisis de la proporcionalidad entre el fin del trabajo y la vulnerabilidad del menor.

Finalmente, el profesor Montoya abordó dos cuestiones procesales de la sanción de casos de explotación infantil: en primer lugar señaló que



no debe asumirse que considerar la minoría de edad de la víctima como determinante de su vulnerabilidad y, luego, como causal de agravante, vulneraría el *ne Estados in ídem*. Precisó que cuando el artículo 153 del Código Penal peruano menciona la vulnerabilidad, se está refiriendo a la población adulta. En el caso de menores de edad, la vulnerabilidad se presume, pero se considera particularmente desvalorada en el artículo 153-A. En segundo lugar, se refirió al conflicto entre los artículos 153-A y 49 del Código Penal peruano en aquellos casos en los que se tiene una pluralidad de víctimas. En su opinión, en virtud del artículo 49 habría que tratar estos casos como un concurso real; de esa forma no tendría sentido aplicar el 153-A.

**Patricia Gallo: *La explotación laboral en Argentina: problemáticas, hipótesis y propuestas legislativas***

La ponencia buscó resaltar la laguna normativa que existe en la legislación argentina por la ausencia de un tipo penal “leve” de explotación laboral que abarque otras conductas distintas a las relacionadas con el trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre.

En el ordenamiento argentino la explotación laboral se considera una de las finalidades de la trata de personas, así como un delito autónomo. Sin embargo, en opinión de la profesora Gallo, el término *explotación laboral* se ha venido utilizando de dos formas distintas, lo que ha generado ciertas confusiones. Por un lado, se usa para referirse de manera amplia a las formas graves de explotación laboral (como la esclavitud o servidumbre) y, por otro, para aludir a supuestos de explotación laboral en un sentido más estricto.

En opinión de la profesora Gallo, el trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre —regulados como delitos autónomos en el artículo 140 del Código Penal— hacen referencia a la afectación de la libertad de autodeterminarse en una relación de sometimiento, es decir, a la acepción amplia de *explotación laboral*. El objetivo de estos delitos es explotar el trabajo de

la víctima en una situación de total disponibilidad y, por lo tanto, ocurren cuando se imponen condiciones laborales irregulares obtenidas bajo coacción y amenaza para retener al trabajador en forma involuntaria.

Sin embargo, no todas las condiciones laborales irregulares deberán ser consideradas como trabajo forzoso, sino solo aquellas situaciones en las que se restringe la libertad de autodeterminación del individuo. Por esto resulta necesario distinguir entre el trabajo forzoso esclavo —o trabajo de siervo— y el trabajo en condiciones ilegalmente perjudiciales, o explotación laboral en sentido estricto, así como regular esta última figura en Argentina. En el primer caso se parte de la base de la inexistencia de relación laboral (hay restricción de libertad ambulatoria, no hay sueldo, no hay descanso, entre otros). Se presenta entonces una relación de dominio e inequidad en la que el trabajador está en una posición de máxima vulnerabilidad que le impide abandonar sus tareas, ejercer sus derechos laborales o disponer de su libertad. Por el contrario, en el supuesto de trabajo en condiciones perjudiciales, si bien hay un detrimento de las condiciones laborales, no llega a configurarse una relación de dominación. Incluso si en este supuesto el trabajador no puede abandonar su puesto debido a una falta de oportunidades, no se estará comportando como una persona en régimen de esclavitud. Esta modalidad de explotación laboral, en sentido estricto, concluye la profesora Gallo, no podría formar parte de las finalidades de la trata. Si bien el Protocolo de Palermo no tiene una lista taxativa de las diferentes modalidades de explotación, la limitación vendría dada por la definición de trata y el proceso previo.

En la ronda de preguntas se profundizaron los criterios para diferenciar la noción, en sentido estricto, de explotación laboral de los supuestos de esclavitud y servidumbre. Se reafirmó, entonces, que la explotación laboral es un delito laboral, parte de la existencia de una relación laboral. En cambio, los delitos de servidumbre y esclavitud se dan en ausencia de ese marco.

**Ana Belén Valverde: *Ausencia de delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en España. Propuesta de lege ferenda***

La ponencia estuvo centrada en analizar las razones por las que resulta importante la criminalización específica de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso y en la forma de regular estos delitos, frente a la laguna legal que existe en España.

En opinión de la profesora Valverde, esta necesidad se justifica desde una perspectiva internacional y nacional. Desde lo internacional, debido a la obligación negativa de los Estados de no esclavizar o someter a trabajo forzoso, y a la obligación positiva de promover y adoptar medidas necesarias para que estos actos no ocurran. Desde lo nacional, porque si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad respecto del modo de regular conductas prohibidas, la tipificación de estos delitos se justifica por el efecto disuasorio del derecho penal: permiten un funcionamiento eficaz del sistema de justicia y un reconocimiento de la gravedad de los abusos sufridos por las víctimas (*fair labeling*), así como el consecuente acceso a un mecanismo de reparación.

Finalmente, la profesora Valverde presentó su propuesta de regulación: la creación de un nuevo Título V en el Código Penal, que se denomine “Delitos contra la personalidad jurídica”, con dos nuevos artículos: uno referido a trabajo forzoso, esclavitud y servidumbre, y otro que recoja la actual regulación de trata de personas.

En la ronda de preguntas se profundizaron algunas de las razones por las que corresponde a los Estados penalizar el delito de esclavitud, y se plantearon las diferencias entre esclavitud y trata de personas, puntualizando que la trata castiga el proceso pero no la explotación.

**Gaia Derasmo: *Análisis del artículo 603 Estados del Código Penal italiano: nuevos escenarios de aplicación***

La ponencia estuvo referida al análisis del artículo 603 Estados del Código Penal italiano, a partir de la figura del *caporalato*, en Italia, que consiste en el reclutamiento ilícito de mano de obra y su explotación.

El mencionado artículo, de 2011, sancionó la actividad organizada de intermediación en el reclutamiento de mano de obra o en la organización del trabajo de esta en condiciones de explotación, caracterizada por violencia o intimidación, que generase el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador. No obstante, si bien esta fórmula fue positiva en su momento, resultó insuficiente. La dificultad probatoria de demostrar que el reclutamiento se desarrolla de forma organizada fue la principal razón, aunque también se han planteado críticas en relación con el hecho de circunscribir la conducta al caporal y no al empleador, y al bien jurídico protegido del delito.

Estas críticas dieron lugar a una modificación del artículo 603 Estados. La nueva formulación prevé dos conductas excluyentes: intermediación y explotación. Además, abarca al empleador, que es quien se aprovecha del estado de necesidad del trabajador. Sin embargo, también se plantearon algunas críticas a la regulación actual, como el uso de la expresión *estado de necesidad* en lugar de *vulnerabilidad*, pues es un concepto más amplio y acorde con la normativa de la Unión Europea.

En la ronda de preguntas se indagó acerca de la regulación de la explotación laboral en Italia. La ponente señaló que el artículo 603 Estados es la norma que regula este tipo de conductas, siempre que estas no hayan sido consideradas bajo el delito de esclavitud o trata de personas. También manifestó que el factor determinante para canalizar un caso como esclavitud o como explotación laboral es la identificación de población migrante.

**Tania García Sedano: *Delimitando la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo forzoso: caminando hacia su tipificación en el Código Penal español***

La ponencia se refirió a la delimitación de la esclavitud, las prácticas que le son análogas y al trabajo forzoso en el Código Penal español. La propuesta planteó la necesidad de entender que la diferencia entre esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso es de grado y no de naturaleza. Así, estas figuras deben ser comprendidas como una pirámide de intensidad en cuanto a la gravedad, donde la esclavitud sería la cúspide y el trabajo forzoso la base. Se señalaron diferencias entre estas categorías a partir del bien jurídico protegido, el rol del consentimiento, la temporalidad y el ejercicio de atributos de propiedad. Así mismo, se resaltó la necesidad de incorporar estas figuras en el ordenamiento español, pues a pesar de que España es Estado parte del Protocolo de Palermo, estos delitos no han sido adecuadamente implementados.

En la ronda de preguntas se consultó sobre la conveniencia del modelo peruano de legislación, que considera la esclavitud y la servidumbre como un mismo tipo penal. Al respecto, se respondió que esa es una decisión de técnica legislativa de cada Estado, pero que sí es necesario que las penas por tipos de explotación laboral sean proporcionales a las penas de trata de personas, para evitar que se dé prevalencia a un delito sobre otro. También se enfatizó la necesidad de sancionar de manera diferenciada la imposición de estas situaciones con el lucro económico derivado de ellas, y de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas que intervienen en la comisión del delito.

Finalmente, se consultó si España había sido sancionada internacionalmente por carecer de tipificación sobre esclavitud o servidumbre. Se señaló que, si bien a la fecha eso no ha ocurrido, los hechos del caso Chowdry contra Grecia, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también se verifican en territorio español. En ese sentido, sería bueno que España adecúe su legislación penal para evitar una posible condena.

**DÍA 4: 9 DE MARZO DE 2021****Ruth Mestre: *Prostitución, trata y explotación: deslindes, aprendizajes y retos***

La presentación estuvo relacionada con la preocupación por el abandono de las categorías de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso y la preeminencia de la trata, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla la conducta de trata de personas, sino la de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Esto fue validado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso Siladin contra Francia, de 2005. Sin embargo, en el 2010, en el Caso Ranstev contra Chipre y Rusia, el Tribunal planteó la protección contra la trata de personas. No obstante, es muy poco lo que se ha avanzado desde entonces, pues pareciera que el Tribunal ahora solo protege la trata de personas en detrimento de las otras figuras. En opinión de la profesora Mestre, esto tornaría la trata en una categoría jurídico-política perversa.

En el caso Ranstev, el Tribunal planteó tres obligaciones a los Estados en materia de trata: i) adoptar un marco jurídico y administrativo para combatir la trata; ii) adoptar medidas de protección para las víctimas; e, iii) investigar de oficio en trata de personas. Sin embargo, debido a que en la definición de *trata de personas* de los instrumentos internacionales no está referido el proceso previo de captación, el enfoque de los Estados para combatirla es migratorio y no penal. Además, si se centra el abordaje en los procesos migratorios, se pasa por alto que la migración regular también puede ocultar trata y que hay supuestos de trata interna.

Por otro lado, los instrumentos no plantean qué se debe entender por explotación de prostitución ajena, explotación laboral y explotación sexual. Tampoco hay consenso en relación con el rol del consentimiento en la explotación sexual y laboral en la prostitución. Esto dificulta otorgar una adecuada protección a las víctimas, pues no queda claro quién debe iden-

tificarlas y cuándo corresponde hacerlo. Al respecto se criticó también la decisión del Tribunal Europeo en el caso V. F. contra Francia, en el que se señaló que el Estado no está obligado a proteger a las víctimas si no conoce los hechos. De esta manera se atribuiría la responsabilidad a las víctimas —por no haber narrado tales hechos— y no al Estado —por no haberlos investigado—. Resulta inadecuado un marco jurídico de protección que permite la expulsión de víctimas de trata o que no obligue a las autoridades a actuar diligentemente.

Finalmente, la profesora Mestre se refirió a la decisión adoptada en el caso S.M. contra Croacia, en el que el Tribunal Europeo estaría diferenciando la explotación sexual (protegida en el artículo 4 del Convenio) de los supuestos de prostitución forzada (protegida en el artículo 3). Esta decisión podría llevar a que el Tribunal empiece a diferenciar los casos de prostitución de aquellos de trata con fines de explotación sexual.

Sobre la base de lo expuesto, resulta necesario regresar a la lógica del Tribunal en el caso Siladin, y recuperar las categorías básicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso; definir *explotación* y desligarla de la explotación sexual y hablar, más bien, de explotación laboral en la industria del sexo. Esto permitirá alejar el debate de la regulación del trabajo sexual y trasladarlo a las medidas de lucha contra el trabajo forzoso. También romperá la concepción de que la trata afecta a mujeres que son explotadas por hombres en el marco de relaciones patriarcales, y permitirá visibilizar a otros sujetos víctimas y a otras formas de explotación del patriarcado, como el trabajo doméstico. Además, como se puntualizó en la ronda de preguntas, esta propuesta de apartarse de la trata busca separar la explotación del proceso que la genera, independientemente de si se da, o no, en un marco de migración.

En la ronda de preguntas también se consultó sobre la legitimidad de regular la prostitución adulta en países donde la desigualdad social y la pobreza dificultan diferenciar si se trata de un acto consentido o no. La respuesta fue que sí se debe regular, para convertir a estas mujeres en trabajadoras con derechos. La falta de regulación las pone en una

situación de mayor discriminación, y es necesario darles instrumentos de protección frente a los abusos que se presentan en ese ámbito, así como en otros.

**Julio Rodríguez Vásquez: *Trata de personas con fines de explotación sexual y delitos conexos a la prostitución en el Perú***

La exposición buscó identificar las características principales de los delitos de explotación sexual asociados con la trata de personas en el Perú (explotación en sentido fuerte) y diferenciarlos de otras formas de explotación (explotación en sentido débil). De acuerdo con el profesor Rodríguez, la trata de personas y la explotación de personas constituyen formas severas de cosificación o de reducción del ser humano a un objeto aprovechable o disfrutable por un tercero. En esa línea, antes que hablar de la libertad como bien jurídico protegido, corresponde hablar de la dignidad humana; y, en un esfuerzo mayor de precisión, de la dignidad humana entendida como *no cosificación*. Incluso planteó que no se trata de cualquier afectación a la *no cosificación* del ser humano, sino a las de formas muy severas, es decir, a las peores formas de cosificación.

De esta manera, el profesor Rodríguez propuso dos reglas para delimitar los comportamientos que constituyen formas de cosificación sexual tan severas que las tornan cualitativamente similares a la trata de personas y a otras formas contemporáneas de esclavitud. La primera, más conocida y desarrollada en la literatura internacional especializada, es la presencia del elemento de *control* intenso sobre la víctima adulta y que se corresponde con la lista de medios introducidos por el Protocolo de Palermo. Se estará frente a víctimas de explotación sexual, en sentido fuerte, cuando exista un sujeto que aprovecha el control o *dominio* intenso sobre ellas para obligarlas a realizar actividades de contenido sexual. La segunda regla sanciona que habrá explotación sexual cuando la víctima sea menor de 18 años y el explotador se aproveche de actividades de contenido sexual, especialmente peligrosas, realizadas por la niña, niño o adolescente. En ese sentido, habrá



explotación sexual aun cuando no se pruebe el control o dominio intenso sobre la víctima.

Si en un caso concreto no se cumpliera ninguna de ellas, se estará frente a formas de cosificación sexual menos intensas —no asimilables a la trata de personas ni a las formas contemporáneas de esclavitud—, denominadas *explotación sexual en sentido débil* o, como propone el profesor Rodríguez, *delitos conexos o asociados a la prostitución*.

En la ronda de preguntas se plantearon varias dudas en torno a posibles concursos entre explotación sexual y otros delitos. Respecto de la retención que conduce a explotación, el profesor Rodríguez resaltó que en el Perú se haya planteado la figura de la retención (no prevista en el Protocolo de Palermo). No obstante, señaló, debe tenerse presente que la retención siempre será la antesala de la explotación. Así, esto no debiera analizarse como un concurso real sino como uno aparente, y se debería aplicar la pena de delito de explotación sexual.

Por otro lado, en relación con un posible concurso con el delito de violación sexual y con casos en los que el explotador mata a la víctima, se plantearon dos posibilidades: si se explota a la víctima y se le obliga a tener acceso carnal, se estaría ante un concurso real, porque puede haber explotación sexual que suponga acceso carnal y explotación sexual que no la suponga (como ocurre con los casos de tocamiento). Si, por el contrario, se trata de un caso de explotación sexual con tocamientos, se trataría de un concurso aparente.

Respecto de las situaciones en las que la víctima muere, no correspondería aplicar el delito de explotación sexual o trata, sino el delito de feminicidio, que en el Perú tiene un agravante si este proviene de trata. Si la muerte no se enmarca en un feminicidio, se estaría frente a un concurso real.

Finalmente, se planteó la manera de proceder frente a casos en los que podría haber concurso entre trata y el delito de usuario-cliente. En opinión del profesor Rodríguez, si la explotación sexual se da respecto de un adolescente, podría haber trata con fines de cliente adolescente, como un

subtipo de explotación sexual. Por el contrario, si hubo trata y luego se contactó con clientes adolescentes, tendríamos que aplicar el agravante de cliente adolescente.

**Ingrid Díaz: *Explotación sexual y el propósito de obtener ventajas económicas: ¿una relación necesaria?***

En la ponencia se exploraron los vínculos y diferencias entre el delito de explotación sexual (artículo 153-B del Código Penal) y violación sexual (artículo 170) a partir de los elementos subjetivos adicionales requeridos en el Código Penal peruano.

De esta manera, luego de explicar los elementos constitutivos de cada delito, la profesora Díaz planteó que el delito de explotación sexual protege la dignidad como no cosificación. Por eso resulta necesario que, además de obligar a una persona a ejercer actos de explotación sexual, el agente persiga fines de índole económica. En su opinión, la esclavitud sexual también debe ser considerada como explotación sexual, pues en ella opera la cosificación —de parte del sujeto activo del delito— y se ejercen atributos de propiedad sobre la víctima.

Respecto de los vínculos con el delito de violación sexual, la profesora Díaz resaltó que en la última modificación a este delito se añadió —como medio comisivo— el aprovechamiento de “cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, de manera similar a lo ya previsto por el delito de explotación sexual, que plantea como medio comisivo el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad. Es decir, ambos medios comisivos deben ser interpretados de forma similar como aquel supuesto en el cual la persona no tiene más opción que someterse al abuso.

Por otro lado, si bien el delito de explotación sexual tiene una finalidad de aprovechamiento económico que no tiene el de violación sexual, la finalidad de la explotación sexual también puede ser *de otra índole*. En opinión

de la profesora Díaz, esto permite incluir el aprovechamiento para sí mismo, lo que lo aproximaría a la violación sexual.

En la ronda de preguntas se profundizó acerca de la propuesta de interpretar restrictivamente los fines del delito de explotación sexual y las posibilidades de generar situaciones de impunidad. La profesora Díaz planteó que interpretar restrictivamente los fines de la explotación sexual no implica impunidad, sino que busca valorar adecuadamente las conductas. Así, se recordó uno de los casos planteados en su presentación, en el que una persona acogió en su casa a otras dos que se encontraban en situación familiar problemática, a cambio de mantener relaciones sexuales. En ese caso se sancionó la conducta como trata con fines de explotación sexual, cuando actualmente cabría la posibilidad de que sea considerada como explotación sexual: si estas personas estaban en la casa del autor y a su disposición, estaban siendo cosificadas. La profesora Díaz manifestó no estar de acuerdo con este razonamiento, pues hay que entender los elementos adicionales a la explotación sexual (en particular, la expresión *de cualquier otra índole*) de manera restrictiva y no general. Así, dado que en el caso no se identificaría una finalidad mercantilista o un supuesto de esclavitud sexual, no se debería considerar un supuesto de violación sexual bajo el medio comisivo de aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad.

Así mismo, frente a la consideración de si una persona mayor de 14 años —quien, de acuerdo con la norma penal peruana, puede consentir— podría ser víctima del delito de explotación sexual, se planteó que debería hacerse un estudio integral utilizando el enfoque de género, el enfoque basado en la víctima y el enfoque basado en el trauma, con el concurso de equipos interdisciplinarios.

Por otro lado, se planteó que si el hecho de incluir como elemento de la explotación sexual el ejercicio de atributos de propiedad, no configuraría un delito de esclavitud sexual. La profesora Ingrid respondió que esa podría ser una posibilidad, pero que su propuesta parte de la figura regulada en el artículo 153-B del Código Penal peruano, que se refiere a *otra índole*.

Finalmente se consultó acerca del rol del enfoque de género en la determinación de la figura que debe aplicarse en los casos de explotación sexual o violación sexual. Al respecto se señaló que el enfoque de género es una herramienta útil pero que tiene límites. Así, podrá servir en los casos de feminicidio para dotar de contenido el elemento de *mujer por su condición de tal*, o para que —en la actividad probatoria— no se exija de la víctima determinado comportamiento para acreditar su condición. Pero el enfoque de género no reemplaza al Derecho ni sus categorías, y para resolver qué tipo penal aplicar hemos de considerar los elementos de este.

**Esther Pomares: *¿Tiene el delito de tata de personas otro fundamento y finalidad político criminal?***

La exposición buscó aproximarse —desde el enfoque territorial en Europa— a los factores que contribuyen a generar formas de esclavitud contemporánea y a analizar si el Protocolo de Palermo resulta adecuado para combatir estos factores.

En opinión de la profesora Pomares, la esclavitud en Europa está ligada con la cuestión migratoria; esto se debe a la vigencia de políticas migratorias restrictivas que impactan en personas empobrecidas o que no representan cuadros calificados, a la existencia de débiles sistemas de migración laboral y a las precarias oportunidades laborales para la población migratoria. A esto se suma el hecho de que paulatinamente se están presentando nuevos perfiles de inmigrantes, que se tornan vulnerables frente a la esclavitud. Este es el caso de los solicitantes de asilo o protección internacional en Europa, que ya ha sido visibilizado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos C.N. contra Reino Unido y L.E. contra Grecia, y en una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Debido a que los factores que impulsan la migración actual tienen vocación de permanencia y a que la afluencia de solicitantes de asilo se ha vuelto habitual, resulta fundamental tomar en consideración estas dinámicas. Por eso la profesora Pomares criticó que en la Unión Europea se sigan adoptan-

do medidas de espaldas a esta realidad. Se están aplicando políticas antimigratorias de blindaje de su territorio bajo el paradigma del *mercado interior*. En este contexto, el perfil del migrante ilegal —construido por la Directiva N.º 2008/115 del Parlamento Europeo— no está condenado solo a la clandestinidad de la operación migratoria sino también a la desprotección y clandestinidad en el país de destino.

En la ronda de preguntas se consultó si sería necesario un nuevo instrumento para hacer frente a esta situación o si bastaría con un instrumento que complemente el Protocolo de Palermo. La profesora Pomares se manifiesta a favor de un instrumento nuevo porque se requiere adoptar un paradigma diferente. El Protocolo de Palermo apunta a la delincuencia transnacional y no se asumió pensando en la esclavitud, al punto que no se planteó una definición de esta figura; y ha dado alas a la Unión Europea para que esta establezca una política de trata vinculada con el tráfico de migrantes.

**Marta Pardo Miranda: *Persecución penal del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual durante la pandemia de la COVID-19***

La ponencia abordó la persecución penal del delito de trata de personas con fines de explotación sexual durante la pandemia de la COVID-19 en España. Al respecto, se mencionó que el UNDOC, en su Informe Global sobre Trata de Personas, de 2020, ha señalado que los delincuentes han ajustado sus formas de negocios al nuevo contexto, lo que ha producido formas de explotación más clandestinas. Además, la pandemia ha impactado en la capacidad estatal para proveer servicios esenciales; esto ha agravado las desigualdades económicas y sociales de la población, generando mayor vulnerabilidad. En el caso español, la Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención de la Mujer Prostituida ha reportado una disminución del 59 % en el número de personas atendidas.

En este contexto, la ponencia exploró las posibilidades de penalizar las conductas individuales de contagio por parte de quien recurre a la prostitución

presencial, tanto desde la aplicación de un delito contra la salud pública o lesiones, como aplicando un agravante por vulnerabilidad en el delito de trata de personas.

En la ronda de preguntas se enfatizó que son los países menos desarrollados los que resultan más vulnerables a la elevación de casos de trata durante y después de la COVID-19, y que medidas como la restricción de tránsito sin ayudas económicas incrementan la vulnerabilidad de las personas.

**Jalcy Cayllahua y Yasmine Ruiz: *Las obligaciones del Estado peruano en materia de derechos humanos frente a la trata de mujeres indígenas víctimas de explotación sexual en el Trapecio Amazónico: acceso a la justicia y políticas públicas***

La ponencia versó sobre las obligaciones del Estado peruano en materia de derechos humanos frente a la trata de mujeres indígenas víctimas de explotación sexual en el Trapecio Amazónico (triple frontera entre Perú, Colombia y Ecuador). Esta zona, caracterizada por ausencia de control estatal, favorece la realización de actividades ilícitas, como la trata de personas. Entre las víctimas existe una preeminencia de mujeres indígenas del pueblo Kuna.

En la ponencia se puso particular énfasis en la vulnerabilidad interseccional que enfrentan las mujeres: por ser mujeres, indígenas y encontrarse en situación de pobreza. Si bien el Perú cuenta con normativa penal y políticas preventivas de trata de personas, estas no tienen un enfoque indígena. La situación de haber estado estructuralmente excluidas y marginadas por el Gobierno y la sociedad las lleva a optar por la migración de su comunidad de origen, lo que incrementa su vulnerabilidad.

En la ronda de consultas se indagó sobre el rol del derecho penal frente a la trata y explotación sexual de mujeres indígenas. Se apuntó que resulta necesario utilizar un estándar de prueba mínimo e incorporar el enfoque

de género e intercultural en el análisis. Por otro lado, se resaltó la vulnerabilidad de las mujeres indígenas en el contexto de la COVID-19.

**Lucía Remersaro y Lucía Giudice: *Explotación sexual y delito de proxenetismo. ¿Un caso encubierto de explotación laboral?***

La ponencia estuvo relacionada con la explotación sexual y el delito de proxenetismo en Uruguay. En opinión de sus autoras, en Uruguay coexisten dos paradigmas de regulación del trabajo sexual, como consecuencia de la indeterminación normativa y del desarrollo jurisprudencial. La Ley N.º 17.515 regula los requisitos para ejercer trabajo sexual de manera lícita, pero estaría más preocupada por el servicio a los consumidores que por las condiciones de ejercicio de este tipo de trabajo sexual. Esta ley establece también la regulación de la contribución al trabajo sexual, que en algunos casos puede considerarse parte de un delito de proxenetismo.

En este contexto, no ha habido un adecuado desarrollo jurisprudencial que diferencie la explotación en la contribución al trabajo sexual del delito de proxenetismo, sobre la base de considerar que este último se refiere a supuestos en los que ocurre explotación de la actividad sexual ajena. En ese sentido, no toda obtención de ganancia debiera ser considerada como explotación. De lo contrario, se terminaría criminalizando toda contribución al trabajo sexual. Para las autoras, una forma de solucionar este problema es la creación de un delito de explotación laboral, que contribuiría a que el trabajo sexual sea protegido como una verdadera actividad laboral y no como un mero permiso para ejercer la prostitución.

En la ronda de preguntas se consultó acerca de la conveniencia de regular el trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud como figuras diferenciadas o como un solo delito, y se concluyó que debieran considerarse independientemente. No obstante, se puntualizó que en Uruguay solo están reguladas la esclavitud y la servidumbre, pero no el trabajo forzoso.

**DÍA 5: 10 DE MARZO DE 2021**

**Carolina Villacampa: *La trata con fines de explotación criminal y la cláusula de exención penal***

La ponencia reflexionó sobre las particularidades de la trata con fines de explotación criminal, entendida como aquella en la que la explotación consiste en obligar a la víctima a cometer delitos. Esta, se señaló, es una de las modalidades menos conocidas hasta el momento. No se encuentra regulada de manera explícita ni en el Protocolo de Palermo ni en el Convenio de Varsovia. Recién se le reconoce, de manera explícita, en un instrumento supranacional, la Directiva N.º 2011/36/UE, de 2011.

En cuanto a la investigación, ha habido también una paulatina visibilización de este problema, dando cuenta de la necesidad de considerar como víctimas a muchas mujeres que cometen delitos vinculados con entrada ilegal, delitos patrimoniales o tráfico de drogas, o que han sido utilizadas como escudos para proteger a tratantes.

Estos hallazgos evidencian una relación entre esta modalidad de trata y el impacto en las mujeres que se aleja del paradigma victimocéntrico. La victimización ha sido doble: por la situación de esclavización y por no haber sido detectadas como víctimas por un sistema penal que las ha responsabilizado.

Con este contexto en mente, la profesora Villacampa presentó los resultados de un estudio llevado a cabo en España, en el año 2011, en el que se entrevistó a mujeres vinculadas con casos de trata que estaban en prisión, con el fin de indagar acerca de la forma en que llegaron ahí. A partir del estudio se comprobó que, de un total de 45 mujeres en prisión, 10 eran víctimas de trata, ocho habían sido enganchadas para el tráfico de drogas y dos habían sido usadas para cometer delitos patrimoniales callejeros, en la fase de explotación de un delito de trata. Las autoridades les habían solicitado información para detener a culpables, pero no se habían interesado en su condición. En estos casos, además, se identificó una situación de



dependencia de las víctimas: la trata se había dado aprovechando el estado de necesidad económica de estas últimas (trata abusiva), a través del engaño (trata fraudulenta) y, en otros casos, a través del secuestro o forzamiento (trata coactiva).

Se mencionó también otro estudio realizado en Colombia, en el 2015, donde se dio cuenta del uso de esta modalidad de trata para el reclutamiento de niños y niñas soldados. El estudio determinó que, de un total de 20 guerrilleras en prisión desmovilizadas, todas ellas habían ingresado siendo menores de edad, y el 78 % había sido víctima de trata. No obstante, en ningún caso fueron identificadas como víctimas de dicho delito.

Finalmente, la ponencia planteó algunas hipótesis respecto del motivo por el que el sistema penal no detecta a estas víctimas. Se mencionó que, en el 2014, se entrevistó a 34 profesionales españoles que podrían haber entrado en contacto con víctimas (autoridades del sistema de justicia penal y personal de servicios asistenciales). A partir de esas entrevistas se identificó seis condicionantes para la no detección: i) escaso conocimiento de la modalidad de trata para explotación criminal; ii) prevalencia de una imagen preconstruida de la víctima (la víctima ideal) que se aleja de la víctima criminal; iii) la víctima se siente temerosa de hablar con la policía, que es la encargada de la identificación; iv) el marco de detección no es apropiado, pues se realiza en dependencias policiales con ambientes poco propicios y no se conceptualiza como un proceso que puede tomar tiempo; v) no se valoran adecuadamente las incoherencias que pueden surgir en el relato, dado el proceso de despersonalización; y, vi) las víctimas no se identifican como tales, sobre todo en los casos de trata criminal.

Esta situación lleva a que estas víctimas sean tratadas como ofensoras y sancionadas por el derecho penal. Entonces, debieran mejorarse las técnicas de identificación de víctimas para aplicar adecuadamente el principio de no punición, principio que debe ser interpretado como de no sanción y

procesamiento, de revisión de condena injusta, y debe ser aplicado también a las infracciones administrativas.

En la ronda de preguntas se profundizó en el hecho de que este principio está reconocido en el Convenio de Varsovia, de 2005, y en instrumentos de *soft law*. Además, se relaciona con la política victimocéntrica que plantea el Protocolo de Palermo y se deriva del principio de debida diligencia. Sin embargo, no se ha aplicado ampliamente ni en el ámbito jurisprudencial español ni en el internacional.

También se consultó acerca de las dificultades prácticas que plantea la excusa absolutoria del artículo 177-Estados.11) del Código Penal español. Esta norma exige que las víctimas estén identificadas, que los delitos se cometan en la fase de explotación y no de proceso, que el delito sea consecuencia directa de los medios empleados, y que exista proporcionalidad. De acuerdo con la profesora Villacampa, más allá de las falencias de la norma, el problema principal es la ausencia de conciencia de los profesionales sobre la necesidad de abordar esto como formas de victimización y no como manifestaciones ofensivas.

También se consultó acerca de si podría considerarse trata el caso de las mujeres que transportan droga, motivadas por una situación de extrema vulnerabilidad conocida por un tercero, que se beneficia del delito. En opinión de la profesora Villacampa —siempre que se verifiquen los medios comisivos—, se estaría frente a un caso de trata porque la víctima no tenía más opción que someterse al abuso.

**Leire Berasalueza Gerrikagoita: *Trata de seres humanos y servicio doméstico: principales factores propiciadores de esta finalidad de explotación humana***

La ponencia presentó una serie de factores que promueven la trata de personas con fines de explotación humana en servicio doméstico. Este es un sector altamente feminizado y con un importante número de mujeres mi-

grantes, cuya demanda ha ido en aumento debido al envejecimiento de la población, a los cambios en los roles familiares y la salida de las mujeres al mercado laboral, y a la globalización y el sistema capitalista neoliberal. Además, se caracteriza por una prestación de servicios del hemisferio sur a su símil del norte, atravesada por un contexto de migración.

Dentro de los factores de empuje de esta migración se encuentran la inestabilidad económica y política, los conflictos armados, las desigualdades sociales, la discriminación por género y la feminización de la pobreza. Por otro lado, dentro de los factores que propician situaciones ideales de migración estarían la demanda de mano obra y el acceso a Internet, que posibilita conocer oportunidades. Sin embargo, aunque los países de destino necesitan esta mano de obra, han establecido medidas restrictivas a la migración; esto ha promovido la migración irregular y, por ende, ha aumentado el riesgo de trata de personas.

La explotación laboral en el servicio doméstico se ve propiciada debido a tres características de la prestación del servicio: i) la heterogeneidad de las tareas, que hace difícil controlar el cumplimiento de las normas laborales; ii) el lugar de trabajo, pues como la prestación se da en el hogar familiar resulta complicado detectar la explotación (porque solo se ingresará al domicilio si el empleador así lo quiere); y, iii) la relación entre el empleado y el empleador, ya que este último ejerce poder porque se encuentra en su hogar y controla el acceso a medios de supervivencia. Sin embargo, la legislación española sobre trabajo doméstico no tiene en cuenta esta relación de poder entre el empleador y el trabajador.

En la ronda de preguntas se consultó acerca de la sanción que debe tener el empleador de la víctima de trata cuando no participa en el delito. Se precisó que si el empleador no tiene un rol en el proceso de trata, no tendrá ninguna responsabilidad penal. Sin embargo, si las condiciones laborales son de explotación, en España se podría encausar por el artículo 311 y siguientes del Código Penal.

**Ángeles Lara Aguado: *Trata de personas y la maternidad subrogada y adopción ilegal***

La ponencia planteó una postura abolicionista de la maternidad subrogada —que viene generando muchos casos de trata—, por considerar que es una forma de explotación de la mujer y del niño o niña. Para esto se presentaron una serie de contraargumentos a las razones que suelen esgrimirse para justificar este tipo de maternidad.

En primer lugar, y sobre la base de una cierta interpretación del derecho a la familia, se ha venido planteando que las figuras de maternidad y paternidad han evolucionado: estas categorías se han alejado del terreno de lo estrictamente biológico para definir las en función de la intención o voluntad. Sin embargo, en opinión de la autora, no existe un derecho a ser madre o padre. Las protecciones a la familia protegen la libertad de procrear.

En segundo lugar, se suele argumentar que la mujer gestante puede decidir sobre su cuerpo. Sin embargo, la profesora Lara considera que la mujer gestante no es una mujer empoderada sino una esclava. Es instrumentalizada, pues su consentimiento no es libre, no tiene una opción real, se embaraza por dinero o porque se lo impone su pareja. Además, tampoco se trata de un consentimiento informado, pues no se le dan a conocer las implicancias del embarazo para su salud física y mental. En su opinión, la maternidad subrogada promueve la colonización de los cuerpos de las mujeres del sur global, debido a que las gestantes son mayormente extranjeras en situación precaria. Esta forma de control constituye violencia de género.

Un tercer argumento son los beneficios económicos que genera este tipo de contratos. Sin embargo, se pasa por alto la forma en que estas prácticas generan nichos para la contratación de países donde el útero vale menos. Se promueve también un racismo hacia ciertas mujeres, pues el proceso implica rastrear la historia médica de la gestante.

En la ronda de preguntas se precisó que, si bien el Protocolo de Palermo no señala de manera expresa el alquiler de úteros como una finalidad de la

trata, puede derivar en esta dado que es una práctica análoga a la esclavitud. Además, la venta o mercantilización del menor o la adopción ilegal debieran considerarse como explotación. Sobre esto último se precisó que la adopción ilegal es aquella que va en contra del interés del menor, permite obtener beneficios financieros indebidos por la adopción, el consentimiento no es libre y consciente y se realiza sin respeto a la legalidad. Si bien en muchos países el alquiler de úteros es legal, no se regula quién controla que la adopción también lo sea.

La expositora concluyó señalando problemas derivados de la maternidad subrogada y refirió la necesidad de mejorar las regulaciones sobre filiación y nacionalidad. Al respecto, en la ronda de preguntas pudo profundizar sobre los criterios del Tribunal Supremo español para reconocer filiaciones de menores nacidos de gestación subrogada en el extranjero y la compatibilidad de estas decisiones con lo planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, se precisó que este Tribunal solo se ha pronunciado sobre dos situaciones: i) cuando existe vinculación genética del varón, y ii) cuando el menor no tiene vínculo con comitentes. En el primer caso, el Tribunal señala que es necesario establecer mecanismos para el reconocimiento, pero no señala la manera de hacerlo. En esa línea, cuando el Tribunal Supremo español plantea que el reconocimiento se haga por vía judicial, no estaría en contra del fallo internacional. En el segundo caso, la sentencia del Tribunal Europeo señala que no corresponde el reconocimiento. Esta decisión sería consistente con la voluntad del Estado de evitar los casos de tráfico de menores.

**Clara Moya Guillem:** *La trata de personas con fines de extracción de órganos y tejidos humanos*

La ponencia giró en torno a la realidad de la trata con fines de extracción de órganos, modalidad que tiene una mayor incidencia en el norte de África. A la fecha se han dado casos de sentencias condenatorias en diferentes países del mundo, y en todas ellas se observa el mismo *modus*

*operandi*: se captan donantes jóvenes en situación de vulnerabilidad económica, de países económicamente desfavorecidos, y se trasplantan los órganos a receptores mayores residentes en países desarrollados.

En relación con los vínculos entre la extracción de órganos y la trata, se mencionó que la última versión de la Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplante, del año 2018, distingue el tráfico de órganos, la trata con fines de extracción y el turismo de trasplantes. La trata con fines de extracción es una forma delictiva a través de la que se manifiesta el tráfico de órganos, mientras que el turismo de trasplante es una forma en la cual puede presentarse la trata.

Adicionalmente, se planteó que es posible establecer tres diferencias entre la extracción de órganos y otras finalidades de la trata: i) en la trata con finalidades de extracción de órganos no habrá explotación prolongada en el tiempo; ii) tampoco habrá beneficio económico continuado; y, iii) la extracción de órganos será lícita. De esta manera, urge establecer un marco internacional que obligue que la extracción de órganos se dé sobre la base de los principios de voluntariedad y gratuidad.

Finalmente, la profesora Moya planteó que en España se presenta un concurso entre el delito de tráfico de órganos y el delito de trata con fines de extracción. Frente a esto, propuso un cambio legislativo penal por el cual se sancione con una pena más baja el delito de tráfico por la extracción de órganos de personas fallecidas y de personas que consienten; y se sancione como forma agravada (no como trata) la extracción sin consentimiento.

En la ronda de preguntas se consultó acerca de la incidencia de esta forma de explotación. Se señaló que, si bien aquella es menor que la de otras modalidades, debe desconfiarse de las cifras, pues la vulnerabilidad económica de las víctimas hace que no se detecten y denuncien los casos.

**Yaritza Vásquez Hernández: *Esclavas de la criminalidad: la territorialidad del cuerpo en la instrumentalización sexual y criminal de la mujer en las maras***

La ponencia presentó el contexto de esclavitud de la mujer en las maras y pandillas en Honduras. Esta situación se caracteriza por el reclutamiento forzado de mujeres y niñas para integrar las maras. Es importante tener presente que estas mujeres reclutadas se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad: por pobreza y por género. Además, la mayoría son menores de 18 años.

Una vez reclutadas, ellas son forzadas a acostarse con pandilleros y también usadas para cometer delitos. El caso más emblemático es el llamado “paso de Jaina”, donde la mujer es utilizada como arma de seducción para que los miembros de la mara puedan atacar a la persona seducida. Esto configuraría un supuesto de trata con fines de explotación criminal y sexual.

En la ronda de preguntas se consultó sobre la posibilidad de construir criterios para identificar a las mujeres criminales de las mujeres víctimas. Al respecto, se señaló que la diferencia estaría dada por la voluntariedad del ingreso. Además, se debe tomar en cuenta el rol y jerarquía que desempeñan al interior de la mara. Por ejemplo, se precisó que son las mujeres víctimas las generalmente utilizadas para el paso de Jaina.

**Pilar Iglesias Aparicio y Rosa Gómez Torralbo: *Necesidad de una Convención Internacional de Abolición de Toda Forma de Explotación Reproductiva de las Mujeres***

La ponencia postuló la necesidad de un tratado internacional que prohíba la explotación reproductiva de las mujeres. Los argumentos brindados estuvieron relacionados con la afectación a las mujeres y niños y niñas nacidos a través de esta modalidad, así como a las implicancias sociales de esta práctica. Se precisó que a la fecha existe una propuesta de convención elaborada por la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS).

En relación con la afectación a mujeres, se señaló que el contrato de maternidad subrogada no es un contrato igualitario y que impacta en la salud y en los derechos sexuales y reproductivos. En concreto, se mencionaron implicancias en la salud de las mujeres como la hiper estimulación ovárica de las donantes de óvulos y madres biológicas, así como la disociación cognitiva. En relación con los niños y niñas, se argumentó la afectación de su derecho a la identidad por la imposibilidad de conocer su propio origen, así como los riesgos a la salud física y mental. Se mencionó que existe un mayor riesgo de parto prematuro y de presentar menos peso al nacer, así como las implicancias en el desapego emocional, por la separación inmediata de la madre biológica. Finalmente, en relación con las consecuencias sociales, se mencionaron la mercantilización de los cuerpos y la reducción de la mujer a funciones sexuales, lo que promueve el fortalecimiento del sistema patriarcal y neoliberal capitalista.

En la ronda de preguntas se consultó si es que deberían distinguirse los casos en los que la víctima acepta la maternidad luego de que un tercero ha abusado de su situación de vulnerabilidad, de aquellos casos en los que no haya abuso. Frente a esto se planteó que nunca es posible hablar de un consentimiento realmente libre, pues en muchos casos hay condicionantes y, en otros, relaciones que lo invalidan (como el hecho de que el contrato lo firme el marido de la mujer). Muchos de esos contratos, se añadió, incluso anulan la autonomía de las mujeres, porque se las obliga a vivir en aislamiento durante la gestación.

Así mismo, se consultó acerca de si la prohibición penal resulta una herramienta idónea para evitar la cosificación sexual de los cuerpos de las mujeres. Como respuesta se señaló que la regulación penal no puede ir separada de otras estrategias, como la educación.

**Victoria Rodríguez-Rico Roldán:** *La prohibición del trabajo infantil desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo*

La ponencia presentó la labor de la Organización Internacional del Trabajo



(OIT) en la lucha contra el trabajo infantil, cuya cifra ronda los 152 millones de niños y niñas.

Se puntualizó que no cualquier tipo de trabajo ejecutado por menores está prohibido en el marco de dicha organización: solo lo estarán las peores formas de trabajo infantil, que están referidas a ocupaciones que resulten peligrosas. Esto se encuentra regulado en los Convenios 138 y 182 de la OIT y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta protección, además, trasciende el ámbito convencional. Así, la OIT cuenta con el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y el Programa de Seguimiento Estadístico. A partir de estos, la estrategia programática de la organización plantea que el enfoque para enfrentar el trabajo infantil no puede ser solo internacional sino, también, nacional y local. Además, es necesario poner atención a los vínculos con la pobreza y otras vulnerabilidades. Finalmente, es importante que el enfoque de abordaje no sea solo laboral, sino también global, económico y de derechos humanos.

En la ronda de preguntas se consultó sobre la relación entre las peores formas de trabajo infantil y la trata de personas. Al respecto, se señaló que los convenios dan cierto margen para que los Estados delimiten el concepto de *trabajo peligroso*.

## **DÍA 6: 11 DE MARZO DE 2021**

### **Rodrigo García Rodríguez: *Avances y desafíos en la identificación, investigación y sanción de la trata de personas en Centroamérica***

La ponencia presentó las acciones que vienen desarrollándose en la región centroamericana para frenar el avance de la trata de personas, a partir de los ejes propuestos por el Plan de Acción Global de Naciones Unidas contra la Trata de Personas: prevención, protección, persecución y el refuerzo de alianzas para la cooperación internacional.

En relación con la prevención, se señaló que desde la Coalición Regional contra la Trata de Personas de Centroamérica se han venido impulsando una serie de actividades. Entre ellas se puede mencionar activaciones, acciones de difusión, ferias informativas, volanteo constante, campañas publicitarias en medios de comunicación y redes sociales, caminatas, marchas en zonas fronterizas, entre otras. Como parte de los desafíos en este eje se planteó la necesidad de desarrollar una estrategia continua de comunicación y de aumentar los talleres de sensibilización dirigidos a actores claves.

En relación con la protección, se mencionaron documentos guía para la atención integral, protocolos para la repatriación, detección y no revictimización. En la ronda de preguntas, además, se pudo contar la experiencia de la Coalición de Panamá, que tuvo intercambios con Costa Rica para brindar un estipendio a las víctimas. Como uno de los desafíos se mencionó la necesidad de contar con mayores recursos para programas de asistencia a víctimas y de realizar un levantamiento anual de información en la región, pues el Informe Global de Trata de Personas de UNODC plantea, al 2020, que la detención de víctimas en Centroamérica está por debajo del rango global.

En relación con el enjuiciamiento, se señaló la realización de operativos conjuntos y coordinación con las instancias de inteligencia. En este contexto, el desafío es fortalecer la labor de coordinación internacional para la persecución del delito y capacitaciones para operadores de justicia, pues también el enjuiciamiento en la región está por debajo del promedio global.

Finalmente, en relación con la generación de alianzas se planteó la articulación desde la Coalición con instancias de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, y se señaló como desafío el fortalecimiento de estos mecanismos de coordinación.

En la ronda de preguntas, además, se indicó que el mayor desafío para la región es la obtención de un mayor número de condenas.

**Waldimeiry Correa da Silva y Carla Cingolani: *La explotación laboral y trata laboral desde el contexto de la investigación participativa***

La ponencia presentó los resultados de un proyecto de investigación participativa llevado a cabo en Almería, Huelva y Sevilla (España) con el objetivo de mejorar la comprensión y conocimiento del fenómeno de la trata con fines de explotación laboral y la explotación laboral en estas tres provincias.

La investigación da cuenta de las carencias del sistema español. Las estadísticas oficiales de trata en España señalan que no hay trata laboral en su región, a pesar de que existen zonas con presencia de migración irregular. Sin embargo, a partir del levantamiento de información realizado en la investigación mencionada, se pudo explicar algunas de las razones de esta invisibilización.

Para eso se contrastó la información recogida en las entrevistas con los indicadores de trata con fines de explotación laboral. Muchas de las personas entrevistadas satisfacían estos indicadores; entre ellas, se verificó mayor incidencia en las mujeres que enfrentan una vulnerabilidad interseccional con la raza y la etnia, pues se trata de mujeres migrantes provenientes de Marruecos.

Entre las preguntas se consultó si se habían advertido casos de trata de grupos familiares completos. Se señaló que, si bien este fenómeno es una realidad en trata proveniente de Rumanía y Bulgaria, no se observó en las mujeres entrevistadas, quienes provenían de Marruecos.

**María Eugenia Villarreal: *Situación de las víctimas de trata de personas en la región del triángulo norte-centroamericano***

La ponencia presentó los resultados del análisis realizado por varias organizaciones de la sociedad civil del triángulo norte-centroamericano y presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la que se solicitó la elaboración de un informe temático en la región.

El contexto centroamericano de trata de personas se caracteriza por la corrupción y complicidad de autoridades con los autores del delito. En ese sentido, el informe identificó una serie de obstáculos en el acceso a la justicia en Guatemala, Honduras y El Salvador. Uno de ellos tiene que ver con la falencia en la identificación de víctimas, lo que impide su rescate y atención integral. Un segundo obstáculo está relacionado con la instrumentalización de víctimas sobrevivientes en procesos penales; en estos la víctima solo actúa para apoyar la acusación penal y su protección está condicionada a tal actuación. Un tercer obstáculo es el limitado personal especializado a cargo de la investigación, persecución y sanción del delito. Esto lleva a una inadecuada valoración de pruebas, a la victimización y a la perpetuación de estereotipos. Un último obstáculo es la exclusión de la reparación en el ámbito penal. A estas dificultades generales habría que sumar los sobrevenidos con motivo del contexto de la COVID-19, pues en los tres países se suspendieron las actividades en el sector público, lo que impactó en las investigaciones de los delitos de trata.

En la ronda de preguntas se consultó sobre las rutas de mejora de las coordinaciones entre el Ministerio Público y los defensores públicos de víctimas para mejorar las reparaciones. Frente a esto, se señaló la necesidad de que exista tal coordinación y que se visibilice la vulnerabilidad de la víctima, pues se asume que esta realiza la actividad voluntariamente.

**Ingrid Vannesa Sifuentes: *La justicia especializada en materia de trata de personas: el caso Guatemala***

La ponencia reflexionó sobre el rol del Poder Judicial en el procesamiento del delito de trata en Guatemala. De acuerdo con la Procuraduría de Derechos Humanos de este país, para el 2019, la mayoría de víctimas de trata son mujeres. De ellas, el 44,9 % son adolescentes víctimas, principalmente, de explotación sexual. Así mismo, Guatemala es un país de origen, tránsito y de destino de trata.

Para hacer frente a esta situación, en ese país se han creado dos juzgados especializados en delitos de trata de personas. Esto debido a la alta carga de trabajo que tienen los juzgados penales, que eran los que conocían tales casos inicialmente. Guatemala apuesta por acelerar los procesos, generar medidas de reparación integral y deconstruir paradigmas patriarcales. Se señaló, además, que estos juzgados han seguido funcionando durante la pandemia por COVID-19.

En la ronda de preguntas se conversó sobre los aspectos relacionados con los conocimientos de los jueces, que deben mejorar para un adecuado procesamiento del delito de trata. Al respecto, se precisó que las víctimas siempre han sido olvidadas y que, por eso, es fundamental que los jueces tengan conocimientos sobre temas de género. Así podrán identificar las relaciones de poder y los vicios de la voluntad, a la luz de las vulnerabilidades.

Así mismo, se consultó sobre los criterios que los jueces aplican para diferenciar la trata con fines de trabajo forzoso —o explotación laboral— de la trata con fines de explotación sexual. Se mencionó que en los casos de explotación sexual se toma en cuenta el tiempo que lleva laborando la víctima. Además, las víctimas acuden a declarar con acompañamiento psicológico.

**Rosario López Wong: *La importancia de la especialización del Ministerio Público frente al deber de persecución de la trata de personas y delitos de explotación***

La ponencia dio a conocer el rol del Ministerio Público peruano en la persecución del delito de trata de personas, a partir de la creación de despachos especializados. Al respecto, se precisó que el rol de las fiscalías especializadas no se restringe a la persecución sino que también ejercen funciones de prevención del delito y protección a las víctimas. Se señaló también que resulta fundamental la difusión de los canales de denuncia y la concienciación acerca de que la trata es un delito. Así mismo, se señaló que la Fiscalía realiza acciones de detección precoz de trata de personas.

Por otro lado, se planteó una optimización de las técnicas de investigación del delito. Así, se tiene como principio rector el no juzgar a la víctima y no condicionar su participación procesal a su protección.

En la ronda de preguntas se precisó, además, la necesidad de realizar una investigación proactiva que vaya más allá de la víctima, pues muchas veces esta no estará en condiciones de brindar apoyo para la investigación. En ese sentido, se resaltó la importancia de no perder de vista el enfoque centrado en la víctima.

A partir de las cifras presentadas, se evidenció un significativo aumento de las denuncias de trata luego de la especialización del Ministerio Público en la materia. Además, esta ha permitido identificar zonas de explotación a lo largo del territorio peruano.

Finalmente, se planteó como desafío la necesidad de vincular la trata con otras formas criminales, como la corrupción.

***Carlos Felipe López Vásquez: La reparación integral y transformativa de la dignidad como derecho humano de las víctimas de trata de personas, a través del enfoque centrado en la víctima***

La ponencia planteó la necesidad de incorporar el estándar de reparación integral desarrollado por el Sistema Interamericano a los casos de trata de personas. Esto, como una obligación derivada del artículo 6 del Protocolo de Palermo. Desde la perspectiva del enfoque centrado en la víctima, se propuso tomar en cuenta sus necesidades para determinar la reparación y, al mismo tiempo, empoderarla.

En la ronda de preguntas se conversó sobre las tareas pendientes en el Perú para que se incluya el enfoque centrado en la víctima. Al respecto, se planteó la necesidad de contar con una política pública que incluya este enfoque como directriz y con un plan de capacitación dirigido a funcionarios que participan en la determinación de reparación (jueces, fiscales y defensa).

**Paola Geraldine Miranda Cerna: *Impacto de la pandemia de la COVID-19 en los casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en línea: recomendaciones para una protección integral***

La ponencia analizó el impacto de la pandemia por COVID-19 en los casos de explotación de niños, niñas y adolescentes en línea. Al respecto, se señaló que desde su inicio se advirtió que el cierre de escuelas, el aumento de violencia en hogares, el aislamiento de adultos en casa y el acceso reducido a servicios y apoyo médico generarían un riesgo contra los menores y posibilitarían una mayor facilidad para captarlos a través de redes y juegos en línea.

En el caso peruano, como se explicó en la sección de preguntas, los tipos de cibercrímenes más comunes vinculados con la explotación sexual de menores son el abuso sexual en línea, la captación a través de personas adultas en línea, el sexteo, el *sexting* y la sextorsión. Esta realidad de explotación encuentra serias dificultades para ser perseguida: por un lado, no hay data sobre el fenómeno y, por otro, no hay personal adecuadamente capacitado para la investigación de este tipo de delitos. Finalmente, no se cuenta con una política integral que permita a los niños, niñas y adolescentes navegar en línea de forma segura.

Frente a esto, se planteó una serie de recomendaciones a diversos actores. A los Estados, la necesidad de adoptar políticas públicas relativas a la seguridad en línea de niños, niñas y adolescentes, a semejanza de lo que ha regulado el Ecuador. A las organizaciones internacionales, el desarrollo de alianzas para el rastreo de los captores. A los padres y madres, la promoción de una comunicación asertiva para el uso de redes. Finalmente, respecto de los niños y niñas, resulta fundamental empoderarlos para la denuncia.

**Susan Synder: *Enfoque basado en el trauma en el proceso penal***

La conferencia de cierre estuvo orientada a resaltar la importancia del enfoque de trauma en el abordaje de las víctimas. Este es un enfoque nuevo que

ha sido rápidamente aceptado y, por tanto, se ha convertido en prioridad del Programa Internacional de la Oficina de Monitoreo y Combate de la trata de Personas (TIP Office) del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

Este enfoque busca integrar el conocimiento sobre el trauma de las víctimas a las políticas, prácticas y procedimientos. Parte de considerar la vulnerabilidad y las experiencias de trauma de las sobrevivientes y establece como prioridad el restaurar los sentimientos de seguridad, elección y control. Así, el enfoque de trauma reconoce los efectos que pueden generarse por situaciones de estrés como, por ejemplo, el que las víctimas no se identifiquen como tales o que inicialmente busquen proteger a los tratantes. A partir de ese reconocimiento, se busca responder a estos efectos e impactos para minimizarlos y eliminar el riesgo de retraumatización.

Adicionalmente, el enfoque de trauma plantea que las sobrevivientes deben formar parte de la aplicación de este enfoque, dando retroalimentación sobre la forma en que se ha procedido en su atención. Este involucramiento de las víctimas, además, debe ser remunerado.



Sección 1

# **Introducción**



# ABORDAJE DE LA NIÑEZ EN LOS INSTRUMENTOS DE TRATA: DE LA TRATA DE BLANCAS AL PROTOCOLO DE PALERMO

*Jean Allain*<sup>1</sup>

## Resumen

Este capítulo considera al *niño* como el lugar de la falla fundamental que ha persistido durante la existencia del régimen de trata de personas entre la prostitución y la prostitución forzada. Para quienes buscaban centrarse en la prostitución, en lugar de en la explotación de la prostitución por coacción, el niño se utilizó como caballo de Troya para asimilar la protección que se brinda a todas las víctimas de la trata de personas. Habiendo logrado transformar el régimen de trata para que se aplique a la prostitución y no a la prostitución forzada, muy pocos países intentaron adherirse a tales instrumentos. Se necesitó el Protocolo de Palermo, del año 2000, para introducir efectivamente un alto al fuego entre los campamentos para reintroducir una distinción entre el niño —en el que no se requería la coacción— y los adultos, donde se requería la fuerza (u otros medios, como el fraude o el engaño), para cumplir el umbral de la trata de personas.

**Palabras clave:** Niño, Tráfico de personas, Sociedad de las Naciones, Protocolo de Palermo, Trata de blancas.

---

1 Facultad de Derecho, Universidad de Monash, Melbourne, Australia; Instituto Wilberforce, Universidad de Hull, Hull, Reino Unido.

La línea divisoria fundamental que ha persistido a lo largo de la existencia del régimen de trata de personas se encuentra, y se ha encontrado siempre, entre la prostitución y la prostitución forzada. El modo en que se ha gestionado esta tensión en los instrumentos de trata se ha centrado en una posición privilegiada otorgada al niño, en la que la coacción (lo *forzado* en la prostitución forzada) no estaba en juego, y el consentimiento era irrelevante en lo que respecta a quienes conseguían niños para prostituirlos. Sin embargo, esta distinción basada en la protección del niño contra la prostitución —en contraposición a aquellos que, habiendo alcanzado la mayoría de edad, estaban protegidos contra la prostitución forzada— desaparecería durante la época de la Sociedad de Naciones con el surgimiento de un régimen destinado a proteger a todas las personas de aquellos que trafican con prostitutas.

En este sentido, puede decirse que el niño fue utilizado durante los primeros años del siglo XX como caballo de Troya para introducir la prostitución en una conversación que pretendía abordar la prostitución forzada. Una vez abordada la ciudadela durante la época de la Sociedad de Naciones, quienes abogaban por la represión de la prostitución consiguieron arrollar a sus oponentes: primero, pasando a elevar la edad del niño y, luego, eliminando por completo el elemento de la edad, lo que llevó a la desaparición de cualquier disposición sustantiva destinada a abordar específicamente a los niños. Así estuvieron las cosas hasta el año 2000, cuando el Protocolo de Palermo introdujo efectivamente un alto al fuego formal entre la prostitución y la prostitución forzada.

Lo que deseo explorar en este capítulo es la línea divisoria —creada por el niño— entre la prostitución y la prostitución forzada, que surgió durante el desarrollo de los seis instrumentos internacionales destinados a abordar al grupo de personas, en constante evolución, que se pretende considerar bajo la bandera de la trata de personas. Dicho esto, el régimen de la trata se ha mantenido estable a lo largo de más de un siglo en lo que respecta a su objetivo: no abordar la prostitución en sí misma sino a aquellos que participan en la prostitución de otros.

Al centrar el eje del niño con el régimen de la trata de personas, espero aportar más rigor al área de estudio que ha sufrido, durante los últimos 20 años, una consideración ahistórica del lugar que ocupa el Protocolo de Palermo de 2000 dentro de la evolución general del régimen de la trata de personas. Además, hay que reconocer que el concepto de *trata de personas* no ha sido estático, sino un recipiente vacío que ha evolucionado desde mediados del siglo XIX en adelante, y sigue haciéndolo en los ordenamientos jurídicos nacionales hasta el día de hoy cuando, puede decirse, no hay dos Estados que tengan la misma definición o comprensión de lo que constituye este delito (Allain, 2014).

En primer lugar, se suele repetir como un hecho que el Protocolo de Palermo “estableció la primera definición jurídica internacional de la trata de personas” (Faulkner, 2020, p. 79; Knust y Lingenfelter, 2020, p. 1765; Gallagher, 2010, p. 2). Sin embargo, una simple lectura de los instrumentos sobre la trata que precedieron al Protocolo de Palermo demuestra que la definición de trata de personas ha sido fluida a lo largo del tiempo, cuyo producto final (y no su primera aparición) es la definición establecida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, que establece:

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.

En contraste, la primera definición de trata de personas se encuentra en realidad en el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, de 1910 (Convenio sobre la Trata de Blancas), y se establece de forma bifurcada —la línea divisoria es la edad— entre los considerados menores de edad y los que han alcanzado la mayoría de edad, en los siguientes términos:

### **Artículo 1**

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o a una joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos del delito se hayan cometido en países diferentes.

### **Artículo 2**

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, mediante fraude o con ayuda de violencias, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coacción, haya contratado, secuestrado o seducido una mujer o una joven mayor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos del delito hayan sido cometidos en países diferentes.

Al considerar estas definiciones, cabe señalar que los “propósitos licenciosos” se refieren a la prostitución. En primer lugar, el artículo 1 alude a la prostitución de mujeres menores de edad, mientras que, el 2, a los que inducen a las mujeres mayores de edad a la prostitución por diversos medios de coacción, incluyendo “mediante fraude, o por medio de violencia, amenazas, abuso de autoridad” (artículo 1). En estas últimas disposiciones vemos la génesis de los elementos que, en última instancia, se incorporarán a la definición de trata de personas que se encuentra no solo en el Protocolo de Palermo de la ONU, de 2000, sino también en los convenios regionales de la ASEAN, de 2015, y de Europa, de 2005, sobre la trata de personas.

Las definiciones que se encuentran en los artículos 1 y 2 del Convenio sobre la Trata de Blancas, de 1910, giran en torno a la distinción entre “una mujer

o una joven menor de edad” y “una mujer o una joven mayor de edad”. Aunque esta distinción se ha examinado en detalle anteriormente, puede resumirse de la siguiente manera: la distinción entre estas dos frases depende de si una mujer es “menor de edad” o “mayor de edad”; la distinción entre “mujer” o “joven” no tiene mayor relevancia (Allain, 2017).

Aunque el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, de 1910, no dice nada sobre cuál puede ser esa edad, los negociadores del Convenio proporcionaron un “Protocolo Final” interpretativo —y puede decirse que no vinculante— que señala, en parte:

B. En lo que respecta a la supresión de los delitos previstos en los artículos 1 y 2, se entiende perfectamente que las palabras “mujer o joven menor de edad” y “mujer o joven mayor de edad” se refieren a mujeres o jóvenes menores o mayores de veinte años cumplidos. No obstante, una ley puede fijar una edad de protección más avanzada, a condición de que sea la misma para mujeres o jóvenes de todas las nacionalidades.

Así, pues, el Convenio Internacional de 1910 pretendía abordar la prostitución de las mujeres hasta un día antes de que cumplieran los 21 años y, en el caso de las mayores de 21 años, el Convenio abordaba esta cuestión como la prostitución de las mujeres a través de diversos medios de coacción. Además, en esta disposición del Protocolo Final es relevante el hecho de que los plenipotenciarios consideraron que el pivote de los 21 años era un piso, no un techo. Es decir, si un Estado Parte quisiera aumentar esa edad y, por ejemplo, hacerla de 40 años, entonces todos los que prostituyeran a mujeres en sus treinta o menos estarían infringiendo el artículo 1 del Convenio de 1910, incluso si las mujeres en cuestión consintieran el trabajo sexual y no hubiera ningún medio de coacción en juego. Así vemos que, si bien el instrumento se negoció con una distinción que, de forma resumida, puede entenderse como entre niños y adultos, el Protocolo Final permitía que los Estados que pretendían abolir el proxenetismo —es decir, la prostitución de otras personas— pudieran hacerlo de forma efectiva aumentando el límite de la edad, por ejemplo, más allá de la esperanza de vida; por lo tanto,

se incluyó a todas las mujeres por debajo de esa edad y se viciaron así las disposiciones del artículo 2 y la necesidad de tener en cuenta los métodos de coacción como medio para conseguir, atraer o llevar a las mujeres a realizar actos con propósitos licenciosos. Para añadir peso a esto, nótese que el Protocolo Final también establece que:

A. Las estipulaciones de los artículos 1 y 2 deben considerarse como un mínimo, ya que es evidente que los Gobiernos Contratantes siguen siendo totalmente libres de castigar otros delitos análogos, como, por ejemplo, el proxenetismo de mujeres mayores de edad, incluso cuando no se haya ejercido ni fraude ni coacción.

El resultado del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, de 1910, fue la prohibición de la prostitución de otras personas, incluso con el consentimiento de la mujer o de la joven, cuando la edad sugerida se fijó hasta los 21 años. Mientras que, si una mujer superaba esa edad sugerida, la violación del tratado se producía si se utilizaba la coacción para inducirla a satisfacer las pasiones de otra persona. Si entendemos esto, queda claro que, si bien apareció una distinción formal dentro de la Convención que trata, *grosso modo*, a los niños de manera diferente a los adultos, la legislación secundaria —el Protocolo Final— demuestra que muchos de los que negociaron el instrumento estaban más interesados en abordar la prostitución que la prostitución forzada.

Tras la Primera Guerra Mundial, la recién creada Sociedad de Naciones arrebató el régimen de la trata de blancas a Francia, que hasta entonces había actuado como su supervisor, como secretaria para la administración del Convenio de 1910 y de un Acuerdo Internacional anterior para la Supresión de la Trata de Blancas, de 1904. El medio para conseguirlo fue la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, que era, de hecho, un protocolo adicional a los anteriores instrumentos sobre la trata de blancas. Esta Convención de 1921 desplazó el énfasis de las mujeres exclusivamente, centrándose en cambio en “la trata de niños de ambos sexos”, al tiempo que introducía modificaciones en el Convenio sobre la Trata de Blancas de 1910:



Las Altas Partes Contratantes convienen en tomar todas las medidas conducentes a la busca y castigo de los individuos que se dediquen a la trata de niños de uno y otro sexo, entendiéndose esta infracción en el sentido del artículo 1° de la Convención del 4 de mayo de 1910.

El Convenio de 1921 también modificó, en su artículo 5, las disposiciones del apartado B del Protocolo Final antes mencionado: aumentó la edad en un año, hasta los 22 (menos un día) o, lo que es lo mismo, “veintiún años cumplidos”.

Con esta Convención de 1921, la balanza se inclinó en contra de Francia, que había sido la principal defensora de la regulación de la prostitución (a menudo llamada el *modelo francés*); y en su lugar favoreció a una Sociedad de Naciones que apoyaba —podría decirse que conspiraba contra— el enfoque británico y estadounidense para abolir tal regulación y perseguir no solo el tráfico de aquellos que obligaban a las mujeres a prostituirse en el extranjero, sino también el de aquellos que ayudaban a las mujeres que aceptaban realizar trabajo sexual internacional. Ese cambio de equilibrio se produjo, en parte, por una investigación mundial sobre la trata de mujeres y niños, tal como se entendía sobre la base de la Convención de 1921, que realizó visitas a las Américas (durante el año 1926), incluyendo Argentina, Brasil, Canadá, Cuba, México, Panamá, Estados Unidos y Uruguay, aunque “otros países de América del Sur, como Chile, Perú y Bolivia, no fueron incluidos en la investigación” (Sociedad de Naciones, 1927, p. 5).

Las fuerzas de cambio eran tales que, en 1933, la Sociedad de Naciones logró el escenario que había esbozado anteriormente, aunque podría decirse que de forma más elegante que la vinculación de tal cambio a la esperanza de vida. En su lugar, la Sociedad de Naciones concluyó la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933, que era, una vez más, un protocolo, esta vez destinado a “completar” tanto los instrumentos sobre la trata de blancas como la Convención para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de 1921. Lo hizo modificando el artículo 1 del Convenio sobre la Trata de Blancas de 1910: simplemente

sustituyó la palabra “menor” por “mayor”. Ese simple cambio alteró radicalmente la esencia del régimen general, pues se redefinió la trata de mujeres y niños para centrarse en la prostitución, sin el uso de medios indeseables como el fraude o la violencia. La definición de 1933 de la trata de mujeres y niños es la siguiente:

Deberá ser castigado quienquiera que, para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país, aun cuando los diversos actos que sean los elementos constitutivos del delito se hayan realizado en distintos países.

El lugar que ocupan los niños en el régimen de la trata de personas es una cuestión pertinente, ya que parece que solo las mujeres o jóvenes mayores de edad estaban protegidas por el nuevo artículo 1 del Convenio de 1933, mientras que el artículo 2 del Convenio sobre la Trata de Blancas de 1910 se refería a la explotación de las mujeres mayores de 21 años. Parece ser que la trata de niños había sido una especie de señuelo que permitió a los que pretendían acabar con la prostitución ganar terreno en el derecho internacional y, a partir de entonces, descartar al niño.

Durante la época de la Sociedad de Naciones, se redactó otro instrumento relacionado con la trata de personas, pero, debido al inicio de la Segunda Guerra Mundial, se dejó en manos de las Naciones Unidas, que en 1949 concluyeron el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, que sustituye el lenguaje arcaico de la época de la Sociedad por una nomenclatura algo más actualizada. Sin embargo, dicho esto, el instrumento de 1949 mantiene la desaparición del niño, tal y como se excluyó por primera vez en el instrumento de 1933, y en su lugar pretende dar a todas las personas la protección que originalmente se concedía a los niños: protección incluso cuando se da el consentimiento. El artículo 1 del Convenio de 1949 establece que:

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

- (1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;
- (2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

Por lo tanto, como este instrumento no hace ninguna distinción entre adultos y niños, el niño se asimila conceptualmente al concepto de “otra persona” y, por lo tanto, obtiene la protección que ofrece el instrumento a todas las posibles víctimas de la trata. Además, el Convenio de 1949 también menciona a los niños junto con las mujeres “para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución”, comprometiéndose a “dictar las normas necesarias para la protección de los inmigrantes o emigrantes, y en particular de las mujeres y los niños, tanto en el lugar de llegada como en el de partida y durante el trayecto”; y a “adoptar las medidas necesarias para la supervisión de las agencias de empleo a fin de evitar que las personas que buscan empleo, en particular las mujeres y los niños, se vean expuestas al peligro de la prostitución”.

Hasta aquí hemos visto que, si bien la esencia del Convenio sobre la Trata de Blancas de 1910 era ocuparse del proxenetismo de las mujeres de 21 años o más con fines inmorales cuando entraban en juego diversos medios como el fraude o la violencia, también pretendía proteger a las menores de 21 años, incluso cuando había consentimiento. Esta última disposición, como un caballo de Troya, fue el conducto por el que los países abolicionistas —los Estados que pretendían abolir la regulación gubernamental de la prostitución y, con ella, los burdeles con licencia— utilizaron la Sociedad de Naciones para inclinar la balanza lejos de los países que permitían la prostitución, pero pretendían proteger a las mujeres de aquellos que utilizaban el fraude o la violencia para intentar obligarlas a realizar trabajo sexual. Mediante la Convención de 1921, la Sociedad de Naciones tomó el control del régimen de la trata de personas, y cambió el enfoque de “niñas” a “niños de ambos sexos”, al mismo tiempo que aumentaba en un año la edad de aquellos cuyo consentimiento estaba viciado en los casos de trata a todos los menores de 22 años. A esto le siguió, en 1933, la eliminación de la dicotomía en

el centro de los artículos 1 y 2 del Convenio de 1910, al eliminar el consentimiento como posible factor del proxenetismo con fines licenciosos de cualquier mujer que hubiera alcanzado la mayoría de edad. La Convención de las Naciones Unidas del año 1949 fue en gran medida un instrumento abolicionista, ya que exigía el castigo de los dueños de burdeles, los gerentes y los propietarios; mientras que, una vez más, dejaba de lado las disposiciones relacionadas con el hecho de obligar a otras personas a prostituirse, centrándose más bien en cualquiera que “concierte, atraiga o arrastre, con fines de prostitución, a otra persona, incluso con el consentimiento de ésta”.

Al considerar la historia de la negociación de estos instrumentos y el desarrollo del régimen de la trata de personas tal y como se produjo durante la época de la trata de blancas —la época de la Sociedad de Naciones, así como durante la época de las Naciones Unidas—, queda claro que los denominados Estados *abolicionistas* (encabezados por el Reino Unido y los Estados Unidos de América), aunque ganaron con éxito cada una de las batallas para obtener el control del régimen, en realidad perdieron la guerra, ya que la mayoría de los Estados mostraron poco interés en formar parte de estos instrumentos. Seguir con esta metáfora es reconocer que el Protocolo de Palermo introdujo un cese del fuego formal en el que dicho instrumento es “sin perjuicio de la forma en que los Estados Parte aborden la prostitución en sus respectivas legislaciones nacionales” (ONUDD, 2006, p. 347). Al hacerlo, también dio marcha atrás respecto de los tres instrumentos anteriores (las Convenciones de 1921, 1933 y 1949) e introdujo disposiciones que seguían la lógica del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, al definir los parámetros del régimen de la trata de personas.

Se reconocerá que la definición de *trata de personas* que figura en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños —que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, expuesta anteriormente en este capítulo— va claramente más allá de abordar la prostitución ajena, al incluir en su ámbito prácticas de explotación como

el trabajo forzoso y la esclavitud. Dicho esto, la lógica del instrumento de 1910 persiste, ya que el Protocolo de Palermo también prevé una posición privilegiada para el niño. Palermo establece que, cuando se trata de un niño, “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios que figuran en la definición”; es decir, “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”, etcétera. La edad del niño se establece respecto de los menores de 18 años. De este modo, Palermo refleja la lógica de las disposiciones del artículo 1 del Convenio de 1910, que establecía que se debía castigar a quienes trataran de conseguir mujeres “incluso con su consentimiento” para fines licenciosos. Además de esto, la definición de trata de personas del Protocolo de Palermo establece motivos adicionales de coacción más allá de estos, como el fraude, la violencia, las amenazas o el abuso de autoridad, contenidos en el artículo 2 del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910.

En términos generales, el abordaje de los niños en relación con los instrumentos de trata antes de Palermo se encontraba en la línea divisoria entre la prostitución y la prostitución forzada. En un principio, el niño estaba protegido por el Convenio sobre la Trata de Blancas de 1910, ya que se entendía que la coacción era irrelevante y que, en efecto, la prostitución de un niño debía ser penalizada. Aunque el niño no perdió su protección, las disposiciones de los posteriores instrumentos sobre la trata durante la época de la Sociedad de Naciones dejaron de distinguir entre niños y los mayores de edad utilizando al niño como Caballo de Troya, como medio para asimilar la protección otorgada a los niños a cualquier persona dentro de los parapechos, es decir, todas las víctimas de la trata de personas, sin importar su edad. Al declarar efectivamente un alto al fuego entre estos dos campos, el Protocolo de Palermo permitió la reintroducción de la protección otorgada específicamente a los niños como algo separado de los adultos, centrándose una vez más en la prostitución forzada. Esto se consiguió distinguiendo la

explotación de la prostitución ajena, aplicable a los adultos y no exigiendo los medios de coacción para los menores de 18 años.

## Referencias

- Allain, J. (2014). No effective trafficking definition exists: Domestic implementation of the Palermo Protocol. *Albany Government Law Review*, 7, 111-142.
- Allain, J. (2017). The white slave traffic in international law. *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, 1, 1-40.
- Faulkner, E. (2020). Historical evolution of the international legal responses to the trafficking of children: A critique. En Winterdyk y Jones (eds.), *The palgrave international handbook of human trafficking*. Springer International Publishing.
- Gallagher, A. (2010). *The international law of human trafficking*. Cambridge University Press.
- Knust N. y Lingenfelter, K. (2020). Individual criminal responsibility beyond the State: Human trafficking as both a transnational and an international crime. En Winterdyk y Jones (eds.), *The palgrave international handbook of human trafficking*. International Publishing.
- League of Nations. (1927). *Report of the special body of experts on traffic in women and children*, Part II, 27 November 1927 (Doc. C.52(2). M.52(1).1927.IV). League of Nations.
- UNODC. (2006). United Nations Office on Drugs and Crime. *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against transnational organized crime and the protocols thereto*. United Nations.

# EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y LOS RETOS QUE PLANTEAN LAS PEORES FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19 Y VEINTE AÑOS DESPUÉS DEL PROTOCOLO DE PALERMO

*Urmila Bhoola*

## RESUMEN

Este documento tiene por objetivo analizar la forma en que se ha abordado la trata de personas en la legislación y la jurisprudencia 20 años después de la adopción del Protocolo de Palermo, así como evaluar el impacto de la pandemia de la COVID-19 en los esfuerzos mundiales para acabar con los delitos de esclavitud, trabajo forzoso y trata de personas.

**Palabras claves:** Trata de personas, COVID-19, Esclavitud contemporánea, Protocolo de Palermo.

## SUMARIO

*1. La pandemia de la COVID-19 y su impacto en la trata de personas y la esclavitud. 2. Convenciones sobre la esclavitud y Convenio y Protocolo de la OIT sobre el trabajo forzoso. 3. El Protocolo de Palermo. 4. Protocolo de Palermo y derechos humanos de las víctimas y supervivientes. 5. Debida diligencia empresarial. 6. Recomendaciones formuladas por el Mandato de Procedimientos Especiales. 7. Conclusiones. Referencias*

## **1. La pandemia de la COVID-19 y su impacto en la trata de personas y la esclavitud**

La pandemia de la COVID-19 es una crisis sanitaria mundial que ha exacerbado las profundas desigualdades sociales, económicas, geográficas, financieras y de infraestructura que impregnan nuestro mundo. Las brechas en el Estado de derecho y la gobernanza se han potenciado durante la pandemia, y han generado una mayor vulnerabilidad en los grupos de riesgo y aumentado las oportunidades de explotación. Las restricciones impuestas por los gobiernos a la actividad económica y a la movilidad para detener la propagación del virus, que han provocado el cierre de empresas y el aumento de las tasas de desempleo, han incrementado la trata y la migración interna. La pandemia también ha provocado un mayor uso de internet por parte de los tratantes para seguir buscando y explotando a las víctimas. Se dice que la trata por internet abarca desde el ofrecimiento básico de víctimas en línea, hasta combinaciones avanzadas de aplicaciones para teléfonos inteligentes en modelos de negocio integrados para captar víctimas y transferir ganancias (Informe Mundial sobre la Trata de Personas de la ONUDD, 2020).

Como consecuencia de la pérdida de empleos, educación, movilidad e ingresos, la pandemia ha producido una incertidumbre económica generalizada. Los trabajadores migrantes se ven afectados por la pérdida de empleo cuando son obligados a volver a su país después de trabajar en países que literalmente los han echado por el miedo que provoca la pandemia. Los trabajadores de las cadenas de suministro han perdido ingresos a causa de la cancelación de pedidos por parte de las marcas minoristas, con pocas o nulas perspectivas de recuperar los salarios perdidos. El robo de salarios ha sido desenfrenado en este contexto. El confinamiento ha impedido que las personas salgan de sus casas para obtener ingresos y muchos han tenido que recurrir a usureros para sobrevivir, lo cual probablemente conducirá a la servidumbre por deudas. Millones de niñas, niños y adolescentes corren el riesgo de caer en situaciones de trabajo infantil como resultado de la crisis de la COVID-19, y esto podría conducir al primer aumento del trabajo infantil después de 20 años de progreso.



Las víctimas potenciales y reales de la explotación bajo la forma de trata de personas, trabajo forzoso y esclavitud en la era de la COVID-19 son ya los grupos de riesgo más vulnerables de nuestras sociedades. Entre estos grupos se encuentran los que sufren formas de discriminación múltiples e interrelacionadas: mujeres, niñas, niños y adolescentes, pueblos indígenas, trabajadores migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, afrodescendientes, personas LGBTIQ y personas con discapacidad. El impacto socioeconómico experimentado por los hogares conlleva el riesgo de que las personas se vean arrastradas hacia el sector informal y el empleo precario, que en sí mismos se han convertido en características segmentadas de los mercados laborales nacionales. En mi último informe al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/42/44, 2019) advertí que la creciente informalidad y precarización de la fuerza de trabajo aumentaría los riesgos de esclavitud. La Universidad de las Naciones Unidas informa que este riesgo se ha incrementado enormemente (<https://ourworld.unu.edu/en/the-impact-of-covid-19-on-modern-slavery>). La Organización Internacional del Trabajo (OIT) informa que la crisis económica y laboral creada por la COVID-19 puede hacer que el desempleo mundial se incremente en casi 25 millones de personas. Las tasas de pobreza laboral aumentarán significativamente, con una predicción de que habrá entre 20,1 y 25 millones más de personas en situación de pobreza laboral que en la estimación anterior a la pandemia. A medida que los gobiernos ordenan el cierre de empresas no esenciales, millones de personas empleadas en la economía de los pequeños encargos o *gig economy* —que en su mayoría tienen contratos precarios, con escaso o nulo acceso a licencias pagadas por enfermedad y sin seguro médico— se ven en situaciones vulnerables y podrían recurrir a empleos de riesgo o de explotación y ser presa de los tratantes.

Para el crimen organizado, la pandemia de la COVID-19 representa posiblemente otra oportunidad para extraer beneficios de las actividades ilegales basadas en la venta y utilización de personas como mercancías. En el contexto anterior a la COVID-19, la Organización Internacional del Trabajo estimó que los beneficios ilegales obtenidos como resultado de

los delitos relacionados con la esclavitud superaban los 150 000 millones de dólares al año (A/HRC/27/53 (2014)). Se dice que las víctimas de la explotación laboral forzosa —que incluye el trabajo doméstico, la agricultura y otras actividades económicas, como la construcción, la manufactura, la minería o los servicios públicos— generan ganancias estimadas en 51 000 millones de dólares al año. Las Estimaciones Mundiales sobre la Esclavitud Moderna de 2017, de la OIT, afirman que este beneficio ilegal se extrae de la explotación de los 40,3 millones de hombres, mujeres, niñas, niños y adolescentes que son víctimas, de los cuales 25 millones realizaban trabajo forzoso en 2016 y 15 millones estaban sometidos a matrimonios forzados. Según el informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre la Trata de Personas de 2020, los tratantes estarían negando a casi 25 millones de personas sus derechos fundamentales a la libertad. Es probable que estas cifras aumenten en la era de la pandemia, ya que están surgiendo nuevas formas de control y movimiento de personas y la explotación se torna aún más oculta. El quinto informe mundial de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), en lo que respecta al Plan de Acción Mundial para Combatir la Trata de Personas adoptado por la Asamblea General en 2010, señala que cada año más tratantes son procesados y que el número de personas condenadas por cada 100 000 habitantes casi se ha triplicado desde 2003, cuando entró en vigor el Protocolo de Palermo. Sin embargo, subraya que la trata de personas sigue siendo un delito oculto que afecta de manera diferente a los distintos grupos vulnerables; por ejemplo, de cada 10 víctimas detectadas, cinco son mujeres adultas, y dos, niñas. También se dice que los migrantes representan un número importante de víctimas y que por lo menos la mitad de las víctimas fueron captadas por necesidad económica. En este contexto, la protección de los derechos humanos fundamentales, incluidas las normas laborales, se vuelve aún más crítica.

En este sentido, es importante señalar que —a pesar de que según la legislación internacional sobre derechos humanos los Estados pueden limitar el ejercicio de la mayoría de los derechos humanos si es necesario para prote-

ger los derechos de los demás o los intereses colectivos—, las derogaciones o suspensiones de derechos solo están permitidas en virtud del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) cuando existe una “emergencia pública” que “ponga en peligro la vida en la nación”. Sin embargo, los Estados no pueden menoscabar ciertos derechos humanos fundamentales: la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre (artículo 8) es uno de esos derechos.

Una de las cuestiones que se examinan en esta conferencia es si el actual marco jurídico es adecuado para hacer frente a la esclavitud, el trabajo forzoso y la trata de personas. Esta es una cuestión que merece la pena explorar, considerando que el año pasado se cumplió el vigésimo aniversario de la adopción del Protocolo de Palermo. La Ley de Protección de las Víctimas de Trata de Personas de Estados Unidos (TVPA) también cumplió 20 años en el 2020. El Protocolo es uno de los componentes de la tríada de instrumentos del Sistema de las Naciones Unidas que establece los deberes y las obligaciones de los Estados miembros de prevenir, prohibir y proteger a la ciudadanía y a otras personas bajo su jurisdicción, y en su territorio, contra las formas contemporáneas de esclavitud, como el trabajo forzoso y la trata de personas; los otros dos son las Convenciones sobre la Esclavitud y el Convenio y el Protocolo 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso.

## **2. Convenciones sobre la esclavitud y Convenio y Protocolo de la OIT sobre el trabajo forzoso**

La esclavitud está regulada en el derecho internacional por la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, que definen la esclavitud como “el Estado o la condición de una persona sobre la cual se ejercen todos o algunos de los poderes inherentes al derecho de propiedad” y se establecen diversas prácticas y condiciones que denotan esclavitud. Aunque el derecho de propiedad sobre los seres humanos ya no existe en la ley, se siguen ejerciendo

poderes *de facto* sobre las personas, que las convierten en mercancías que se compran y venden. Mientras que las Convenciones sobre la Esclavitud se limitan a advertir del peligro de que el trabajo forzoso “se convierta en condiciones análogas a la esclavitud”, y exigen a los Estados parte que “tomen todas las medidas necesarias” para evitarlo, el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 (29) de la OIT y su Protocolo de 2014 imponen a los Estados la obligación específica de actuar contra el trabajo forzoso y la trata de personas con fines de trabajo forzoso. El artículo 1 del Protocolo 29 obliga a los Estados miembros a “adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar su utilización, proporcionar a las víctimas protección y acceso a recursos apropiados y eficaces, como la reparación, y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio”. Va más allá aún al exigir a los Estados miembros (artículo 1[2]) que desarrollen políticas y planes de acción nacionales para la represión efectiva y sostenida del trabajo forzoso u obligatorio en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como acciones para apoyar “la debida diligencia de los sectores público y privado para prevenir y responder a los riesgos del trabajo forzoso u obligatorio” y abordar “las causas profundas y los factores que aumentan los riesgos del trabajo forzoso u obligatorio”.<sup>1</sup> El Protocolo de la OIT de 2014 también protege a las víctimas independientemente de su situación jurídica o de

---

1 Otras disposiciones clave son: “Artículo 3: Todo Miembro deberá adoptar medidas eficaces para identificar, liberar y proteger a todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio y para permitir su recuperación y readaptación, así como para proporcionarles otras formas de asistencia y apoyo. Artículo 4 (1): Todo Miembro deberá velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, tengan acceso efectivo a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización. (2): Todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio.

que se encuentren o no en el territorio nacional, y además las guarda de las sanciones por las actividades ilícitas que se vieron obligadas a cometer.<sup>2</sup>

### 3. El Protocolo de Palermo

El Protocolo de Palermo establece que la *trata de personas* tiene tres elementos, todos los cuales deben estar presentes para que se aplique la Convención Transnacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: en primer lugar, una conducta consistente en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”. En segundo lugar, medios que incluyan “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el secuestro, 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, en tercer lugar, que la acción y los medios se realicen con “fines de explotación”. Salvo en el caso de la niñez víctima de trata, los elementos de fuerza, fraude o coacción deben estar presentes para que la explotación laboral o sexual sea reconocida como trata de personas. El Protocolo establece que la explotación incluye, “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”.

En esta definición el elemento de los *medios* crea una asociación entre el Protocolo de Palermo y las Convenciones sobre la Esclavitud, ya que los mencionados incluyen “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción”. La definición de situaciones abusivas va más allá de los medios de control y coacción invocados en las Convenciones sobre la Esclavitud para incluir el engaño y el abuso de poder y vulnerabilidad.

---

2 Actualmente ratificado por casi 50 países. Véase también la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008).

Cuando se produce abuso de poder o una situación de vulnerabilidad, los trabajos preparatorios establecen que dicho abuso debe entenderse como “cualquier situación en la que la persona implicada no tenía otra alternativa real y aceptable que someterse al abuso en cuestión” (Weissbrodt y Slavery, 2002, p. 24).

Mientras que las Convenciones sobre la Esclavitud hacían referencia a elementos de la trata de personas como el intercambio o la venta de un niño para su explotación y matrimonio servil, el Protocolo de Palermo estableció por primera vez una definición jurídica —acordada internacionalmente— del delito de trata de personas y reconoció sus múltiples formas. Creó obligaciones específicas de debida diligencia para que los Estados miembros aborden la trata de personas mediante la protección de los derechos de las víctimas, la prevención y el procesamiento como pilares estratégicos clave. Reconoce que los Estados deben garantizar que sus marcos jurídicos y políticos nacionales reflejen un enfoque integral que proteja los derechos humanos de las víctimas, reconocidos internacionalmente. Sin embargo, hace obligatoria la conducta de los Estados en relación con la aplicación de la ley, mientras que las disposiciones relativas a la protección y la asistencia a las víctimas son facultativas. En la práctica, esto ha supuesto que se haga mayor hincapié en los elementos carcelarios o penales de los deberes del Estado, mientras que los derechos humanos de las víctimas reciben escasa protección en muchos de ellos. Los Estados Parte deben proteger la privacidad de las víctimas “en los casos pertinentes” y “en la medida de lo posible con arreglo al derecho internacional” y “considerarán” la posibilidad de aplicar medidas para la recuperación física, psicológica y social de las víctimas, a la vez que “procurarán” velar por su seguridad física. Se ha dicho que esta falta de obligación específica socava la eficacia del Protocolo como instrumento de aplicación de la ley, ya que la identificación y el enjuiciamiento de los tratantes depende de la cooperación de las víctimas de la trata. Entre las lagunas del Protocolo se encuentra la falta de obligaciones expresas para los Estados de proporcionar información a las víctimas de la trata sobre la posibilidad de obtener recursos, incluida la reparación por la trata y otros

actos delictivos de los que han sido objeto, y de brindar asistencia a dichas víctimas, prestando especial atención a las necesidades especiales de niñas, niños, adolescentes y jóvenes, permitiéndoles obtener acceso a la justicia con recursos efectivos y adecuados. El Protocolo de Palermo también reconoce que las víctimas de la trata pueden ser explotadas tras su ingreso legal a un país. En consecuencia, el hecho de que una persona haya entrado en un país de forma legal o ilegal es irrelevante para su condición de víctima de trata. Sin embargo, en la práctica la situación migratoria se utiliza a menudo para determinar si una persona es víctima o no.

#### **4. Protocolo de Palermo y derechos humanos de las víctimas y supervivientes**

La eficacia potencial del Protocolo como instrumento de derechos humanos, además de instrumento de justicia penal, se ha visto reforzada por instrumentos regionales y mundiales del *soft law* y *hard law*, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 2005, y los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas de 2002, elaborados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Además, la jurisprudencia de los órganos de vigilancia de los tratados y la de las cortes regionales de derechos humanos han establecido una amplia gama de obligaciones de los Estados en el ámbito de la prevención y la protección de los derechos de las víctimas. En particular, la sentencia histórica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia* estableció amplias obligaciones de los Estados en materia de prevención. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* fue clave en materia de esclavitud y trata de personas, y novedosa en su reconocimiento de la discriminación estructural basada en la “posición económica”. Respecto de las obligaciones de los Estados en relación con los abusos de los actores privados, la Corte indicó que —en los casos de servidumbre, esclavitud, trata de personas y trabajo forzoso, especialmente cuando pueden implicar a niñas, niños y adolescentes—, los

Estados tienen una mayor obligación de debida diligencia para prevenir y poner fin a estos delitos. Deben adoptar medidas integrales y específicas para hacer frente a los factores de riesgo potenciales y reales, proporcionar un marco jurídico adecuado y aplicarlo eficazmente, fortalecer las instituciones, investigar inmediatamente cualquier prueba o denuncia de esclavitud, castigar a los autores y evitar la impunidad, y establecer mecanismos para proteger y asistir a las víctimas, especialmente a los grupos de riesgo. Como ejemplo nacional, en lo que se considera un hito jurídico, una corte ecuatoriana dictaminó el mes pasado que los trabajadores de una plantación de abacá, de la empresa japonesa Furukawa, en Santo Domingo, habían sufrido una forma de esclavitud moderna y debían ser indemnizados por la empresa. El caso había sido llevado ante la corte por 123 trabajadores afroecuatorianos en el 2018, tras más de 50 años de condiciones de trabajo análogas a la esclavitud.

## 5. Debida diligencia empresarial

Si bien el Protocolo sobre Trabajo Forzoso de la OIT crea obligaciones de debida diligencia para las empresas, el Protocolo de Palermo no lo hace.<sup>3</sup> Los Estados también tienen el deber de regular la conducta de los actores no estatales y, en este sentido, deben establecerse marcos legales, políticos e institucionales tanto para poner fin a la impunidad como para garantizar la rendición de cuentas por parte de las empresas y otros actores no estatales por las violaciones de los derechos humanos y los impactos adversos, tal y como exigen los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.<sup>4</sup> Están surgiendo legislaciones nacionales —y hemos visto que el Reino Unido y Australia

---

3 Hasta la actualidad, el Protocolo de la OIT solo ha sido ratificado por 49 Estados Parte.

4 Véanse también las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT.



imponen con sus Leyes de Esclavitud Moderna unos requisitos mínimos de transparencia a las empresas—, y algunos Estados miembros de la UE han desarrollado una legislación de debida diligencia (por ejemplo, la Ley de Debida Diligencia del Trabajo Infantil en los Países Bajos, la Ley del Deber de Vigilancia de Francia, y la Unión Europea está en proceso de desarrollar una ley en materia de derechos humanos y medio ambiente —mHREDD— para sus Estados miembros). La Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California, de 2010, y el Ministerio de Trabajo de Brasil mantienen un registro de personas y empresas que utilizan mano de obra esclava, lo que se ha denominado la “lista sucia”, establecida por Decreto Ministerial de 2003. La base de datos fue utilizada por empresas públicas y privadas que aplicaron sanciones comerciales y financieras. La lista pasó de incluir 52 empleadores de trabajadores esclavos en el 2003 a 609 en julio de 2014. Sin embargo, en diciembre de ese mismo año, el Tribunal Supremo concedió un amparo a una asociación de empresas constructoras, suspendiendo la “lista sucia”. Desde entonces se ha restablecido la ley de trabajo antiesclavista, pero hay importantes retrocesos en su aplicación efectiva y en otras áreas de cumplimiento. Así mismo, en Brasil, la Ley de Lucha contra el Trabajo Esclavo del Estado de Sao Paulo, también conocida como Ley Bezerra, pretende regular la divulgación de las empresas donde se practica el trabajo esclavo.

La responsabilidad de las empresas para hacer frente a la esclavitud, el trabajo forzoso y la trata de personas debe involucrar a los trabajadores y sus organizaciones en asociaciones significativas para identificar, por ejemplo, las redes de trata que proporcionan mano de obra para las cadenas de suministro, y las empresas de contratación que operan como frentes criminales para la trata de personas. El papel de las empresas y los sindicatos debe complementarse con plataformas multisectoriales y de múltiples partes interesadas, que también son necesarias para lograr el Objetivo 8 y, especialmente, la Meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que se basa en el desarrollo como medio para poner fin a todas las formas contemporáneas de esclavitud.

## **6. Recomendaciones formuladas por el Mandato de Procedimientos Especiales**

Al evaluar los 20 años transcurridos desde Palermo, la ex Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, ha observado que, aunque el panorama ha cambiado, la legislación y las políticas nacionales siguen fuertemente arraigadas en el enfoque original del Protocolo de Palermo, y prestan poca atención a la dimensión de derechos humanos de la trata de personas. En particular, las actividades de apoyo a las víctimas siguen estando vinculadas con los procedimientos penales y sus resultados en la mayoría de los países, lo que ocasiona que la asistencia se condicione a la cooperación de las víctimas en los procedimientos penales. Además, los Estados tienden a considerar la lucha contra la trata como parte de su política de control migratorio; como consecuencia, esta se utiliza a menudo para justificar políticas migratorias restrictivas, lo que a su vez aumenta la vulnerabilidad de los migrantes a ser víctimas de trata y explotación.

Por ello, la ex Relatora Especial recomienda que, para garantizar la erradicación de la trata de personas con fines de trabajo forzoso y explotación sexual, el sistema de las Naciones Unidas, los procedimientos de derechos humanos de la ONU, el mundo académico, los gobiernos y la sociedad civil deberían adoptar las tres medidas siguientes:

- Actuar para reorientar la aplicación del Protocolo de Palermo mediante una interpretación integrada de los instrumentos vinculantes y de *soft law* adoptados desde del año 2000, así como de la jurisprudencia de las cortes regionales de derechos humanos.
- Abogar por cambios profundos en la legislación nacional contra la trata de personas y en los reglamentos de aplicación, que deben ajustarse a las normas de derechos humanos.
- Considerar la posibilidad de adoptar un nuevo instrumento internacional que aborde la explotación desde un enfoque basado en los derechos humanos.

## 7. Conclusiones

Veinte años después de la adopción del Protocolo de Palermo, los problemas de la trata de personas con fines de explotación laboral y sexual, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, incluidos el trabajo forzoso y obligatorio, la servidumbre por deudas, la servidumbre y los matrimonios forzados, son cada vez más frecuentes, pero también están cada vez más interconectados como consecuencia de la destrucción de los derechos humanos fundamentales, incluidos los derechos laborales, y de las libertades durante esta pandemia. Las normas laborales han sido desmanteladas o socavadas en muchos sectores y se ha negado a las organizaciones sindicales y de trabajadores la libertad de asociación y los derechos de negociación colectiva. Por lo tanto, queda mucho por hacer para garantizar la aplicación efectiva de las Convenciones sobre la esclavitud, el Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y los convenios de la OIT sobre el trabajo forzoso y obligatorio, que abarcan los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos, derecho laboral y justicia penal, y que comprenden los pilares de paz y seguridad, derecho humanitario y desarrollo del sistema de las Naciones Unidas.

Los Estados deben seguir abordando el carácter sistémico de la explotación en el contexto de la trata de personas y sus formas conexas. Es necesario seguir protegiendo a los grupos que corren especial riesgo de verse expuestos a las formas contemporáneas de esclavitud. Los sobrevivientes también deben ser inscritos como actores específicos para abordar la eficacia de las medidas de aplicación de la ley, así como las medidas de protección y prevención. Debería considerarse la posibilidad de legislar medidas de protección, como la ampliación de las visas o la garantía de la situación migratoria de las personas extranjeras sometidas a formas contemporáneas de esclavitud, incluidos los trabajadores migrantes y las víctimas de la trata, en particular cuando no pueden regresar a su país debido a la imposición de estrictas restricciones de viaje. La expulsión colectiva de estas personas no debe aplicarse nunca, ni siquiera durante un estado de emergencia, como el impuesto debido a la pandemia de la COVID-19. Es esencial que los Estados presten

una asistencia personalizada y brinden la debida atención a las necesidades y vulnerabilidades específicas de las víctimas y los sobrevivientes. Esto podría incluir el acceso igualitario y efectivo a autoridades judiciales competentes e independientes, servicios legales, refugio seguro, apoyo lingüístico, formación y educación, así como una reparación adecuada, incluyendo la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición (A/HRC/36/43, párrafos 57-58).

Estas medidas y el cumplimiento efectivo por parte de los Estados de sus obligaciones de debida diligencia no solo mejorarán la aplicación de la ley y el Estado de derecho, sino que darán impulso a la consecución de la meta 8.7 de los ODS, que recoge el compromiso universal de “adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a la esclavitud moderna y a la trata de seres humanos y garantizar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil”. La consecución de la meta 8.7 exige identificar y eliminar las causas profundas de la esclavitud: las desigualdades sistémicas arraigadas en el sistema económico mundial, la discriminación estructural, los mecanismos jurídicos y judiciales ineficaces, la corrupción, el soborno y los delitos financieros, que socavan el Estado de derecho y fomentan la impunidad de los delincuentes, la falta de servicios de protección y prevención, la falta de acceso a la justicia para las víctimas y la creación de trabajo decente. En el actual contexto mundial, dada la pandemia de la COVID-19, esto supone un enorme reto para aquellos de ustedes que son legisladores y responsables políticos, que participan en la aplicación de la ley o en el Poder Judicial, investigadores y académicos, y que se preocupan por hacer cumplir el Estado de derecho y garantizar los derechos humanos y la justicia social.

Sección 2

# **Trata de personas y explotación sexual**

Los textos de la Sección II y la Sección III de esta publicación han pasado satisfactoriamente por un proceso de arbitraje doble ciego por pares externos internacionales a cargo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

# EL DELITO DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: APUNTES PARA SU COMPRENSIÓN Y ABORDAJE DESDE LA RELACIÓN ENTRE DIGNIDAD, LIBERTAD SEXUAL Y ENFOQUE DE GÉNERO

*Ingrid Díaz Castillo*<sup>1</sup>

## Resumen

El delito de explotación sexual constituye una forma de explotación humana, regulada como tipo autónomo en el Código Penal peruano. El objeto de la norma es sancionar las situaciones en que se cosifica a una persona sexualmente a fin de obtener de ella provecho económico o de otra índole. El impacto que el delito tiene en la realidad es particularmente importante si se toma en cuenta que el grueso de casos denunciados en el Perú como trata de personas con fines de explotación sexual son supuestos en los que tal finalidad ha sido consumada, así como que dichos casos representan más del 50 % de las denuncias por explotación humana. En ese contexto, las mujeres son el grupo más afectado por el fenómeno, situación que requiere prestar especial cuidado respecto de la aplicación de estereotipos de género que las revictimizan y discriminan. Así mismo, para la sanción de estos casos es fundamental entender el alcance de los bienes jurídicos libertad sexual y dignidad con el fin de comprender que la capacidad de consentir sexualmente —que en el Perú se obtiene a los 14 años— no debiera ser obstáculo para acreditar la

---

1 Profesora del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

afectación a la dignidad, que reposa en una situación de asimetría de poder utilizada contra la víctima para mercantilizarla o aplicar sobre ella atributos de la propiedad.

**Palabras claves:** Explotación sexual, Dignidad, Mercantilización, Esclavitud, Violación sexual, Enfoque de género.

### Sumario

*1. Introducción. 2. Planteamiento del problema. 3. El delito de explotación sexual: aproximación a sus elementos típicos. 4. Explotación sexual, trata con fines de explotación sexual y mujeres: su relación con la violencia sexual. 5. Violación sexual y libertad sexual: nexo y diferencias con el bien jurídico dignidad. 6. Conclusiones. Referencias.*



## 1. Introducción

El legislador peruano decidió, el 6 de enero de 2017, que algunas de las formas de explotación humana contenidas como finalidades del delito de trata de personas, regulado entonces en el artículo 153 del Código Penal, se constituyeran en tipos penales autónomos. De ese modo, mediante el Decreto Legislativo N.º 1323 se incluyeron los delitos de explotación sexual, trabajo forzoso y esclavitud o servidumbre. Con ello se buscó proteger a las personas no solo en el tránsito de ser explotadas sino también cuando son utilizadas como instrumento para obtener una ventaja patrimonial o de naturaleza distinta.

En ese contexto, el delito de explotación sexual sanciona al que obliga a una persona, mediante violencia, amenaza, engaño, manipulación u otro condicionamiento, a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener provecho económico o de otra índole. Por sus características sustanciales, este tipo penal se relaciona con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual (del que puede derivar), con los delitos conexos a la prostitución como el favorecimiento a la prostitución, el proxenetismo o el rufianismo (que serán aplicados de demostrarse el consentimiento de la víctima) y con el delito de violación sexual, tipo penal con el cual guarda especial similitud por su tipificación actual.

Esta relación entre todos los delitos señalados dificulta, en algunos casos, la tarea de distinguirlos. No obstante, la mayor complicación se encuentra en el vínculo que existe entre los bienes jurídicos protegidos por estos tipos penales, es decir, entre la dignidad y la libertad sexual; situación que ocasionó, por ejemplo, que el Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 hiciera referencia a la dignidad sexual como uno de los bienes jurídicos protegidos por los delitos conexos a la prostitución. Ciertamente, tal vínculo produce que las dificultades para la sanción de la violencia sexual se trasladen —o complementen— al ámbito de la explotación sexual; así, por ejemplo, la determinación de la ausencia de consentimiento en personas mayores de 14 años y la aplicación de estereotipos de género vinculados al recato sexual femenino.

A abordar las dificultades mencionadas se abocará este artículo. Así, se planteará el problema de investigación y se iniciará el trabajo con el estudio de los elementos típicos del delito de explotación sexual. Y, seguidamente, se analizará la explotación sexual como una forma de violencia de género contra las mujeres identificando sus similitudes con la violencia sexual. Con esto se abordará la relación entre dignidad y libertad sexual a partir del repaso de las características y evolución del delito de violación sexual, lo que permitirá introducir la necesidad de aplicar el enfoque de género para la comprensión del delito y su abordaje.

Cabe señalar que, aunque este artículo parte de la constatación de que las mujeres son el grupo más afectado en el tránsito hacia la explotación sexual o en la explotación misma, no por ello olvida que varones y niños también pueden ser víctimas. Así mismo, si bien se incide en la importancia de aplicar el enfoque de género, no se desconoce que una respuesta integral al fenómeno de la explotación humana requiere de la aplicación de más enfoques como, por ejemplo, el enfoque centrado en el trauma o el de interseccionalidad. Tampoco se desconoce que resulta fundamental para la sanción de la explotación sexual el uso de técnicas especiales de investigación y otros mecanismos procesales que permitan obtener información necesaria para sustentar una imputación fuerte. No obstante, por la extensión de este trabajo y por la especial relación que existe entre dignidad, libertad sexual y estereotipos de género respecto de la población que se ve más afectada, es este el centro de atención elegido para este texto.

## **2. Planteamiento del problema**

El primer acuerdo plenario que abordó los problemas del delito de trata de personas en el Perú fue el Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011. El asunto que la Corte Suprema de Justicia trabajó fueron las diferencias típicas y penalidad de los delitos contra la libertad sexual y la trata de personas. Si se hace una revisión del texto, se observa que en el primer grupo de delitos se comprende al favorecimiento a la prostitución y el proxenetismo, mientras que, en el campo de la trata de personas, básica-

mente se hace alusión a la trata con fines de explotación sexual. La elección de la materia trabajada resulta evidente.<sup>2</sup> En el Perú, a la fecha de emisión del acuerdo plenario —e incluso en la actualidad—, el grueso de casos que enfrenta el sistema de justicia en materia de trata de personas están vinculados a la trata con fines de explotación sexual. De hecho, se ha señalado que entre el 2014 y el 2017, el 60 % del total de denuncias corresponde a esta modalidad de trata (Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad de la Fiscalía de la Nación, 2018, p. 62).

En ese contexto, resultaba importante determinar las características requeridas por una conducta para que sea calificada como trata de personas con fines de explotación sexual, porque se habían identificado casos en los que comportamientos típicos del delito mencionado fueron calificados como proxenetismo o favorecimiento a la prostitución, tipos penales que, además de no reprochar adecuadamente el hecho realizado, poseen una pena muy inferior a la de la trata de personas.

En ese marco, el acuerdo plenario señaló que este es un delito de tendencia interna trascendente, por lo que se sanciona la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la persona con el fin de que esta sea explotada sexualmente aun cuando dicha finalidad no se materialice (fundamento 15); en cambio, en el proxenetismo se gestiona o administra la prostitución de una persona a cambio de una ganancia (fundamento 17), y en el favorecimiento a la prostitución se promueve o favorece la prostitución de la víctima (fundamento 16). De este modo, el acuerdo plenario, que constituye un primer esfuerzo por abordar un delito complejo como la trata de personas, circunscribe la diferencia de esta con los tipos contenidos en los artículos 179 y 180 del Código Penal a los elementos típicos descritos por cada delito.

El Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 alude también a la relación que existe entre los bienes jurídicos protegidos por la trata de personas con fines

---

2 Con esta afirmación no se pretende desconocer que existen casos de trata de personas con fines de explotación laboral no denunciados, dada la normalización que de ellos se ha realizado.

de explotación sexual, los delitos conexos a la prostitución y la violación sexual. En estricto, anota que existe una “estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales” (fundamento 13). Sin embargo, no especifica en qué consiste tal relación y, más bien, procede a distinguir ambos delitos señalando que el primero sanciona a quien de modo directo tiene acceso carnal o un acto análogo con la víctima; mientras que la trata de personas implica colocar a esta en una situación tal, que pueda ser explotada sexualmente por otro (fundamento 13);<sup>3</sup> el acuerdo plenario coloca la atención en un punto central que afecta la sanción de la trata con fines de explotación sexual y la propia explotación sexual.

En efecto, en la práctica judicial algunas sentencias no consideran trata a los casos en que personas mayores de 14 años de edad señalan haber aceptado ejercer la prostitución o fungir como damas de compañía, ya que, teniendo capacidad de consentir sexualmente, refieren que no podría sostenerse que son explotadas (Montoya, 2016, pp. 411-412). En buena cuenta, estas resoluciones judiciales remiten a los problemas en la acreditación de la ausencia de consentimiento cuando la víctima tiene más de 18 años y en el cuestionamiento que se realiza respecto de las personas comprendidas entre los 14 y 18 años, cuyo consentimiento es inválido para acreditar la trata de personas o la explotación sexual pero es relevante en cuanto manifestación de ejercicio de sexualidad.

Estos problemas se extienden en la actualidad al delito de explotación sexual incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo N.º 1323, del 6 de enero de 2017. Esto es así porque con dicha norma se tipifica la consumación de una de las finalidades de la trata de personas y, así, su relación con dichos delitos resulta indesligable. Sumado a lo anterior, el

---

3 Cabe señalar que la distinción realizada entre ambos tipos penales puede ser cuestionada —sobre todo— porque la formulación de nuestro delito de violación sexual permite sancionar no solo a quien de modo directo practica el acto sexual o análogo a la víctima, sino también cuando la obliga a sostenerlo con un tercero (Peña Cabrera, 2019, p. 57; Salinas, 2015, p. 720).

delito de explotación sexual permite que la discusión en torno a la relación entre dignidad y libertad sexual sea más compleja debido a que —con la modificación operada al delito de violación sexual mediante la Ley N.º 30838, del 4 de agosto de 2018— la descripción típica de ambos tipos penales es muy similar. De ahí que, en la práctica, se hace difícil establecer límites al impacto que tiene la capacidad de consentir sexualmente sobre la verificación de la ausencia de consentimiento que caracteriza a la cosificación de una persona.

Por último, cabe señalar que el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, del 10 de septiembre de 2019, no ha abarcado las situaciones hasta aquí referidas, ya que enfoca su interés en los problemas concursales del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y el delito de explotación sexual con sus modalidades conexas, cuando son cometidos en el contexto del funcionamiento de una banda u organización criminal o cuando se prevén circunstancias agravantes como el prevalimiento o abuso de situación de vulnerabilidad; así mismo, aborda la diferencia entre la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de la trata de personas respecto de la explotación sexual y sus modalidades conexas.

### **3. El delito de explotación sexual: aproximación a sus elementos típicos**

El delito de explotación sexual fue incorporado como tipo penal autónomo al Código Penal peruano el 6 de enero de 2017, mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1323. Según su regulación inicial, el tipo base sanciona a quien obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener provecho económico o de otra índole. Además, refiere, en su segundo párrafo, que también se sancionará al agente que comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento.

La conducta base ha sido posteriormente especificada, mediante la Ley N.º 30963, publicada el 18 de junio de 2019: el acto de obligar a la persona puede realizarse también mediante violencia, amenaza u otro medio.

Por último, el 29 de marzo de 2021, la Ley N.º 31146 ha reubicado los tipos penales de “Trata de personas” y “Explotación” en el Código Penal, colocando la explotación sexual en el artículo 129-C del Título I-A, denominado Delitos contra la Dignidad Humana. Esta última modificación solo ha implicado una reubicación del tipo penal, mas no un cambio en la redacción del comportamiento sancionado.

De todas las normas citadas, el Decreto Legislativo N.º 1323 es el que explica —en su Exposición de Motivos— por qué el delito ha sido regulado utilizando la descripción referida y, también, por qué aquel debía ser un tipo penal autónomo y no una agravante del delito de trata de personas. Sobre el primer punto, la Exposición de Motivos señala que la descripción típica del delito de explotación sexual no podía restringirse a supuestos tradicionales que solo sancionan el acceso carnal para obtener un provecho económico o de cualquier otra índole, pues eso no comprendería situaciones que ocurren en la realidad y que deben ser sancionadas como, por ejemplo, la compañía sexual, los bailes eróticos y los chantajes o manipulaciones para la exhibición del cuerpo. Por su parte, sobre los medios comisivos descritos en el tipo se señala que es necesario entender la estrategia de dominación utilizada por el agente, ya que el delito no solo se comete mediante coacción o retención sino también aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de la víctima, lo que genera un invisible pero complejo vínculo de dependencia con el agente (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, s.f., pp. 17-19).

Respecto de la autonomía del delito, la Exposición de Motivos señala que la trata de personas sanciona solo a quienes dirigen su conducta a explotar a otro, por lo que se genera un espacio de impunidad respecto de las personas que efectivamente lo hacen, situación que sería enmendada a partir de la regulación de tipos autónomos, como el delito de explotación sexual. Además, manifiesta que dichas conductas no pueden ser cubiertas por el supuesto de retención contenido en el delito de trata de personas, porque para la atribución de responsabilidad penal sería necesario acreditar la captación, el transporte, el traslado y la acogida de la víctima. En esa línea, se

sostiene que cuando esto no pueda acreditarse, el agente será favorecido con la atribución de delitos menores como la exposición a peligro de persona dependiente, entre otros (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, s.f., pp. 13-16).

Sobre esto último, debe mencionarse que en tanto la trata de personas es un delito alternativo, sí puede sancionarse la retención con fines de explotación sexual sin que se acredite la captación, transporte, traslado o acogida (Montoya et al., 2017, p. 85; Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 15); no obstante, es cierto que dentro de este delito podían no comprenderse incluso en las agravantes situaciones de explotación sexual que no tuvieran un vínculo claro o, por lo menos, capaz de acreditarse con el circuito de la trata. Por esa razón, se ha considerado que el reconocimiento del delito de explotación sexual como figura autónoma permite sancionar conductas que antes eran atípicas o cuya pena era menor en comparación con la gravedad de la conducta, lo que ocurría, por ejemplo, con el caso del turismo sexual infantil (Ramírez, 2017, p. 79).

En este contexto, conviene señalar que la descripción típica del delito de explotación sexual coincide con la regulación que de él han realizado otras legislaciones de la región. Así, por ejemplo, el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador sanciona a quien “en beneficio propio o de terceros, venda, preste, aproveche o dé en intercambio a una persona para ejecutar uno o más actos de naturaleza sexual” (artículo 100); mientras el Código Penal de Honduras describe la explotación sexual como “la utilización de una o varias personas en la prostitución, la pornografía, las exhibiciones de naturaleza sexual o cualesquiera otras actividades con fines sexuales que se realizan mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria” (artículo 257).

Como puede observarse, existen rasgos comunes entre estas regulaciones y la peruana. En primer término, la conducta prohibida no se limita a sancionar el acceso carnal o los actos análogos que se practican sobre la víctima sino que comprende también otro tipo de conductas de naturaleza sexual como los actos de connotación sexual que —de acuerdo con el ordenamiento nacional— comprenden los tocamientos en partes íntimas del

cuerpo como en partes vinculadas con la sexualidad, los desnudos forzados (Rodríguez y Montoya, 2020, pp. 88-89), juegos eróticos, sesiones de fotografía, grabaciones de videos eróticos (Frisancho, 2019, p. 160), entre otros.

En cuanto a los medios comisivos, el tipo penal peruano hace referencia a la violencia, amenaza, engaño, manipulación u otro condicionamiento, dentro del cual cabe el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad. En el fondo, puede ser considerado *medio comisivo* todo aquel descrito por el delito de trata de personas en tanto la explotación sexual —como la esclavitud y el trabajo forzoso— importan formas lesivas a la dignidad, es decir, sancionan la materialización de alguna de las finalidades comprendidas en el delito de trata de personas a través de una situación de asimetría de poder entre el explotador y la víctima.

Respecto de la finalidad perseguida por el delito de explotación sexual, vale decir, el aprovechamiento económico o de otra índole, el tipo penal peruano se aleja de las posiciones que restringen la comprensión de la explotación a la búsqueda de intereses netamente económicos. Ciertamente, para algunos autores, la explotación implica “convertir al otro en instrumento de provecho económico afectando sustancialmente sus derechos humanos” (Colombo, 2013, p. 33); y, específicamente, la explotación sexual se refiere a “la utilización del cuerpo de una persona como objeto sexual a cambio de dinero o especies (alimentación, educación, entre otros)” (CHS Alternativo, 2010, p. 13).

No obstante, la fórmula descrita en el actual artículo 129-C del Código Penal busca comprender a todos los supuestos en los que la obligación a realizar actos de contenido sexual implica la cosificación de la persona, situación que fundamenta la lesión al bien jurídico protegido *dignidad humana*. Si bien esto se observa con mayor notoriedad cuando se mercantiliza a alguien, es decir, cuando se persigue una ganancia con la actividad sexual de la víctima, también puede manifestarse cuando se des-socializa a la persona con tal actividad (Defensoría del Pueblo-CHS Alternativo, 2020), es



decir, cuando el agente obliga a la víctima a realizar actos de contenido sexual ejerciendo sobre ella alguna de las manifestaciones del derecho de propiedad.

Esta forma de entender el alcance de la finalidad “de otra índole” puede observarse con claridad en el referido artículo 100 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, que hace referencia a vender, prestar, aprovechar o dar en intercambio a la víctima. De esta manera, así como será finalidad propia del delito la expectativa de lograr un beneficio patrimonial, también lo será el convertir a la víctima en una esclava sexual sobre la cual se ejerzan atributos de la propiedad (Rodríguez y Montoya, 2020). Una interpretación distinta de esta última finalidad, en el sentido de que el beneficio de otra índole implica la satisfacción meramente sexual del agente, vaciaría de contenido al delito de violación sexual (Rodríguez y Montoya, 2020) o, como se explicará en detalle más adelante, importaría la ineficacia práctica del delito de explotación sexual que, en este extremo, podría ser subsumido en el delito de violación sexual (Valverde, 2020).

Cabe señalar que para algunos autores el supuesto en el que el sujeto activo obliga a la víctima a realizar actos de connotación sexual en su provecho personal debe ser subsumido en el artículo 153-G del Código Penal, que sanciona la gestión de la explotación sexual (Rosales, 2019). Ciertamente, si se revisa la descripción típica del delito, este sanciona a quien “dirige o gestiona la explotación sexual de la víctima para tener acceso carnal”. No obstante, como se ha sostenido, tal supuesto debe ser considerado explotación sexual siempre que la víctima se encuentre en una situación de esclavitud. Por lo demás, resulta pertinente señalar que el artículo 153-G del Código Penal ha sido muy cuestionado por su vulneración al principio de legalidad ya que, por ejemplo, no queda claro si es el autor quien tendrá el acceso carnal o este pretende que un tercero lo tenga. Por esa razón, se ha considerado que el delito es ambiguo en su redacción y dificulta innecesariamente la labor jurisdiccional, pues este comportamiento se subsume en la explotación sexual en la modalidad de autoría, coautoría o autoría mediata (Rodríguez y Montoya, 2020).

#### **4. Explotación sexual, trata con fines de explotación sexual y mujeres: su relación con la violencia sexual**

En el Perú, como se indicó antes, el tipo de trata más recurrente es el que persigue la finalidad de explotación sexual. Si se hace una revisión de los casos, en muchos de ellos la finalidad ha sido consumada por lo que, con la legislación actual, constituyen supuestos de explotación sexual. Esta constatación da luces en torno a quiénes resultan agraviadas mayoritariamente por este fenómeno; por ello, se partirá de la información recopilada en torno a la trata de personas con fines de explotación sexual para plantear el análisis de este acápite. Esto, además, porque el tipo penal de explotación sexual ha sido escasamente aplicado debido a su aún reciente incorporación y estudio, como consecuencia de lo cual no se tienen cifras en torno al perfil de sus víctimas.

Al 2020, del total de denuncias interpuestas por trata de personas con fines de explotación sexual, el 80,19 % de víctimas fueron mujeres, de las que el 65,95 % eran menores de edad (López, 2020). Que la trata de personas con fines de explotación sexual recaiga básicamente sobre mujeres no es una cuestión nueva. En realidad, el fenómeno de la explotación sexual siempre estuvo relacionado con las mujeres; de ahí que cuando se reconoció internacionalmente el fenómeno, se hizo alusión a la trata de blancas; seguidamente, a la trata de mujeres y, solo hacia el final, a la trata de personas o seres humanos (Maqueda, 2000).

Más allá de que resulte cuestionable que el reconocimiento internacional de la trata con fines sexuales recién tuviera impacto en el ámbito internacional cuando las víctimas fueron mujeres blancas —con el desconocimiento de que este fenómeno ya afectaba a otros colectivos de mujeres—, debe remarcarse que desde 1904 la Sociedad de Naciones señalaba a las mujeres como grupo especialmente afectado por el fenómeno (Torres, 2011).

Hay diversos factores que confluyen para explicar tal situación. Para algunas autoras, por ejemplo, la cultura patriarcal insertada en el sistema capi-

talista ha propiciado una división desigual del trabajo, lo que ha impactado en que las mujeres se dediquen a labores no remuneradas, sufran desempleo y precarización laboral; esto tiene como consecuencia la búsqueda de soluciones para sus necesidades, que son aprovechadas por los tratantes (González, 2019). En línea similar, hay quienes sostienen que el patriarcado en un contexto neoliberal ha permitido que “las mujeres se conviertan en objetos que pueden ser usados por quienes puedan pagarlos, es decir, en mercancías al alcance del mejor postor” (Martínez de Ita y Hernández, 2014, p. 99). Así mismo, otro sector ha resaltado la inmigración como factor indesligable de la violencia de género y la desigualdad, para explicar el impacto de este fenómeno en las mujeres (Maqueda, 2000, p. 24).

Respecto de la situación de discriminación estructural de las mujeres como factor, debe señalarse que la sexualidad de la mujer ha sido construida socialmente para estar al servicio de la sexualidad masculina (González, 2018). En otras palabras, a través de los estereotipos de género se han atribuido características y espacios a lo masculino y femenino que afirman, en el primer caso, la vehemencia sexual o el deseo sexual incontrolable que puede realizarse no solo en el ámbito privado o de pareja, sino también fuera del espacio doméstico; mientras que se ha negado la sexualidad femenina autónoma, justificándola solo si se ejerce en el ámbito privado y vinculado con lo afectivo. Lo anterior permite identificar formas desiguales de ejercer la sexualidad, que en el caso de lo masculino conducen a la consideración de la mujer como un objeto de satisfacción sexual y, en el caso de lo femenino, están vinculadas con la sumisión (Del Águila Lara Palacios et al., 2019).

Este es el contexto en el que se gesta la violencia sexual pero también la trata de personas con fines de explotación sexual y la propia explotación sexual, pues en este último caso las mujeres se encuentran en el extremo de la desigualdad, al haber sido completamente cosificadas (Del Águila Lara Palacios et al., 2019). Por esta razón, se ha reconocido que la trata con fines de explotación sexual “es una expresión paradigmática de la violencia de género” (Torres, 2011, p. 151) que afecta especialmente a las mujeres por cuanto perpetúa las relaciones de poder que las colocan en una situación

de subordinación (Goizueta, 2019). Ciertamente, como señalan Laporta y De Las Heras (2019), siguiendo a MacKinnon, la trata con fines de explotación sexual y, consecuentemente, la explotación sexual, son una manifestación de violencia contra las mujeres porque “la objetificación sexual es el proceso primario de sometimiento de las mujeres” (p. 8). Aquí radica la primera similitud entre explotación sexual y violencia sexual: ambas tienen como germen el estereotipo de género que identifica a las mujeres como objeto de placer sexual.

Entender que la trata con fines de explotación sexual y la explotación sexual son formas de violencia de género contra las mujeres resulta fundamental tanto para comprender estos tipos penales como para abordarlos. Efectivamente, el refuerzo de la situación de subordinación estructural de las mujeres que se materializa a través de la explotación sexual, sumado a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima, propicia que aquella tenga miedo de declarar, ofrezca una manifestación inculpativa inicial pero no vuelva a acudir a la investigación o, incluso, se retracte de su inculpativa. Así mismo, permite que las víctimas de trata de personas y explotación sexual naturalicen y, consecuentemente, toleren las vejaciones de los explotadores (López, 2020, p. 326); así, no se reconocen como víctimas e, incluso, manifiestan haber prestado su consentimiento para realizar servicios sexuales o similares.

Lo anterior permite también identificar que los estereotipos de género juegan un rol importante en la percepción que se tiene de las víctimas y en su consideración como tales. Precisamente en este aspecto recae la segunda similitud entre este fenómeno y la violencia sexual. Así como los estereotipos de género han fundamentado la idea de que la mujer es objeto de placer sexual, una vez que se convierte en víctima se le vuelven a aplicar estereotipos de género para que pueda acceder a justicia.

Para dar mayor claridad a este asunto, en la investigación de la violencia sexual es común —como veremos en breve— que se valore el comportamiento de la víctima mujer acorde con el estereotipo de género que le obliga a ser recatada sexualmente. Su confluencia, de hecho, en muchos

casos ha determinado la configuración del tipo penal. En el caso de la trata con fines de explotación sexual o de la explotación sexual es aún habitual que la pertenencia a circuitos vinculados a la prostitución —o las reacciones positivas o no completamente negativas de tal práctica sexual por parte de la víctima— genere un estigma en los operadores de justicia; esto por cuanto identifican el trabajo sexual femenino como una conducta transgresora del estereotipo de género que obliga al recato sexual femenino (Rodríguez, 2016). Esta situación —no reconocida en el tipo penal de trata de personas con fines de explotación sexual ni en el delito de explotación sexual que se aplica en la práctica— repercute negativamente en el acceso de estas mujeres a la justicia.

Por esta razón, existen resoluciones judiciales que descartan la comisión del delito de trata con fines de explotación sexual a partir de la constatación de que la agraviada ha fungido de dama de compañía con anterioridad, de lo cual algunos operadores de justicia deducen —entre líneas— que, siendo reiterativa su conducta transgresora del estereotipo vinculado al recato sexual femenino, no puede ser considerada víctima del delito. Igualmente, se ha rechazado tal calidad cuando la víctima conocía que iba recibir “requerimientos masculinos impropios”. En estos casos, en vez de centrarse en el análisis de la situación de asimetría de poder y la consecuente ausencia de consentimiento —por ejemplo, por la situación de vulnerabilidad— es la transgresión del estereotipo de género referido la que marca la decisión por la ausencia de delito (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 92).

En esa medida, como ocurre con la violencia sexual, la definición de los elementos típicos del delito no es suficiente para su sanción: la comprensión de que el fenómeno constituye una forma de violencia de género contra las mujeres permite llamar la atención sobre la importancia de aplicar el enfoque de género en estos casos; así se podrá entender que los estereotipos de género no resultan criterios de valoración objetivos para determinar la calidad de víctima de una mujer sino, por el contrario, constituyen formas de reforzar un sistema de género que las subordina y, consecuentemente, las discrimina.

Las similitudes que se han presentado en torno a la violencia sexual y la explotación sexual permiten entender, como hasta aquí se ha explicado, que ambas tienen como base los ya referidos estereotipos de género femeninos que subordinan a las mujeres en cuanto al ejercicio desigual de su sexualidad y, al mismo tiempo, posibilitan explicar cómo esos mismos estereotipos revictimizan a las mujeres cuando ya han sido agraviadas con uno u otro ilícito.

No obstante, estos puntos de confluencia han llevado a una confusión conceptual que —sumada a las dificultades de investigación y sanción ya referidas— abona en la ausencia de condenas por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y del delito de explotación sexual. Tal confusión tiene que ver con la equiparación de los bienes jurídicos protegidos por la violación sexual y la explotación sexual; es decir, siendo ambos tipos penales formas de cosificación sexual de la mujer —aunque, como se sostendrá más adelante, con intensidades y en contextos distintos—, hay quienes desprenden que la mera capacidad de consentir sexualmente que tienen las personas mayores de 14 años genera la imposibilidad de acreditar una afectación a la dignidad, sobre todo en contextos en los que el explotador o tratante se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de la víctima, o esta no se identifica como tal o no desvalora el comportamiento del agente.

De esta manera, los problemas en la comprensión del alcance del bien jurídico *libertad sexual* se trasladan para entender el alcance del bien jurídico *dignidad*, optando por la ausencia de sanción; o, mejor, los problemas para acreditar la ausencia de consentimiento sexual que fundamenta la sanción de la violación sexual son utilizados para reforzar que la actuación de la víctima ha sido consentida y, por tanto, esto impediría plantear una lesión a su dignidad. En esa medida, la capacidad de consentir sexualmente y su acreditación (en algunos casos, a través de estereotipos de género) impacta en la determinación de la lesión de la dignidad. Por eso conviene hacer alusión al alcance de la libertad sexual, a través del repaso del delito de violación sexual, para dar respuesta a la confusión planteada.

## 5. Violación sexual y libertad sexual: nexo y diferencias con el bien jurídico *dignidad*

A diferencia de la explotación sexual, reconocida como delito por el Código Penal peruano el 6 de enero de 2017, el delito de violación sexual ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico desde el primer Código Penal, de 1863. Desde su formulación inicial, los delitos sexuales estuvieron marcados por un fuerte componente de moralidad que recaía sobre el comportamiento de las mujeres, quienes, junto con los niños, eran los únicos sujetos pasivos de estos delitos. Así, por ejemplo, el Código de 1863 otorgaba mayor tutela a la mujer virgen, doncella, casada o viuda, siempre que fueran honestas, y el Código de 1924 comprendió como elemento del tipo de su artículo 201 a la mujer de conducta irreprochable (Caro, 2000, pp. 39-41). Frente al cuestionamiento hecho a este tipo de elementos que protegían una determinada imagen femenina (Acale, 2018, p. 71) y propiciaban un desigual acceso a la justicia de las mujeres, el Código Penal de 1991 modificó la redacción de estos delitos, lo que inició su reforma integral.

De ese modo, se eliminaron las referencias que hicieran depender la tipicidad de la conducta al comportamiento social o sexual de la víctima (Caro, 2000, p. 48) y se reconoció como bien jurídico de estos delitos la *libertad sexual*,<sup>4</sup> a diferencia de los códigos anteriores, que aludían a la honestidad y el honor. El Código Penal de 1991 comprendió como sujeto pasivo a cualquier persona, no solo a las mujeres. Esto último, bajo la premisa de que el delito no solo se materializa con la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal de la mujer sino que también sanciona la introducción del órgano genital masculino en el esfínter anal del sujeto pasivo, la recepción de este en la cavidad bucal o la realización de actos análogos, vale decir, la introducción de partes del cuerpo u objetos por vía vaginal o anal (Prado, 2017).

---

4 Aunque no se señala expresamente en el Código Penal, en los ámbitos doctrinario y jurisprudencial se entiende que el bien jurídico protegido en el caso de menores de 14 años es la indemnidad o intangibilidad sexual. En este artículo no nos referiremos a su alcance por cuanto, atendiendo a su finalidad, conviene centrarse en la libertad sexual.

Así mismo, este Código eliminó la alusión a elementos que permitieran establecer la existencia de algún tipo de violencia permisible sobre las mujeres con el fin de perpetrar el acceso carnal. Ciertamente, se establecieron como medios comisivos del delito de violación sexual la violencia y la grave amenaza, dejando atrás la creencia de un supuesto recato natural de las mujeres que interpretaba la resistencia como un acto de coqueteo (Ugaz, 1999). De hecho, el medio comisivo *grave amenaza* permitió establecer que la resistencia no era necesaria para la configuración del delito (Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, fundamento 21).

Los cambios realizados por el Código Penal de 1991 marcaron, por lo menos legislativamente, un avance en el abordaje de los delitos sexuales que —como se ha mencionado más arriba— reconocen que cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito; que los estereotipos de género femenino no son baremo para determinar la condición de agraviada y que el interés protegido por estos delitos recae en la libertad sexual para el caso de personas mayores de 14 años. El alcance de este bien jurídico es particularmente importante para la comprensión de los delitos sexuales, y es que se ha entendido que la libertad sexual implica no solo la capacidad de oponerse a mantener relaciones sexuales sino que también comprende la capacidad de “decidir de manera libre con qué persona, cuándo y cómo se quiere mantener un encuentro sexual” (Orts, 2019, p. 190); así, la libertad sexual habilita a decidir el sí, el cuándo y el con quién mantener relaciones sexuales (Peña Cabrera, 2019, p. 57), tanto como el lugar, tiempo y el contexto (Salinas, 2015). De esto se deriva que si alguno de estos aspectos se ve vulnerado, se afecta la libertad sexual.

Sin embargo, al avance legislativo mencionado no le ha seguido necesariamente un avance interpretativo o, para ser más explícitos, no ha devenido un cambio de paradigma en torno a la posición de las mujeres en el ejercicio de su sexualidad. Por esa razón, en la práctica fiscal y judicial peruana existen resoluciones que dan por no acreditado el delito, sobre la base de considerar que el comportamiento de la víctima no se ajusta al estereotipo vinculado al recato sexual femenino exigido por elementos como los de la



“mujer honesta” o la “mujer de conducta irreprochable”, contenidos en los códigos penales de 1863 y 1924, respectivamente.

Piénsese, por ejemplo, en un caso muy conocido en el cual dos magistradas y un magistrado —que conformaban el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica— dieron por no acreditada una violación sexual tomando como elemento central que la trusa roja con blondas que llevaba puesta el día de los hechos la agraviada no guardaba relación con la descripción de su personalidad hecha por los psicólogos que la evaluaron, quienes la describieron como una mujer tímida y de actitud pasiva (Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio, 2020, Fundamento 35). En el fondo de este razonamiento está el hecho de que el Juzgado consideró que la ropa “sexualmente provocativa” utilizada por la agraviada permitía determinar su consentimiento y predisposición sexual en la situación concreta.

En otro caso, conocido por el Tribunal Constitucional peruano, se revocaron dos resoluciones fiscales que archivaron una denuncia de violación sexual sobre la base de que la agraviada denunció el hecho luego de transcurridos 40 días, durante los que se mantuvo en su centro de trabajo junto al perpetrador; se tomó en cuenta, además, su mayoría de edad, su actividad como practicante preprofesional de Derecho y la forma y circunstancias del hecho (Tribunal Constitucional, 2018, fundamento 28), principalmente la declaración de sus compañeros de trabajo que refirieron que ella “mostraba” interés afectivo en el denunciado. Este comportamiento, junto con el hecho de que ingiriera alcohol, determinó el consecuente alejamiento del estereotipo que relega a las mujeres al recato y, así, se sustentó el archivo del caso.

Con este tipo de argumentos se ha revictimizado a muchas mujeres víctimas de violencia sexual, obviando que el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, en consonancia con las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, establece que “la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse

de la naturaleza sexual de su comportamiento anterior o posterior” (fundamento 27). De esta manera, ha sucedido lo que el propio acuerdo plenario pretendía evitar, vale decir, rechazar en la evaluación de los delitos sexuales “cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina” (fundamento 8).

Este mismo razonamiento se ha trasladado a los casos de trata de personas con fines de explotación sexual y, consecuentemente, a la explotación sexual. Si para quienes insisten en reforzar la posición subordinada de las mujeres beber, tener interés afectivo o sexual en una persona o vestir con ropa provocativa transgreden el estereotipo del recato sexual femenino y no puede verificarse una afectación a su libertad sexual, tal transgresión se observará con más claridad en el caso de mujeres que se dedican a actividades relacionadas con lo sexual, aun cuando las realicen por una situación de vulnerabilidad.

En esa medida, así como para la violación sexual algunos operadores de justicia no se centran en los hechos denunciados sino en la credibilidad, honorabilidad o disponibilidad sexual de la víctima —caracterizadas con base en el estereotipo de género ya referido, y sobre eso afirman el consentimiento de la víctima y la consecuente ausencia de delito—, en los casos de trata de personas con fines de explotación sexual y con la explotación sexual sucede lo mismo, lo que trae como consecuencia la creencia de que, como no existe afectación a la libertad sexual, tampoco hay lesión a la dignidad.

Tal consecuencia parece haberse desprendido, además, de la consideración de la afectación a la libertad sexual como una afectación de la dignidad que ha sido remarcada incluso en pronunciamientos internacionales. Así, por ejemplo, en el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* se señaló que la violación sexual de las mujeres está dirigida a destruir la dignidad cultural, social, familiar e individual de la mujer (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párrafo 49.19; en igual sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrafo 139). A su vez, sobre el hecho de com-

prenderla como una forma de violencia contra la mujer, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que la violación sexual constituye “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” (2010a, párrafo 118; 2010b, párrafo 108; 2014, párrafo 190).

En el caso peruano, esta relación se ha hecho aún más estrecha por la reciente modificación del delito de violación sexual, que sanciona a quien obliga a una persona a tener acceso carnal o actos análogos a través de diversos medios que denotan la ausencia de consentimiento de la víctima, entre ellos, el aprovechamiento de un entorno en el que esta se encuentre impedida de dar su libre consentimiento; esto se aproxima mucho a la idea de abuso de situación de vulnerabilidad comprendido como medio comisivo del delito de explotación sexual. Además, como se adelantó en el apartado 3, el aprovechamiento de otra índole referido en el delito de explotación sexual se confunde con el aprovechamiento personal del agente de violación sexual, y la alusión al comportamiento de tener acceso carnal o actos análogos sin el consentimiento de la víctima se encuentra comprendido también por el delito de explotación sexual.

	Comportamiento		Medios	Fin
Explotación sexual	Obligar	a ejercer actos de connotación sexual.	Violencia, amenaza, engaño, manipulación u otro condicionamiento.	Aprovechamiento económico o de otra índole.
Violación sexual	Obligar	a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primera vías.	Violencia física o psicológica, grave amenaza, aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento.	

*Cuadro 1.* Comparación entre la estructura típica del delito de explotación sexual y la del delito de violación sexual. Elaboración propia.

En ese contexto, no puede desconocerse que la afectación de la libertad sexual tiene un especial impacto en la dignidad debido a que “la violación

sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010a, párrafo 119; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010b, párrafo 109). No obstante, en términos jurídico-penales el bien jurídico protegido por los delitos sexuales en el caso de mayores de 14 años es la libertad sexual y determinar su afectación implica analizar que no haya existido ningún vicio en el consentimiento, es decir, la persona debe haber elegido libremente con quién, cuándo, cómo y en qué contexto mantener el encuentro sexual. En esa medida, no basta verificar que la persona tiene más de 14 años y, menos aún, valorar la situación con base en el estereotipo de género referido al recato sexual femenino. En realidad, debe verificarse que tal consentimiento abarque todos los aspectos protegidos por el bien jurídico y que tal verificación atienda a las particularidades de cada caso concreto.

En la explotación sexual, delito en el que se ha establecido que el bien jurídico protegido es la dignidad, el análisis es distinto. Esto es así porque —a diferencia de la violación sexual—, en la explotación sexual se llega al peor extremo de cosificación de la mujer, que es utilizada como mercancía o sobre la cual pueden practicarse atributos de la propiedad. Como ha señalado el Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116:

con la trata de personas se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanente. El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima afectan las cualidades fundamentales o inherentes a la persona; esto es, no se le respeta por su condición de tal; se la instrumenta como un objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se la coloca en un plano de completa desigualdad (2019, fundamento 19).

Por esto, el delito de explotación sexual —como tipo penal autónomo que materializa una de las finalidades del delito de trata de personas— tiene como trasfondo la asimetría de poder entre explotador y víctima. Esta di-

ferente posición se evidencia en el aprovechamiento o uso de los medios comisivos por parte del explotador, que le permiten someter a la víctima y explicar la ausencia de su consentimiento. Aunque en el delito de violación sexual también se han planteado medios comisivos que denotan la ausencia de consentimiento de la víctima —sin desmerecer por ello la terrible violencia que significa—, la diferencia entre uno y otro delito radica en que en la violación sexual la ausencia de consentimiento implica una afectación a decidir con quién, cómo, cuando, en qué lugar o contexto mantener relaciones sexuales, mientras que en la explotación sexual la ausencia de consentimiento permite que el tratante o explotador cosifique o instrumentalice a la víctima con la finalidad de obtener provecho económico o de cualquier otra índole que, como aquí se ha señalado, implica ejercer sobre aquella los atributos de la propiedad. Esto último, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “debe ser entendido como el control ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona” (2016, párrafo 269).

En un caso de explotación sexual y en la trata de personas con fines de explotación sexual debe verificarse la asimetría de poder, entendida como la posibilidad que tiene el tratante o explotador de instrumentalizar a la víctima, ya sea mercantilizándola o ejerciendo sobre aquella atributos de la propiedad. Evidentemente, tal situación no puede ni debe desacreditarse porque la persona tiene más de 14 años o por su comportamiento sexual o social, sino analizando el caso concreto y desvinculándose de estereotipos de género que solo subordinan a las mujeres. Por eso, la posibilidad del ejercicio de la libertad sexual en ningún caso puede representar óbice para descartar el delito de explotación sexual, cuyos elementos típicos y contexto de comisión son distintos al de una violación sexual.

Esto, que requiere de la acreditación de medios comisivos en el caso de mayores de 18 años, no debe generar ninguna duda en el caso de menores de edad, por cuanto en dichos supuestos el delito de explotación sexual de

niños, niñas y adolescentes —contenido en el artículo 153-H del Código Penal, como ocurre con la trata de personas de menores— da por asumido que se encuentran en situación de vulnerabilidad y no exige la acreditación de medios comisivos. De ahí que desconocer tal situación para descartar estos delitos sobre la base de la capacidad de consentimiento sexual de las personas comprendidas entre los 14 y 18 años constituya un sinsentido: como ya se ha explicado, el fundamento de la afectación a la dignidad reposa en la situación de asimetría de poder que coloca a la persona en una posición tal que los fines de instrumentalizarla se materializan o existe la posibilidad de que lo hagan. Tal contexto puede observarse en la explotación sexual —que con fines en la trata de personas de explotación representa una lesión a la dignidad—, pues se orienta a materializar la finalidad, y en los delitos conexos a la prostitución, que no sancionan a quien ejerce como trabajadora sexual pero sí a quien favorece, gestiona o se beneficia de tal actividad por cuanto coloca en peligro abstracto a la dignidad, es decir, genera una situación peligrosa para que la persona sea explotada (Rodríguez V. y Montoya, 2020).

## **6. Conclusiones**

El delito de explotación sexual sanciona a quien obliga a una persona a realizar actos de connotación sexual con la finalidad de mercantiliarla o ejercer sobre ella atributos característicos de la propiedad. Los medios típicos del delito son diversos: la violencia, amenaza u otras formas de coacción, la privación de la libertad, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la manipulación u otro condicionamiento.

Por sus características y vínculo con el delito de trata de personas, la explotación sexual importa una situación de asimetría de poder que coloca a la víctima en un escenario en el que es efectivamente explotada. Esta asimetría de poder y los fines que persigue la explotación sexual —vale decir, la mercantilización de la persona o la aplicación de atributos de la propiedad sobre ella— permiten afirmar que lesiona la dignidad de la víctima, que es

tratada como un mero objeto para la obtención de provecho por parte de un tercero.

Tal situación debe acreditarse en cada caso concreto a partir de la identificación de los elementos del delito. En esa medida, el tipo penal no puede desacreditarse a partir de la utilización del estereotipo de género vinculado con el recato sexual femenino que se ve transgredido por el ejercicio de actividades sexuales por parte de la víctima quien, en muchos casos, no se considera como tal. Utilizar el referido estereotipo para determinar la credibilidad o predisposición sexual de la víctima no hace más que reforzar su posición subordinada y, consecuentemente, la discrimina.

Así mismo, aunque el delito de explotación sexual posee similitudes con el delito de violación sexual —en tanto manifestaciones de violencia de género contra las mujeres, que representan un atentado a la dignidad—, debe entenderse que si bien existe un vínculo entre la afectación a la libertad sexual y la dignidad por las graves consecuencias que conllevan para las víctimas, esto no significa que estos tipos penales protejan los mismos bienes jurídicos. La sanción de la violación sexual se fundamenta en la ausencia de consentimiento para la determinación de con quién, cómo, cuándo, en qué lugar y contexto se mantiene una relación sexual; en cambio, la sanción de la explotación sexual sanciona la situación de asimetría de poder que, junto a la falta de consentimiento de la víctima, permite que esta sea reducida a objeto para la obtención de ganancias económicas o al cual se aplican atributos del derecho de propiedad. Por esta razón, la capacidad de consentir sexualmente de la víctima no puede constituirse en obstáculo para determinar una afectación a la dignidad en los términos referidos por el delito, que la describe como el extremo de la cosificación de la persona y la consecuente lesión al bien jurídico.

## Referencias

### a. Artículos académicos, libros e informes

Acale, M. (2018). III. Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género. En P. Faraldo y M. Acate (directoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 71-102). Tirant lo Blanch.

Caro Coria, C. (2002). *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.

CHS Alternativo. (2010). *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. [https://www.trabajo.gob.pe/migrante/pdf/trata\\_personas\\_peru\\_manual.pdf](https://www.trabajo.gob.pe/migrante/pdf/trata_personas_peru_manual.pdf)

Colombo, M. (2012). La trata de personas con fin de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad. En B. Kohen (compiladora), *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales, Ad-Hoc*, pp. 31-46.

Defensoría del Pueblo. (2020). *Abordaje judicial de la trata de personas*. Informe N.º 001-2020-DP/ADHPD.

Del Águila, M., Monreal, M. y Sánchez, S. (2019). Violencia de género y trata de personas con fines de explotación sexual. *Vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes en su paso por Melilla y Norte de África*, 6(2), 121-140.

Goizueta, J. (2019). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una aproximación desde la perspectiva de género. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 23, 70-91.

González, M. (2018). Trata de personas con fines de explotación sexual desde el enfoque de los derechos humanos y la perspectiva de género. *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Sociales*, 4(5), 22-34.



- Laporta, E. y De las Heras, S. (2019). La protección de las supervivientes de trata de personas con fines de explotación sexual: normativa y realidades. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 107.
- López Wong, R. (2019). La vulnerabilidad de las víctimas de la trata de personas (construyendo su acreditación para evitar la impunidad del delito). En E. Pérez y E. Pomares (coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano* (pp. 321-346). Tirant lo Blanch.
- Maqueda, M. (2000). El tráfico de personas con fines de explotación sexual. *Jueces para la democracia*, 38, 23-29.
- Martínez de Ita, M. y Hernández, R. (2014). Trata de mujeres con fines de explotación sexual en Tlaxcala. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 14, 93-103.
- Montoya, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Revista Derecho PUCP*, 76, 393-419.
- Montoya, Y., Quispe, F., Blouin, C., Rodríguez V., J., Enrico, A. y Gómez, T. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. 2.<sup>a</sup> ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación. (2018). *Informe de Análisis N.º 1. La respuesta del Ministerio Público frente a la trata de personas. Evidencia de mercados, uso de tecnologías y delitos conexos*.
- Orts, E. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.

- Peña Cabrera, A. (2019). *Los delitos sexuales y el acoso sexual*. Ediciones Legales.
- Prado S., V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: Los delitos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rodríguez V., Julio (2016). Trata con fines de explotación sexual: aproximación a su relación con la prostitución y la conducta del consumidor/cliente. *Derecho & Sociedad*, 47, 259-272.
- Rodríguez V., J. y Montoya, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho.
- Rosales, D. (2019). El delito de explotación sexual y sus vínculos con la trata de personas. *Gaceta Penal*, 120(9), 125-140.
- Salinas, R. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial. 2*. Editorial Iustitia S.A.C.
- Torres, M. (2011). Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos. *Nova et Vetera*, 64, 151-164.
- Ugaz, J. (1999). Violación a la libertad sexual desde la perspectiva de género. *Ius et Veritas*, 18, 194-198.
- Valverde, A. (2019). Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación. *Estudios de Deusto*, 67/2, 15-29.

## **b. Jurisprudencia**

- Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116. (2019, 10 de septiembre). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 (2012, 6 de diciembre).

Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 (2011, 6 de diciembre).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a). Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010 b). Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica. (2020). Expediente N.º 002822-2019-90-1401-JR-PE-03. Sentencia de 8 de octubre de 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. (2018). STC Expediente N.º 05121-2015-PA/TC, de 24 de enero de 2018.

**c. Normativa**

Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. (s.f.). Exposición de motivos. 30 de marzo de 2021, Congreso de la República. Sitio web: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n\\_de\\_motivo\\_dl\\_1323\\_\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_dl_1323_(1).pdf)

Congreso de la República. (2015). Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Publicada el 23 de noviembre de 2015.

# EXPLOTACIÓN SEXUAL Y DELITO DE PROXENETISMO. ¿UN CASO ENCUBIERTO DE EXPLOTACIÓN LABORAL?<sup>1</sup>

*Lucía Remersaro Coronel<sup>2</sup>*

*Lucía Giudice Graña<sup>3</sup>*

## Resumen

La legislación uruguaya regula, desde el año 2002, el ejercicio de la prostitución como “trabajo sexual”, delegando su control y reglamentación a las normas administrativas. La figura de la “contribución al trabajo sexual” que establece la ley puede confundirse en ocasiones con el delito de proxenetismo, debido a la indeterminación normativa del verbo nuclear de este delito y de las diversas interpretaciones posibles que realizan los operadores del derecho. En este trabajo analizaremos este problema asumiendo la actividad interpre-

- 
- 1 Realizada en el marco del proyecto de investigación “El impacto de la interpretación del delito de proxenetismo en la regulación del trabajo sexual”, del que las autoras son responsables, y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.
  - 2 Profesora Adjunta en el Instituto de Derecho penal y Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Investigadora nivel Iniciación del Sistema Nacional de Investigadores de la ANII, Uruguay. Integrante del grupo de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”. IP. D<sup>a</sup> Demelsa Benito Sánchez, Universidad de Deusto, Referencia: RTI2018-095155-A-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, de España.
  - 3 Máster en Global Rule of Law & Constitutional Democracy por la Universidad de Génova. Abogada por la Universidad de la República. Ayudante Docente del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Universidad de la República. Investigadora del Observatorio Justicia y Legislación y del Centro de Estudios Interdisciplinarios Feministas de la Universidad de la República.

tativa como aquella que consiste en la atribución de significado a las disposiciones jurídicas. Partiendo de la necesidad de que el trabajo sexual alcance el estatus de una verdadera actividad laboral —más allá de la mera denominación que le otorga ley—, examinamos el obstáculo que genera la vaguedad del término “explotación sexual”. Finalmente, proponemos la inclusión del delito de explotación laboral en la legislación uruguaya.

**Palabras claves:** Explotación laboral, Explotación sexual, Interpretación jurídica, Proxenetismo. Trabajo sexual.

### Sumario

*1. Introducción. 2. ¿Prostitución o trabajo sexual? 2.1. Consideraciones generales. 2.2. La regulación uruguaya: desde la prostitución al trabajo sexual. 3. El delito de proxenetismo. 3.1. La indeterminación normativa y sus consecuencias en la aplicación del derecho. 3.2. ¿Es suficiente el ánimo de lucro para que se configure la explotación sexual? 3.3. De la explotación sexual a la explotación laboral. 4. Conclusiones. Referencias.*

*El trabajo sexual es un trabajo. Esta sencilla pero poderosa declaración enmarca a las personas que ejercen el trabajo sexual no como delincuentes, víctimas, vectores de enfermedades o pecadoras, sino como trabajadoras.*

(Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual, 2017, p. 1)

## 1. Introducción

Este trabajo partirá de asumir que en el sistema jurídico uruguayo coexisten dos paradigmas vinculados con el trabajo sexual; desde esta premisa se presentará la necesidad de regularlo como una verdadera actividad laboral.

El trabajo sexual en Uruguay está regulado por normas penales y administrativas que pueden contradecirse entre sí en función de la interpretación que realicen los operadores del Derecho. En efecto, si observamos el derrotero que concluye con la normativa vigente, la regulación del trabajo sexual y la legislación penal vinculada con la actividad aparecen por carriles diferentes, aunque están necesariamente imbricadas. En función de la evolución de la legislación uruguaya, es posible afirmar que este país abandonó el modelo prohibicionista y abolicionista de la prostitución, optando por la regulación —con algunas deficiencias— del trabajo sexual. Sin embargo, la interpretación judicial en asuntos tipificados como proxenetismo o trata de personas puede traer como consecuencia colateral la afectación al trabajo sexual.

La tipificación vigente del delito de proxenetismo ignora el consentimiento de la trabajadora sexual y requiere que esta no sea “explotada” por un tercero. Frente a la indeterminación normativa, las hipótesis de “explotación” y las de “la obtención de una ganancia” parecerían asumir que toda ganancia obtenida por un tercero en relación con un servicio sexual es delictiva. En caso de que esto suceda, por la vía de la interpretación se termina criminali-

zando lo que la Ley N.º 17.515, del 4 de julio de 2002 (Ley sobre el trabajo sexual), habilitó como “contribución” a esta actividad a partir de ciertos establecimientos comerciales (whiskerías, casas de citas, prostíbulos). Estos negocios, lógicamente, obtienen una ganancia derivada de la prestación del servicio sexual de una trabajadora o trabajador, modalidad para que los y las trabajadores lleven adelante la actividad.

De este modo, la normativa penal utilizada por los tribunales para fundamentar sus decisiones representa, en algunos casos, obstáculos en la regulación y ejercicio del trabajo sexual por cuenta ajena. En este trabajo adoptamos la tesis según la cual el Derecho se define dependiendo de la mezcla de dos actividades distintas: (a) la formulación de los textos normativos, y (b) su interpretación y manipulación constructiva. De acuerdo con esta tesis, no hay Derecho sin textos que interpretar (primera tesis ontológica del realismo analítico), pero tampoco hay Derecho sin interpretación (segunda tesis ontológica) (Guastini, 2015).

Así, la diferencia entre el delito de proxenetismo y la contribución al trabajo sexual dentro del marco legal depende de la actividad interpretativa y, específicamente, de los fiscales que persiguen el delito y de los jueces que toman la decisión para el caso concreto.

## **2. ¿Prostitución o trabajo sexual?**

### **2.1. Consideraciones generales**

Si bien el análisis histórico de la regulación de la prostitución demuestra que la percepción del trabajo sexual y de las trabajadoras sexuales ha variado sensiblemente a lo largo del tiempo y entre culturas, la vigilancia de la trabajadora sexual, de una forma u otra, se ha mantenido constante, y ha canalizado la resistencia social a la alteración del *statu quo*, el orden moral y la estructura de género impuesta.

La prostitución constituye un antiguo y resistente problema respecto del cual las sociedades modernas no han logrado ponerse de acuerdo. Como



señala Garrido (2020), la tensión existente entre quienes abogan por su prohibición y quienes propugnan su regulación se mantiene vigente. En su tratamiento confluyen una serie de planteamientos éticos, jurídicos, culturales, económicos, filosóficos y sociales que trascienden el ámbito estatal. Desde los años 1970, en todo el mundo, las “prostitutas” empezaron a organizarse para que su oficio fuera considerado un trabajo legal (Lamas, 2014b). Así, han promovido conferencias y encuentros para debatir sobre las condiciones de la regulación de su trabajo e, incluso, algunas han realizado huelgas y han amenazado con dar a conocer los nombres de sus clientes (Lamas, 2014b). En algunos países lograron avances en distintos frentes: sindicalización, derogación de leyes discriminatorias, debates sobre la libertad sexual y establecimiento de alianzas con otros movimientos y grupos (Lamas, 2015).

A pesar de sus diferencias teóricas, la mayoría de las feministas tienden a acordar que la criminalización de la prostitución y la aplicación selectiva de las leyes sobre esta actividad no son satisfactorias (Bernstein, 1999). Si bien las feministas radicales generalmente argumentan que la legalización es el respaldo oficial del Estado y la máxima expresión patriarcal del “tráfico de mujeres”, también se han opuesto a criminalizar a las mujeres por su propia explotación y victimización y, por lo tanto, a menudo han apoyado la despenalización. En definitiva, existe un acuerdo estable entre las divergentes variantes del movimiento feminista: la criminalización de las mujeres que ejercen la prostitución debe ser desechada por completo. Dicho en breve, el principal desacuerdo en torno a este tema radica en elevar el ejercicio de esta actividad a la categoría de “trabajo”.

En efecto, Bernstein (1999) señala que, en determinadas circunstancias, la prostitución puede ser —por lo menos en un sentido inmediato— empoderadora o liberadora; en otras circunstancias, puede ser el intercambio más debilitante, particularmente de quienes se encuentran en una situación de mayor vulneración.

En la actualidad conviven dos situaciones diametralmente diferentes. Al tiempo que se suscita el grave problema de la trata de mujeres, existe un comercio al que las mujeres pueden entrar y salir libremente, y donde algunas llegan a obtener capital e impulsar a otros integrantes de la familia. Es preciso distinguir la situación de las mujeres obligadas a tener sexo a través de engaños, amenazas y violencia, de la de otras mujeres que realizan el trabajo sexual por razones económicas (Lamas, 2014a y 2014b). Muchas eligen esta actividad como el trabajo mejor pago que pueden encontrar. Como explica Lamas (2015), las estrategias deberían tender a respetar, en todo caso, a las personas que realizan comercio sexual y apoyar a las que desean tener otra ocupación. Sin embargo, lo que prima hoy en día es una estrategia discursiva que tiene como fin último erradicar toda forma de comercio sexual. Un eje de dicha maniobra se basa en plantear que al defender los derechos de las trabajadoras sexuales se favorece la trata, lo que es falso.

Explica Sotelo:

El principal triunfo del abolicionismo consistió en haber instalado en todo el mundo un relato simplificado y uniforme sobre la trata de personas. Durante sus años de formación, el discurso abolicionista difundió una imagen estereotipada de perpetradores y víctimas de trata sexual, a la vez que invisibilizó la explotación laboral. (2017, p. 190)

En la misma línea, Bernstein (2012) señala que al conceptualizar la “prostitución” como “tráfico de mujeres”, el activismo abolicionista ha transnacionalizado un discurso que alienta una política punitiva con impacto devastador en el comercio sexual.

En este punto resulta imprescindible definir cada categoría para comprender el alcance de cada una de ellas. En cuanto a la trata de personas, es posible definirla en términos globalistas a partir del literal a) del artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de las Naciones Unidas. De manera que por *trata de personas* se entiende:

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 (...).

Esta definición permite distinguir la trata de personas de la prostitución. Sin embargo, la distinción entre la prostitución como una actividad —prohibida o permitida— y el trabajo sexual depende de las legislaciones domésticas, puesto que no en todos los sistemas jurídicos existe la regulación de la prostitución como una actividad laboral. A la vez, en aquellos sistemas donde así se regula, la prostitución se define en términos residuales respecto del trabajo sexual ejercido en el marco delimitado por la ley.

Es claro que existe una enorme divergencia en el modo en que los Estados abordan la temática, con dos enfoques fundamentales: uno considera la prostitución como una forma de sometimiento sexual (y, por consiguiente, una forma de violencia hacia las mujeres) que da lugar y reproduce la desigualdad de género respecto de las mujeres; y el segundo enfoque sostiene que la prostitución promueve la igualdad de género al fomentar el derecho de las mujeres a ejercer control sobre su cuerpo y decidir qué hacer con él (Garrido, 2020).

Ante estos dos enfoques opuestos, los diversos Estados han adoptado distintos tipos de intervención legislativa sobre el asunto. Hasta este momento pueden observarse cuatro sistemas (Kahale, 2020), que describiremos brevemente a continuación.

En primer lugar, el modelo prohibicionista se caracteriza por considerar la prostitución como un delito, por lo que propone su eliminación median-

te leyes que sancionen por vía penal dicha actividad. En general, tanto el proxeneta como quien ejerce la actividad de la prostitución (sea voluntariamente o de forma coaccionada) son colocados en la misma categoría de delinquentes. Sin embargo, algunos Estados, como Suecia, comenzaron a penalizar a los clientes, pero no a las personas que prestan los servicios sexuales.

Por su parte, el modelo abolicionista parte de considerar que la actividad de la prostitución no debe ser reconocida ni prohibida por el Estado, por incluirse en el ámbito de las relaciones privadas. No obstante, condena la clandestinidad y marginalidad de esta actividad y propone reprimir la organización de la prostitución y aquellos lugares en los que se ofrece el servicio o cualquier otra vía de inducción a la actividad.

El modelo reglamentarista se basa en que, si bien la prostitución se considera moralmente reprochable, es imposible erradicarla como práctica social; por ello, el Estado debe controlarla con el propósito de resguardar, sobre todo, a los consumidores y el orden público.

Por último, el sistema normalizador considera la actividad de la prostitución como un servicio laboral elegido por la persona que la ejerce, como una manera más de prestación de servicios personales a cambio de un precio. En este sentido, ejercida de manera libre y voluntaria, no solo es permitida por el Estado y regulada en algunos aspectos, sino que además se otorga validez a la relación contractual que se celebre en el marco de su relación. La única prohibición es la actividad forzada.

Es claro que la adopción de una de estas estrategias por parte de los Estados tiene como trasfondo decisiones gubernamentales de filosofía política. La adhesión o no a la consideración de la prostitución como una actividad cuyo ejercicio merece la protección del derecho laboral dependerá, en buena medida, de si se acepta que todos somos libres de elegir entre las diversas opciones que se nos presentan o si, por el contrario, no todos somos realmente libres. Adoptar la segunda postura nos conduciría, inevitablemente, a predicar lo mismo de cualquier actividad que esté sujeta

a las órdenes de otras personas o las reglas del sistema económico. Frente a esto, la prostitución se convierte en una más de las tantas actividades que las personas realizan en un contexto socioeconómico signado por la distribución desigual de la riqueza y de las oportunidades. El énfasis en la prostitución responde a las creencias de una moral hegemónica acerca del cuerpo, el sexo y la mujer.

En este sentido, Casas Vila (2017) señala en el prólogo a la obra *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, de Ekman, que la apropiación y explotación de la sexualidad y la capacidad reproductiva por parte de las mujeres es y ha sido uno de los fundamentos de las sociedades patriarcales pero, también, un frente de lucha histórico de los movimientos feministas. La autora reseña que, según explica Ekman, estas industrias se producen en la intersección entre el capitalismo (en el cual ricos compran a pobres) y el patriarcado (donde hombres compran a mujeres y estas los complacen), y considera la presencia del racismo norte-sur.

La explotación y las condiciones de trabajo inseguras e insalubres no son ajenas a un gran número de sectores laborales. Sin embargo, incluso cuando es realizado bajo condiciones de explotación, inseguras o insalubres, el trabajo sexual no deja de ser trabajo. De esta manera, la criminalización perpetúa el estigma, la discriminación y la marginación social, enervando las protecciones laborales formales de las personas que lo ejercen. Esto crea condiciones de impunidad ante las violaciones de los derechos de los y las trabajadoras sexuales, que incluyen sus derechos laborales (Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual, 2017).

Como veremos en el apartado siguiente, la legislación uruguaya optó, en el año 2002, por la estrategia reglamentarista, lo que de algún modo impide que el ejercicio libre de la prostitución alcance el estatus de actividad laboral reglada como tal.

## **2.2. La regulación uruguaya: de la prostitución al trabajo sexual**

En el año 2002, el ejercicio de la prostitución en Uruguay fue regulado por ley como trabajo sexual. No obstante, esto fue producto de un largo derrotero. Debido a que la prostitución era considerada un mal inevitable y que, por lo tanto, se debía esconder de la sociedad en los prostíbulos, no resulta extraño que la Asociación de Meretrices Profesionales del Uruguay (AMEPU) tuviera sus inicios en la década de 1980, dentro de los calabozos de Orden Público de la Jefatura de Policía (Rocha, 2013). Como explica Rocha, cuando AMEPU organizó, desde 1991, los primeros encuentros de trabajadoras sexuales, ellas plantearon diversas necesidades, que evidenciaban la falta de legislación sobre la materia. De esta manera, las prostitutas que ejercían la actividad en la calle, aunque su libreta de control sanitario estuviera actualizada, eran detenidas por la policía por “falta a la moral”. También podían ser detenidas al realizar actividades usuales como ir a la feria (Rocha, 2013).

En el año 2002 se aprobó la Ley N. °17.515 de trabajo sexual que representa, sin duda, un hito central en la regulación de la prostitución en Uruguay. El reemplazo de la palabra “prostituta” por el de “trabajadora o trabajador sexual” no es una simple permuta de términos sino que, más bien, aporta una explicación de que la actividad se haya legalizado con todos sus derechos, incluidos los de la jubilación (Martínez, 2021). Sin embargo, las estadísticas vinculadas con las condiciones de trabajo parecen revelar la ausencia de mecanismos de protección laboral para dichas trabajadoras. En este sentido, en 2016, Guerra (2016) explicó que, según datos del Banco de Previsión Social (BPS), únicamente 52 trabajadoras sexuales estaban aportando a su seguridad social por el régimen de monotributistas. Dicha cifra podría ascender a 88 si se incluyera la figura de empresa unipersonal (sin adhesión al régimen de monotributo), pero este número incluiría personal femenino de prostíbulos que no esté necesariamente constituido por trabajadoras sexuales (por ejemplo, encargadas, personal de bar, personal de limpieza, entre otros). Para Guerra, esto indicaba el bajo impacto que había tenido la idea de incluir a las trabajadoras sexuales en la seguridad social,

situación que sigue la línea de otros países que han reglamentado el trabajo sexual en función de mejorar el acceso a los derechos laborales.

Por otro lado, la ley determina que en aquellos establecimientos en los que se lleva adelante el trabajo sexual, cumpliéndose ciertos requisitos, la prostitución es considerada una forma lícita de contribución a ese trabajo.

De ahí que investigaciones sociológicas realizadas en nuestro país explican con claridad que existe una notoria diferencia entre la prostitución en la calle y la ejercida en diversos tipos de locales. Así, Trajtenberg y Musto (2011, p. 3) expresan que:

las trabajadoras sexuales que trabajan en la vía pública se caracterizan por: i) tener peores condiciones laborales y menor capacidad de negociación asociadas a estar experimentando profundas necesidades económicas y/o financiar el consumo de drogas; ii) viven y trabajan en zonas deterioradas socialmente y con altos niveles de criminalidad; iii) poseen alta vulnerabilidad a ser atacados y victimizados en las calles; iv) tienen mayor riesgo de involucrarse en formas no protegidas de sexo y contraer enfermedades sexuales; v) se encuentran explotadas y abusadas por una tercera parte.

En este tema nos preguntamos si la denominación de esta ley como “regulación de trabajo sexual” realmente significa que, en términos jurídicos, la prostitución sea considerada un verdadero trabajo y reciba, como tal, protección en Uruguay. A partir del análisis del texto normativo y de la discusión parlamentaria previa a su sanción, es posible identificar algunos elementos que indican que —si bien se pretendió regular la actividad—, las personas que realizan este trabajo dentro del marco legal no están amparadas por las mismas garantías que el resto de los trabajadores o trabajadoras.

La ley de trabajo sexual uruguaya persigue la protección de los consumidores, el resto de la sociedad y la salud pública.<sup>4</sup> Esto se evidencia, además,

---

4 El legislador Daniel García Pintos expresó oportunamente en la discusión: “cuando hablamos de este tema estamos pensando en las personas que ejercen el meretricio y también en

en la regulación del establecimiento de zonas en las que se puede ejercer la actividad.<sup>5</sup> Si bien en la historia de la sanción de la ley surge que la determinación de las zonas fue requerida por la AMEPU, esgrimiendo principalmente razones de seguridad, la motivación de esta regulación responde también a ciertos patrones moralizantes de los legisladores. Así, el legislador García Pintos expresó que el ejercicio del trabajo sexual:

No va a ser en cualquier lado. Aquí estamos ganando cuestiones muy importantes... tendrá que haber un razonable equilibrio entre lo que es necesario insinuar en una actividad de este tipo y el derecho que tienen a no ver, a no presenciar, los vecinos del lugar, sus hijos; inclusive los adultos. (2001, p. 51)

Por su parte, las trabajadoras sexuales organizadas en Uruguay han desarrollado campañas solicitando la modificación de la ley vigente para que se garantice el acceso real a la seguridad social, la salud integral y otros derechos laborales, en los mismos términos que los demás trabajadores y trabajadoras.<sup>6</sup>

---

el resto de la sociedad. Si existe prostitución es porque hay quienes van a buscar el servicio, ¿correcto? A su vez, quienes van a buscar el servicio tienen contacto o relaciones de muy distinto tipo dentro de la sociedad. Por lo tanto, involucrarse en la defensa de la salud pública a partir de esta nueva situación que se va a crear será, sin duda, sumamente positivo para no tener problemas y trabajar con tranquilidad —por eso decía que no es cuestión solamente de otorgar beneficios en materia de seguridad social y sanitaria, sino de que esta gente que ha hecho del ejercicio de la prostitución su medio de vida, circunstancial o permanentemente, pueda trabajar con tranquilidad (...) deberá someterse a controles sanitarios que incluyan examen clínico y paraclínico de acuerdo a las pautas previstas por el Ministerio de Salud Pública. (...). Este es un paso importantísimo, también en la lucha contra el sida y otras enfermedades vinculadas a la actividad sexual” (Diarios de Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 13 de marzo de 2001. <file:///C:/Users/Luc%C3%ADa/Desktop/G%C3%A9nero%20y%20derecho/Proxenetismo/Diario%20de%20sesiones%20CRR.PDF>)

5 El artículo 18 de la Ley N.º 17.515 dispone que: “Se autorizará la oferta de trabajo sexual en zonas especialmente determinadas, así como en prostíbulos, whiskerías, bares de camareras, o similares que hayan obtenido la habilitación correspondiente”.

6 “Trabajadoras sexuales piden apoyo para modificar Ley 17.515”, 17 de julio de 2018. <https://www.pitcnt.uy/novedades/item/2696-trabajadoras-sexuales-piden-apoyo-para-modificar-ley-17-515>



Específicamente, en cuanto a la regulación de los establecimientos en los que —según el artículo 27 de la ley— “reciban a personas que oferten o ejerzan el trabajo sexual en sus instalaciones”, queda delegada a las disposiciones de reglamentación administrativa. No obstante, ni la ley ni la normativa subsiguiente regulan un vínculo laboral entre los y las trabajadoras sexuales con los establecimientos en los que ejercen el trabajo sexual. A diferencia de las legislaciones que adoptan el modelo normalizador, la ley uruguaya no distingue entre el trabajo sexual por cuenta propia o por cuenta ajena; en ese sentido, la relación entre trabajadores o trabajadoras y los dueños de los establecimientos alcanza regulación únicamente en la hipótesis del artículo 34 de la ley, que establece la presunción de incursión en el delito de proxenetismo, según el caso, de toda persona que explote una finca para el ejercicio del trabajo sexual y perciba por esto “un precio que le provea a ella o a un tercero un beneficio excesivo”.

### 3. El delito de proxenetismo

La Ley N.º 8.080, de 27 de mayo de 1927, en la redacción dada por el artículo 24 de la Ley N.º 16.707, de 12 de julio de 1995, establece que comete el delito de proxenetismo “toda persona que explote la prostitución de otra contribuyendo a ello en cualquier forma con ánimo de lucro, aunque haya mediado el consentimiento de la víctima, será castigado con dos a ocho años de penitenciaría” y una suerte de segunda modalidad que castiga: (a) “El que, con ánimo de lucro, indujere o determinare a otro al ejercicio de la prostitución, en el país o en el extranjero, será castigado con dos a tres meses de prisión”.

Desde su primera redacción, el delito de proxenetismo en el ordenamiento uruguayo se caracteriza por contener un término nuclear indeterminado como es la *explotación* de la actividad sexual ajena, cuya configuración, según el caso, puede determinar la comisión del delito. El significado de tal término define, ni más ni menos, la tipificación del delito por parte del operador del derecho.

Sin embargo, para poder determinar la configuración de la *explotación* es preciso que el intérprete colme de sentido ese vocablo que adolece de una evidente indeterminación semántica. La interpretación jurídica presupone que existe un texto normativo como objeto que debe ser comprendido, definido, o cuyo sentido debe ser determinado conforme cánones de comprensión y de argumentación racional. La indeterminación del término nuclear del delito implica que la diferencia entre la conducta típica y la contribución legítima al trabajo sexual depende exclusivamente de la actividad interpretativa de los decisores judiciales, con base en criterios subjetivos y en función de los hechos concretos de cada caso que se les presenta. Y en este punto, la influencia de las soluciones propuestas por la dogmática penal resultan centrales.

### **3.1. La indeterminación normativa y sus consecuencias en la aplicación del derecho**

En términos muy generales, la concepción escéptica o no cognoscitiva de la interpretación que adoptamos en este trabajo reconstruye la interpretación como una actividad que implica adjudicar un significado a la formulación normativa F, estipulando que F tiene el significado S. La interpretación del derecho no es una actividad de conocimiento o descubrimiento sino “una actividad decisoria o estipulativa por lo que ninguna cuestión jurídica tiene una respuesta correcta previa a la decisión” del operador del derecho dado que los textos legales son esencialmente indeterminados (Vilajosana, 2017, p. 103).

Como explica Celano:

en la práctica del derecho, la interpretación es objeto de controversia y de argumentación. Los operadores jurídicos presentan argumentos interpretativos tendientes a acreditar la conclusión de que tal particular texto tiene tal particular significado. En otros términos, un rasgo peculiar del discurso jurídico es la propuesta y la defensa de hipótesis discordantes de interpretación de determinados textos, mediante la elaboración de inferencias que pretenden justificar la atribución de significados a determinados significantes. (2017, p. 24)

Los jueces en su actividad no suelen preguntarse por el significado de un texto normativo “en abstracto”, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una norma. En definitiva, el juez no puede limitarse a la interpretación textual (Guastini, 2001, p. 20).

En este sentido, la atribución del significado del término *explotación* está mediada por valoraciones que hacen a las preconcepciones del decisor de diversa índole. Las disposiciones jurídicas se constituyen a partir del lenguaje y, por eso, no son unívocas. Cada disposición tiene un marco de sentidos posibles; en esa medida, los jueces no son aplicadores mecánicos de ellas, dado que eligen entre esos posibles sentidos (Cárcova, 2014).

Como indica Cárcova desde la perspectiva crítica del derecho:

las normas adquieren significado de acuerdo con el modo en que son articuladas y relacionadas con los hechos relevantes del caso y, por su parte, los jueces son los intérpretes paradigmáticos de las normas, a través de actos de constitución de sentido que no son actos puramente individuales, sino inexorablemente sociales. (2014, p. 16)

La discrecionalidad que tienen los jueces y el modelaje de las normas a través de la interpretación constituyen lo que Kennedy (2010) denominó la “actitud estratégica hacia los materiales normativos” (p. 27). De este modo, siempre es posible para el juez adoptar una actitud estratégica hacia las normas jurídicas, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles. Siempre es viable comportarse estratégicamente, en el sentido de intentar que una particular interpretación de las normas parezca la más adecuada (Kennedy, 2010). Frente a la indeterminación de las disposiciones normativas, y las interpretaciones y opiniones que brindan los juristas, los jueces tienen la posibilidad de llegar —a través de la argumentación— a la solución que ideológicamente pretende alcanzar con su decisión.

Precisamente, es en relación con la contribución al trabajo sexual donde la ley hace expreso el vínculo entre el trabajo sexual y el proxenetismo, dado que en el artículo 34 introdujo una presunción de la comisión del delito cuando “toda persona que explotare una finca para el ejercicio del trabajo sexual” perciba un “beneficio excesivo”. Esta referencia, conjugada con la indeterminación del verbo nuclear “explotar” del delito de proxenetismo, conduce a la inevitable discrecionalidad del operador del derecho en el momento de determinar qué conducta corresponde al tipo penal y cuál no por considerarse como contribución lícita al trabajo sexual. Asumiendo que la norma es el producto de la actividad del intérprete cuando establece el sentido que le atribuye a la formulación lingüística interpretada (Tarello, 2018), la forma en que los aplicadores colman de sentido el término “explotación” y “beneficio excesivo” abre dos vías de acción: determinar si un caso implica contribución al trabajo sexual o, por el contrario, configura el delito de proxenetismo.

A nivel comparado, la mayoría de las tipificaciones del delito de proxenetismo incorporan la necesidad de contribución con el ánimo de lucro, lo que conduce a una suerte de ambigüedad legislativa, ya que en la medida en que el trabajo sexual es remunerado, la idea de lucro estará presente siempre (Langón, 2009). Ahora bien, es legítimo preguntarnos si el ánimo de lucro es sinónimo de explotación sexual.<sup>7</sup>

---

7 Con el fin de resolver esta cuestión, el legislador del Código Penal español de 1995 dejó por fuera al enriquecimiento del ejercicio de la prostitución ajena, aun con el consentimiento de la persona prostituida manteniendo exclusivamente el delito de prostitución forzada. Lamentablemente, la reforma de 2003 volvió a modificar los preceptos penales y dispuso que “en la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”. En ese sentido, expresa González: “Tal parecería como si el movimiento abolicionista hubiese vuelto a lograr que en la política criminal se asumiesen alguna de sus líneas de intervención sobre el fenómeno de la prostitución; movimiento que recordemos habían tenido gran eco en el Convenio de Lake Success, donde precisamente se ordena la criminalización de la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento” (2019, p. 397).

Así, de las sentencias relevadas<sup>8</sup> se observa con claridad la indeterminación del término “explotación”. En la Sentencia N.º i452/2006, dictada por el Tribunal de Apelaciones de 2.º Turno, se expresa:

Y resultó una pieza neurálgica en el funcionamiento de la estructura: él fijaba el precio, la participación del 50% en bebidas y comercio sexual y las jóvenes NO PERCIBÍAN SUS INGRESOS SIN QUE AA LO DISPUSIERA todo lo que constituye su directa participación por el delito atribuido: el dolo se manifiesta en la voluntad de explotar la prostitución contribuyendo a ello en cualquier forma y en la conciencia de hacerlo para obtener el lucro, integrando (copas y sexo) una suerte de “conjunto económico” que compromete la situación penal del encausado (...) AA contribuyó, directamente, al ejercicio de la prostitución mediante el auxilio, control y excitación del comercio sexual, explotándola, obteniendo un beneficio económico, ánimo que no se evalúa por la magnitud de la ganancia sino por su intención de obtenerla, aun con consentimiento de la víctima: su actividad constituyó una auténtica explotación de las mujeres.

En efecto, en esta sentencia no se analiza el alcance de lo obtenido en la whiskería, sino que basta con que el imputado se beneficie económicamente por el trabajo sexual para ser condenado por delito de proxenetismo.

En otra sentencia, dictada por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) para resolver la interposición de un recurso de inconstitucionalidad del delito de proxenetismo, el órgano máximo dispuso en la Sentencia N.º 722/2008:

Conforme con dicha tipificación, la figura delictiva prevista en el artículo 1o. de la Ley 8.080, exige que el sujeto activo contribuya a la explotación de la prostitución en cualquier forma, con ánimo de lucro, ánimo éste que no se rige, ni se evalúa por la magnitud o cantidad de ganancia del agente, sino simplemente por su intención de obtener

---

8 Para construir el universo de análisis se relevó la jurisprudencia nacional en los casos caratulados como proxenetismo que hayan llegado a los tribunales de apelación en lo penal y Suprema Corte de Justicia durante el período 1995-2020.

cualquier ganancia, aunque ésta no sea muy grande, cometiéndose, igualmente, el delito aunque haya mediado el consentimiento de la víctima, de dejarse explotar en la prostitución.

En este caso, al igual que en la sentencia anterior, la SCJ no toma en consideración la dimensión de lo obtenido sino simplemente basta con el ánimo de lucro para tipificar un delito de proxenetismo. Básicamente, la SCJ expresa que dicha contribución debe ser “lucrativa”, mas no expresa los límites ni cuáles son las conductas que ingresan en la esfera de la norma penal.

Por último, una sentencia más reciente, la N.º182/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1.º Turno, a partir del análisis de la prueba, expresa:

Parece claro que si el dueño o responsable de una whiskería quiere quedar fuera del reproche, debe abstenerse —por completo— de percibir cualquier retribución por los servicios que prestan las prostitutas que allí se desempeñan (...) Una vieja sentencia de la Sala (S.67/1981), explica cuál es el verdadero espíritu y alcance de la norma; (...) Sentencia que dice a: “Explotar significancia tanto como beneficiarse abusando de alguien” (Diccionario Enciclopédico Vastus). (...). En este sentido, que constituye una de sus principales excepciones idiomáticas, explotar significa lucrar de un modo abusivo de alguien, y explotador es el agente activo que obtiene el beneficio injusto (...) Es este el espíritu inequívoco con que la norma califica al que, explotando —es decir, beneficiándose en forma arbitraria—, contribuye a la prostitución de una persona (...) Se sanciona al explotador de la prostituta, a condición de que lo haga contribuyendo al meretricio, en suma se pena el abuso lucrativo.<sup>9</sup>

9 Y sigue: “Contribuir al ejercicio de la prostitución, entonces, y lucrar injustamente tipifica el evento. De ello derivan las siguientes conclusiones esenciales: A) Que una contribución y el lucro consiguiente, no abusivo o excesivo, no constituye proxenetismo, lo que en principio excluye a todos quienes colaboran lícitamente a que la meretriz ejerza su oficio; B) Que un lucro abusivo, una verdadera y auténtica explotación de meretricio por parte del ‘mantenido’ o ‘rufián’, si no va acompañada de cooperación a

En puridad, por la vía de los hechos, la indeterminación del verbo nuclear del delito de proxenetismo implica que quien decide la diferencia entre la conducta típica y la contribución legítima al trabajo sexual depende exclusivamente del criterio de los decisores judiciales, sobre la base de criterios subjetivos y en función de los hechos concretos de cada caso. Las distintas sentencias reseñadas muestran cómo, en ocasiones, el ánimo de lucro es tomado en consideración y, en otras, es dejado de lado.

### **3.2. ¿Es suficiente el ánimo de lucro para que se configure la explotación sexual?**

Así, las interpretaciones que ha realizado la dogmática sobre el delito de proxenetismo han girado en torno a la idea de “explotar la prostitución” de otra persona como parte del núcleo duro del delito. La concepción que históricamente se ha sostenido sobre la explotación sexual se inició con la Convención de Naciones Unidas de 21 de marzo de 1950, bajo una fuerte influencia abolicionista (Maqueda, 2009). Aunque la idea de lucro estuvo muy presente en los debates promovidos durante los trabajos preparatorios de la Convención, no llegó a identificarse formalmente con ella, dejando el nuevo concepto en una indefinición que permanece hasta la actualidad.

Villacampa (2012), en una posición que compartimos, plantea la necesidad

---

su ejercicio (que es tanto como decir auxilio, excitación, vigilancia, contralor, coacción y, en general, todo tipo de favorecimiento del comercio sexual), no configura el delito (...) En resumen; quien nada hace ni aporta, fuera de recibir el producto del comercio sexual, no es proxeneta. Y el que contribuye pero no abusa —esto es, no explota a la meretriz— tampoco lo es. (...) Se constata de este modo que el núcleo medular del tipo no gira alrededor de los conceptos de ‘contribución a la explotación’ o ‘contribución a la prostitución’, que a menudo han sido enfrentados frontalmente. (...) No puede haber contribución a la explotación, como se ha dicho con acierto, porque ello sería tanto como contribuir el explotador con la explotación misma. (...) Y tampoco la mera y simple ‘contribución a la prostitución’ es suficiente para legitimar la represión penal, porque sin duda contribuye el dueño de la casa de huéspedes, el taxista, el camarero, el farmacéutico, y tantos otros, y desde luego no incurrir en delito, no son proxenetes, porque no son explotadores de la meretriz, en tanto perciban una retribución normal y regular por la prestación de un servicio.

de exigir un *plus* de lesividad —sobre el derivado del mero lucro o ventaja económica obtenida del trabajo sexual—, para que el caso sea considerado como explotación. En ese sentido, la lesividad de la conducta ha de estar emparentada con la relación de dependencia que se ejerce entre la trabajadora sexual y el empresario, y debe enfocarse en la clase de vínculo que los une (Morales y García, 2005). Dicho en breve, considerando los postulados del derecho penal mínimo, poco sentido tiene atribuir al término *explotación* como todo lucro económico que se deriva del trabajo sexual, como hacen los tribunales en las sentencias reseñadas. Atendiendo justamente al principio de lesividad, se hace eco de la doctrina mayoritaria que interpreta el delito de proxenetismo, sobre la base de los derechos laborales vulnerados y vinculado con el desarrollo del trabajo sexual bajo condiciones injustas (Díaz y García Conlledo, 2007; Maqueda, 2007; González, 2019). Así, creemos que el núcleo central de la cuestión refiere a la precariedad en las condiciones de ejercicio del trabajo sexual que son, en consecuencia, los elementos que deberían ponderarse a la hora de interpretar el término *explotación*.

La realidad en la que se ejerce el trabajo sexual (Russo, 2018) da cuentas de que se trata de un rubro donde, en algunas ocasiones, los empresarios que se dedican a lucrar con el trabajo sexual ajeno pueden imponer condiciones de trabajo despiadadas, y esto cobra un rol preponderante si se considera la desregulación de que adolece la mayoría de las legislaciones en el mundo en lo que refiere a este tipo de trabajo. La circunstancia mencionada redundante en una carencia de derechos y garantías fundamentales de las personas que se dedican al trabajo sexual, lo que genera una relación laboral especialmente asimétrica, donde el trabajador aparece desprotegido y especialmente vulnerable (Daunis, 2015).

A esta circunstancia se añade el problema que ocasiona que el delito de proxenetismo se encuentre tipificado al margen del consentimiento que la trabajadora presente para desarrollar la actividad, línea en la cual se expresa Sotelo (2017).



Se razona que ninguna persona elegiría —si fuera realmente libre— realizar una actividad en condiciones opresivas. Sin embargo, esta afirmación confunde la discusión sobre si una actividad es forzada en referencia a las condiciones laborales que son inaceptables en las sociedades actuales. La distinción permite evitar el discurso incapacitante del abolicionismo y reconocer la potestad del Estado de fijar límites por debajo de los cuales no acepta el ejercicio de ninguna actividad comercial. Esto independientemente de que se reprima la explotación forzada (no elegida o involuntaria) de cualquier actividad económica.

Como resultado, al no preverse el consentimiento de la trabajadora sexual dentro del delito de proxenetismo, difícilmente pueda decirse cuál es el bien jurídico que esta figura protege. Esto autoriza a concluir que el trabajo sexual no lesiona ningún bien jurídico *per se*; y dado que el proxenetismo forma parte de los delitos que protegen la libertad sexual, en caso de existir libertad por parte de la trabajadora para autodeterminarse en ese ámbito, no se halla ninguna lesión. Consecuentemente, el mero hecho de lucrar con la actividad sexual no adquiere por sí mismo relevancia penal, puesto que el lucro no representa una puesta en peligro o una lesión de la libertad sexual. En efecto, esta última estará emparentada con el consentimiento de la supuesta víctima, circunstancia que el tipo penal ignora en aras de un bien jurídico que parecería vinculado con las buenas costumbres, como históricamente han sido considerados los delitos sexuales. En el fondo, mantener la postura de que existe un bien jurídico como el de las “buenas costumbres” obedece a una mirada vetusta del derecho que no se condice ni con la sociedad actual ni con la visión sobre la sexualidad que subyace al actual ordenamiento jurídico uruguayo; además de ser ampliamente discutible por claros motivos simbólicos, dado que en definitiva acentúa la estigmatización que reina sobre el trabajo sexual.

Por otra parte, la legislación uruguaya ha incorporado, recientemente, el delito de prostitución forzada (art. 280 *quater* CP), a través de la Ley N.º

19.643, del año 2018.<sup>10</sup> Dicho delito castiga a las personas que sin el consentimiento de la víctima, y con ánimo de lucro, constriñen a que otra u otras realicen actos de naturaleza sexual. La incorporación de este delito resulta acertada porque, en definitiva, el derecho penal debe aparecer “cuando la relación sexual a cambio de dinero se da como consecuencia de la acción de un tercero que de forma coactiva incide en su voluntad” (González, 2019, p. 390).

Este tipo penal, que aún no ha sido aplicado en Uruguay, aparece con mayor claridad y *aggiornado* a la normativa administrativa. Así, exige el empleo de “fuerza, amenazas y otras formas de coacción o intimidación”, es decir, incluye el ejercicio tanto de violencia física como psicológica —no es necesario que se produzcan lesiones— que anula la voluntad de la víctima, que se opone a mantener sexo a cambio de dinero. El tipo penal permitiría incluir el “engaño”, que comprendería los casos en que se ofrecen promesas de trabajo legal y que involucran el desplazamiento de la persona, deudas ficticias, falsa información sobre la legislación, retención de pasaporte, etcétera (González, 2019).

Si bien, como se dijo, la jurisprudencia uruguaya no ha aplicado este delito, el Tribunal Supremo español en diversas sentencias<sup>11</sup> ha expresado que:

la violencia comprende aquella fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo o sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución (*vis compulsiva*) y que la intimidación puede consistir en las amenazas en sentido estricto o en el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas. (González, 2019, p. 394)

---

10 Artículo 280-*QUATER* (Prostitución forzada).- Quien, con el fin de obtener un provecho económico o cualquier otra ventaja, mediante la fuerza, amenazas u otras formas de coacción o intimidación, haga que una o más personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual, será castigado con una pena de dos a diez años de penitenciaría.

11 STS N.º 1536/2004 de 20 de diciembre; STS N.º 1425/2005, de 5 de diciembre.

Por ello, el problema de fondo en realidad se vincula con el hecho de obligar a otra persona a ejercer el trabajo sexual y no con el lucro que pueda reportar la actividad. De ahí que se concluya que las conductas referidas a la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas, deberán ser castigadas a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores (Carmona, 2005). Bajo esta idea se pretende enmarcar los abusos que se generan en el trabajo sexual como propios de cualquier actividad laboral, y no como sinónimo de explotación sexual.

### **3.3. De la explotación sexual a la explotación laboral**

Como se ha apreciado en este análisis, lo que se persigue es reconducir la discusión a supuestos de explotación laboral cuando, a pesar de existir consentimiento, el trabajo sexual se presta bajo condiciones de explotación laboral. Al respecto, Terradillos (2017) distingue tres posibles figuras delictivas fundamentales que refieren a la explotación laboral: la imposición de condiciones ilegales de trabajo, el sometimiento a trabajo forzoso y el sometimiento a esclavitud.

Sobre estas figuras explica:

Se integran en la primera de ellas, y en su umbral, como tipos subsidiarios de recogida, conductas que desprecian derechos laborales, genéricos o específicos, reconocidos por los diferentes ordenamientos estatales, que traducen, con mayor o menor fidelidad, tanto mandatos constitucionales como pactos internacionales. Su eficaz tutela penal, y, por tanto, de mínimos, se constituye en *conditio sine qua non* del trabajo decente. (Terradillos, 2017, p. 247)

Bajo esa tesis, lo que proponemos es incorporar a las legislaciones penales un delito que castigue a quienes impongan a los trabajadores dependientes condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales,

convenios colectivos o contrato individual,<sup>12</sup> y que el delito abarque todas las actividades laborales, incluyendo el trabajo sexual. En ese sentido, lo que sugerimos es reconducir supuestos que actualmente se interpretan como “explotación de la prostitución” a la explotación laboral cuando se impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.<sup>13</sup>

En la misma línea, Gallo sugiere adherir un tipo penal a la legislación argentina que prevea hipótesis de “explotación laboral”, castigando:

---

12 Así, dicho precepto se encuentra legislado en el art. 311 del CP español y presenta una estructura similar: serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

1.º 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.

2.º Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,

b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o

c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

3.º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

4.º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

13 En ese sentido, expresa la Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual (2017, p. 16): “Visto a través del marco laboral, muchas de las condiciones inaceptables y explotadoras en el trabajo sexual dejan de ser peculiares a la industria. Esto permite que las organizaciones dirigidas por personas que ejercen el trabajo sexual sitúen sus desafíos en el contexto de las fuerzas macro-políticas y económicas, como la globalización, la austeridad y las medidas contra la inmigración, y una disminución de las formas tradicionales de empleo formal. También ofrece la oportunidad de formar alianzas con otros grupos de trabajadores y de vincular la lucha por los derechos de las personas que ejercen el trabajo sexual a movimientos sociales más amplios”.

la imposición de condiciones laborales ilegalmente perjudiciales como remuneraciones extremadamente bajas, falta de descanso, etc., 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. (2020, pp. 157-158)

En otras palabras, el precepto —al igual que el tipificado en el CP español—<sup>14</sup> debería abarcar “el comportamiento del empresario de imponer a los trabajadores condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por la normativa laboral” (Gallo, 2020, p. 163). El planteamiento es consecuente con las Constituciones de los países occidentales, que sin fisuras protegen al trabajo en tanto derecho fundamental o de segunda generación. Gallo (2020) sugiere que para incorporar este delito se emplee la técnica remisiva de las leyes penales en blanco, de manera que sea el derecho laboral el encargado de configurar la reglamentación de cada actividad económica, así como las infracciones de mayor gravedad. En efecto, el interés de agregar este delito en las diferentes legislaciones apunta a que, si bien las modalidades de explotación laboral son de lo más diversas, el derecho penal se encargaría únicamente de castigar las vulneraciones más graves en consonancia con los principios de necesidad, merecimiento y oportunidad. Así, seguimos a Terradillos (2017, p. 248).

Los intentos laboralistas de elaborar un catálogo de criterios que permita constatar la concurrencia de los elementos esenciales constitutivos del trabajo decente han permitido fijar un umbral por debajo del cual no debería ser jurídicamente tolerable la realización de ningún tipo de trabajo (Lozano, 2016). A ese espacio debe constreñirse, en principio, la intervención penal.

De todos modos, la propuesta no es original. A saber, diversos autores en España plantean la necesidad de aplicar este tipo penal frente a condiciones

---

14 En la misma línea, en los Eurodelitos se prevé la criminalización de los “delitos de explotación” consistentes en la imposición de condiciones perjudiciales de trabajo, pero agrava la pena “cuando las condiciones de trabajo o alojamiento que se proporcionen al trabajador resulten incompatibles con la dignidad humana...” (art. 23).

abusivas en el ámbito del trabajo sexual (Maqueda, 2009; Daunis, 2015; Acale, 2019). En ese sentido, ha sido Maqueda (2009) quien lo planteó con mayor claridad:

más allá de la legítima obtención de un lucro por el favorecimiento de una prostitución consentida o de la existencia de relaciones de dependencia lícitas, que son algunos de los significados que se asignan a la nueva regulación, el concepto que se propone de explotación sexual se aproxima a la idea de explotación laboral derivada de la imposición de condiciones abusivas de trabajo que, no obstante, son aceptadas por quien presta servicios sexuales —esto es por la prostitut@—, de modo que su régimen de garantías, aquí penales, se equiparan a las de cualquier trabajador@ por cuenta ajena, sin que ninguna —posible— circunstancia de ilegalidad le sustraiga a la tutela penal. (p. 219)

Desde luego, la cuestión central radica en que este tipo de delito no se encuentra regulado en las diversas legislaciones. Si bien en Argentina no está tipificado el delito que se propone, la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación” (año 2013) —presidida por Zaffaroni—, en su *Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal*, justifica la introducción del delito de “contrataciones y condiciones ilegales de trabajo” (artículo 124.1) en la necesidad de castigar conductas gravemente lesivas, aunque “sin llegar al extremo de la reducción a una condición análoga a la servidumbre”. Por su parte, el CP peruano, modificado por Decreto Legislativo N.º 1323 (5.1.2017), en los artículos 168 y 168 A, castiga la imposición de otras condiciones ilegales de trabajo. No obstante, este delito no se aplica al ámbito del trabajo sexual, dado que no se considera un trabajo.

Por lo pronto, parece claro que si el ejercicio del trabajo sexual es lícito, castigar a quien genera las condiciones para su ejercicio implica la criminalización de los prejuicios que atañen a este tipo de trabajo. La reconducción de esta conducta a supuestos de explotación laboral permitirá a los trabajadores sexuales ejercer sus derechos laborales y evitar la clandestinidad,

así como también —si fuera necesario— castigar a los empresarios por los delitos contra los derechos de los trabajadores. De ahí que podrían aplicarse: el delito contra la vida y salud de los trabajadores, en la medida en que no se adoptasen las medidas de seguridad laboral; delitos de defraudación tributaria y el delito de apropiación indebida de aportes personales. En puridad, si el trabajo sexual es trabajo, el derecho penal no aparece como el instrumento adecuado para regular el ramo de actividad.

### **3.4. La aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores al trabajo sexual**

Visto lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha recogido esta visión sobre el trabajo sexual, y son diversas las sentencias que tipifican el artículo 311 del CP español frente a supuestos de explotación laboral en el caso del trabajo sexual.

Daunis (2015) indica que tanto la STS del 12 de abril de 1991 como la S. N.º 372/2005 encontraron que el artículo 499 Estados CP (artículo predecesor del actual art. 311 CP) era aplicable:

a una relación laboral basada en el ejercicio de la prostitución y alterne, por entender que el tipo penal protegía “la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que, de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección”. (p. 116)

Y la STS N.º1045/2003, del 18 de julio, en donde si bien la defensa del empresario arguye que la prostituta no puede ser tratada como trabajadora, el TS dispone:

el tipo penal protege, en general, la situación de personas que prestan servicio a favor de otra, sea o no legal la relación de servicio. El bien jurídico protegido 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.

Por otro lado, señala Daunis (2015) que la STS N.º 1390, del 22 de noviembre de 2004, destaca 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. (p. 116)

El autor también explica que:

La STS N.º 450 del 14 de abril de 2009, al cuestionarse la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores, acaba concluyendo que estamos ante “una relación de trabajo que, analizando caso por caso, puede ser englobada en el Estatuto de los Trabajadores” (Daunis, 2015, p. 116)

En la misma línea, la Sala Social del Tribunal Supremo adhiere a la tesis de que la prostitución y el alterne se “puede realizar por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente” (Daunis, 2015, p. 116). El TS sentenció lo siguiente:

La relación contractual que regula los servicios de agrado de los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamiento de servicios. Se trata de un verdadero contrato de tra-



bajo, tal como se describe en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En el ámbito latinoamericano es de resaltar la decisión de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia N.º T-629 de 2010, la cual concedió “el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en Estado de embarazo” (punto segundo de la parte resolutoria), a una mujer que ejercía el trabajo sexual en un bar. En primera instancia el reclamo fue rechazado bajo el argumento de que:

no es jurídicamente posible amparar el derecho al trabajo y ordenar el reintegro porque si bien el ejercicio de la prostitución por sí misma no es un delito, se aclara que el contrato que tenga como objeto de prestación actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito toda vez que dicho ejercicio es contrario a las buenas costumbres, razón que impide su protección por parte de este Despacho. (1.5.1.2.)

La decisión fue luego confirmada por el tribunal superior. Sin embargo, en el momento de pronunciarse, la Corte Constitucional tomó una decisión paradigmática en lo que respecta al problema que hemos analizado.<sup>15</sup>

---

15 Así, expresó: “Se ha anotado en el estudio sobre la prostitución en general que, por fuera de los tipos penales dispuestos, dado su carácter de actividad económica lícita y regulada por las normas del Derecho policivo y urbanístico, ingresaban por tanto disposiciones del Derecho común de carácter comercial y tributario. ¿Por qué dentro de esta racionalidad no se puede predicar lo mismo respecto del Derecho laboral, no ya con relación a otros empleados dedicados a labores distintas de los establecimientos donde se prestan los servicios sexuales, sino de las personas que efectivamente ejercen el oficio? Es evidente que el delito previsto en el artículo 213 del Código Penal, contempla un tipo que hace difícil un tal reconocimiento, pues el verbo rector de la ‘inducción’ a la prostitución, reconoce como hecho punible solo la invitación a tal propósito, cuando el objetivo es la obtención de lucro o la satisfacción de los deseos de otro. Sin embargo, como se recalcó suficientemente en los apartes que preceden, esa figura penal coexiste con la regulación de carácter policivo que impone obligaciones a trabajadores del sexo y también a propietarios y administradores de los establecimientos de comercio en los que los primeros ejercen. Con esta ordenación normativa, la respuesta más cómoda y menos difícil para el operador jurídico es la de estimar que lo uno y lo otro determinan

En definitiva, la Corte resolvió el caso argumentando que, a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia —en la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del “contrato realidad”—, esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. Empero, por la especificidad de la prestación —porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad—, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto. De este modo, estima la Sala, se resuelve la tensión existente entre derechos y bienes jurídicos que la prostitución conecta; así se protege sin discriminaciones *ex ante* al trabajador sexual. Decisión que, por un lado —aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes—, evita dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, merecedores de especial protección. Pero, por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible.

#### 4. Reflexiones finales

Tomar la opción política de regular la prostitución como trabajo sexual exige incorporar una regulación que asegure a quienes la ejercen hacerlo

---

que la prostitución solo puede ser ejercida por cuenta propia, en donde el trabajador o trabajadora sexual acuerdan comisiones por venta de licor, o por el alquiler de las habitaciones. De este modo, la actividad se desarrolla, pero partiendo del supuesto de la independencia absoluta de tales sujetos<sup>7</sup>.

con las debidas garantías. Esto significa que si un Estado tiene la verdadera intención de que la prostitución —ejercida en el marco que establece la ley— sea realmente un trabajo, debe regularla como tal, y esto supone virar del paradigma reglamentarista hacia el normalizador.

La coexistencia de la regulación administrativa y la redacción vigente del delito de proxenetismo (signado por la vaguedad de su verbo nuclear) conduce a profundas injusticias: desampara a un colectivo que justamente requiere de una protección estatal intensa, habida cuenta de la vulnerabilidad que impera en muchos trabajadores y trabajadoras sexuales. Solo integrando el trabajo sexual como parte del derecho laboral se podrá diferenciar con nitidez las hipótesis de explotación laboral de circunstancias en donde el trabajo sexual es lícito, de aquel tipo de explotación de las hipótesis de *explotación sexual*.

Por su parte, el derecho penal solo debería intervenir cuando se haya demostrado que se atentó contra la libertad sexual de la víctima por determinarla al ejercicio de la prostitución, o cuando se detecte la imposición de condiciones laborales abusivas, mediante los delitos contra los derechos de los trabajadores (Maqueda, 2009). En ese sentido, será de aplicación en Uruguay el artículo 280 *quater* cuando los actos de naturaleza sexual se realicen a partir de la utilización de “la fuerza, amenazas u otras formas de coacción o intimidación”. Así mismo, Uruguay necesita incorporar un delito que castigue los ataques más graves a las conductas de explotación laboral; en palabras de Terradillos (2017, p. 257): “el reto de las políticas criminales democráticas del siglo XXI es el de asumir como objetivo prioritario la prevención de ataques intolerables a derechos humanos”.

Por tanto, la reforma que se plantea, o al menos la interpretación que se sugiere para el delito de proxenetismo, es que no basta con que la persona “lucre” con la prostitución, sino que realmente la explote en condiciones abusivas. Solo así podrá sortearse el escollo que representa mantener una legislación que permite el ejercicio del trabajo sexual en clubes de alterne o

whiskerías y que, al mismo tiempo, castiga la explotación sexual de terceros a través del delito de proxenetismo.

En rigor, proponemos que el legislador atribuya un estatus jurídico claro al trabajo sexual y lo dote de los derechos y garantías necesarios para su ejercicio. Lo cierto es que esta postura también se relaciona con la exigencia del consentimiento de la persona que ejerce el trabajo sexual y, en ese sentido, se diferencia de la imposición de condiciones abusivas para su ejercicio, como expresa Cruz (2017).

Y esto porque las formas de describir un fenómeno guardan relación con la forma en que las personas lo experimentan. De manera que describir esta actividad como un trabajo puede contribuir a la formación de otro tipo de identidades, no basadas en la pasividad, la explotación sexual y la victimización.

Con la incorporación de este precepto, la protección penal de la libertad sexual y los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras sexuales quedarían amparados adecuadamente.

## Referencias

- Acale, M. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Reus.
- Bernstein, E. (1999). What's wrong with prostitution? What's right with sex work? Comparing markets in female sexual labor. *Women's Law Journal*, 1(10), 91-119. Hastings.
- Bernstein, E. (2012). Carceral politics as gender justice? The "traffic in women" and neoliberal circuits of crime, sex, and rights. *Theory and Society*, 3(41), 233-259.

- Cárcova, C. (2014). El derecho y sus enlaces con la literatura y el cine. En *La Letra y la Ley. Estudios sobre derecho y literatura*. Infojus.
- Carmona, C. (2005). Delitos contra la libertad sexual (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución. Otros delitos relativos a la explotación sexual y a la corrupción de menores. Disposiciones comunes al título VIII. En M. Cobo (coord.), *Derecho penal español: parte especial*.
- Casas, G. (2017). Prólogo: ¿Qué mundo común queremos al precio de qué consecuencias? En K. Ekis, *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Ediciones Bellaterra.
- Celano, B. (2017). *Due eoríaa aperti della eoría dell'interpretazione giuridica*. Mucchi.
- Cruz, B. (2018). Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral? En VVAA, *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.<sup>a</sup> Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch.
- Daunis, A. (2015). La nueva criminalización del proxenetismo. *Revista Penal*, 36, 105-121.
- Díaz y García, M. et al. (2007). *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. La Ley.
- Gallo, P. (2020). El delito de explotación laboral en el orden jurídico argentino. *Letra. Derecho Penal*, VI(10), 144-168.
- Garrido, V. (2020). El ejercicio (¿libre?) de la prostitución: entre la dignidad y la libertad individual de la persona. En A. Valiño Ces y A. Rodríguez Álvarez (coords.), *El género y el sistema de (in)justicia*. Tirant lo Blanch.
- Gómez, M. (2005). Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal. En *RECPC*, 07-04.

- González, M. (2019). Mujer prostituida y derecho penal. En A. Monge Fernández (dir.), J. Parrilla Vergara (coord.). *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (pp. 371-416).
- Guastini, R. (2001). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM.
- Guastini, R. (2015). Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 27.
- Guerra, P. (2016). ¿Es el cooperativismo una vía para la formalización y el acceso al sistema de seguridad social en el trabajo sexual? Antecedentes internacionales y análisis de opinión para el caso uruguayo. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 195-219.
- Kahale, D. (2020). El recorrido jurisprudencial de la posible regulación laboral de la prostitución. En A. Valiño y A. Rodríguez Álvarez, (coords.), *El género y el sistema de (in)justicia*. (pp. 357-385). Tirant lo Blanch.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno Editores.
- Lamas, M. (2014a). ¿Prostitución, trata o trabajo? *Revista Nexos*, 13-16.
- Lamas, M. (2014b). ¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios. *Debate feminista*, 50, 160-186.
- Lamas, M. (2015). Las “putas honestas” en la ciudad de México. En D. Daich y M. Sirimarco (coords.), *Género y violencia en el mercado del sexo. Política, policía y prostitución*. Editorial Biblos.
- Langón, M. (2009). *Código Penal comentado*. Universidad de Montevideo.

- Maqueda Abreu, L. (2007). La trata de mujeres para explotación sexual. En R. Serra (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Tirant lo Blanch.
- Maqueda, L. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Comares.
- Martínez, F. (2021). “Yo te doy lo que tengo: una esquina”. *Representaciones sobre el trabajo sexual a partir del análisis de vínculos sociales*. (Tesis de Licenciatura en Sociología. Tutora: Jimena Pandolfi, Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología). [https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/26609/1/TS\\_Mart%C3%ADnez-ChianconeFederica.pdf](https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/26609/1/TS_Mart%C3%ADnez-ChianconeFederica.pdf)
- Morales, F. y García, R. (2005). De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores. En G. Quintero (ed.), *Comentarios al Nuevo Código Penal* (pp. 997-998). 4.ª ed. Aranzadi.
- Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual. (2017). *Trabajo sexual como trabajo*. Documento de Política. [https://es.scribd.com/document/362615993/Trabajo-Sexual-Como-Trabajo-Nswp-2017#from\\_embed](https://es.scribd.com/document/362615993/Trabajo-Sexual-Como-Trabajo-Nswp-2017#from_embed).
- Rocha, I. (2013). Como seres humanos: una mirada al proceso de legislación de la prostitución como trabajo sexual en el Uruguay. *Revista Encuentros Latinoamericanos*, VII(2), 239-272.
- Russo C., C. (2018). *Identidades profesionales en el trabajo sexual de mujeres uruguayas*. (Tesis de grado, Universidad de la República, Uruguay). Archivo digital.
- Sotelo, F. (2017). La explotación de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas. En J. Di Corleto (comp.), *Género y justicia penal* (pp.181-214). Didot.

- Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. Palestra editores.
- Terradillos, J. (2017). Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI? En Marcelo J. F. Ferlin D'Ambroso (coord.), *Direito do trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017)* (Edição Comemorativa dos 10 anos do IPEATRA). Ltr. 245-259.
- Trajtenberg, N. y Musto, C. (2011). *Prostitución y trabajo sexual en Uruguay*. Documento de Trabajo / FCS-DS; 2011/87. UR. FCS-DS. <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/4593/1/DT%20S%202011%2087.pdf>
- Vilajosana, J. (2017). *Identificación y justificación del derecho*. Marcial Pons.
- Villacampa, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 81-142.
- b. Normativa**
- Código Penal del Perú. (Decreto Legislativo N.º 635). *El Peruano*, 3 de abril de 1991.
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 25 de julio, 1951.
- Ley 17.515 de 2002. Ley sobre el trabajo sexual. Uruguay. 4 de julio de 2002. Diario Oficial, 4/7/2002.
- Ley 16.707 de 1995. Ley de seguridad ciudadana. Uruguay. 12 de julio de 1995. Diario Oficial, 12/7/1995.
- Ley 19.643 de 2018. Trata de personas: normas para la prevención y combate. 11 de julio de 1995. Diario Oficial, 11/7/2018.



Ley Orgánica 10/1995 de 1995. Código Penal. Reino de España, 24 de noviembre de 1995. Boletín Oficial del Estado, núm. 281.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de las Naciones Unidas, 5 de diciembre, 2003.

## **Sentencias**

### **a. Colombia**

Sentencia N.º T-629. (2010, 3 de agosto). Corte Constitucional colombiana.

Sentencia N.º 1536/2004. (2004, 20 de diciembre). Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Sentencia N.º 1425/2005. (2005, 5 de diciembre). Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Sentencia N.º 2704/1991. (1991, 12 de abril). Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Sentencia N.º 372/2005. (2005, 27 de marzo). Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Sentencia N.º 1045/2003. (2003, 18 de julio). Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Sentencia N.º 1390/2004. (2004, 22 de noviembre). Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Sentencia N.º 7727/2004. (2004, 27 de noviembre). Tribunal Supremo, Sala Social.

Sentencia N.º 450/2009. (2009, 14 de abril). Tribunal Supremo.

**b. Uruguay**

Sentencia N.º 1452/2006. (2006, 13 de diciembre). Tribunal de Apelaciones de 2.º Turno.

Sentencia N.º 722/2008. (2005, 28 de octubre). Suprema Corte de Justicia.

Sentencia 182/2015 (2015, 21 de agosto). Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1.º Turno.

# ANÁLISIS DE GÉNERO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES POR DELITOS DE TRATA DE PERSONAS

*Aintzane Márquez Tejón<sup>1</sup>*

## Resumen

A pesar de la poca atención que ha recibido la experiencia de las mujeres y las niñas en la respuesta normativa a la responsabilidad de las empresas, este artículo trata de exponer la manera en que la regulación internacional y la regulación de la responsabilidad penal de empresas por delitos de trata, en España, podría dar respuesta a preguntas tan importantes y relevantes como la de cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos por parte de empresas transnacionales.

**Palabras claves:** Trata, Derechos humanos, Empresas y perspectiva de género, Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## Sumario

*1. Introducción. 2. La responsabilidad de las empresas en el derecho internacional de los derechos humanos: la importancia de incluir la perspectiva de género. 2.1. Estándares internacionales y regionales. 2.2. La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos y*

---

1 Abogada Senior en Women's Link Worldwide. Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III, de Madrid. Miembro del proyecto I+D, La responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los Derechos Humanos y el medio ambiente Uc3m y Universidad Castilla-La Mancha (mineco/aei/feder. ref.: der2017-85144-c2-1-p).

*el acceso a la justicia. 2.3. La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos y el acceso a la justicia. 2.4. Mirada hacia el futuro: la importancia de incluir la perspectiva de género. 3. Trata y empresas: obligaciones internacionales de acceso a la justicia. 3.1. La trata de seres humanos como fenómeno con impacto diferenciado de género. 3.2. Las obligaciones de los Estados en materia de trata. 4. Desde el derecho internacional al Código Penal español: ¿modelo a seguir? 4.1. La regulación del delito de trata en el Código Penal español. 4.2. La jurisdicción de los tribunales penales españoles en casos de vulneraciones de derechos humanos extraterritoriales. 5. Conclusiones. Referencias.*

## 1. Introducción

Es una realidad innegable que, en la actualidad, las violaciones de derechos humanos se producen en diferentes contextos, en muchos de los cuales intervienen empresas. La respuesta a cuál es —o debiera ser— la solución para prevenir, investigar y sancionar estas violaciones ha sido variada. Desde el derecho internacional de los derechos humanos hasta el derecho penal nacional hay un abanico de diferentes aproximaciones legales (más o menos vinculantes) tanto dirigidas a las empresas como a los Estados, sin que existan vías de armonización universales, a pesar de la globalidad del fenómeno (Carrasco, 2018).

La falta de perspectiva de género en este contexto es preocupante. Las mujeres y las niñas corren un riesgo desproporcionado de explotación y abusos en el mercado laboral, por motivos de género; esto se debe a los estereotipos de género y a la discriminación que sufren en relación con numerosos factores sociales, económicos y políticos. Además, se enfrentan a obstáculos adicionales cuando buscan acceder a la justicia después de que se han producido tales abusos (ONU, Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 2019, párrafo 19).

La trata de seres humanos cometida por empresas es una forma paradigmática de violencia de género que evidencia el impacto diferenciado y desproporcionado que tiene el abuso de las corporaciones contra los derechos de las mujeres y las niñas. La respuesta normativa a este fenómeno se estudiará analizando, en particular, la legislación penal relativa a la trata de personas en la que participan las empresas en España. Partiendo de las obligaciones de derecho internacional, este trabajo expone también, desde un análisis comparativo, los obstáculos más significativos de la normativa en este país, entre los que se encuentran las dificultades procesales penales que surgen para establecer la responsabilidad de las entidades españolas por su actividad en el extranjero.

Nuestro objetivo es intentar dar respuesta a algunas preguntas: ¿cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos perpetradas por empresas transnacionales?, ¿tienen los Estados la obligación de desarrollar normas procesales que garanticen la responsabilidad extraterritorial por violaciones de derechos humanos y el acceso a la justicia por las víctimas de trata por parte de empresas en el extranjero? La Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud se refirió, ya en 2015, a esta dificultad procesal en los marcos normativos nacionales, en casos de empresas transnacionales y trata reconociendo que:

en el contexto de las cadenas de suministro, una falta de jurisdicción extraterritorial afecta al acceso a las vías de recurso en relación con las formas contemporáneas de la esclavitud y otras violaciones de los derechos humanos que se cometen fueran del territorio en el que está domiciliada una empresa. (ONU, Relatora de formas contemporáneas de esclavitud, 2015, párrafo 23)

A pesar de las limitaciones procesales, se analizará la posibilidad de que el modelo español —concretamente en lo que se refiere a la respuesta en el ámbito material y procesal penal a la trata— pueda ser un ejemplo de buena práctica a seguir para avanzar hacia un marco normativo de responsabilidad de las empresas por vulneraciones de derechos humanos.

## **2. La responsabilidad de las empresas en el derecho internacional de los derechos humanos: la importancia de incluir la perspectiva de género**

### **2.1. Estándares internacionales y regionales**

Las empresas no tienen obligaciones directas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, porque no son reconocidas como sujetos que se someten a él. En los últimos años, esta realidad ha ido cambiando progresivamente a través del desarrollo del estándar de diligencia debida, del que se deriva responsabilidad internacional para los Estados.

Este estándar tiene su origen en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Serie C, Caso N.º 4, 1988, párrafos 172 y 176), donde se afirma que la falta de diligencia de un Estado en la prevención o respuesta por parte de agentes no estatales puede generar responsabilidad internacional. Así, el marco normativo de responsabilidad de las empresas está emergiendo sobre la base de la debida diligencia de las empresas; son ejemplos de esto países como Reino Unido (Modern Slavery Act, 2015), Francia (Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2017), Holanda (Wet Zorgplicht Kinderarbeid, 2017), entre otros (Business and Human Rights Resource Centre, 2019).

Este marco normativo de diligencia debida de las empresas surgió a partir de estándares internacionales puramente voluntaristas, que pretendían visualizar el problema de la complicidad de terceros en vulneraciones de derechos humanos y reconocer la importancia de proteger y respetar tales derechos para evitar su comisión. Surgieron así normas de *soft law*, como los 10 principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, adoptado en 1999. Con posterioridad a este Pacto, concretamente en 2003, la Sub Comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas elaboró las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, en cuyo preámbulo se establecía que las empresas transnacionales debían respetar los tratados de Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales (ONU, Sub Comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2003). Finalmente, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU analizó estas normas en el 2004, y reconoció que contenían “elementos e ideas útiles para someterlos a la consideración”, pero decidió no aprobarlas expresamente afirmando que “carecían de autoridad legal” (ONU, Comisión de Derechos Humanos, 2004).

Así, el citado instrumento no fue aprobado, hasta que en el 2011 el profesor John G. Ruggie redactó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Na-

ciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” (ONU, Consejo de Derechos Humanos, 2011). Los conocidos como “Principios Ruggie”, o “Principios Rectores”, reconocen que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para investigar, sancionar y reparar los abusos contra los derechos de particulares cometidos por las empresas en su territorio y/o jurisdicción. En concreto, el tercero de sus pilares se centra en el deber de los Estados de reparar y garantizar el acceso a mecanismos de reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, ya sean mecanismos estatales (judiciales o extrajudiciales, principios 25, 26 y 27) o no estatales (creados por las empresas o por otros actores no estatales, principios 28, 29 y 30). Pero, además, los principios imponen a las empresas la obligación de respetar los derechos humanos (segundo pilar). Sin perjuicio de esto, en el Principio número 12 se reconoce que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos debe ser diferenciada de la obligación legal o responsabilidad jurídica, que se define por las normas nacionales de cada jurisdicción.

Además de los “Principios Ruggie”, existen otros estándares internacionales relevantes. Por ejemplo, los convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) juegan un papel fundamental en el contexto de los derechos de las personas trabajadoras y contienen algunas de las primeras referencias a la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas para proteger a las víctimas de derechos humanos cometidas por empresas, incluyendo algunos principios y derechos para la eliminación del trabajo forzoso y de la discriminación. Es importante señalar que los Estados están obligados por los convenios de la OIT que han ratificado, algunos de los cuales los someten a la obligación de promulgar legislación específica. Por ejemplo, los Estados que han ratificado el Convenio sobre el trabajo forzoso (OIT, N.º 29), entre los que se encuentra España, están obligados a castigar estas prácticas imponiendo sanciones (como en los casos de trata de personas por trabajo forzoso, como se explicará más adelante). Además, la entrada en vigor del Protocolo 2014 del Convenio sobre el trabajo forzoso,



también ratificado por España, exige que los Estados miembros revisen las estrategias de protección penal a los trabajadores.

De significativa relevancia son también las directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, 2011). Estas consisten en recomendaciones de los gobiernos que se adhieren a ellas y están dirigidas a empresas multinacionales con actividad en los países adherentes o con sede en estos. Se trata de principios, no vinculantes, sobre materias como los derechos humanos, empleo y relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, consumidores, ciencia y tecnología, competencia y cuestiones tributarias. La diferencia de estas directrices con el resto de los instrumentos antes señalados radica en la existencia de los dos sistemas de control ideados por la OCDE para fomentar la eficacia y el cumplimiento de aquellas: el comité de inversión y los puntos nacionales de contacto (Götzmann y Lorion, 2020).

Una vez señalados algunos de los instrumentos internacionales más relevantes, es conveniente indicar, brevemente, que en el ámbito regional —concretamente se analiza el marco de la Unión Europea (UE) por ser de aplicación en España—, los Estados miembros han reconocido también la importancia del cumplimiento de los “Principios Ruggie” en distintos instrumentos, desde la Comunicación en Responsabilidad Social Corporativa (Comisión Europea, 2011) hasta las conclusiones del Consejo de la UE sobre Empresa y Derechos Humanos, en las que insta a los Estados a desarrollar planes nacionales de empresas y derechos humanos y a promover la implementación de los principios (Consejo de la UE, 2016).

También se han promulgado distintas normas que desarrollan obligaciones de diligencia debida. Particularmente cabe destacar la Directiva N.º 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre divulgación de información no financiera de las empresas y de determinados grupos sobre cuestiones como la protección del medio ambiente, el respeto por los derechos humanos, la diversidad en los órganos

de administración, las medidas de anticorrupción y soborno y la responsabilidad social y el trato de empleados. Es digno de mención también el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro referida a los importadores de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro de la Unión, originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

Por último, hay que recalcar que desde la promulgación del Reglamento de Bruselas I (ahora Reglamento 1215/2012, Bruselas I Estados), los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE son competentes en casos de responsabilidad civil presentados contra empresas que tienen su sede social en el Estado miembro, con independencia de la nacionalidad del demandado o de los demandantes y —en casos de responsabilidad extracontractual— del lugar donde fue ocasionado el daño (Arenas, 2013).

Por su parte, el Consejo de Europa también ha promulgado distintas recomendaciones sobre derechos humanos y empresas con el objeto de que sus miembros cumplan con las obligaciones internacionales —por ejemplo, la recomendación sobre derechos humanos y empresa del Comité de Ministros, del año 2016— y varios convenios —el Convenio penal sobre corrupción o el de ciberdelincuencia, entre ellos— del Consejo de Europa establecen obligaciones para los Estados de proteger los derechos de las personas en caso las empresas los vulneren.

## **2.2. La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos y el acceso a la justicia**

Los organismos de vigilancia de los Tratados de Naciones Unidas se han referido en distintas ocasiones al hecho de que, como parte del derecho a un recurso efectivo, existe la obligación de los Estados de defender a los individuos de los actos de terceros (en términos generales), y han señalado directamente a las empresas (también a las multinacionales que operan fuera del territorio del país) como esos potenciales terceros. En relación con las víctimas de trata, esta obligación es particularmente destacada por el Co-

mité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su Recomendación General número 38 sobre trata de mujeres y niñas en el contexto global de migración, como se explicará en el siguiente apartado (CEDAW, 2020).

El Comité de Derechos Humanos fue uno de los primeros órganos de Naciones Unidas en pronunciarse en ese sentido. Así, en la Observación General número 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto se reconoce que:

solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no solo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. (Comité de Derechos Humanos, 2004, párrafo 8)

En el año 2013, el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General número 17, sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, afirma que:

deben establecerse leyes, reglamentos y directrices, junto con las asignaciones presupuestarias necesarias y con mecanismos de vigilancia y aplicación eficaces, para velar por que todos los miembros de la sociedad civil, incluido el sector empresarial, cumplan las disposiciones del artículo 31. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, párrafo 8)

De singular relevancia es el contenido de la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que subraya la obligación de los Estados de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos (Comité DESC, 2017, párrafo 16). Este Comité, en su último informe sobre España, señaló con preocupación la “existencia de algunos vacíos

normativos que no garantizan el cumplimiento de la obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas” (Comité DESC, 2018, párrafo 8). Por esta razón, en este mismo informe se recomienda al Estado español que:

- a) establezca mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto; b) fortalezca el marco normativo aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por estas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero; c) refuerce los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes. (Comité DESC, 2018, párrafo 9)

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, y conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de proteger a los individuos no solo por los actos de los órganos estatales sino también de los daños producidos por las empresas. Más allá de recomendaciones y/o directrices puramente voluntaristas, los estándares internacionales de derechos humanos exigen a los Estados que desarrollen un marco jurídico que a su vez exija que las empresas ejerzan medidas de diligencia debida que identifiquen y mitiguen los riesgos de vulneraciones de derechos humanos, eviten su producción y, en el caso en el que se produzcan, existan medidas de respuesta ante las consecuencias negativas derivadas de sus operaciones y de sus decisiones, incluidas las de las entidades empresariales que controlan. Estas medidas de reparación a las personas o grupos que se vean afectados deben incluir el acceso a órganos judiciales independientes e imparciales, y limitar los obstáculos en el acceso. Si los Estados incumplen y no desarrollan estas obligaciones en el ámbito interno, podría derivarse responsabilidad internacional.

### **2.3. Mirada hacia el futuro: la importancia de incluir la perspectiva de género**

A la vista de los pronunciamientos de los órganos de los tratados, parecería entonces que los “Principios Rectores” no plantean en la actualidad ninguna novedad en el marco internacional de los derechos humanos y las empresas y que, por tanto, no deben asumir un primer plano en la materia. ¿O sí? Podría argüirse que la dispersión de los pronunciamientos por parte de la comunidad internacional hace necesaria la complementariedad de estos con los estándares voluntarios, como guía para que los Estados cumplan con sus obligaciones.

Quizá precisamente por lo anterior, tras la promulgación de los Principios Ruggie han ido surgiendo voces que consideran que estos han demostrado ser insuficientes, por su lenta implementación y su falta de fuerza vinculante; por tanto, se torna necesario un mayor nivel de exigencia de responsabilidad a las empresas, que no se encauce solo y/o necesariamente a través de la responsabilidad de los Estados (Hernández et al., 2019). Internacionalmente estas voces comenzaron a abogar por un tratado universal vinculante de derechos humanos y empresas que incluya responsabilidades por la actividad de empresas transnacionales (Iglesias, 2019). La iniciativa fue propuesta por Ecuador y conllevó que, en el 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas crease el grupo de trabajo intergubernamental en derechos humanos y empresas, con el fin de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto de los derechos humanos. Tras las tres primeras sesiones del grupo, en el 2017 (Cantú, 2016) se elaboró un primer borrador —el “Borrador Cero”—, que se publicó el 16 de julio de 2018, fue revisado por el Grupo de Trabajo un año después, y publicado seguidamente. En el 2020 se publicó un segundo borrador, y en agosto de 2021 un tercero; este último fue objeto de discusiones en octubre de 2021. Al día de hoy, la realidad es que la elaboración de este tratado vinculante y su ratificación parecen de difícil materialización, dado que cuentan con un apoyo limitado.

En el ámbito regional, el debate sobre la obligatoriedad de las normas de debida diligencia para las empresas ha cobrado mayor relevancia en los últimos años; así, el 27 de enero de 2021 la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo adoptó un informe en el que pide a la Comisión Europea que presente una propuesta formal de ley europea de diligencia debida; ella debía incluir sanciones en caso de incumplimiento y responsabilidad civil por los daños causados o por el incumplimiento de los procedimientos de debida diligencia, siguiendo el modelo de otros países en Europa que han adoptado propuestas normativas similares. En febrero de 2022, la Comisión Europea adoptó una propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad que, en caso de aprobación, obligará a los Estados miembros que aún no lo han hecho a introducir normas nacionales vinculantes sobre diligencia debida.

Más allá de lo expuesto, que no será objeto de análisis en este artículo, es fundamental que cualquier propuesta sobre la materia, sea o no vinculante, incorpore una perspectiva de género y aborde de manera diferenciada el impacto que experimentan las mujeres en los casos de abusos de sus derechos por parte de las empresas, para poder hacer frente a las barreras que ya existen derivadas de la situación de vulnerabilidad a la que se enfrentan las mujeres debido a los estereotipos de género y la discriminación interseccional, la feminización de la pobreza, la división sexual del trabajo, la sobre-representación de mujeres en la economía informal, entre otros factores (Awori et al., 2018).

Hacia ese objetivo se orienta precisamente el informe sobre las dimensiones de género de los Principios Rectores del Grupo de Trabajo de derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas, publicado en el 2019, en el que se reconoce que:

[h]ay indicios de que en los últimos años se ha producido una mayor integración de la perspectiva de género en las normas sobre las empresas y los derechos humanos. Sin embargo, la mayoría de los Estados y empresas siguen prestando poca o insuficiente atención a las diversas

experiencias de las mujeres cuando tratan de cumplir sus respectivas obligaciones y responsabilidades dimanantes de los Principios Rectores. (ONU, 2019, párrafo 44)

Este informe afirma con rotundidad que:

[l]as mujeres sufren los efectos adversos de las actividades empresariales de manera diferente y desproporcionada. En ocasiones también enfrentan obstáculos adicionales para acceder a una vía de reparación efectiva. Además, debido a las formas cruzadas y múltiples de discriminación, diferentes mujeres pueden verse afectadas de manera diferente por las actividades empresariales a causa de su edad, color, casta, clase, etnia, religión, idioma, nivel de alfabetización, grado de acceso a los recursos económicos, estado civil, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, residencia en una zona rural, situación migratoria o pertenencia a un pueblo indígena o minoría. (ONU, 2019, párrafo 2)

Este informe sobre dimensiones de género, entre otras cuestiones, identifica otras normas que los Estados y las empresas deben seguir para implementar los Principios Rectores con una perspectiva de género. Estas normas incluyen la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995; los Principios para el Empoderamiento de la Mujer, de 2010; los Objetivos de Desarrollo Sostenible, de 2015; las normas de la OIT y la OCDE (referidas más arriba). Todos los Estados miembros de la Unión Europea han establecido puntos nacionales de contacto de conformidad con lo recomendado en las directrices de esta institución, y muchos de ellos, incluido España, han adoptado planes nacionales de derechos humanos (Márquez, 2015) que permiten acceder a mecanismos extrajudiciales de reparación. Algunos de estos planes que, en su caso, podrían equipararse a lo que se consideran políticas públicas —y aunque, en consecuencia, no gozan de carácter vinculante—, sí incorporan medidas desde la perspectiva de género (Instituto Danés de Derechos Humanos, 2018).

El Grupo de Trabajo también se refiere a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Precisamen-

te ha sido el Comité CEDAW el que ha analizado con mayor detalle las obligaciones de los Estados frente a la conducta de agentes no estatales, si no actuaban con la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar, violaciones de los derechos de las mujeres o reparar delitos/abusos cometidos por estos.

En concreto, la Recomendación número 28 el Comité CEDAW profundiza sobre los actores responsables de eliminar la discriminación de género incluyendo a las corporaciones nacionales y las que trabajan extraterritorialmente (CEDAW, 2010, párrafo 36). En sentido similar se pronuncia la Recomendación número 34 sobre los derechos de las mujeres rurales, que recopila y amplía lo dicho en el año 2010 por este Comité, y manifiesta expresamente que:

[l]os Estados partes deberían regular las actividades de los agentes nacionales no estatales dentro de su jurisdicción, también cuando operan fuera del territorio del país. (...). Los Estados partes deberían cumplir sus obligaciones extraterritoriales con respecto a las mujeres rurales, entre otras cosas no interfiriendo, directa o indirectamente, en el disfrute de sus derechos; adoptando medidas reguladoras para evitar que cualquier agente bajo su jurisdicción, incluidas las personas físicas, las empresas y las entidades públicas, vulneren o abusen de los derechos de las mujeres rurales fuera de su territorio; (...). Las mujeres rurales afectadas deberían disponer de recursos adecuados y eficaces cuando un Estado parte haya incumplido sus obligaciones extraterritoriales. (CEDAW, 2016, párrafo 16)

En su Recomendación General número 37 —sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático—, publicada en el 2018, el Comité CEDAW vuelve a incidir en la materia y hace referencia directa a los agentes no estatales y las obligaciones extraterritoriales y manifiesta que, de conformidad con los Principios Ruggie:

las empresas tienen la *responsabilidad directa* de respetar y proteger los



derechos humanos, actuar con la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos humanos y proporcionar remedios eficaces para las violaciones de los derechos humanos relacionadas con sus operaciones. (CEDAW, 2018, párrafo 41) (Énfasis nuestro)

Se describe, asimismo, la obligación de los Estados parte de regular las actividades de los agentes no estatales dentro de su jurisdicción, incluso cuando operen extraterritorialmente y de disponer de:

remedios eficaces en los casos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades de agentes no estatales. Estas medidas deben aplicarse a las operaciones que se realicen tanto dentro como fuera del territorio del Estado parte de que se trate. (CEDAW, 2018, párrafo 43 d)

En su última Recomendación General sobre trata en contextos de migración, el Comité CEDAW ha insistido sobre esta materia nuevamente, recalando cómo las políticas económicas mundiales exacerbaban la desigualdad económica que acaba manifestándose en formas de explotación laboral que reflejan el incumplimiento por parte de empresas de la obligación de garantizar que no haya víctimas de trata en su cadena de suministro o producción (CEDAW, 2020, párrafo 3). En relación con las obligaciones de los Estados y de las empresas, esta Recomendación reconoce que “las *obligaciones que incumben a los agentes no estatales de respetar la prohibición de la trata también dimanar de la norma imperativa (ius cogens)* que prohíbe la esclavitud, la trata de esclavos y la tortura (...)” (párrafo 15). (Énfasis nuestro). De la misma manera, el Comité insiste en que:

la obligación directa de los Estados parte de prevenir, investigar, enjuiciar y castigar los actos de trata de mujeres y niñas y de ofrecer reparación a las víctimas se extiende a los actos u omisiones de todos los autores, incluidos particulares, familiares y parejas, agentes y funcionarios estatales, organizaciones y empresas, así como agentes no estatales, incluidos los grupos terroristas armados. (párrafo 17)

Por tanto, el Comité recomienda a los Estados (párrafo 63.b) que para prevenir y combatir la trata desarrollen marcos normativos que permitan emprender acciones civiles tanto en el país de operación como en el de constitución, para los trabajadores de cadenas de suministro que resulten perjudicados por el incumplimiento de leyes obligatorias de debida diligencia (como las adoptadas en Francia o Reino Unido); para esto hay que considerar la necesidad de:

(i) investigar con prontitud, enjuiciar y castigar debidamente a quienes participan directamente en la trata y a quienes se muestran negligentes al afrontar o prevenir la trata (...) velando por que las sanciones impuestas sean proporcionales a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del delincuente. (párrafo 105)

Parece, entonces, que el propio Comité sugiere la necesidad de hacer compatibles los dos marcos normativos, el de normas obligatorias sobre diligencia debida para las empresas y el de responsabilidad penal por delitos de trata; dado que este último es insuficiente por sí solo, se torna necesario conectar la respuesta penal con el marco de los tratados internacionales de derechos humanos (CEDAW, 2020, párrafo 19).

Precisamente de esa combinación normativa para responder a la trata en las cadenas de suministro hablaba también, en el 2015, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, en su informe sobre la obligación de rendición de cuentas de los Estados y las empresas respecto a la prevención, mitigación y la reparación de las formas contemporáneas de la esclavitud en las cadenas de suministro:

esta obligación de proteger podría traducirse en una combinación inteligente de medidas para garantizar que las empresas asuman su obligación de respetar los derechos humanos, entre otras cosas mediante la diligencia debida en materia de derechos humanos en todas sus cadenas de suministro y que reparen los efectos adversos de sus actividades en los derechos humanos. (...) Hasta la fecha, los Estados han adoptado distintos enfoques para abordar esta cuestión, entre ellos

garantizar la responsabilidad penal, civil y extracontractual respecto de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas; establecer mecanismos para reglamentar dicho cumplimiento en la protección del comercio y el consumidor; y tenerlo en cuenta en las adquisiciones gubernamentales. La revelación de información y la transparencia también pueden incluirse entre las obligaciones jurídicas, en lugar de limitarse a las iniciativas voluntarias de responsabilidad social de las empresas. (ONU, Relatora formas contemporáneas de esclavitud, 2015, párrafo 30)

En sentido similar, en 2020, la Relatora Especial sobre trata de personas, especialmente mujeres y niñas, incidió en la necesidad de que las empresas apliquen medidas de diligencia debida relativas al respeto de derechos humanos y, al mismo tiempo, obligaciones de informar sobre las medidas adoptadas, así como de proporcionar recursos para las víctimas de trata en sus operaciones, incluidas sus cadenas de suministro (ONU, Relatora Trata, 2020, párrafo 3). En el mismo informe se subraya que:

(a) además de las obligaciones de los Estados con respecto a los tratantes no estatales individuales, sus obligaciones de diligencia debida para prevenir, investigar y penalizar la trata también requieren medidas con respecto a las empresas, que complementen las medidas que esas empresas pueden aplicar como parte de su obligación de adoptar un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos, como se establece en los Principios Rectores de las Empresas y los Derechos Humanos. En el contexto de las medidas de lucha contra la trata, la aplicación territorial y extraterritorial de los derechos humanos significa que las obligaciones de los Estados en materia de diligencia debida se ejercen extraterritorialmente respecto de quienes se encuentran dentro de su jurisdicción, incluidos los agentes nacionales no estatales (por ejemplo, las empresas). (párrafo 17)

A la espera del contenido, negociación y ratificación del potencial tratado internacional, sobre la base de que la diligencia debida ha sido tradicionalmente considerada en el ámbito del derecho internacional de los derechos

humanos como una herramienta para valorar en qué medida los Estados cumplen con sus obligaciones internacionales —y, más recientemente, abarca también la forma de los Estados de abordar la conducta de agentes no estatales (entre estos, las empresas)—, la conclusión inequívoca es que el derecho internacional de los derechos humanos plantea obligaciones a los Estados de regular el comportamiento de estos terceros. Por tanto, si las empresas vulneran estos derechos y los Estados incumplen su compromiso de prevenir, sancionar o reparar las acciones de estos agentes no estatales, estos serán signados como responsables (ONU, Relatora Trata, 2020, párrafo 17).

### **3. Trata y empresas: obligaciones internacionales de acceso a la justicia**

#### **3.1. La trata de seres humanos como fenómeno con impacto diferenciado de género**

La trata es un fenómeno que genera un impacto diferenciado en mujeres y niñas (ICAT, 2017). El Comité CEDAW, en su Recomendación General sobre trata, reconoce:

la naturaleza específicamente de género de las diversas formas de trata de mujeres y niñas y sus consecuencias, entre otras cosas respecto de los daños sufridos, y reconoce también que la trata y la explotación de la prostitución de mujeres y niñas es indudablemente un fenómeno que hunde sus raíces en la discriminación estructural por razón de sexo, que constituye violencia de género y que con frecuencia se ve agravado en los contextos del desplazamiento, la migración, la mayor globalización de las actividades económicas, en particular de las cadenas mundiales de suministro. (CEDAW, 2020, párrafo 10)

Multitud de informes e investigaciones han acreditado que la mayoría de las víctimas de trata son mujeres y niñas (UNODC, 2020). Si bien la mayoría de mujeres detectadas son víctimas de trata con fines de explotación

sexual, un gran número de ellas son también víctimas de trata con fines de trabajo forzoso (OIT, 2017). Una vez que las niñas y mujeres son captadas por la red de trata, las víctimas sufren una pérdida total de libertad. Además, se encuentran completamente expuestas a situaciones de violencia física, sexual y psicológica cuyos agentes son los propios miembros de la red, representantes de la autoridad en los países de tránsito y población civil de los mencionados países. Por ello, y pese a la extrema vulneración de sus derechos, las víctimas de trata se ven muy a menudo imposibilitadas de denunciar estas situaciones, dada la fuerte presión, coacción y amenazas de que son objeto por parte de las redes. Esto —unido al fracaso de las empresas para implementar políticas y prácticas con perspectiva de derechos humanos y género— permite que la trata con fines de explotación laboral continúe sin control dentro de las cadenas de suministro.

### **3.2. Las obligaciones de los Estados en materia de trata**

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), logró establecer un consenso internacional, de carácter vinculante, sobre la definición de la trata de personas. A pesar de esto, surgieron algunas voces críticas sobre la necesidad de incorporar una perspectiva de derechos humanos, una respuesta penal a la solución del fenómeno (Gallagher, 2012) y la inclusión y consideración de la perspectiva de las trabajadoras sexuales en el debate (Doezema, 2005). Además de este texto, en el artículo 6 de la Convención CEDAW se establece la obligación jurídica de los Estados de tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata.

En el ámbito regional —en la normativa específica sobre la trata de seres humanos aplicable a los Estados Parte del Consejo de Europa— destaca el Convenio contra la Trata de Seres Humanos, elaborado en Varsovia, el 16 de mayo de 2005 (Convenio de Varsovia), que constituye una *lex specialis* y un marco de referencia válido para interpretar los derechos y libertades recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

(CEDH) según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Para los Estados miembros de la Unión Europea, las obligaciones en materia de trata planteadas en el Convenio están reforzadas —además de por las disposiciones del Protocolo de Palermo— por las Directivas N.º 2004/81/CE y 2011/36/UE de la Unión Europea, del Parlamento Europeo y del Consejo; la segunda de ellas, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (Directiva 2011 o Directiva sobre trata). Esta Directiva también “reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines”.

El artículo 4 del CEDH impone a los Estados la obligación positiva de penalizar y perseguir, efectivamente, cualquier acto encaminado a reducir a un individuo a la servidumbre o someterlo a trabajos forzosos u obligatorios. El TEDH ha reconocido que la trata se encuentra comprendida dentro de lo previsto por el artículo 4, y ha establecido una serie de obligaciones positivas para los Estados en materia de trata: (i) garantizar la existencia de un marco jurídico nacional que asegure la protección efectiva y práctica de los derechos de las víctimas o potenciales víctimas de trata; (ii) tomar todas las medidas operativas necesarias para proteger a dichas víctimas; e, (iii) investigar toda situación de trata de manera efectiva (*Rantsev vs. Cyprus and Russia*, núm. 25965/04 y 286. ECHR 2010; *C.N. vs. the United Kingdom*, núm. 4239/08, §§ 67-69, ECHR 2012; *Siliadin vs Francia*, núm. 73316/01, §§ 89 y 122, ECHR 2005-VII, *T.I.*; *Others vs Grecia* núm. 40311/10, § 138, ECHR 2019; y, *S.M vs Croacia* [GC], núm. 60561/14, ECHR 2020). No se trata de una obligación de resultados sino de establecer los medios que permitan la identificación y el castigo de los responsables. Adicionalmente, en el caso *Chowdury and Others vs Greece*, núm. 21884/15, § 104, ECHR 2017, el TEDH reconoció que las obligaciones positivas del artículo 4 del Convenio deben interpretarse a la luz del Convenio de Varsovia, así como en la forma que el Convenio es interpretada por Grecia.

El derecho internacional de los derechos humanos también establece la obligación de los Estados de garantizar el derecho al recurso efectivo. Entre otros, este derecho está reconocido en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, artículo 6, la Convención sobre los derechos del niño, artículo 39, y la Convención contra la Tortura, artículo 14.

En el ámbito regional, el CEDH establece, en primer lugar, en su artículo 6, que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente, y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley. En segundo lugar, en su artículo 13 señala que todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional cuando sus derechos y libertades hayan sido violados. El TEDH, en su interpretación del Convenio, ha reconocido que, conforme con su artículo 4, los Estados tienen la obligación de implementar las medidas regulatorias necesarias que aseguren que las empresas no utilicen a víctimas de trata o de trabajo forzoso (caso *Chowdury and Others vs Greece*, § 104).

Sobre la trata y el acceso a la justicia, la Relatora sobre formas contemporáneas de esclavitud ha manifestado que:

los Estados tienen la obligación, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, de garantizar el derecho a interponer recursos, incluido el acceso equitativo y efectivo a la justicia y a obtener una reparación adecuada, eficaz e inmediata por violaciones de los derechos humanos. (ONU, Relatora sobre formas contemporáneas de esclavitud, 2015, párrafo 56)

Este informe reconoce que no son solo los Estados los que tienen obligaciones, sino que “si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos” (párrafo 57).

Por tanto, las mujeres víctimas de trata, en la medida en que han experimentado violaciones a sus derechos humanos, tienen derecho a un recurso efectivo por los daños que se les han causado. En estas garantías se encuentra implícito el derecho al remedio en casos de trata cometidos por empresas. Este acceso a la reparación debe incluso asegurarse cuando las vulneraciones se cometan fuera del territorio donde se encuentra domiciliada la empresa responsable.

#### **4. Desde el derecho internacional al Código Penal español: ¿modelo a seguir?**

Conforme con todo lo explicado, cabe concluir que: (i) los Estados están obligados a regular el comportamiento de las empresas, y desarrollar normas procesales que garanticen la responsabilidad extraterritorial por violaciones de derechos humanos y el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violaciones de las empresas en el extranjero; y que (ii) ambas obligaciones deben conectarse con la obligación de investigar la trata y de proteger y reparar a sus víctimas garantizando el acceso a la justicia.

A partir de esta primera conclusión, surgen nuevas interrogantes. Y es que si el derecho internacional de los derechos humanos no puede imponer obligaciones a agentes no estatales, pero existe una obligación estatal de regular su conducta, ¿qué naturaleza debe tener esta norma?, ¿es suficiente contar con normativa nacional sobre diligencia debida?; o, si tenemos en cuenta la gravedad de las violaciones objeto de regulación, ¿debemos hablar de responsabilidad penal de las empresas en el ámbito nacional? Más aún, si existe la obligación de investigar, perseguir y sancionar la trata de seres humanos, ¿cómo esta se traslada en relación con las víctimas de trata, respecto de las cuales existe una prohibición imperativa, también para las empresas? A continuación, responderemos a estas interrogantes en relación con el caso español.

Nos centramos en la respuesta penal, porque en España la participación de las empresas en planes de vigilancia, control y prevención de abusos a los



derechos humanos —extensibles a todas sus actividades y a toda su cadena de suministros— es una opción completamente voluntaria. No existen mecanismos judiciales o administrativos de supervisión o control de la adopción efectiva, por parte de empresas, de medidas de prevención o diligencia debida, como refiere el plan nacional de derechos humanos y empresa, ni sanciones directas por la falta de implantación de dichos mecanismos (Martin-Ortega, 2014).

A diferencia de lo que ha ocurrido en España, en Francia —por ejemplo— se promulgó, en marzo de 2017, una norma sobre diligencia debida, la *Loi de Vigilance*, que impone a las empresas la obligación de adoptar medidas de “vigilancia razonable” apropiadas para identificar y prevenir riesgos de atentados contra los derechos humanos, derivados de las actividades de la empresa o de aquellas sociedades que controla directa o indirectamente. Se podría argüir que esta respuesta es similar a la forma en que el Código Penal español establece los requisitos que debe cumplir un plan de prevención de delitos, como se expondrá en los siguientes apartados.

#### **4.1. La regulación del delito de trata en el Código Penal español**

A pesar de no existir normativa sobre diligencia debida obligatoria, desde diciembre del año 2010, con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal español, se produjo un gran avance en la responsabilidad de las empresas por vulneraciones de derechos humanos. Precisamente, en el preámbulo de la reforma de 2010 se hacía referencia a que esta obedecía a la necesidad de adaptar la norma penal a las obligaciones internacionales contraídas, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea.

A partir de entonces, en el ámbito jurisdiccional penal las víctimas pueden reclamar la responsabilidad de las personas jurídicas. Ahora esta responsabilidad se regula desde dos enfoques en la práctica jurisdiccional penal: (i) por la responsabilidad penal de la empresa como ente, por la comisión de un ilícito penal de los previstos en el catálogo de delitos que

pueden cometer las personas jurídicas; (ii) o bien, a través de la responsabilidad civil *ex delicto* que ya existía con anterioridad a la reforma de 2010.

Específicamente: una empresa puede ser penalmente responsable por la comisión de un número determinado de delitos que la misma ley indica (Dopico, 2018). Esto implica que no todas las vulneraciones de derechos humanos desarrolladas en el Código Penal como delitos pueden ser cometidas por la persona jurídica. Así, quedan fuera del catálogo otros delitos que en la práctica también pueden ser cometidos por empresas como, entre otros, delitos contra los derechos de los trabajadores, lesiones, secuestros y detenciones ilegales, amenazas, coacciones, extorsiones, la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural o las usurpaciones y allanamiento de morada.

Entre los delitos que sí pueden cometer y de los que se deriva responsabilidad penal para las empresas, se encuentra el delito de trata de seres humanos, previsto y penado en el artículo 177, Estados, del Código Penal. Al igual que ocurre con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la incorporación en el 2010 y posterior modificación de este precepto, en el 2015, responden a la necesidad de armonizar la legislación nacional con los estándares de derecho exigidos por los instrumentos internacionales y regionales referidos más arriba (Fernández, 2017).

El referido precepto castiga:

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*, *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. (Artículo 177.1 Estados)

Esta definición limita las formas de explotación que pueden considerarse un acto de *trata de personas* a una lista específica y limitada de prácticas de explotación, además de que no tipifica, en todos los supuestos, el consiguiente delito común equivalente en caso de consumación (porque la trata es un delito de intención que adelanta las barreras consumatorias, en el momento de la captación). Esto significa, por ejemplo, que el Código Penal español no prevé un delito autónomo de trabajo forzado, ni sanciona a las empresas por delitos contra los derechos de los trabajadores (García y Quintero, 2018). Por este motivo, en España existen voces que abogan por la necesidad de promulgar una ley integral de trata que abarque todas las formas de explotación e integre una protección más allá del Código Penal (Loria, 2019).

En relación con el objeto de este artículo, lo relevante es que el citado 177 Estados sí reconoce —en su apartado 7— la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables de este delito de trata: “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 Estados 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”.

Los criterios de imputación objetiva de delitos a las personas jurídicas se establecen en el artículo 31 Estados del Código Penal (apartado 1) y se exige que, para que una persona jurídica sea responsable de los supuestos previstos en esta norma, actúen en nombre o por cuenta de la tal persona y en su beneficio directo o indirecto. Así, se establecen dos títulos de imputación:

- (i) Se prevé que la persona jurídica responda si se constata la ejecución de un hecho típico por los representantes legales de la empresa o por aquellos que —actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica— están autorizados para tomar decisio-

nes en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma (artículo 31 Estados a).

- (ii) Si se comete un ilícito penal por quienes —estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior— han podido realizar los hechos dado que aquellos han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso (artículo 31 Estados b). Dicha responsabilidad se origina, aunque no se haya podido individualizar a la persona física o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella.

Además, sin realizar una mención expresa a la debida diligencia en materia de derechos humanos, el Código Penal contempla —como eximentes o atenuantes de responsabilidad— la existencia de modelos de organización empresariales orientados a la vigilancia y control idóneos para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se está investigando (artículo 31 Estados 2). Este precepto establece:

si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>. En

los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Y el apartado 4 del mismo artículo 31 establece:

Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Además, el propio Código Penal (artículo 31 Estados, apartado 5) establece cómo deben ser estos modelos de organización y gestión de los delitos, e indica que:

- (i) Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- (ii) Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con aquellos.
- (iii) Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- (iv) Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- (v) Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- (vi) Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización,

en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La implantación de los planes supone, en consecuencia, una opción completamente voluntaria de la empresa útil para el caso de que efectivamente se inicie un procedimiento penal por la comisión de algunos de los delitos que pueden derivar en responsabilidad penal para la persona jurídica. Sin duda, esta aproximación legal a la responsabilidad de las empresas plantea modelos de vigilancia y control que pueden asemejarse a un proceso de debida diligencia, tal como lo indican los “Principios Rectores”. Aunque su inexistencia no es sancionable —cuando sería idóneo que lo fuera—, lo cierto es que sin duda se trata de un avance hacia contar con normas de diligencia debida con consecuencias prácticas en caso de vulneraciones de derechos humanos y de falta de implementación de estas.

En ese sentido, si comparamos la aproximación al fenómeno del modelo español con la del modelo francés, la diferencia está en la particularidad de que la ley francesa de diligencia debida —además de establecer los requisitos que debe cumplir un plan de vigilancia— también regula los supuestos que provocan responsabilidad de las empresas por falta de debida diligencia. Así, la responsabilidad de las empresas francesas surge porque, en ausencia de estos planes, los terceros legitimados pueden reclamar directamente en la jurisdicción competente que la empresa debe tenerlos y que estos deben ser publicados; de modo que, en caso de incumplimiento de una orden judicial en tal sentido, se podrá imponer multas. Pero, además, de manera similar al enfoque penal español, conforme con la norma francesa, aquellos afectados por la falta de implementación de estos planes pueden demandar a la empresa en el seno de un procedimiento sobre responsabilidad civil y reclamar la reparación de los daños por las vulneraciones que la falta de desarrollo de estos planes les haya podido provocar. A pesar de que la respuesta francesa es también, sin duda, un ejemplo a seguir, la implementación práctica de estas obligaciones está empezando a generar algunos problemas (Savourey y Brabant, 2021).

#### **4.2. La jurisdicción de los tribunales penales españoles en casos de vulneraciones de derechos humanos extraterritoriales**

Una vez explicada la aproximación legal desde el punto de vista penal material, hemos de indicar que entre los obstáculos o limitaciones más significativos de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España se encuentran las dificultades procesales que surgen para establecer la responsabilidad de las entidades por su actividad en el extranjero.

Esto es así, en primer lugar, debido a la personalidad jurídica diferenciada de cada una de las entidades legales que generalmente componen los grupos empresariales cuando desarrollan su actividad en el extranjero (Pedraz, 2013). Al respecto, es importante distinguir que en el ordenamiento jurídico español existe la posibilidad de constituir empresas sucursales y filiales de la matriz que controla el grupo empresarial. Las sucursales carecen de personalidad jurídica, si bien existe la obligación de registrar a las que sí la constituyan, ya sea en territorio español, ya sea en territorio extranjero, toda vez que las sucursales se consideran como una suerte de representante-unidad más dentro del perímetro social. Por tanto, la persona jurídica matriz resultará directamente responsable de cualquier actuación desarrollada por la sucursal. En otras palabras, puede decirse que la sucursal, a diferencia de la filial, goza de una personalidad funcional al cumplimiento de sus fines y al servicio de su autonomía operativa de la casa matriz, sin patrimonio o personalidad jurídica independiente (Fernández del Pozo, 2020).

Por otro lado, téngase en cuenta que para la determinación de la nacionalidad española y, por consiguiente, para saber cuándo la ley española es la *lex societatis*, se utilizan distintos criterios legales (Vivas-Tesón, 2013). Así, a las sociedades civiles y las mercantiles personalistas les resulta de aplicación el artículo 28 del Código Civil y el 15 del Código de Comercio, respectivamente. Estos preceptos señalan que son españolas las sociedades constituidas y domiciliadas en España (Vivas-Tesón, 2013). A las sociedades mercantiles de capital se les aplica lo contemplado por el artículo 8 del

Real Decreto Legislativo N.º 1/2010, del 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que son españolas las sociedades domiciliadas en España (Vivas-Tesón, 2013). El domicilio de las sociedades es el lugar concreto elegido por las partes para la localización de su actividad jurídica, el cual ha de establecerse con rigurosa precisión en su documentación, tal y como se desprende del artículo 24 del Código de Comercio: “los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria harán constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturación, el domicilio (...)”. Así mismo, la importancia de su determinación queda también reflejada en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que “las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio”; por tanto, es necesaria su determinación para fijar la competencia territorial de los tribunales y juzgados españoles con el fin de conocer sobre las controversias surgidas en torno a las personas jurídicas.

Todo esto debe relacionarse con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), introducida por la Ley Orgánica N.º 1/2014, que limitó el alcance de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales penales españoles. Hasta el año 2009 esta ley reconocía el principio de justicia universal absoluta; no obstante, sus reformas (primero en el año 2009 y posteriormente en los años 2014 y 2015) han restringido significativamente el acceso a la justicia penal española por parte de víctimas extranjeras sin arraigo en nuestro país y la posibilidad de dirigir la acción contra extranjeros que no tengan la nacionalidad española o no se encuentren en territorio nacional (Pérez Cepeda, 2015).

Después de las referidas reformas, los principios en los que se basa la regulación de la jurisdicción penal de los tribunales españoles —respecto de delitos cometidos por personas jurídicas y conforme con lo previsto en el artículo 23 de la LOPJ— son los siguientes:

**Principio de territorialidad:** los tribunales españoles conocerán de los delitos que se cometan en territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves



españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales de los que España sea parte.

Aunque no se hace mención expresa de las personas jurídicas —si aplicamos este principio de territorialidad a los delitos de trata cometidos por empresas—, se podría concluir que la trata cometida por empresas con domicilio social en España obviamente sería perseguible por tribunales penales españoles, pero también si el delito fuera cometido por sucursales de las empresas matrices en el extranjero. En tal caso, se podría considerar que las sucursales no tienen personalidad jurídica propia y que, por ende, el delito se comete en territorio español, por ser la empresa matriz la que asigna el domicilio social del ente con personalidad jurídica, y además podría ser considerada como la responsable de la decisión o la beneficiaria indirecta o directa.

**Principio de nacionalidad y personalidad activa:** los tribunales españoles conocerán de los delitos cometidos en el extranjero cuando los responsables sean españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad española con posterioridad. Además de este requisito debe existir un delito análogo al cometido en el lugar de ejecución, que el Ministerio Fiscal o la víctima interpongan querrela.

Sobre la base del texto literal del precepto que recoge este principio de personalidad activa (apartado 2 del artículo 23 de la LOPJ) se desprende que está exclusivamente destinado a las personas físicas (“españoles o extranjeros”), excluyéndose así la competencia internacional de los tribunales españoles por delitos imputables a personas jurídicas cometidos en el extranjero. O bien, ¿podría alegarse que toda referencia a los sujetos activos —españoles y extranjeros— contenida en los criterios de extraterritorialidad debería abarcar, a su vez, a personas jurídicas? Esto podría suponer una construcción analógica respecto del apartado 4, donde sí se dirige expresamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y así podría argüirse que se estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9 de la Constitución española, por

falta de norma expresa de atribución predeterminada de la competencia a los tribunales españoles.

**Principio de especial protección:** los tribunales españoles son competentes en atención del bien jurídico protegido e independientemente de la nacionalidad del autor del delito, siempre que se trate de determinados delitos que están relacionados con la protección del Estado español, entre los que no se encuentra el delito de trata de seres humanos.

**Principio de justicia universal:** los tribunales españoles conocerán de los hechos cometidos, por español o extranjero, fuera del territorio español cuando estos sean susceptibles de tipificarse como determinados delitos, entre los que se incluye la trata de personas, y siempre que se cumplan una serie de requisitos. En los casos de trata, el apartado 4.m del artículo 23 de la LOPJ establece que ello será posible, entre otros supuestos no acumulativos, cuando “el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”. (Énfasis nuestro)

A diferencia de lo previsto en los anteriores principios, expresamente se recopilan en este apartado los delitos a los que es aplicable el principio de justicia universal y en qué casos podrá seguirse el procedimiento contra las personas jurídicas involucradas. Además, se concreta que —en todos los casos— las empresas deben tener su sede o domicilio social en España, aunque se hace mayor o menor precisión sobre el alcance de esta afirmación. Así, únicamente serían perseguibles en España la financiación del terrorismo, la trata de seres humanos y la corrupción entre particulares o en las transacciones internacionales, y solo respecto de las sucursales (y no las filiales) que tendrían como domicilio social el de la empresa matriz en España.

Nuevamente surge la posibilidad de considerar el hecho de que aunque una sucursal se registre en el extranjero, su domicilio social no será el del lugar del registro sino el de la matriz, de quien depende su personalidad jurídica.

Asumiendo la anterior hipótesis como cierta y añadiendo a ella que no puede realizarse una interpretación analógica del resto de preceptos, la conclusión sería que —en cuanto el delito de trata se cometa por parte de una empresa sin personalidad jurídica propia fuera del territorio español, conforme con la regulación procesal española— sí sería perseguible en España. En otras palabras, la trata de seres humanos cometida en el extranjero por las sucursales (y no las filiales) de empresas cuya matriz tiene domicilio social en España sería perseguible por los tribunales penales españoles.

Esta interpretación restrictiva significaría que quedarían exentas de responsabilidad las acciones de las filiales de las empresas españolas en el extranjero que cometieran este delito, porque —como tienen personalidad jurídica propia en el país en el que se asientan— el domicilio social no estaría en España, independientemente del control efectivo que la matriz tenga sobre la filial.

Sin embargo, lo expuesto debe ponerse también en relación con el hecho de que la Circular de la Fiscalía General del Estado N.º 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, advierte (conclusión 8.<sup>a</sup>) que para considerar que las personas jurídicas cometen la acción típica, no es necesario “que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social” (Fiscalía General del Estado, 2016); esto garantiza, aparentemente, que las víctimas puedan dirigir la acción contra la empresa filial, incluso aunque no sea la matriz la que provoque el daño inicial. Esta cuestión también podría ser objeto de debate a la luz de otros pronunciamientos sobre obstáculos procesales similares en otros países de nuestro entorno, como en Reino Unido, en el caso *Vedanta vs. Lungowe* (Cabot, 2020) o en Holanda, con el caso Shell, que abogan precisamente por analizar el control y el beneficio obtenido por la matriz, independientemente de dónde se cometen los hechos delictivos y/o el daño.

En este momento, y en la medida en que las circulares de la fiscalía no son vinculantes para los tribunales, la conclusión es que la regulación penal en España (material y procesal) pareciera restringir el acceso a la justicia de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas a determinados y muy limitados supuestos, entre los que sí se encuentra el delito de trata de seres humanos.

## 5. Conclusiones

Conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario que los Estados establezcan los marcos jurídicos y políticos adecuados para que las empresas cumplan con su responsabilidad de prevenir, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos que se producen en los casos de trata de seres humanos, y de garantizar el acceso a un recurso efectivo a sus víctimas. Esta obligación de reparación tiene una dimensión extraterritorial.

Si bien la responsabilidad internacional solo comprometería al Estado, el que incumple la norma posterior que origina esta responsabilidad estatal sería la empresa. Se trata pues de que los Estados promulguen marcos normativos en los que las violaciones de derechos humanos por parte de empresas tengan consecuencias jurídicas en el ámbito interno, y que incluyan normas procesales que garanticen la responsabilidad extraterritorial.

En relación con las víctimas de trata, este compromiso ha sido particularmente destacado recientemente por el Comité CEDAW, en su última Recomendación general sobre trata, en la que se reconoce la obligación de los Estados de desarrollar normas materiales y procesales que garanticen la responsabilidad extraterritorial por violaciones de derechos humanos y acceso a la justicia por parte de víctimas de violaciones de empresas, en el extranjero, incluidas las víctimas de trata. Además de este Comité, otros órganos de derechos humanos de Naciones Unidas han ido señalando la ruta que han de seguir los Estados para garantizar marcos normativos que —sobre la base de las normas internacionales— protejan a las víctimas de

trata y permitan enjuiciar los casos de trata de personas en contextos de operaciones comerciales extraterritoriales.

En la práctica, el desarrollo de esos marcos normativos ha sido multidisciplinar. Es sin duda un avance significativo hacia lograr un marco normativo vinculante el hecho de que cada vez más países dentro de la UE hayan adoptado normas de debida diligencia para las empresas y que, en la propia Unión Europea, se esté debatiendo una norma vinculante de diligencia debida cuyo incumplimiento podría derivar en responsabilidad civil en casos de daños. Sin embargo, la responsabilidad civil de las empresas no es suficiente en los casos de graves vulneraciones de derechos humanos, como la de trata de seres humanos, que son constitutivos de delito conforme con los estándares internacionales y nacionales de aplicación.

En España, particularmente, se han creado mecanismos que permitirían hacer efectivas, en parte, las obligaciones y/o sugerencias provenientes de la esfera internacional y regional. No obstante, el marco legal parece tener una implementación poco práctica en relación con el fenómeno que intenta regular, fundamentalmente por la falta de obligatoriedad en la adopción de medidas de diligencia debida y de previsión efectiva en lo que la actuación de las empresas en el extranjero se refiere.

No obstante, la regulación del delito de trata en el Código Penal español y la responsabilidad de las personas jurídicas por su comisión, incluso en el extranjero, es un ejemplo claro y paradigmático de la forma de trasladar algunas de las obligaciones internacionales de los Estados —derivadas de los tratados internacionales de derecho penal o derecho internacional de los derechos humanos, incluidas las disposiciones que impiden la discriminación por razón de género—, tanto en lo que se refiere a la persecución de la trata, como a la responsabilidad de las empresas.

Junto con lo expuesto, es imprescindible que se encuentren soluciones para remover los obstáculos de acceso a la justicia. En España es muy difícil para las víctimas acceder a un recurso efectivo que les garantice el acceso a la reparación, en el caso de violaciones de derechos cometidas por empresas

españolas, con personalidad jurídica propia en el extranjero. Esto es así porque existen importantes obstáculos procesales en el sistema de justicia español que dificultan, e incluso impiden, que este tipo víctimas obtengan justicia y reparación (particularmente cuando las víctimas son extranjeras, como ocurre en la mayor parte de los casos de trata de personas).

A pesar de las lagunas procesales de esta traslación, también la tipificación del delito de trata en el Código Penal español podría servir de ejemplo tanto sobre la forma de regular la responsabilidad penal de las empresas por violaciones de derechos humanos, como sobre la identificación de la ruta que hay que seguir para superar estas dificultades procesales en los casos de empresas transnacionales. A la espera de una interpretación integral por parte de los tribunales españoles que examine la responsabilidad penal de una empresa española (filial o sucursal de una empresa matriz con domicilio social en España), la conclusión obvia es que cualquier propuesta normativa que pretenda responder a la realidad del fenómeno de la responsabilidad de las empresas transnacionales en el extranjero puede fijarse en la normativa penal española sobre trata como buena práctica a seguir en estos casos.

Aun con todo esto, la respuesta limitada únicamente al derecho penal es insuficiente. Es urgente y necesaria una combinación de normas de diligencia debida obligatorias, similar a la francesa, por ejemplo, con consecuencias prácticas en caso de no implementación, junto con normas que exijan responsabilidad civil, laboral, administrativa o penal, según la naturaleza y gravedad del ilícito. Por último, siendo la normativa internacional y regional sobre trata un ejemplo paradigmático sobre la prohibición de la discriminación por motivos de género —y teniendo en cuenta que la crisis de la COVID-19 ha exacerbado vulneraciones de derechos que prevalecían antes del comienzo de la pandemia—, es ahora más necesaria que nunca la inclusión de la perspectiva de género en la debida diligencia de las empresas, y la integración de esta responsabilidad con las disposiciones que impiden la discriminación por razón de género a nivel internacional, regional y nacional. Es vital que tanto los actores estatales como los no estatales tomen las medidas necesarias para garantizar que cualquier iniciativa que se

ponga en marcha incorpore una perspectiva de género y reconozca que las violaciones de derechos humanos sufridas por las mujeres están arraigadas en la desigualdad de género.

## Referencias

### a. Libros y revistas

- Arenas, R. (2013). Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I Estados. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65(2), 377-382.
- Awori, S., Anumo, F., Córdova Montes, D. y Hughes, L. (2018). A feminist approach to the binding instrument on transnational corporations and other business enterprises. *Business and Human Rights Journal*, 3(2), 285-290.
- Bright, C. (2018). The civil liability of the parent company for the acts or omissions of its subsidiary: The example of the *Shell* Cases in the UK and in the Netherlands. En A. Bonfanti (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges* (pp. 212-222).
- Cabot, F. J. (2020). Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 63, 33-56.
- Cantú, H. (2016). ¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos Humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, 425-60.

- Carrasco, C. M. (2018). Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 707-728.
- Cossart, S., Chaplier, J. y Beau de Lomenie, T. (2017). The french law on duty of care: A historic step towards making globalization work for all. *Business and Human Rights Journal*, 2(2), 317-323.
- Doezema, J. (2005). Now you see her, now you don't: Sex workers at the UN Trafficking Protocol negotiations. *Social & Legal Studies*, 14(1), 61-89.
- Fernández, B. (2017). La trata de seres humanos en la legislación nacional e internacional y su relación con la protección internacional. *Nómadas*, 51(2), 157-168.
- Fernández del Pozo, L. (2020). Las sucursales (de sociedades): qué son y para qué sirven. *Revista de Derechos de las Sociedades*, 58(8), s/p.
- Galán, J. (2017). Búsqueda de consensos sobre empresas y derechos humanos: hacia un instrumento internacional vinculante. *American University International Law Review*, 32.4, 819-857.
- Gallagher, A. (2012). *The international law on human trafficking*. Cambridge University Press.
- García, Tania, Quintero, M. y Universidad Carlos III de Madrid (2018). *Trata de seres humanos y cadenas globales de suministro*.
- Gómez-Aller, J. D. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho penal económico y de la empresa*. 1.<sup>a</sup> edición (pp. 129-168).
- Hernández, J. y Ramiro, P. (2016). *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 26, 223-240.



- Iglesias, D. (2019). Deusto journal of human rights = Revista Deusto de derechos humanos, 4, 145-176.
- Lloria, P. (2019). El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39(XXXIX), 353-402.
- Márquez, C. (2015). La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los planes nacionales de acción. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 20, 65-66.
- Martín-Ortega, O. y Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (2014). *La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad*.
- Moltó, J. E. (2018). Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes: referencia al plan español. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 729-751.
- Pedraz, E. (2013) Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas. *La ley penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 101 (XXX), p. 5.
- Pérez, A. I. (2015). Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 3(1), 10-40.
- Savourey, E. y Brabant, S. (2021). The french law on the duty of vigilance: Theoretical and practical challenges since its adoption. *Business and Human Rights Journal*, 6(1), 141-152.
- Vivas-Tesón, I. (2013). La implementación de los Principios Rectores ONU sobre empresas y derechos humanos en España. *Cuadernos Ibero-Americanos de derecho sanitario*, 2(2), 870-880.

## **b. Pronunciamientos de órganos internacionales y regionales**

CEDAW. (2010). Recomendación general número 28: Las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (2010, 16 de diciembre). ONU CEDAW/C/GC/28. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement>

CEDAW. (2016). Recomendación general número 34 sobre los derechos de las mujeres rurales (2016, 7 de marzo). CEDAW/C/GC/34. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/34&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/34&Lang=en)

CEDAW. (2018). Recomendación general número 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático (2018, 13 de marzo). 2 CEDAW/C/GC/37. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/CEDAW\\_C\\_GC\\_37\\_8642\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_37_8642_E.pdf)

CEDAW. (2020). Recomendación general número 38 sobre trata de mujeres y niñas en el contexto global de migración mundial (2020, 20 de noviembre). CEDAW/C/GC/38. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=-CEDAW/C/GC/38&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=-CEDAW/C/GC/38&Lang=en)

Comisión de Derechos Humanos. (2004). Decisión 2004/116, Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (2004, 20 de abril). [http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/decisions/E-CN\\_4-DEC-2004-116.doc](http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/decisions/E-CN_4-DEC-2004-116.doc)

Comisión Europea. (2011). Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia renovada de la UE para el 2011-

2014 sobre la responsabilidad social de las empresas (2011, 25 de octubre). COM (2011) 681 final. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2011\)0681\\_/com\\_com\(2011\)0681\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0681_/com_com(2011)0681_es.pdf).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2017). Observación general número 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. E/C.12/GC/24. <https://undocs.org/en/E/C.12/GC/24>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2018). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (2018, 25 de abril). E/C.12/ESP/CO/6. <https://undocs.org/en/E/C.12/ESP/CO/6>

Comité de Derechos Humanos, 80.º período de sesiones. (2004). Observación general número 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (2004, 29 de marzo) (2187.ª sesión). (CPR/C/21/Rev.1/Add.13. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F21%2FRev.1%2FAdd.13&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F21%2FRev.1%2FAdd.13&Lang=en)

Comité de los Derechos del Niño. (2014). Observación general número 16. Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño (2014, 17 de abril). CRC/C/GC/16. <http://undocs.org/es/CRC/C/GC/16>

Comité de Ministros del Consejo de Europa, declaración reconociendo la importancia de los Principios Ruggie. Disponible (en inglés y francés) en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c6ee3](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c6ee3)

Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomendación sobre derechos humanos y empresas en la que reconocía que las empresas

tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos (en inglés y francés). [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4)

Consejo de Derechos Humanos. (2014). Resolución 26/9. Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. 26.º período de sesiones (2014, 14 de julio). A/HRC/RES/26/9.

Consejo de Derechos Humanos. (2011). Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Resolución 17/4 (2011, 6 de julio). A/HRC/RES/17/4. <https://undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4>

Consejo de la Unión Europea. (2016). Conclusiones del Consejo sobre las Empresas y los Derechos Humanos. (2016, 20 de junio). 10136/16 COHOM 70 CONUN 113 DEVGEM 126 FREMP 109 COPS 186 CFSP/PESC 476. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10254-2016-INIT/es/pdf>

European Parliament. (2019). Directorate-General for External Policies of the Union. Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries. Publications Office. [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO\\_STU\(2019\)603475](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_STU(2019)603475)

European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality. (2018). The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: The need for a human rights and gender based approach. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL\\_STU\(2018\)604966\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL_STU(2018)604966_EN.pdf)

Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro (2020, 6 de abril). <https://undocs.org/es/A/HRC/44/45>

Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas. (2019). Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre Empresas y los Derechos Humanos (2019, 23 de mayo). A/HRC/41/43. [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/41/43](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/41/43)

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” (2011, 21 de marzo). A/HRC/17/31. [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31\\_AEV.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf)

Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales (2011). <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement?](http://ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement)

Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias Urmila Bhola. (2015, 8 de julio). A/HRC/30/35. <https://undocs.org/es/A/HRC/30/35>

Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. (2003). Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (2003, 26 de agosto). E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. <https://undocs.org/en/E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2>

### **c. Otros recursos electrónicos**

Business Human Rights Resource Center. (2019). National movements for mandatory human rights due diligence in European countries

(2019). <https://www.business-humanrights.org/en/national-movements-for-mandatory-human-rights-due-diligence-in-european-countries>

Circular Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Circular\\_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af)

De Schutter, Olivier (2006). Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational corporations. *Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain*. <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-de-Schutterreport-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>

Europe Coalition for Corporate Justice y DeJusticia. Assessments of existing national action plans (naps) on business and human rights August 2017 update. [http://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/nap\\_assessment\\_2017update\\_final.pdf](http://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/nap_assessment_2017update_final.pdf)

Götzmann, N. y Lorion, S. (2020). *Instituciones nacionales de derechos humanos y el acceso a la reparación en el contexto de las empresas y los derechos humanos*. Instituto Danés de Derechos Humanos. [https://www.rindhca.org/images/publicaciones/redes\\_indh/buenas\\_practicas/NHRIs\\_and\\_BHR\\_Remedies\\_Part\\_1\\_Spanish.pdf](https://www.rindhca.org/images/publicaciones/redes_indh/buenas_practicas/NHRIs_and_BHR_Remedies_Part_1_Spanish.pdf)

Hoff, Anneloes (2019). Dutch child labour due diligence law: a step towards mandatory human rights due diligence. (OxHRH Blog, 10 June 2019). <http://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence>.

Instituto Danés de Derechos humanos. (2018). Las mujeres en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. Identificación de temas que los Estados deben considerar en los procesos de implemen-

tación de los Principios Rectores sobre Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. [https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/migrated/dihr\\_bhr\\_gender\\_mapping\\_esp\\_2018.pdf](https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/migrated/dihr_bhr_gender_mapping_esp_2018.pdf)

López, C. (2018). *Towards an International Convention on Business and Human Rights (Part I and Part II)*. <http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/>

OIT. (2017). Global estimates of modern slavery forced labour and forced marriage. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)

The Inter-Agency Coordination Group against Trafficking in Persons. (2017). The gender dimensions of human trafficking, Issue Brief 4 <http://icat.network/sites/default/files/publications/documents/ICAT-IB-04-V.1.pdf>

UNODC. (2020). Global report on trafficking in persons. [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf)





# PERSECUCIÓN PENAL DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DURANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

*Marta Pardo Miranda<sup>1</sup>*

## Resumen

Tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y con posterioridad, se han sucedido una serie de medidas adoptadas como consecuencia de la pandemia mundial, tanto económicas como de seguridad ciudadana, que afectan a todos los sectores. La criminalidad organizada no para y los tratantes encuentran vías para aprovecharse de las circunstancias de especial vulnerabilidad. Se teme que la COVID-19 esté haciendo que la tarea de identificar y dar asistencia a las víctimas de la trata de personas sea aún más difícil.

Las víctimas de trata están más expuestas a contraer el virus, los organismos están menos equipados para prevenirlo, y las víctimas tienen menos acceso a los servicios de apoyo y a la asistencia sanitaria. El ajuste de las prioridades por parte de los gobiernos durante la pandemia, los incrementos dramáticos en el desempleo y la reducción de ingresos, especialmente para salarios bajos, han supuesto que un número significativo de personas que ya eran vulnerables se encuentren en una situación aún más precaria.

---

1 Doctoranda en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas en la Universidad de Almería. Área de Derecho Penal. Línea de investigación “El delito de trata de seres humanos”.

Resulta por ello necesario sentar las líneas básicas de este delito para, después, cuestionarnos qué efectos está teniendo sobre él la situación excepcional provocada por la COVID-19 en las víctimas y qué medidas podrían adoptarse para mejorar su situación, así como para evitar que la pandemia afecte la incriminación del delito y quede impune la actuación del crimen organizado.

El efecto de la pandemia puede ser diverso: en el ámbito jurídico, procedimientos, inspecciones policiales y laborales, asistencia a las víctimas o, incluso, *modus operandi* de las organizaciones criminales pueden verse alterados a consecuencia de las medidas adoptadas por los gobiernos. La paralización de determinados servicios puede y ha podido repercutir en el delito. Cuestiones como ¿han aumentado los casos de trata de personas?, ¿se han paralizado actuaciones policiales y judiciales?, ¿han aprovechado las circunstancias los tratantes?, ¿las víctimas reciben el apoyo necesario?, ¿las ONG e instituciones han tenido problemas para llevar a cabo su labor?, ¿las consecuencias económicas de la pandemia van a afectar a la lucha contra la trata?, son solo algunas de las que se plantean en estos momentos.

**Palabras claves:** Delito, Trata de seres humanos, Pandemia, Explotación sexual, Víctimas, Vulnerabilidad, Derechos humanos, Crimen organizado.

### Sumario

1. *El delito de trata de seres humanos en España.* 2. *Bien jurídico protegido.* 3. *Etiología y datos del delito de trata de seres humanos.* 4. *Breve referencia a la estructura del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.* 5. *La trata de personas y la pandemia provocada por la COVID-19.* 5.1. *Efectos penales.* 5.2. *Medidas adoptadas en España.* 6. *Conclusiones. Referencias.*

## 1. El delito de trata de seres humanos en España

No siendo este un estudio pormenorizado sobre el concepto de trata de personas y los diversos instrumentos legislativos que han perseguido el delito de trata de seres humanos, resulta a todas luces necesaria una breve reflexión al respecto.

El *Diccionario de la lengua española* define la *trata* como “Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos” (Real Academia Española, 2021). Un concepto relativamente reciente, siendo a partir de la creación de la ONU el momento en que crece el interés internacional por él, así como por la persecución y la lucha cooperativa contra la trata de personas. Son muchos los instrumentos internacionales promulgados, pero es a partir de 1948 cuando se inicia un nuevo período con medidas más significativas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ya disponía en su artículo 4 que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. En 1949 se aprueba el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 2 de diciembre.

No obstante, el instrumento internacional más importante sería la Convención de Palermo de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional y sus dos protocolos, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, y el Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que permitirían al legislador español justificar las reformas de nuestro texto penal en las supuestas exigencias de una u otra Acción Común, Directiva o Decisión Marco de la Unión Europea hasta la Directiva N.º 2011/36/UE.

El propio prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional dispuso que la comunidad internacional

demonstró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. “Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley”, decía (Naciones Unidas, 2000).

El artículo 3 del Protocolo de Palermo define 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. 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.

Este es el concepto normativo internacional de trata según la doctrina mayoritaria (Villacampa Estiarte, 2019, p. 22).

En España, la tipificación de la trata con fines de explotación sexual comienza a regularse con el artículo 452 *bis* a) 1º del CP de 1973, que, si bien no se refiere al tráfico de personas, tiene, o tenía, una gran repercusión en este. Así disponía penas de prisión menor en grado máximo y multa a quien “cooperare o protegiere la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España o su recluta de la misma” (Decreto N.º 3096/1973, 1973).

Como reflejo de un radical sistema prohibicionista se tipifican todo tipo de conductas relativas a la prostitución, distinguiendo que se cometa con menores o mayores de 23 años de edad. Respecto a los mayores se tipificaba cualquier clase de inducción o colaboración con ella (proteger, reclutar, determinar coactivamente, retener para la prostitución), y respecto a los menores de 23 no solo la promoción de la prostitución sino también la inducción incluso con voluntad de los menores de dicha edad, o la colaboración en la estancia de menores en “casas o lugares de vicio”.

Este artículo desaparece en el CP de 1995, en el que solo se castigan las formas de favorecimiento de la prostitución entre adultos que supusieran un actuar coactivo, fraudulento o abusivo.

A la vista de lo que según la Acción Común debía regularse, con la introducción del artículo 188.2 se satisfacían buena parte de sus requerimientos, puesto que la explotación sexual ya podía considerarse suficientemente incriminada a través de los delitos sexuales del Título VIII. Lo único que parecía faltar era castigar el tráfico para la explotación sexual. Eso es lo que hizo la LO N.º 11/1999, por la que se introdujo el tráfico para la explotación sexual en el Título VIII, con el matiz de ubicarlo entre los delitos relativos a prostitución y corrupción de menores, lo que hasta el traslado al Título XV *bis* condicionó su interpretación (Cugat Mauri, 2006, p. 80).

La derogación del artículo 452 *bis* d) castigaba lo que la doctrina y la jurisprudencia han llamado “tercería locativa”, figura jurídica que, como sabemos, se refiere al lugar que se proporciona a la persona prostituida, el negocio consistente en la explotación de la prostitución ajena.

La Ley Orgánica N.º 11/99, de 30 de abril, modificó el Título VIII del Libro II del Código Penal e incluyó el tráfico con fines de explotación, Capítulo V, “Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. El artículo 188.2 castigaba 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”.

Como vemos, hasta el año 2000 la criminalización de la trata, tanto laboral como sexual, no presentaba autonomía e independencia propias, sino que se encontraba difuminada en varios preceptos del Código Penal, lo que producía diversos problemas interpretativos (Daunis Rodríguez, 2013, p. 59).

Finalmente, la autonomía del delito de tráfico de seres humanos vino de la mano de la LO N.º 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO

N.º 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, que crea el Título VII *bis* bajo la rúbrica “la trata de seres humanos”.

Así, el nuevo artículo 177 *bis* 1 dispone:

Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) Extraer sus órganos corporales.

En 2015, con la LO N.º 1/2015, de 30 de marzo, se introduce una modificación parcial de los apartados primero y cuarto (letras ‘a’ y ‘b’) del artículo 177 *bis* CP. Se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores; se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la directiva europea; y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

## 2. Bien jurídico protegido

La mayor parte de la doctrina aboga por dos bienes jurídicos individuales: la dignidad humana y la integridad moral. Aunque no faltan autores que han defendido que el bien jurídico objeto de protección en el artículo 177 *bis* es de naturaleza supraindividual.

Parte de la doctrina inicialmente consideró que el bien jurídico protegido es el interés estatal en el control de los flujos transfronterizos de personas

como medio para mantener la política migratoria establecida por el Estado español en el marco más amplio de la Unión Europea. Dicha idea se vio reforzada tras la inclusión de la inmigración clandestina en el tipo básico de estos delitos, junto al tráfico ilegal de personas, a través de la LO N.º 11/2003, de 29 de septiembre (De León Villalba, 2003, p. 332; Palomo del Arco, 2001, p. 176; Arroyo Zapatero, 2001, pp. 32-33; Álvarez Álvarez, 1999, p. 355; Maqueda Abreu, 2004, p. 42).

No obstante, el bien jurídico control de los flujos migratorios ha sido criticado por un amplio sector doctrinal. Un interés legítimo del Estado no puede ser elevado a la categoría de bien jurídico penal sin quebrantar los principios del derecho penal (Pérez Cepeda, 2006, pp. 117-118). Además, esta idea quedó superada con la creación del tipo autónomo del artículo 177 *bis* CP diferenciado del tráfico de inmigrantes.

La mayoría de la doctrina comprende como bien jurídico objeto de protección la dignidad humana entendida como fundamento de todos y cada uno de los derechos fundamentales, lo justifica en su ubicación sistemática, supone para la mayoría un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren (Cugat Mauri, 2010, p. 160; Iglesias Skulj, 2015, p. 599; Lloria García, 2010, p. 297; Muñoz Cuesta, 2011, p. 2; Queralt Jiménez, 2010, p. 183; Villacampa Estiarte, 2010, p. 1108). Parece ser el resultado de un complejo mosaico cuya base está constituida por la dignidad personal (Pérez Alonso, 2017a, p. 352).

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica N.º 5/2010, de 22 de junio, decía:

El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Otros remarcaron que la Constitución no reconoce la dignidad como derecho fundamental y la imposibilidad de darle un contenido positivo, lo que los llevó a entender como bien jurídico protegido “la integridad moral” (Pérez Alonso, 2017b, p. 146), definida por el Tribunal Constitucional como “el derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos”.

También se debe añadir la libertad, en sentido amplio, como bien jurídico protegido, ya que la libertad posee las características que le faltan a la integridad moral y aquellas que no tiene la dignidad para erigirse en bien jurídico protegido del delito de trata de seres humanos. Es nombrada en todos los textos internacionales y comunitarios, tanto en los específicos sobre trata, como en aquellas declaraciones de derechos del hombre: “si hay un derecho que pueda erigirse en bien jurídico protegido de manera directa por sus características expuestas y por su relación con el resto, ese es la libertad” (Gavilán Rubio, 2015, p. 142).

En nuestra opinión, las dudas que surgieron inicialmente respecto al bien jurídico tutelado quedaron resueltas con la LO N.º 5/2010, pues la propia ubicación sistemática del delito entre los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la libertad sexual —delitos contra bienes jurídicos individuales— y la propia rúbrica del nuevo Título VII *bis*, “de la trata de seres humanos” más adecuada, hace que su tipificación nada tenga que ver con la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios sino con la dignidad de la persona. Muestras de ello son tanto la Decisión Marco N.º 2002/629 (2002/629/JAI) así como el Convenio de Varsovia, que identifican la trata como una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas.

Algunos han apostado por el carácter pluriofensivo y lo fundamentan en la violación del derecho a la integridad moral y el derecho a la libertad; es el proceso de despersonalización de la víctima, junto a su privación de libertad, lo que provoca un sentimiento de humillación y degradación personal, que constituye la esencia del bien jurídico a proteger frente al proceso de



trata y lo que sirve de fundamento a la autonomía de este delito frente a los delitos en los que se pueda concretar (Pérez Alonso, 2021, pp. 545-546).

De forma expresa, la Decisión Marco considera que la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y de la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción.

### **3. Etiología y datos del delito de trata de seres humanos**

Respecto al origen y causas de la trata de seres humanos, no es posible priorizar tan solo alguna, habida cuenta de que su complejidad requiere una explicación poliédrica. Se considera que su emerger se explica por un conjunto de razones, caracterizadas como *push-pull factors*, ya se observe el fenómeno desde el lado de la demanda, con el consiguiente efecto de atracción (*pull*), ya desde el lado de la oferta, con el efecto de propulsión (*push*) (Villacampa Estiarte, 2016).

Factores como la inestabilidad política, la existencia de conflictos bélicos o las catástrofes naturales son susceptibles de generar la decisión de abandonar el país en busca de alternativas en otros lugares más estables (Iglesias Skulj, 2013, p. 208).

Según la Fiscalía de Extranjería, son víctimas potenciales aquellas mujeres en situación de prostitución bajo la dependencia o dirección de un proxeneta; y se consideran víctimas en situación de grave riesgo las de edad inferior a 21 años, en situación irregular o que residen en el lugar donde están en situación de prostitución (régimen acuartelado).

No siendo este un análisis estadístico de la evolución de casos, resulta conveniente, sin remontarnos a años muy lejanos, tener una visión de lo que a nivel estadístico supone el delito de trata. En el año 2015, el 77 % de las diligencias de seguimiento por delito de trata correspondían a la finalidad de explotación sexual, siendo en estos casos la gran mayoría de las víctimas

mujeres extranjeras, mientras que entre los detenidos o investigados la mayoría eran hombres. En el año 2016, el total de víctimas de trata con esta finalidad ascendía a 392, siendo todas mujeres, entre las que se encontraba una transexual. Eran mayores de edad 336; menores, 25, y había una mujer con discapacidad intelectual. Las víctimas de prostitución cualificada ascendían a 60: 46 mujeres mayores de edad, 8 mujeres menores de edad y 6 hombres mayores de edad (FGE, 2019).

Los datos más recientes, correspondientes a 2019, reflejan que sigue siendo preponderante la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. El número de DSTSH abiertas durante 2019 ha alcanzado la cifra de 131 (57 más que el año 2018) (FGE, 2020).

#### **4. Breve referencia a la estructura del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual**

El tipo descrito en el artículo 177 *bis* 1 b) es un delito mutilado de dos actos en los que la perfección del tipo se alcanzará cuando el tratante realice una de las conductas indicadas: *captar, transportar, trasladar, acoger, recibir e intercambiar el control*, y, además, una de las finalidades de explotación igualmente enumeradas en el tipo, en este caso, *explotación sexual*. No requiere, por tanto, que objetivamente se produzca la referida explotación para que el delito se consuma (Villacampa Estiarte, 2010a, p. 841).

Nos encontramos ante un delito mixto alternativo, en el que la realización de una de las distintas conductas descritas es suficiente para la consumación del delito (Mir Puig, 2006, p. 34).

Por tanto, la trata de personas gira en torno a tres ejes, tal y como exige el Protocolo de Palermo: la conducta típica, los medios de doblegamiento de la voluntad de la víctima y los fines de explotación. Pero, a diferencia de lo establecido en el Protocolo de Palermo, los fines de explotación se han ubicado en un listado cerrado que impide sancionar la trata de seres humanos cometida con otras finalidades de explotación (Moya Guillem, 2021, p. 299).

Estas acciones deben llevarse a cabo sobre persona nacional o extranjera, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación, bien de superioridad del sujeto pasivo, bien de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, tomando como referencia siempre que el sujeto pasivo debe tener algún contacto con el territorio español.

En cuanto al *iter criminis*, la captación se suele producir en el país de origen de las víctimas, que puede que coincida con el país de nacionalidad de la víctima en los casos de trata interna; el transporte supone desplazamiento y, normalmente, el cruce de fronteras a través del país de tránsito y, finalmente, la explotación en el país de destino.

Los medios comisivos señalados son la *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*, salvo víctima menor de edad.

Estas conductas han de ser objetivamente idóneas (*ex ante*) para poner a la víctima en peligro de explotación, con independencia de su efectiva realización o no, y, con ello, deben poner en peligro los bienes jurídicos de la víctima relacionados con esas otras conductas de explotación. De no interpretarse así, el alcance del tipo sería ilimitado y perdería su sentido en tanto delito de trata de seres humanos; además, así se explicaría (sin perjuicio de su carácter excesivo) la pena prevista para el tipo básico (Pomares Cintas, 2011, p. 134).

Además, cuando la conducta afecte a una pluralidad de personas, lo razonable, atendido el bien jurídico protegido, es apreciar en concurso real tantos delitos cuantos sean el número de aquellas, desechando apreciar la continuidad delictiva (Cuerda Arnau, 2019, p. 207).

Respecto a la conducta típica *explotación sexual*, el Protocolo contra la Trata de Personas aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual solo en el contexto de trata de personas. Los Estados

deliberadamente decidieron no definir ninguno de los términos, asegurando que el Protocolo “no tiene prejuicio sobre cómo los Estados Partes abordan la prostitución en sus respectivas leyes nacionales”. Un entendimiento similar se adjunta a la disposición equivalente del Consejo del Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata (UNODC, 2015, p. 23).

Por su parte, la *explotación sexual*, también indefinida en el Protocolo, no tiene una definición acordada en el derecho internacional, aunque ha habido varios intentos. No es parte del lenguaje del derecho internacional en materia de derechos humanos, excepto en el contexto de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño identifica las siguientes prácticas como *explotación sexual de niños*: (a) La inducción o coacción a un niño para que participe en cualquier actividad sexual ilegal; (b) El uso de niños para su explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; (c) El uso de niños para su explotación en espectáculos y material pornográfico. Otros instrumentos internacionales incorporan una comprensión similar de la explotación sexual infantil (Naciones Unidas, 1989).

En el artículo 177 *bis* de nuestro Código Penal, el término *explotación sexual* se caracteriza por su amplitud. No solo se incluirían en esta finalidad la explotación de la prostitución ajena forzada o la pornografía, sino que esta incorporaría cualquier actividad de contenido sexual que, de llegar a producirse efectivamente, ganase relevancia penal como delito contra la libertad sexual (García Arán, 2006, pp. 230-231). Estamos ante una nueva realidad que ha modificado el concepto tradicional de esclavitud (Fernández Hernández, 2019, p. 156) y que confronta dos voluntades de sentido opuesto: la del responsable penal que quiere que un tercero realice actos de prostitución, seguramente para lucrar con las ganancias que de ellos se derivan, y la de la víctima, quien, a causa de las maniobras del primero, queda expuesta en contra de su voluntad al comercio sexual que entraña la prostitución y a su victimización sexual (González Tascón, 2020, p. 15).

## 5. La trata de personas y la pandemia provocada por la COVID-19

Sentadas las líneas básicas de este delito, nos cuestionamos qué efectos está teniendo sobre él la situación excepcional provocada por la enfermedad COVID-19 en las víctimas y qué medidas podrían adoptarse para mejorar su situación, así como para evitar que la pandemia haga estragos sobre el camino ya recorrido en la lucha contra la trata de seres humanos.

Piénsese en el efecto sobre procedimientos, inspecciones policiales y laborales, asistencia a las víctimas o, incluso, *modus operandi* de las organizaciones criminales. La paralización de determinados servicios puede tener efectos sobre el delito. Cuestiones como: ¿han aumentado los casos de trata de personas?, ¿se han paralizado actuaciones policiales y judiciales?, ¿han aprovechado las circunstancias los tratantes?, ¿las víctimas reciben el apoyo necesario?, ¿las ONG e instituciones han tenido problemas para llevar a cabo su labor?, ¿las consecuencias económicas de la pandemia van a afectar a la lucha contra la trata?, son solo algunas de las que se plantean.

### 5.1. Efectos penales

En un primer momento, podemos creer que las medidas adoptadas durante el estado de alarma permiten disuadir la delincuencia, por el confinamiento de la población y la mayor presencia policial, pero la UNODC ha señalado que han podido contribuir a que esta sea más clandestina.

En el delito de trata de personas, los delincuentes están ajustando sus modelos de negocio a la “nueva normalidad” creada a partir de la pandemia, especialmente mediante el uso indebido de nuevas tecnologías. Al mismo tiempo, la COVID-19 tiene un impacto en la capacidad de autoridades estatales y organizaciones no gubernamentales en la provisión de servicios esenciales a las víctimas. Por otro lado, la pandemia ha agravado las desigualdades económicas y sociales sistémicas que se encuentran entre las causas subyacentes de la trata de personas (UNODC, 2020).

Los gobiernos están reasignando recursos para combatir la pandemia y la Policía desempeña nuevas tareas para hacer cumplir el confinamiento y el distanciamiento social, lo que afecta su capacidad normal de operación. Bajo estas condiciones, existe un peligro inminente de que la investigación de trata de personas pase a tener menor prioridad y se reduzcan las inspecciones preventivas de sitios y casos sospechosos.

Lo anterior puede influir en los arrestos, las investigaciones, los enjuiciamientos y las condenas, lo que da lugar a un clima de impunidad en el que los tratantes pueden operar con un riesgo aún menor de detección y condena.

Los sistemas de justicia están ofreciendo servicios limitados. La resolución de casos puede interrumpirse y retrasar la justicia para las víctimas, así como su adecuada asistencia y atención.

Los tratantes aprovechan este contexto internacional. Es fácil pensar que las niñas y niños están más expuestos, que cambian las formas de explotación. Vemos cómo están aumentando los casos de explotación en pisos clandestinos. Por otro lado, las víctimas no tienen acceso a la información sobre la pandemia, la falta de ganancias puede aumentar la violencia, la falta de distanciamiento social de la víctima empeora su situación y, además, no poseen documentación, lo que imposibilita su acceso a los servicios.

Las medidas adoptadas durante el estado de alarma pueden impulsar a mediano plazo un incremento de la trata y el tráfico de personas, porque las formas lícitas de viajar son aún más limitadas y a muchos no les queda otra opción que recurrir a redes ilegales.

“Los cierres y las restricciones también resultan a menudo en rutas y condiciones más arriesgadas, así como en precios más altos, exponiendo a los migrantes y refugiados a mayores abusos y explotación”, resume la UNODC (2020).

Es probable que la recesión económica mundial, que conlleva un fuerte aumento en las tasas de desempleo, incremente la trata transfronteriza de

personas, agrega el informe, y recuerda que en el período 2007-2010 se pudo observar también esa tendencia. El aumento de la pobreza debido a la pandemia en muchos países puede llevar a que muchas más personas caigan en redes de trata. Concluye el informe que el impacto económico negativo de la pandemia puede mitigarse mediante inversiones para facilitar la recuperación y proporcionando vías legales y seguras para refugiados y migrantes (UNODC, 2020).

Los aliados de la UNODC han reportado que más niños y niñas están siendo forzados a salir a las calles en busca de alimentos e ingresos, lo que incrementa su riesgo de explotación. El cierre de escuelas no solo ha dificultado el acceso a la educación, sino que también, en algunos casos, ha impedido el acceso a lo que era la principal fuente de refugio y alimentación.

“Al mismo tiempo, están emergiendo nuevas oportunidades para que el crimen organizado se beneficie de las crisis”, afirma el jefe de la sección de Trata de Personas de la UNODC, el señor Ilias Chatzis. “Esto significa que los tratantes pueden volverse más activos y aprovecharse de personas que son incluso más vulnerables que antes, pues han perdido su fuente de ingresos debido a las medidas para controlar el virus” (UNODC, 2020).

La UNODC recomienda a los gobiernos que adopten medidas para asegurar que, al tiempo que se respetan las restricciones de viajes y la libertad de movimiento, también se garantice el acceso a los servicios esenciales para víctimas de trata de personas sin discriminación.

El hecho de que la población se halle confinada tiene como consecuencia la caída de la delincuencia urbana. En cambio, pueden aumentar los delitos relacionados con la violencia intrafamiliar: agresor y víctima se hallan en el mismo espacio y aislados, una situación que favorece al agresor, quien ve su control sobre la víctima aumentado.

Por otro lado, las horas transcurridas en casa teletrabajando o simplemente delante de algún dispositivo conectado a internet también nos hacen más vulnerables frente a ataques informáticos. En estos momentos somos más

dependientes del ciberespacio que nunca; esta dependencia crea vulnerabilidad, explotada por los delincuentes a través de intentos maliciosos de lucrar con esta situación. Además, la extrema pobreza en algunos países puede desembocar en situaciones de saqueo o incluso en enfrentamientos armados.

El resultado son nuevos mercados ilícitos y, por tanto, nuevas oportunidades para las organizaciones criminales.

Las medidas restrictivas limitan la capacidad para investigar casos de trata de personas e identificar víctimas. Así mismo, otros actores que pueden detectar víctimas de trata, como los inspectores de trabajo, los trabajadores sociales, el personal sanitario y las ONG se encuentran actualmente limitados en su acción contra la trata. A merced de sus traficantes y explotadores, muchas víctimas son invisibles y los riesgos de que permanezcan sin ser detectados y desprotegidos aumentan a medida que la atención y los recursos están orientados a frenar la propagación de la COVID-19.

Algunos refugios tienen infecciones de COVID-19 y han debido cerrar para no poner a otras personas que se quedan allí en un mayor riesgo, mientras que en algunos países las ONG han tenido que cerrar oficinas de campo, refugios y servicios para refugiados. Muchas ONG han reducido su presencia en la oficina y, aunque se esfuerzan por seguir ofreciendo apoyo legal y de otro tipo en línea o por teléfono, los servicios prestados han sido parcialmente suspendidos y existe una preocupación creciente por la disponibilidad de fondos.

El Grupo de Expertos en Acción del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos (GRETA) recuerda que el Convenio Europeo de Acción contra la Trata de Seres Humanos sigue aplicándose durante las medidas de emergencia. Según la Convención, los Estados parte tienen la obligación de identificar a las víctimas. El GRETA continuará sus actividades de seguimiento de la implementación del Convenio del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Personas (GRETA, 2020).



Por su parte, Europol ha sido testigo de un aumento de las actividades de tráfico de migrantes, principalmente en la región de los Balcanes Occidentales y en el canal inglés; sobre todo ocultando a los migrantes en vehículos. El cierre de establecimientos en los que se ejerce la prostitución puede aumentar los casos de explotación sexual.

La mayoría de las víctimas de la UE provienen de Europa del Este y Central, mientras que las víctimas de fuera de la UE son principalmente de Nigeria. La mayoría de las víctimas son reclutadas en su propio país, a través de falsas promesas de trabajo y oportunidades en Europa. En algunos casos, los reclutadores atraen a las víctimas con la oferta de viaje “gratis” a la UE, prometiendo que todos los costos correrían a cargo de ellos, con la posibilidad de una recompensa cuando lleguen a Europa. De esta forma, contraen una deuda y las víctimas caen en la servidumbre por deudas (que puede ascender a más de 30 000 euros por víctima) con sus traficantes y se ven obligados a pagar a través de la prostitución.

El *modus operandi* de las organizaciones es variado: a veces se lleva a cabo un adoctrinamiento de víctimas mediante el uso de creencias religiosas y rituales vudú (llamados *juju*) antes de su viaje a Europa y amenazas continuas. Además, internet jugará un papel cada vez mayor en la cadena del tráfico, por lo que es necesaria una mayor precaución al respecto en todos los Estados afectados (Europol, 2020). Según un informe del Centro Europeo contra el Tráfico de Migrantes (EMSC) de Europol, “los delincuentes están encontrando nuevas formas de abusar de la vulnerabilidad de los migrantes irregulares que desean ingresar o viajar por Europa y aquellos que luchan por mejorar su situación, son víctimas de explotación laboral o sexual”. El EMSC indicó que los contrabandistas usan trenes de carga, pequeñas embarcaciones para cruzar las fronteras del río y el Canal de la Mancha y escondites en vehículos de carga en estos tiempos de restricciones de viaje. El informe también explicó que “las restricciones de viaje complican el trabajo estacional en el sector agrícola, posiblemente aumentando la demanda de migrantes de terceros países traficados en el área”, y que unos 19 211 miembros de la red fueron identificados en 5853 operaciones en 2019 (Europol, 2020).

Respecto a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), muchas necesitan recursos adicionales para hacer frente al estallido de la pandemia. El 5 % de los hogares seguros para las supervivientes de la trata ya se han visto obligados a cerrar sus instalaciones desde la irrupción de la COVID-19.

La Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención de la Mujer Prostituida (APRAMP) informa de que la diferencia entre las personas a las que APRAMP accede habitualmente y a las que ha podido tener acceso durante el período de alarma es 3535 personas menos atendidas; lo que supone un 59 % menos de las personas a las que la Unidad Móvil de Rescate de esta asociación atiende en todo el territorio; y concluye que la demanda de los victimarios se ha mantenido desde la declaración del estado de alarma y la pandemia.

Esta organización señala en su informe que las principales demandas de las mujeres atendidas son recursos de alimento, ayudas económicas e información sanitaria. Sin embargo, durante las fases de la desescalada aumentó la demanda de material de prevención de infecciones de transmisión sexual (ITS) debido a la reactivación de muchos pisos. Que existe un gran impacto psicológico debido a la incertidumbre actual y ante el futuro escenario de desempleo.

Las diferentes tendencias en los espacios de explotación sexual han ido variando de acuerdo con la evolución de la crisis y las medidas de aislamiento. Así, algunos espacios refieren un aumento de la demanda de los victimarios que se manifiesta a través de la reactivación de ciertos lugares.

Sigue el informe indicando que las mujeres explotadas sexualmente, especialmente las víctimas de trata, han visto aumentada su situación de vulnerabilidad debido a la falta continuada de ingresos, aumentando así su deuda. Que el aislamiento dificulta la intervención y el seguimiento de las mujeres por parte de los equipos de ayuda; y concluye que el ingreso mínimo vital puede suponer una pieza clave en la intervención integral de las mujeres prostitutas y permitir una atención integral para la reinserción de las mujeres (APRAMP, 2020).

Según el informe de la UNODC, el coronavirus está teniendo un efecto especialmente preocupante en las mujeres y las niñas. Por lo general, cada año ellas suman tres cuartas partes de las víctimas del tráfico de personas a las que se obliga a realizar trabajos forzosos y que son objeto de explotación sexual. Desde el estallido de la COVID-19, el 21 % de las mujeres supervivientes de la trata dijeron que las habían abordado para entrar en la industria del sexo, mientras que al 14% les habían ofrecido empleos “ilícitos” en otros sectores (UNODC, 2020).

El informe confirmaba que la pandemia también ha aumentado la vulnerabilidad de las mujeres y los niños frente a los delitos sexuales en internet, citando pruebas de que algunos traficantes habían trasladado sus operaciones a la red desde el inicio del virus.

En junio, Europol reveló un aumento en la difusión en línea de fotos y videos con imágenes de niños sometidos a abusos sexuales. Sin embargo, los avances de la tecnología hacen que resulte difícil obligar a los culpables a rendir cuentas: los llamados “cibertraficantes” cada vez utilizan más *webcams* para emitir en directo la explotación de los niños a través de internet, pero los organismos policiales internacionales siguen sin tener las herramientas —o la autoridad legal— para investigar la emisión en directo en busca de pruebas de abuso (UNODC, 2018).

Como vemos, mientras que la explotación en la calle ha podido experimentar una bajada, ocurre lo contrario en los casos de abuso de personas en interiores privados y *online*. En estos casos el número ha aumentado. Preocupante es el incremento de casos de abuso sexual de menores, adolescentes y mujeres *online*. El hecho de cambiar de lugar para ejecutar los abusos sexuales, de lugares públicos a privados (*indoor*), dificulta más el proceso de identificar a las víctimas y acercarse a ellas por parte de los agentes sociales.

Las organizaciones criminales evolucionan junto a los cambios; incluso, los traficantes se hacen pasar por profesionales de la salud para obtener acceso a comunidades vulnerables y, así, reducir cualquier sospecha. Europol ya está viendo este tipo de comportamiento e informa de que los delincuentes

están ingresando a los hogares de personas vulnerables con el pretexto de estar llevando a cabo pruebas de COVID-19 (Europol, 2020). Desde el punto de vista de la ciencia penal, cabe preguntarse si se da la posibilidad de incriminar determinadas conductas individualizadas por el contagio de la enfermedad COVID-19. Piénsese en el sujeto que durante el estado de alarma y, estando vigentes las medidas de confinamiento, consume prostitución de manera presencial, o en el proxeneta que explota a la víctima sin posibilidad de aislamiento ni de acudir a los servicios sanitarios. Podría darse un delito contra la salud pública e, incluso, un delito de lesiones si se llega a producir el contagio de la víctima, para lo que sería necesario analizar los postulados del dolo y de la imprudencia.

En España, las conductas relacionadas con la propagación de enfermedades y epidemias no están tipificadas como delitos contra la salud pública. Las autoridades judiciales las reconducen a través de los delitos de lesiones cuando provocan daños. De hecho, la jurisprudencia ha dictado sentencias condenando la propagación maliciosa o imprudente del virus VIH como delito de lesiones.

El artículo 152 del Código Penal establece que a quien por imprudencia grave causare un menoscabo en la integridad física o salud mental de una persona, en atención al riesgo creado y el resultado producido, se le impondrán penas de tres meses a tres años de prisión y de tres a seis meses de multa. Por tanto, estaremos al menos ante una conducta negligente o imprudente cuando una persona portadora de coronavirus, sabiendo que tiene la enfermedad, no adopta medidas para evitar contagiar a otras personas.

También podríamos preguntarnos si se produce un agravante por la situación excepcional y de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima. En principio, no puede contemplarse porque el aprovechamiento de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima ya constituye un elemento del tipo. Si ha sido tomado como elemento del tipo básico, no puede contemplarse la agravante, porque estaríamos vulnerando el principio *non bis in idem*.

Si analizamos el apartado 4 del artículo 177 *bis*, vemos que prevé la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo 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 sea menor de edad.

Se puede apreciar esta agravante en su apartado a) porque la posible transmisión del virus pone en peligro la vida de la víctima e incluso la situación descrita en la b), si la víctima tiene ya la enfermedad. Si concurriera más de una circunstancia, se impondrá la pena en su mitad superior. Todo ello, claro está, referido al sujeto activo del delito de trata y no respecto al consumidor de prostitución, que, como sabemos, no constituye conducta típica en el ordenamiento jurídico español y, como anteriormente indicábamos, solo puede ser sancionado por la conducta de propagación de la enfermedad, como lesiones imprudentes o desobediencia a la autoridad (artículo 556 CP). Esto lo que será difícil, ya que este tipo exige una orden legítima de la autoridad (o sus agentes), dirigida clara y personalmente a quien incumple las medidas, pudiendo cumplir dicha orden, y con apercibimiento de las consecuencias de desobedecer, lo que no se dará en estos casos en los que se producen de forma clandestina.

Por último, es preciso señalar que las víctimas de trata pueden haber sido sancionadas durante el estado de alarma por el ejercicio de la prostitución en la calle. En estos casos, si la víctima está dispuesta a denunciar, tanto la Directiva N.º 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011 del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, en su artículo 8, como nuestro Código Penal, en su artículo 177.11, contemplan la exención de responsabilidad de la víctima de trata por las infracciones cometidas en situación de explotación, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, abuso o engaño a que haya sido sometida.

Si bien se refieren a infracciones penales, es perfectamente extrapolable esta exención de responsabilidad al ámbito administrativo sancionador, pues si el hecho de ser víctima de trata puede eximir de responsabilidad de un acto constitutivo de delito, más aún lo será el de una infracción administrativa, que es una infracción mucho más leve. No obstante, si la víctima no denuncia su situación de explotación y no es identificada como tal, solo podrá acogerse a la modulación del importe de la multa alegando su situación económica, menor grado de culpabilidad, situación “de calle”.

## **5.2. Medidas adoptadas en España**

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ante la situación de crisis sanitaria, declaró que “los Estados deben tomar medidas adicionales de protección social para que su apoyo alcance a aquellas personas en mayor riesgo de ser afectadas de manera desproporcionada por la crisis de COVID-19” (Ginebra, 26 de marzo de 2020).

Por su parte, el artículo 9.2 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a adoptar medidas de acción positiva que hagan reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

En cumplimiento de estos mandatos, el Ministerio de Igualdad ha impulsado un Plan de Contingencia contra la Violencia de Género debido a la crisis de la COVID-19 que, por el Real Decreto 463/2020, ha supuesto el confinamiento domiciliario de la sociedad española. Este Plan de Contingencia incluye declarar servicio esencial, conforme al artículo 2a de la Ley N.º 8/2011, de 28 de abril, todos los servicios de asistencia integral a las víctimas de violencia contra las mujeres. Las medidas propuestas por las comunidades autónomas han de compatibilizarse con el mantenimiento y refuerzo de la atención a otras violencias como las sexuales y para víctimas de trata con fines de explotación sexual: alojamientos temporales y atención urgente.

El Plan de Contingencia contempla medidas como el mantenimiento de los servicios ambulatorios de asistencia integral (social, jurídica y psicológica), y reconoce el alojamiento temporal seguro a las víctimas como servicio

esencial. En caso de ser necesario para garantizar el alojamiento temporal seguro, prevé la disposición de establecimientos de alojamiento turístico. Asegurar una alternativa habitacional a mujeres que, sin encontrarse en una situación de riesgo, a raíz de la crisis sanitaria, quedan en situación de necesidad habitacional y quizás, la que ha despertado mayor interés, la facilitación del Ingreso Mínimo Vital a las mujeres que lo necesiten y se adapten a los criterios acordados (Ministerio de Igualdad, 2020).

Para ello, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se aprueba el Plan de Contingencia contra la Violencia de Género ante la crisis de la COVID-19 del Ministerio de Igualdad: medidas adicionales dirigidas a víctimas de trata, explotación sexual y a mujeres en contextos de prostitución (Consejería de Igualdad, 2020).

Este tiene por finalidad coordinar, en el marco de sus competencias y de nuestro ordenamiento jurídico, medidas adicionales dirigidas a víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con el fin de garantizar y velar por la protección de los derechos humanos de mujeres y niñas en dicha situación, que viven en estos momentos excepcionales y no conocidos en nuestra democracia, con una situación de vulnerabilidad extrema.

Algunas de las medidas tienen por finalidad garantizar el derecho a la información para las víctimas de trata y explotación sexual y otras mujeres en contextos de prostitución, la detección e identificación de las víctimas de trata y explotación sexual y de casos de extrema vulnerabilidad en contextos de prostitución, la asistencia integral y protección (artículo 11 de la Directiva N.º 2011 y artículo 12 del Convenio de Varsovia) de las víctimas de trata y explotación sexual, así como la atención a casos de especial vulnerabilidad.

Prevé un Modelo de Acreditación para la solicitud del Ingreso Mínimo Vital e indica que las administraciones públicas y entidades que trabajan con víctimas de trata y explotación sexual serán beneficiarias de la medida de alternativa habitacional.

La normativa desarrollada en la Comunidad Autónoma de Andalucía reconoce la *trata de personas con fines de explotación sexual* como un tipo de violencia contra las mujeres. Si bien es cierto la nomenclatura difiere de la recogida según el ámbito de actuación en el que se analice, así a nivel estatal en la Ley Orgánica N.º 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no existe mención alguna a la *trata de personas con fines de explotación sexual* como un tipo de violencia de género, aunque a nivel internacional España haya ratificado instrumentos como el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos o el Convenio de Estambul del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que sí lo contemplan.

Además, el Convenio de Varsovia incluye entre sus previsiones la premisa de la cooperación con las organizaciones no gubernamentales y miembros de la sociedad civil, con la finalidad del establecimiento de asociaciones estratégicas para conseguir los fines de este.

Otros instrumentos como la Directiva N.º 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, la Directiva N.º 2012/29/EU del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, y la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos 2012-2016, vienen a determinar diversas actuaciones de los Estados en la lucha contra este execrable crimen y el desarrollo de medidas efectivas de protección a los seres humanos que sufren esta lacra, en la que, en cierta medida, hace partícipes a entidades de la sociedad civil especializadas en la materia.

En cuanto a las respuestas que deberían darse, el estudio de UNODC (2020) hizo 78 recomendaciones formales para responder a las necesidades de hombres, mujeres y niños actualmente atrapados en situaciones de explotación, así como a las de aquellos que han logrado escapar.



Las recomendaciones son claras: las respuestas a la COVID-19 deben ser monitoreadas de manera continua. Cuando estas medidas repercutan negativamente de manera no intencional en los grupos en situación de vulnerabilidad, tales como las víctimas de trata de personas, deben hacerse ajustes para reducir al mínimo los daños y asegurar la atención adecuada a las necesidades de estos grupos. Al tiempo que se da prioridad a la salud pública, debe prevalecer una cultura del Estado de derecho.

Las respuestas a la trata de personas deben seguir basándose en los derechos humanos, mientras que el acceso a servicios de justicia y apoyos sociales sin discriminación debe ser garantizado. El acceso a la justicia ha de ser salvaguardado. Siempre que sea posible, la tecnología debe ser utilizada para facilitar el acceso a los procesos judiciales y la recolección, la presentación de pruebas, la entrega de documentos y la presentación o resolución de mociones o peticiones a los tribunales.

Los agentes encargados de hacer cumplir la ley deben mantenerse atentos para hacer frente a las nuevas y cambiantes modalidades delictivas, y adaptar sus respuestas para evitar que los tratantes actúen con impunidad durante la pandemia.

A pesar de los problemas económicos, los países deben seguir apoyando el trabajo en contra de la trata de personas y adaptar sus programas de asistencia a las nuevas y extraordinarias circunstancias creadas por la pandemia y sus secuelas; y los proveedores de servicios deben seguir siendo flexibles y adaptarse a un entorno cambiante para satisfacer las necesidades de sus comunidades.

Finalmente, es necesario recopilar y analizar datos sobre los efectos de la COVID-19 en la trata de personas. No hay ningún país que sea inmune a la pandemia, y como el virus no afecta a todas las regiones al mismo tiempo, la experiencia de un país puede ser vital para otros.

## 6. Conclusiones

Son varias las conclusiones a las que este estudio nos ha llevado, y es que, como indicábamos, la situación tan excepcional a la que nos enfrentamos nos proporciona un paradigma nunca transitado.

Respecto a si han aumentado los casos de trata de seres humanos, la respuesta tiene que ser afirmativa, sobre todo en los llamados lugares invisibles. Específicamente, las mujeres víctimas de trata han sido desplazadas del centro de las ciudades a otros municipios, zonas agrícolas, cortijos y entre comunidades autónomas donde la presencia policial resulta menor. Es decir, las redes de explotación han trasladado a las mujeres de los lugares habituales de ejercicio a otras localidades alejadas de la capital donde continúan siendo explotadas en la más absoluta clandestinidad. Estas mujeres siguen obligadas a procurar “servicios” a clientes de confianza para la red, que recurren a estrategias para poder acceder a estos lugares (APRAMP, 2020).

La nueva situación ha tenido importantes efectos sobre las víctimas, como pueden ser más necesidades (económicas, sanitarias, habitacionales), mayor vulnerabilidad, aumento de la deuda contraída, mayor riesgo de contagio, aumento de la violencia, ante la que se encuentran más desprotegidas.

Respecto a la cuestión de si se han visto afectadas las actuaciones policiales y judiciales, cabe mencionar que se han adoptado medidas cuya finalidad es coadyuvar a la coordinación de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con los diversos organismos y entidades locales y no se ha parado la actividad policial y judicial. Ello no obsta a que el miedo provocado por la situación haga que las víctimas acudan menos a los servicios de ayuda.

Las organizaciones criminales siguen demostrando su falta de escrúpulos. Ponen en riesgo a víctimas y a la población. El *modus operandi* se hace más peligroso, por lo que quizá sería conveniente contemplarlo en la legislación penal. No se trata de incluirlo en el tipo del artículo 177 *bis* del CP, lo cual podría vulnerar el principio de intervención mínima del derecho penal;

pero sí de tener en cuenta la excepcionalidad de la situación y sus consecuencias, así como que la realidad en que vivimos es cambiante y el crimen se traslada a la red, lo que obliga a revisar y legislar en este sentido.

Las medidas adoptadas, desde el punto de vista de la atención social, mediante una alternativa habitacional y el ingreso mínimo vital, han tenido buena acogida. Pero desde el punto de vista criminal son necesarias alternativas más eficaces contra este fenómeno delictivo.

Quizá la cuestión yace en la tan discutida regularización/abolición de la prostitución. Si esta cuestión estuviera ya resuelta, en circunstancias tan excepcionales como las que vivimos, las víctimas gozarían de una mayor protección o, al menos, no sería tal la incertidumbre por el vacío legal que existe en nuestro país respecto al ejercicio de ella.

## Referencias

- Álvarez Álvarez, G. (1999). La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal. *Manuales de formación continuada*.
- Arroyo Zapatero, L. (2001). *cienciaspenales*. <http://blog.uclm.es/ciencias-penales/files/2016/09/1propuesta-deuneurodelitode-trata-de-seres-humanos.pdf>
- Cuerda Arnau, M. L. (2019). Lección X: torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos. En J. L. González Cusac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Cugat Mauri, M. (2006). El delito de trata de seres humanos. En M. García Arán, G. Quintero Olivares y R. Rebollo Vargas (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*. Comares.
- Cugat Mauri, M. (2010). Trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de

la política migratoria. En G. Quintero Olivares, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Aranzadi.

Daunis Rodríguez, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Tirant lo Blanch.

De León Villalba, F. J. (2003). *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo Blanch.

Fernández Hernández, J. J. (2019). La regulación de la trata de seres humanos: esclavitud del siglo XXI. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 5(1), p. 156.

García Arán, M. (2006). Trata de personas y explotación sexual. En *Estudios de derecho penal y criminología*.

Gavilán Rubio, M. (2015). Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*.

González Tascón, M. M. (2020). Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

Iglesias Skulj, A. (2013). *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código Penal*. Tirant lo Blanch.

Iglesias Skulj, A. (2015). De la trata de seres humanos: artículo 177 bis Código Penal. En J. González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch.

Lloria García, P. (2010). Trata de seres humanos. En F. Boix Reig, *Derecho penal. Parte especial*. Iustel.

- Maqueda Abreu, M. (2004). ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis 2? Las sinrazones de una reforma. *Revista de Derecho y Proceso Penal*.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal: parte general*. 8.<sup>a</sup> edición. Reppertor.
- Moya Guillem, C. (2021). Tendencias político-criminales frente a la trata de personas y sus consecuencias típicas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, LIV(160), p. 299.
- Muñoz Cuesta, F. (2011). Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2.
- Palomo del Arco, A. (2001). Criminalidad organizada y la inmigración ilegal. *Cuadernos de Derecho Judicial*.
- Pérez Alonso, E. (2017a). Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud. En E. Pérez Alonso (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Pérez Alonso, E. (2017b). Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexualmente remuneradas con menores. *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- Pérez Alonso, E. (2021). El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos. En E. B. Marín de Espinosa (dir.), *El derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*. Tirant lo Blanch.
- Pérez Cepeda, A. (2006). Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis reformado por LO 11/2004). En L. Ruíz Rodríguez y M. Rodríguez Mesa, *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XX*. Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2011). Trata de personas. En G. Quintero Olivares, *Esquemas de la parte especial del derecho penal*. Tirant lo Blanch.

- Queralt Jiménez, J. (2010). *Derecho penal español. Parte especial*. Atelier.
- Real Academia Española. (2021). *Diccionario de la lengua española*. RAE.
- Villacampa Estiarte, C. (2010a). El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*.
- Villacampa Estiarte, C. (2010b). Título VII bis de la trata de seres humanos. En G. Quintero Olivares, *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I. Aranzadi.
- Villacampa Estiarte, C. (2016). La trata de seres humanos. En G. Quintero Olivares, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. 10.<sup>a</sup> edición.
- Villacampa Estiarte, C. (2019). La trata de seres humanos: concepto y caracterización. En E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (coord.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch.

### Otras fuentes

- APRAMP. (2020). *APRAMP – Informe global Estado de Alarma. Explotación sexual de mujeres durante el Estado de Alarma por el COVID-19*. (Informe proporcionado por APRAMP).
- 2002/629/JAI: Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. *eurlex*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0629>
- Consejería de Igualdad. (2020). *Plan de contingencia contra la violencia de género Andalucía*. <https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/files/PLANCOVID19/documento1.pdf>

- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>
- Europol. (27 de marzo de 2020). <https://www.europol.europa.eu/news-room/news/how-criminals-profitcovid19pandemic>
- Europol. (2020). *4.º informe anual de actividades de EMSC*. <https://www.europol.europa.eu/publicationsdocuments/emsc-4thannualactivity-report-%E2%80%932020>
- Fiscalía General del Estado – FGE. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)
- Fiscalía General del Estado – FGE. (2020). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* [https://www.fiscal.es/memorias/resumen\\_memoria2019/inicio.html](https://www.fiscal.es/memorias/resumen_memoria2019/inicio.html)
- GRETA (2 de abril de 2020). *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings Strasbourg*, <https://rm.coe.int/greta-state-ment-covid19-en/16809e126a>
- Ministerio de Igualdad. (2020). *Plan de Contingencia contra la Violencia de Género*. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/sensibilizacion-Concienciacion/campannas/violenciaGobierno/todoSaldráBien/ResumenEjecutivoPlanContingenciaAMPLIACIONAbril2020.pdf>
- Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Naciones Unidas. (15 de noviembre de 2000). *Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. <https://www.unodc.org/>

documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf

STC 120/1990, de 2 de julio (Tribunal Constitucional, 2 de julio de 1990).

STC 1999/1997 de 18 de marzo (Tribunal Supremo, 18 de marzo de 1997).

UNODC. (2015). The Concept of Exploitation in the Trafficking in Persons Protocol. [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human\\_Trafficking/UNODC\\_2015\\_Issue\\_Paper\\_Exploitation.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf)

UNODC. (2018). Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2018 realizado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf)

UNODC. (2020). Impacto de la pandemia covid-19 en la trata de personas. Hallazgos preliminares y mensajes basados en un análisis rápido. [https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/HTMSS\\_Thematic\\_Brief\\_on\\_COVID19\\_-\\_ES.pdf](https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/HTMSS_Thematic_Brief_on_COVID19_-_ES.pdf)



Sección III

**Trata de personas y  
explotación laboral**



# LA EXPLOTACIÓN LABORAL EN ARGENTINA: PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA LEGISLATIVA<sup>1</sup>

*Patricia Gallo*<sup>2</sup>

## 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.<sup>3</sup> 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”.<sup>4</sup>

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).<sup>5</sup> 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).<sup>6</sup>

---

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”.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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 llevaran 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).<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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, entendiendo 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).<sup>13</sup> 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 Nacional<sup>14</sup> 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).<sup>15</sup> 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*.



# LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN LABORAL: BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE SUS DIVERSAS TIPIFICACIONES EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

*Julio Alberto Rodríguez Vásquez<sup>1</sup>*

*Yvan Montoya Vivanco<sup>2</sup>*

## Resumen

El término *explotación laboral* no se encuentra definido por el ordenamiento jurídico penal. En otros países, la doctrina penal mayoritaria ha evidenciado su preocupación por su carácter polisémico y por el hecho de que es una categoría extraña en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos frente a las formas contemporáneas de esclavitud. En nuestro ordenamiento jurídico, esta categoría es referida en el delito de trata de personas —artículo 129-A del Código Penal—, y la jurisprudencia penal la ha vinculado, en la práctica, con el trabajo forzoso, con la servidumbre y con la esclavitud.

- 
- 1 Oficial de Proyecto en la Oficina para los Países Andinos de la OIT. Profesor contratado del Departamento de Derecho de la PUCP e investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y Otras formas de Criminalidad Organizada. Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra (España), Magíster en Derechos Humanos y abogado por la PUCP.
  - 2 Profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP. Coordinador e investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y Otras formas de Criminalidad Organizada. Consultor externo de la Oficina para los Países Andinos de la OIT. Doctor en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca (España) y abogado por la PUCP.

vitud. Sin embargo, existen múltiples preguntas que aún no tienen una respuesta sólida: ¿debe incluir la categoría explotación laboral la acción de colocar o mantener a un trabajador en una situación por debajo del umbral de las garantías laborales?, ¿cómo se diferencian entre sí las categorías que tienen una relación especie-género con la explotación laboral?, ¿qué reglas específicas se deben tomar en cuenta cuando la víctima es niña, niño o adolescente?, ¿cómo se vinculan los delitos que regulan formas de efectiva explotación laboral con el delito de trata de personas? Este artículo tiene por objetivo responder a estas preguntas desde una interpretación teleológica de nuestras normas penales y desde una mirada sistemática de nuestro ordenamiento.

**Palabras claves:** Explotación laboral, Trata de personas, Esclavitud, Servidumbre, Derecho penal del trabajo, Trabajo forzoso.

### Sumario

*1. Introducción. 2. Evolución de las categorías asociadas a la explotación laboral. 2.1. Evolución en el derecho internacional de los derechos humanos. 2.2. Evolución en el ordenamiento jurídico penal peruano. 3. Problemas con la aplicación de los tipos penales de explotación laboral. 3.1. Identificación de los problemas de aplicación desde un breve estudio de casos. 3.2. El problema con el bien jurídico protegido y su relación con la trata de personas. 3.3. El problema de diferenciación entre el trabajo forzoso (129-O) y el delito de esclavitud y otras formas de explotación (129-Ñ). 3.4. El problema de la explotación laboral de niñas, niños y adolescentes. 3.5. El problema de diferenciación entre el trabajo forzoso y las vulneraciones a la normativa laboral. 3.6. Principales problemas entre el delito de trata de personas (129-A) y la explotación laboral. 4. Conclusiones. Referencias.*



## 1. Introducción

Los delitos de trata de personas y sus formas de explotación constituyen, sin lugar a duda, delitos complejos. A pesar de ello, en un principio la doctrina penal nacional no abordó las distintas problemáticas y los diversos nudos interpretativos. La jurisprudencia, por otro lado, intentó tratar los principales problemas a través del Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116. Sin embargo, la interpretación de la trata de personas basada en el bien jurídico libertad generó diversos problemas y lagunas de impunidad que ya han sido estudiados (Montoya, 2016).

En los últimos cinco años, la doctrina penal nacional (Villaroel, 2017; Pariona, 2019; Rodríguez y Montoya, 2020) ha construido distintas reglas interpretativas de la trata de personas, sobre todo vinculadas a la explotación sexual. De igual manera, la Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116, actualizó las reglas interpretativas planteadas por el Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 y abordó algunos de los problemas asociados a la explotación sexual. Sin embargo, como se desprende de lo antes dicho, los mayores esfuerzos se han vinculado con la explotación sexual, mientras que la explotación laboral ha sido abordada con menor profundidad (Sánchez Málaga, 2017; Rodríguez y Montoya, 2020). En el caso de la jurisprudencia, destaca la ejecutoria suprema emitida el 26 de mayo de 2019 en el R.N. N.º 1610-2018/Lima por la Sala Penal Transitoria y la Casación N.º 1351-2019/Puno de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

A pesar de ello, aún quedan diversas preguntas y problemas sobre trata de personas con fines de explotación laboral pendientes de resolver. En tal marco, este artículo pretende identificar los principales problemas vinculados a la interpretación de la explotación laboral y, con base en la literatura y normativa nacional e internacional, plantear una respuesta sistemática y coherente.

## 2. Evolución de las categorías asociadas a la explotación laboral

### 2.1. Evolución en el ordenamiento jurídico penal peruano

#### A. Antecedentes: los delitos contra las garantías laborales

Los delitos contra los derechos de los trabajadores representan, en nuestra historia, el antecedente jurídico-penal más importante de los actuales delitos de explotación laboral. En esta medida, resulta pertinente preguntarnos: ¿cuándo se concretó, por primera vez, el llamado derecho penal del trabajo en el ordenamiento jurídico peruano? De acuerdo con Ugaz, esto se produjo en referencia al delito de desobediencia o resistencia a la autoridad de trabajo, tipificado por el Decreto Ley N.º 22126 —Ley de Estabilidad Laboral— del 21 de marzo de 1978 (1993, p. 103). Así, el artículo 21 del citado decreto indicaba que el empleador que no cumplía con las resoluciones consentidas o ejecutorias expedidas por la autoridad laboral cometía el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, el cual era castigado con pena de prisión no mayor de tres años. En el artículo 22 de esta misma norma se estableció que lo propio ocurriría con un empleador que, a través de artificios, cause el cierre del centro de trabajo o lo abandone para extinguir la relación laboral con sus trabajadores. Posteriormente, la Ley N.º 24514, de junio de 1986, derogó el citado decreto ley, mantuvo los dos delitos antes vistos y, a la vez, estableció que el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad judicial solo podía cometerse respecto a resoluciones judiciales (Ugaz, 1993, p. 103; Caro, 1995, p. 232).

La entrada en vigor del Código Penal de 1991 supuso la derogación de los delitos antes vistos y la tipificación de los crímenes relacionados con la actividad laboral en el Código Penal. Más aún, este introdujo, por primera vez en nuestra historia, un capítulo especializado denominado “Violación de la libertad de trabajo” (Caro, 1995, pp. 232-233). De esta forma, el Código Penal de 1991 regulaba, originalmente, el delito de *violación de la libertad de trabajo* en su artículo 168, de la siguiente forma:

**Artículo 168.-**

Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquier de las conductas siguientes:

- 1.- Integrar o no sindicato.
- 2.- Prestar trabajo personal sin la debida retribución.
- 3.- Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad.
- 4.- Celebrar contrato de trabajo o adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas.

La misma pena se aplicará al que retiene las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores o no entrega al destinatario las efectuadas por mandato legal o judicial; al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas o dictadas por la autoridad competente, y causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales.

A nuestro juicio, en contra de una posición de la doctrina de aquel momento (Peña, 1992, p. 591), este delito tenía como bien jurídico protegido las garantías mínimas que debe tener una relación laboral en un Estado constitucional de derecho (Ugaz, 1993, p. 104; Caro, 1995, p. 233). Esta posición tiene sentido, toda vez que los distintos numerales incluyen diversos comportamientos del empleador que afectan condiciones mínimas del trabajo que no son disponibles por un trabajador en particular.

Cabe indicar que este artículo fue modificado por la Tercera Disposición Derogatoria y Final del Decreto Legislativo N.º 857 —del 4 de octubre de 1996—, que eliminó el numeral 4 y sustituyó el segundo párrafo por el siguiente texto: “la misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir relaciones laborales”. Luego, en 2011, la Sexta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley

N.º 29783 derogó el numeral 3. Esta misma norma, en su Cuarta Disposición Complementaria, incluyó el artículo 168-A, tipificando de manera independiente el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud del trabajo.

Finalmente, en el 2017 se emitió el Decreto Legislativo N.º 1313, que modificó el primer párrafo del artículo 168 del Código Penal y lo sustituyó por la siguiente conducta: “obligar o impedir, mediante violencia o amenaza, a otro integrar un sindicato”. Esta norma, además, introdujo por primera vez un tipo penal que trasciende los derechos de los trabajadores. Así, tipificó el trabajo forzoso y lo definió como el someter u obligar a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no. A continuación veremos cómo en la actualidad este delito forma parte de un grupo de ilícitos que prohíben distintas formas particulares de explotación laboral en sentido fuerte.

#### B. *La regulación actual de la explotación laboral en el Código Penal peruano*

Se ha visto cómo el ordenamiento jurídico penal peruano incluyó, durante mucho tiempo, un conjunto de delitos que afectaban los derechos de trabajadores y, particularmente, determinadas garantías laborales. Sin embargo, como se dijo en la introducción, este artículo no pretende ser un trabajo sobre derecho penal laboral, sino que busca ser una investigación dogmática que se circunscribe dentro del derecho penal que estudia las formas contemporáneas o modernas de esclavitud.

Como explicaremos más adelante, a nuestro juicio la naturaleza de la explotación laboral asociada a la trata de personas se entiende de mejor manera si se la deja de concebir como una afectación a los derechos de los trabajadores y, por el contrario, se la concibe como una categoría que engloba algunas de las formas contemporáneas o modernas de esclavitud más conocidas. Como se verá en el acápite 3.2, esto supone admitir que el desvalor de los delitos de explotación laboral trasciende la afectación a las garantías

mínimas de la relación laboral y constituye una forma de lesión a la *dignidad humana/no cosificación*.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el Código Penal actual incluye tres delitos asociados a la explotación laboral: la trata de personas, el trabajo forzoso y la esclavitud y otras formas de explotación. Respecto al primero, se debe recordar que se encuentra regulado en el artículo 129-A del Código Penal peruano de la siguiente forma:

#### **Artículo 129-A.- Trata de personas**

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.

5. 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.

Como se ha dicho antes (Montoya, 2016), estamos ante un delito complejo cuya estructura presenta las siguientes características: i) puede ser cometido, alternativamente, a través de las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener; ii) está orientado a reducir a la persona a una cosa o mercancía y, por tanto, constituye un peligro concreto para el bien jurídico *dignidad humana/no cosificación*, tal como lo devala su actual ubicación sistemática; iii) en el caso de las víctimas menores de 18 años, el consentimiento carece de efectos jurídicos, lo mismo que sucede con las víctimas adultas cuando el autor emplea medios directamente coercitivos, fraudulentos o abusivos; y, iv) su fórmula típica es cercana al modelo unitario de interviniente, toda vez que el párrafo 5 del artículo 129 autonomiza conductas que como regla son concebidas como formas de participación y, por tanto, constituye a todo interviniente en autor (Rodríguez y Montoya, 2020). Ahora bien, la vinculación entre este delito y la explotación laboral se encuentra en sus finalidades, particularmente en las siguientes: los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la mendicidad y “cualquier forma de explotación laboral”.

Por otro lado, la regulación actual del trabajo forzoso en el Código Penal tiene su base en la Ley N.º 30924 de 2019, que definió este ilícito y lo ubicó en el artículo 168-B del Código Penal. No obstante, recientemente fue reubicado dentro de los delitos contra la dignidad de la siguiente forma:

#### **Artículo 129-O.- Trabajo forzoso**

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 definición del trabajo forzoso será desarrollada más adelante. Por ahora solo queda incidir en que este crimen implica la instrumentalización y empleo de la víctima como objeto (Sánchez Málaga, 2017, p. 5). Además, el 129-O incluye una fórmula legislativa que va más allá de los elementos tradicionales reconocidos en el Convenio N.º 29 de la OIT, toda vez que introduce una cláusula de extensión analógica —*a través de cualquier medio*— que permite afirmar que el trabajo forzoso se puede cometer no solo a través de violencia o amenaza, sino también a través de medios fraudulentos o abusivos (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 133).

Finalmente, el artículo 129-Ñ de nuestro Código Penal —incorporado a través del Decreto Legislativo N.º 1323 de 2017 y reubicado recientemente— incluye el delito de esclavitud y otras formas de explotación con la siguiente redacción:

**Artículo 129-Ñ.- Esclavitud y otras formas de explotación**

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.

(...)

Como se ve, este precepto legal incluye las dos formas más severas de explotación laboral: la esclavitud y la servidumbre. Sin embargo, el tipo penal no incluye alguna definición de estas categorías. Por el contrario, su conceptualización requiere estudiar la doctrina evolutiva de los tribunales internacionales de derechos humanos sobre la materia.

## **2.2. Evolución en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos**

Se ha visto cómo las categorías de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso fueron incorporadas al derecho penal nacional. Sin embargo, para entender a cabalidad su radio de extensión, es necesario emplear las reglas hermenéuticas desarrolladas por los tribunales internacionales de derechos humanos, toda vez que estos órganos presentan una extensa doctrina jurisprudencial sobre la materia. Con este objetivo, se analizará el desarrollo de las formas de explotación laboral trabajadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) —órgano de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos— y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —órgano de control de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH).

### *A. La jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH) prohíbe, en su artículo 4, incisos 1 y 2, la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio, sin mencionar alguna forma genérica de explotación laboral. Además, el inciso 3 de dicho artículo incluye una lista de supuestos que no se considerarían trabajo forzoso u obligatorio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido un papel importante en el establecimiento de criterios que coadyuvaron a delimitar las diversas modalidades de explotación laboral antes mencionadas. Efectivamente, a pesar de que el TEDH no tiene una abundante jurisprudencia sobre los alcances del artículo 4 antes referido, sí existe una pluralidad suficiente de sentencias, especialmente las emitidas en las últimas dos décadas. En ellas, el TEDH estableció algunos parámetros constantes que darían cuenta de una doctrina jurisprudencial. En las próximas líneas se expondrá, en la línea de lo desarrollado por Olarte Encabo (2018, p. 62), los aspectos más relevantes de la evolución de la jurisprudencia del TEDH respecto de las definiciones de los conceptos de



esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. En este sentido, los primeros pronunciamientos del TEDH se vincularon con la prestación de servicios dispuestos jurídicamente por el Estado a personas determinadas y con el objetivo de alcanzar fines aparentemente legítimos. Es decir, no se trata de la prestación de servicios o de trabajos obligados fácticamente por el empleador o explotador por fuera del reconocimiento del derecho estatal. Efectivamente, Rivas Vallejo (2020, pp. 77-78) reconoce dos pronunciamientos en esta etapa:

- i) El primer caso es *De Wilde, Ooms y Versypts contra Bélgica* (1971), que consiste en la prestación de servicios impuesta, a través de una normativa de vagancia, a ciudadanos belgas a reclusos por el gobierno (Alonso de Escamilla, 1990, pp. 181-182). En este escenario, Wilde demanda a Bélgica por haberle obligado a trabajar por una suma irrisoria y bajo amenaza de ser sancionado administrativamente. Aquí, mientras la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que se trataba de una imposición no justificada de trabajo que constituía una vulneración de la prohibición de trabajo forzoso, el TEDH indicó que este supuesto no rebasaba los límites de la normalidad, dado que la prestación tenía como finalidad la rehabilitación del recluso.
- ii) El segundo caso es el de *Van der Musselle contra Bélgica* (1983), y trata de un abogado-pupilo belga —prácticas preprofesionales— al que el Colegio de Abogados de Amberes, facultado por las disposiciones del Código Judicial de Bélgica, le asigna la defensa de una persona indigente acusada por narcotráfico sin comunicarle oportunamente que no recibiría retribución, dada la condición indigente del defendido. En este caso, la situación se agravó debido a que estas prácticas preprofesionales son obligatorias para acceder al registro como abogado en el mencionado Colegio de Abogados de Amberes. Así, Van der Musselle se quejó de que fue sometido a trabajo forzoso, ya que había dedicado muchas horas de trabajo sin retribución y sin poder dejar de realizarlo, toda vez que pendía sobre él una medida disciplinaria de no inscripción en el registro de abogados. El TEDH, para resolver este caso y

determinar si se había vulnerado el artículo 4 del CEDH, se remitió a la definición del artículo 2.1 del Convenio 29 de la OIT sobre prohibición del trabajo o servicio forzoso. Así, el tribunal indicó que la pena referida a la medida disciplinaria de negarle el registro en el Colegio de Abogados de Amberes no era una amenaza lo suficientemente grave como para considerarla una prestación de servicios *bajo amenaza de una pena cualquiera*. Además, el TEDH resaltó que el abogado practicante prestó válidamente su consentimiento para asumir el caso, dado que, según su condición, las características de la prestación del servicio eran absolutamente previsibles (Olarte, 2018, p. 64). Para el TEDH, este tipo de prestaciones jurídicamente obligatorias se enmarcan en las excepciones del artículo 4.3 del Convenio 29, específicamente por tratarse de una especie de trabajo que forma parte de las obligaciones cívicas normales (Rivas, 2020, p. 78).

Lo relevante de estos dos primeros casos, especialmente del último, estriba en que el TEDH, para evaluar si la prestación constituye trabajo forzoso, apela a un criterio que ha reiterado en otras sentencias y que debe ser resaltado: la obligación de prestar el servicio debe ser *injusta u opresiva* o que su desempeño constituya una *carga evitable* (Olarte, 2018, p.64). Este criterio implica una evaluación de proporcionalidad entre la finalidad de la prestación o el trabajo obligatorio y las condiciones y circunstancias —la *carga*— de la referida prestación. En el último caso visto, el tribunal apela a homologar la finalidad de la prestación del servicio de defensa legal en condiciones de prácticas preprofesionales como parte de aquellas finalidades que se considerarían mínimamente necesarias e importantes para cumplir con los deberes cívicos enmarcados en el Estado democrático de derecho.

Los pronunciamientos más recientes del TEDH consisten en casos expedidos en las dos últimas décadas vinculados a situaciones de explotación laboral en contextos de servicios domésticos o trabajo en la agricultura. Para algunos autores, se trata de pronunciamientos que se vinculan, ahora sí, con situaciones o prácticas propias de las nuevas formas de explotación laboral, aparecidas como consecuencia de la agudización del fenómeno migratorio

en Europa y de la posterior crisis económica (Olarte, 2018, pp. 59-60). Estos son los casos en los que la jurisprudencia del TEDH plantea criterios de diferenciación entre esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso e, incluso, la relación de aquellas con la figura de la trata de personas.

El primero de este tipo de casos es el de *Siliadim contra Francia* (2005). Los hechos materia de discusión versan sobre una adolescente de quince años de nacionalidad togolesa que llegó a Francia con la finalidad de prestar servicio doméstico en la casa de una familia francesa. En ese contexto, durante aproximadamente tres años, fue obligada a trabajar sin remuneración, quince horas al día, siete días a la semana para una familia que confiscó su pasaporte y en condiciones indignas de vivienda.

La relevancia del caso reside no solo en que fue la primera vez que el TEDH consideró que existe una violación del artículo 4 de la Convención, sino también porque afirmó que constituyó una práctica de servidumbre prohibida por el referido artículo. Además, el TEDH aportó, por primera vez, criterios sobre la relación entre las tres modalidades de explotación laboral mencionadas por la Convención: esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. En este orden de ideas, el tribunal consideró que el caso de *Siliadim* es, al menos, un supuesto de trabajo forzoso (Olarte, 2018, p. 66). Sin perjuicio de lo anterior, el TEDH dispuso que la situación de explotación comportaba un *plus* que la aproximaba más a la cosificación y, por lo tanto, constituía un supuesto de servidumbre (Olarte, 2018, p. 66). A juicio del tribunal, este *plus* se evidenció en la violación particularmente grave de la libertad de la víctima y en el hecho de que ella sea menor de 18 años (Olarte, 2018, p. 67). El Tribunal, además, indicó que la servidumbre se podría diferenciar de otras formas de explotación laboral en la medida en que esta se caracterizaba por la obligación del siervo para vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición laboral (Valverde, 2019a, p. 130).

No obstante, el TEDH no consideró que los hechos configuraban un supuesto de esclavitud en sentido propio, dado que no había evidencia de que sobre la víctima se haya ejercido jurídicamente un derecho de propie-

dad o que se la haya instrumentalizado como objeto (Olarte, 2018, p. 68). Como puede apreciarse, más allá del cuestionable concepto restringido de esclavitud, se aprecia en esta sentencia una línea de continuidad entre las categorías de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso que, actualmente, se construye a través de la intensidad del control que una persona ejerce sobre otra (Pomares, 2020, p. 429). Así, la forma más intensa de control es reconocida a la esclavitud y la forma menos intensa al trabajo forzoso, ubicándose la servidumbre en una posición intermedia.

El TEDH, a pesar de haber calificado el hecho como servidumbre, se dedica a caracterizar el trabajo forzoso como una figura básica de explotación laboral. Así, redefine el alcance del artículo 2 del Convenio 29 de la OIT referido al trabajo forzoso e interpreta el concepto de *pena* al que se refiere dicho crimen en un sentido más amplio al que le otorgó el convenio. De ese modo, no se limitó a su sentido de sanción penal, sino a cualquier coacción física o moral o una amenaza de cualquier índole, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la víctima menor de edad.

Otro caso que merece ser recordado es *Rantsev contra Chipre y Rusia* (2010). El caso giró en torno a una ciudadana rusa —Oxana Rantseva— que llegó a Chipre a trabajar en un cabaret, aunque era conocido que desde este país se captaba a mujeres para explotarlas sexualmente. Luego de un intento de fuga, la mujer fue encontrada en otro lugar de trabajo y nuevamente retenida por sus originales captores. Posteriormente, fue encontrada muerta. El padre de la víctima demandó a Chipre y a Rusia por la ausencia de investigaciones efectivas que determinen la verdad de los hechos y los responsables, así como la ausencia de protección por parte de la policía chipriota.

En esta oportunidad, el tribunal no explicó con precisión la distinción de los conceptos antes indicados; es más, consideró que dicha diferenciación era innecesaria (Olarte, 2018, p. 68). En su lugar, se concentró en inferir la prohibición de la trata de personas del artículo 4 de la Convención, a pesar de que esta disposición no contiene una referencia expresa de este crimen.

La sentencia no resulta afortunada, toda vez que planteó una relación necesaria entre la trata y la esclavitud, pese a que dicho vínculo es medial y no de estricta necesidad.

El tercer caso que es pertinente citar es *C.N. y V contra Francia* (2012). Este es el caso de dos hermanas de Burundi, ambas menores de edad —6 y 10 años—, que fueron alojadas por su familia de acogida en Francia y dedicadas al trabajo doméstico. Así, ambas niñas realizaron el trabajo de mantenimiento de la casa familiar, lo que incluyó una serie de otras actividades, entre las que se encontraba el cuidado de un niño con discapacidad y labores de jardinería. Además, las niñas dormían en el sótano de la casa, sin salario, sin descanso, sin acceso directo a baño, y su comida estaba solo basada en arroz y pasta. Del mismo modo, eran constantemente amenazadas con regresarlas a Burundi, pese a que se encontraban en una situación de extrema vulnerabilidad.

Una vez más, el TEDH consideró que los hechos calificaban, al menos, de trabajo forzoso. Sin embargo, insistió que específicamente calzaban dentro de la servidumbre, ya que el caso concreto era un supuesto más grave de explotación laboral. El TEDH reitera, en esta oportunidad, que la gravedad de la servidumbre reposaba en dos circunstancias: i) la percepción por parte de las víctimas de que su condición de sometimiento era inmutable o inmodificable al corto plazo; ii) la condición de locataria de las víctimas, es decir, el hecho de que las víctimas residían en el domicilio o en el centro de trabajo de sus empleadores (Olarte, 2018, p. 70). Además, el tribunal negó que los hechos no constituyeran un supuesto de esclavitud, por lo que reforzó la idea de que la diferencia entre esclavitud y servidumbre radica en el grado de control del explotador sobre su víctima.

Por otro lado, el TEDH se pronunció en esta ocasión sobre el trabajo forzoso y reiteró el criterio establecido en el caso *Van der Bussele contra Bélgica*. Es decir, afianzó la regla consistente en que el volumen de la actividad desplegada por las niñas y la naturaleza de su trabajo son criterios que permiten distinguir el trabajo forzoso de las tareas de colaboración familiar.

El siguiente caso de explotación en el que se pronunció el TEDH es *C.N. contra Reino Unido*. En este asunto, la demandante era una mujer nacida en Uganda que viajó a Reino Unido con un pasaporte falso para encontrarse con un familiar que le había ofrecido ayuda ante la violencia sexual experimentada en su país (Olarte, 2018, p. 71). Sin embargo, la víctima fue despojada de sus documentos, retenida durante meses en distintos inmuebles y obligada a realizar servicios de cuidados personales sin descanso y sin remuneración. En este caso, el TEDH ratifica los elementos que componen la categoría de servidumbre —obligación de realizar servicios, vivir en propiedad de otra persona e imposibilidad de modificar situación— (Olarte, 2018, p. 71). Así mismo, el tribunal indicó que el trabajo forzoso puede ser cometido a través de coacción física y mental, para lo cual valoró la vulnerabilidad de la víctima por su condición de migrante irregular (Olarte, 2018, p. 71).

Un quinto caso producido en el contexto del sistema europeo de derechos humanos es el asunto *J y otros contra Austria*. La base fáctica de la sentencia que emitió el TEDH menciona tres mujeres filipinas que, luego de haber sido captadas en su país, se transportaron a Dubái para trabajar como empleadas del hogar. Sin embargo, una vez llegaron a Emiratos Árabes Unidos, sus empleadores las despojaron de sus documentos, las sometieron a malos tratos y castigos, las incomunicaron y las obligaron a realizar sus labores sin recibir la remuneración acordada y durante extensas jornadas laborales. El caso fue conocido por el TEDH y las mujeres fueron rescatadas por un grupo de compatriotas en Austria, mientras se encontraban en dicho país debido a las vacaciones de sus empleadores.

Si bien en esta oportunidad el TEDH desestimó la demanda, es importante resaltar que indicó que las formas modernas de esclavitud suponen un atentado contra la dignidad humana y que, como ya lo indicase antes, la trata de personas se encuentra abarcada por esta categoría (Olarte, 2018, pp. 73-74).

El último caso que nos parece relevante mencionar es el de *Chowdury y otros contra Grecia*. El supuesto de hecho de este caso versa sobre un grupo de trabajadores agrarios temporales dedicados al recojo de la fresa y provenientes de Bangladesh —por lo tanto, sin vivienda y sin conocimiento de la lengua—. Estos ciudadanos bangladesíes se encontraban, además, en situación irregular en Grecia y eran mantenidos en condiciones de vida precarias y sin el pago de seis de sus mensualidades. Frente a ello, los trabajadores iniciaron una huelga que, finalmente, fue aplacada por los guardias privados de la empresa, quienes abatieron a tiros a los huelguistas.

El tribunal calificó los hechos como trata con fines de explotación laboral y trabajo forzoso. A pesar de ello, el TEDH señaló que no se había cometido servidumbre y esclavitud debido a que las víctimas mantenían niveles de libertad que hacían que la situación no sea inmutable. Esto último debido a que los obreros, a juicio del TEDH, podían abandonar la relación de trabajo y buscar otro empleo (Olarte, 2018, p. 84). Es interesante resaltar cómo el elemento de inmutabilidad de la condición es empleado por el TEDH como un filtro que impide dar el salto de trabajo forzoso a servidumbre.

Por otro lado, el TEDH indicó, a diferencia de los tribunales penales griegos, que sí se dio una situación de trabajo forzado, toda vez que el trabajo agrícola había sido impuesto bajo la amenaza de cobrar salarios o ser despedidos, sumado al aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad derivada de la condición migratoria de los trabajadores (Olarte, 2018, p. 86).

### B. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Tal como sucede con el CEDH, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) incorpora la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el artículo 6, incisos 1 y 2, a la vez que una lista sobre supuestos que no son trabajo forzoso ubicable en el inciso 3 del citado artículo. Sin embargo, la CADH, a diferencia de la CEDH, incluye también la prohibición de la trata de esclavos y la trata de mujeres.

Con relación a la jurisprudencia de la Corte IDH, la primera sentencia que se debe resaltar es la producida en el caso *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Los hechos de este caso tuvieron su origen en Ituango, donde un grupo armado paramilitar integrado por veintidós personas asesinó a un grupo de pobladores del corregimiento de La Granja el 11 de junio de 1996. Además, del 22 de octubre al 12 de noviembre de 1997, un grupo paramilitar de treinta hombres torturaron y asesinaron a un grupo de pobladores del corregimiento de Aro. En este escenario, el grupo paramilitar obligó y forzó, bajo amenaza de muerte, a arrear ganado robado durante sendos días.

En esta oportunidad, el tribunal de derechos humanos interpretó el concepto de trabajo forzoso a la luz del Convenio 29 de la OIT y de la jurisprudencia del TEDH. En esta medida, la Corte IDH indicó, respecto a los elementos tradicionales del trabajo forzoso, lo siguiente:

- i) La amenaza de pena abarca la intimidación real y actual de distinta graduación. Dentro de las formas más graves se encuentra la violencia física, aislamiento, confinación y la amenaza de muerte a la víctima y sus familiares.
- ii) La falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio incluye la ausencia de consentimiento o de libre elección respecto del comienzo o continuación de un trabajo o servicio brindado por la víctima. De acuerdo con la corte, esta anulación del consentimiento se puede dar a través de distintos medios, como la privación de la libertad, el engaño o la coacción psicológica.

La segunda sentencia que cabe mencionar se produjo en el caso *López Soto Vs. Venezuela*. Si bien no se trata de un caso específico de explotación laboral, sí resulta importante para los fines del presente artículo, porque describe las características de la esclavitud, más allá de que en el caso en concreto se refiere al concepto de esclavitud sexual.

El caso fue conocido por la Corte IDH a partir de la demanda de una joven de 18 años que fue privada de su libertad por un sujeto y, luego,



conducida a distintos inmuebles donde fue encerrada, inmovilizada, golpeada, agredida psicológicamente y sometida a múltiples actos de violencia sexual. En esta línea, la víctima presentó traumatismos contusos y hematomas en el rostro, tórax, abdomen, fractura en la nariz, mordeduras en los labios, mamas y pezones y quemaduras con cigarrillo en la cara. Además, fue obligada a desnudarse y sufrió reiteradas violaciones sexuales por parte del perpetrador.

En esta ocasión, la Corte IDH determinó que se trataba de un supuesto de esclavitud sexual y resaltó los siguientes elementos presentes en el caso:

- i) Existencia de limitaciones a la autonomía y a la libertad de movimientos de la víctima. En el caso se manifestaba en el control total que el sujeto ejercía sobre las decisiones de la víctima referidas a la disposición de su propio cuerpo y su sexualidad.
- ii) Existencia de violencia y amenazas constantes sobre la víctima.
- iii) Existencia de un control sobre cada aspecto de la vida de la víctima, incluida su alimentación, su ida al baño para hacer sus necesidades fisiológicas y sexualidad.

La tercera sentencia de la Corte IDH que se abordará tiene una importancia singular, toda vez que es probablemente el más claro y extenso pronunciamiento que un tribunal internacional ha emitido sobre las modalidades de explotación laboral desarrolladas en la normativa de los derechos humanos: esclavitud, servidumbre y trabajo o servicio forzoso. Esta sentencia es la emitida por la Corte IDH en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*.

El caso versa sobre un numeroso grupo de trabajadores que fueron reclutados en el interior del estado de Pauí, al noreste de Brasil y, tras tres días de viaje a través de una carretera afirmada, fueron llevados a la denominada Hacienda Brasil Verde. Allí les retuvieron sus documentos de identidad y les hicieron firmar documentos en blanco. Luego, laboraron

en jornadas de trabajo de doce horas o más, con un descanso de media hora para almorzar y un día libre a la semana. Así mismo, los trabajadores dormían confinados en galpones y en un ambiente bajo un techo de lona, sin electricidad, camas o armarios. La alimentación era precaria y se les descontaba de sus jornales. Como consecuencia de ello, constantemente enfermaban, pero no recibían atención médica. Finalmente, los trabajadores realizaban su jornada bajo amenaza, en constante vigilancia armada y en medio de la agreste selva.

En este caso, la Corte IDH señaló que los hechos calificaban, en principio, como trabajo forzoso, toda vez que se trataba de un trabajo que era mantenido en condiciones de involuntariedad y bajo amenaza. Sin embargo, la Corte IDH consideró que, por las circunstancias y características del caso, este resultaba más grave y calificaría no solo como servidumbre, sino que se enmarcaba en la forma más severa de explotación: la esclavitud en sentido propio. Esta fue definida, en su sentido moderno, como la conjunción de dos elementos: un estado o condición *de iure* o *de facto* y el ejercicio de atributos de la propiedad, especialmente los referidos a la posesión. Conforme se verá más adelante, el ejercicio de la posesión se expresa a través del control intenso que ejerce una persona sobre otra, de tal manera que se evidencie la pérdida de la voluntad o la disminución considerable de su autonomía. En esta medida, la Corte IDH también reconoció la situación de gradualidad de la intensidad del control entre las diversas modalidades de explotación laboral.

Finalmente, la Corte IDH definió la servidumbre como la obligación de realizar trabajos o servicios para otros, impuesta por medio de coerción y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición. En este sentido, la definición de servidumbre de la Corte IDH comparte los elementos desarrollados por el TEDH: la condición de locatario del siervo y la inmutabilidad de su condición.

### **3. Problemas con la aplicación de los tipos penales de explotación laboral**

#### **3.1. Identificación de problemas de aplicación desde un breve estudio de casos**

Como se indicó anteriormente, el objetivo principal de este artículo es plantear, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal y una interpretación teleológica de los tipos penales, la base para resolver los principales problemas de aplicación de los delitos de explotación laboral. Sin embargo, ¿a qué problemas nos referimos? Es decir, ¿cuáles son los principales problemas de aplicación referidos a los tipos penales de explotación laboral en el Perú?

Para responder a la pregunta antes planteada, se analizará la base fáctica de cuatro sentencias penales de primera instancia y una de segunda instancia. Cabe indicar que este análisis tendrá por objetivo principal identificar los casos difíciles de subsunción en relación con los actuales tipos penales de explotación laboral. En esta medida, se debe tomar en cuenta que no se analizarán todos los argumentos jurídicos de la defensa, del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional. De este modo, únicamente se estudiará la base fáctica de los casos y los argumentos en torno a lo que constituye y lo que no constituye un supuesto de *explotación laboral*.

##### *A. Caso de la niña trabajadora del hogar sucesivamente explotada*

El primer caso que se analizará es el recaído en la sentencia emitida por el Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima el 5 de abril de 2018 en el Expediente N.º 15070-2015. Los hechos relatados en la acusación fiscal empezaron cuando la acusada, S. N. G. T., le pidió a M. P. V. que le envíe a Ica una *chiquita* para que la acompañe y con el objetivo de que labore como trabajadora del hogar a cambio del pago de ropa, vivienda y estudios. En el marco de esta propuesta, M. P. V. facilitó que la niña de 13 años sea transportada desde Ayacucho hacia la casa de S. N. G. T., ubicada en Ica.

Una vez en este domicilio, la víctima se encargó de las labores de limpieza de pisos y de servicios higiénicos, lavado de platos, cocina y planchado de ropa durante un año, sin recibir tipo alguno de remuneración económica.

Después del primer año, la acusada S. N. G. T. le habría comunicado a la víctima que viajaría a Lima para realizar las mismas labores en la casa de su hijo, M. A. G. G., y de su nuera, R. M. M. V. Así, la pareja antes referida transportó a la adolescente de Ica a Lima, donde habría realizado las actividades del hogar que desarrollaba en la casa de S. N. G. T. Sin embargo, según los hechos relatados por la fiscalía, la adolescente, además de llevar a cabo dichas tareas sin retribución económica ni descanso, era objeto de violencia psicológica constante —gritos y amenazas— por parte de R. M. M. V. Así mismo, la acusada antes mencionada habría retenido el documento de identidad de la víctima, le habría impedido salir del inmueble con cualquier finalidad distinta a la de ir al colegio y la habría amenazado con impedirle esto último si no cumplía a cabalidad con sus órdenes. Esta situación habría durado cuatro meses.

En este contexto, una tarde de mayo de 2014, R. M. M. V. gritó, amenazó y agredió a la víctima luego de haberla encontrado durmiendo. Por este motivo, la castigó encerrándola con llave y, de este modo, impidió que vaya al colegio al día siguiente. Sin embargo, ese día la víctima escapó del inmueble con el apoyo de una vecina, quien la escuchó llorar y la encontró encerrada en su habitación. Después de haber escapado, la adolescente se dirigió al colegio, donde relató lo sucedido al director del establecimiento educativo y presentó, posteriormente, la denuncia respectiva.

En este caso, el órgano jurisdiccional absolvió a S. N. G. T. y condenó a M. A. G. G. y R. M. M. V. Más allá de los argumentos probatorios, destaca que el juzgado arribó a la conclusión de que se produjo un supuesto de explotación laboral sobre la base de los siguientes elementos del caso: i) la víctima fue privada de su libertad de movimiento; ii) la víctima no recibió remuneración económica; iii) los condenados limitaron el acceso de la víctima adolescente a la educación escolar; y, iv) el tiempo de las jornadas

laborales y la edad de la víctima hacían de las labores realizadas una actividad peligrosa y nociva para su salud integral, conforme con la normativa del Ministerio de Educación (2018, fundamentos 2-6).

*B. Caso de la adolescente trabajadora de limpieza sin retribución económica*

El segundo caso que se ha analizado es el referido a la imputación fiscal planteada en el Expediente N.º 424-2017, el cual culminó con la sentencia del 30 de abril de 2018 emitida por el Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima Norte. Los hechos del caso se iniciaron cuando la víctima, una adolescente menor de 18 años, aceptó viajar de San Martín hacia Lima con el propósito de laborar como trabajadora del hogar en la casa de las imputadas, S. E. V. S. y J. L. V. S. De acuerdo con la sentencia revisada, la víctima pertenecía a una familia de recursos económicos limitados, lo que motivó a sus padres a brindar el consentimiento necesario para que ella viaje a la capital y trabaje en la casa de las imputadas a cambio del pago de transporte, alimentación, vivienda y la entrega de una remuneración económica.

Una vez en Lima, la adolescente habría realizado labores de limpieza en el hogar de las imputadas, así como en tiendas comerciales. A pesar de que las imputadas le brindaron alimentación y vivienda, de los hechos del caso se desprende que incumplieron con su compromiso de brindarle una retribución económica por el trabajo de limpieza realizado.

En este caso, el órgano jurisdiccional absolvió a ambas imputadas. Esta decisión se fundamentó en los siguientes argumentos: i) las imputadas no restringieron, en ningún momento, la libertad ambulatoria de la víctima; ii) a pesar de que las imputadas no cumplieron con la normativa laboral que exige una retribución económica, el trabajo realizado por la adolescente no constituyó un trabajo peligroso prohibido en el Código de Niños y Adolescente, ni tampoco una de las peores formas de trabajo infantil reconocida por el Convenio 182 de la OIT; esto último debido a que las labores efectuadas no colocaron a la adolescente en una situación de peligro de daño para su salud, su seguridad o su moralidad.

*C. Caso de las trabajadoras de la fábrica de servilletas*

El tercer caso que se ha identificado fue conocido a partir de la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Penal Transitorio de Ate —Corte Superior de Lima Este— el 17 de agosto de 2017 en el Expediente N.º 8983-2015. Este caso presenta una pluralidad de víctimas, dentro de las que destacan ocho adolescentes de 16 y 17 años y cuatro jóvenes de 18 y 20 años. De acuerdo con la acusación, las víctimas trabajaban en una fábrica de servilletas y realizaban distintas labores, como embolsar, sellar y empaquetar servilletas, repartirlas con los clientes y, en algunos casos, operar con maquinarias dobladoras y cortadoras de papel. Además, las y los jóvenes pernoctaban en colchones que habían sido colocados en el segundo piso de la fábrica. Las presuntas víctimas habrían sido captadas, en su mayoría, en Pucallpa a través de una oferta laboral basada en una cifra mayor a la retribución real, la cual se veía además disminuida por distintos gastos en los que incurrían los empleadores. Finalmente, las víctimas eran constantemente controladas por uno de los acusados, además de ser impedidas de salir libremente de la fábrica.

En este caso, el órgano jurisdiccional condenó a seis de los nueve acusados por el delito de trata de personas con fines de explotación laboral. Para el Juzgado Penal Transitorio de Ate, se habría producido la explotación laboral por los siguientes motivos: i) las víctimas habían sido primero captadas a través de engaños y aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, para luego ser transportadas a Lima; ii) las adolescentes realizaban labores que ponían en peligro su seguridad, como el operar como máquinas cortadoras de papel; iii) las adolescentes vivían en el centro laboral, durmiendo sobre unos colchones ubicados en el segundo piso de la fábrica; iv) los acusados habían despojado a las adolescentes de sus DNI; v) las adolescentes eran constantemente vigiladas y solo podían salir de la fábrica los domingos y feriados; vi) las adolescentes trabajaban jornadas largas, de cinco a 22 horas; y, vii) las adolescentes recibían distintos descuentos en su remuneración mensual, por supuestos gastos de alimentación, transporte desde sus provincias de origen, costo de los colchones y de otros artículos personales que les eran entregados.

*D. Caso de los adolescentes “bajadores” de la fábrica de ladrillos*

Este caso fue conocido a raíz de la sentencia emitida el 5 de octubre de 2017 por el Primer Juzgado Penal Cono Este de Chosica, en el Expediente N.º 2786-2016. Según la descripción de los hechos, las víctimas eran tres adolescentes —dos de 17 y uno de 16 años— y un adulto de 45 años. Dado que la sentencia no brinda muchos detalles sobre la víctima adulta, nos centraremos en los tres adolescentes. En esta medida, según consta en la resolución, los tres llegaron a la fábrica de ladrillos de los acusados D. M. B. y E. Q. M. con la autorización de sus padres, quienes eran extrabajadores y conocidos de los imputados. El motivo de ello era la precariedad económica de las familias de los jóvenes —dos de ellos hermanos— y el hecho de que uno había tenido un hijo recientemente.

De acuerdo con la imputación fiscal, los adolescentes habrían trabajado como “bajadores”. En esta medida, su labor consistía en deslizar, con ayuda de aceite quemado y petróleo, los ladrillos húmedos que salían de los coches, para luego descargarlos en el suelo. Estas tareas eran realizadas sin ningún medio de seguridad, sin contrato registrado en el Ministerio de Educación y en la siguiente jornada: lunes a viernes de 7 a 17 horas y sábados de 7 a 13 horas. El pago era de 250 soles semanales y suponía la descarga de 60 coches diarios. Cabe indicar que la asistencia y el trabajo de los jóvenes eran controlados por los imputados, de manera tal que se imponía una sanción económica a quien rompía un ladrillo por negligencia.

En esta oportunidad, el Primer Juzgado del Cono Este de Chosica absolvió a los imputados, en parte por temas probatorios. Sin embargo, también alegó que no se producía el supuesto de explotación laboral por los siguientes motivos: i) los adolescentes contaban con la autorización de sus padres; ii) los adolescentes no mostraban síntomas de lesiones psicológicas; iii) los adolescentes, si bien presentaban adherencias de hidrocarburos derivados de petróleo en la piel, no tenían lesiones físicas; iv) los adolescentes venían de provincia, donde, a juicio de la jueza, el trabajo infantil se encuentra normalizado y donde los hijos acostumbran trabajar con sus padres en la-

bores agrícolas; y, v) los agraviados tenían un jornada laboral estable, con una hora de refrigerio, remuneración, y no sufrían maltratos ni privación de su libertad.

### *E. Caso de los “trabajadores” de la galería comercial*

El último caso fue conocido a partir de la sentencia emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel en el Expediente N.º 04667-2017. De acuerdo con lo planteado por el Ministerio Público, los acusados, J. C. S. y V. Z. S., gestionaban un negocio de venta de material eléctrico en una galería ubicada en un conocido centro comercial. Sin embargo, además de la galería en la que se vendían los productos, los acusados tenían bajo su dominio un almacén ubicado en un piso superior del centro comercial. Este almacén se caracterizaba por tener un reducido espacio y por carecer de luz y servicios higiénicos. A pesar de ello, los acusados habrían ofrecido a las víctimas “trabajar” en dicho almacén, con conocimiento de que se encontraban en una situación de precariedad económica. Así, las víctimas se habrían dedicado a cambiar la marca de los tubos fluorescentes que luego eran vendidos por los acusados. Esta actividad se realizaba mientras los “trabajadores” eran encerrados en el almacén, sin luz ni servicios higiénicos, y de 9 de la mañana hasta las 7 de la noche.

En este caso, resalta que el órgano jurisdiccional haya decidido definir la explotación laboral de la siguiente forma: aquella situación en la que no se garantiza ningún tipo de derecho o beneficio laboral y que normalmente transcurre dentro de la economía informal, en supuestos en los que las víctimas son obligadas a realizar actividades y tareas productivas (Corte Superior de Lima, 2019, fundamento noveno). También resulta interesante que el tribunal haya reconocido que la esclavitud es una forma de explotación laboral más severa que el trabajo forzoso (2019, fundamento décimo primero). Además, indicó que en la esclavitud el sujeto activo ejerce un poder o control que anula la personalidad jurídica de la víctima (2019, fundamento vigésimo segundo). Con esta base, la sala decidió condenar a los acusados.



*F. Síntesis: problemas de aplicación identificados en el breve estudio de casos*

De los casos antes vistos, se pueden extraer los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Cómo se diferencian las infracciones laborales de la explotación laboral en sentido fuerte?* En todos los casos estudiados, se producen distintas infracciones a la normativa laboral. No obstante, como se ha visto, este tipo de vulneraciones no constituyen explotación laboral. Entonces, ¿cómo fijamos un criterio de diferenciación?, ¿qué diferencia, por ejemplo, al caso “A” del caso “B”?
- *¿Cómo se diferencian el trabajo forzoso de la esclavitud y otras formas de explotación?* En muchos de los casos estudiados, la situación de explotación laboral es evidente, en la medida en que los imputados emplearon distintos medios para obligar a sus víctimas a realizar labores en su beneficio. Esto es particularmente claro en los casos “A”, “C” y “E”. Sin embargo, no resulta claro si estos hechos, de haber ocurrido en la actualidad, deberían ser calificados como trabajo forzoso, como servidumbre o como esclavitud.
- *¿Existen reglas dogmáticas particulares para la explotación laboral de niñas, niños y adolescentes?* La mayoría de los casos vistos tienen como víctimas a niñas, niños y adolescentes. Más aún, en supuestos como los casos “A”, “C” y “D”, las y los adolescentes realizaban labores que los colocaban en especial peligro. En este contexto, ¿la explotación laboral de adolescentes requiere necesariamente del control y dominio expresado en medios coercitivos, fraudulentos o abusivos, o es posible indicar que es explotación laboral el simple hecho de hacer que un niño o adolescente realice determinadas labores?
- *¿Es posible hablar de trata con fines de explotación laboral en sentido débil?, ¿cuáles son las relaciones concursales entre la trata de personas y los delitos de explotación laboral en sentido fuerte?* En todos los casos estudiados se presentan conductas de captación, transporte o reten-

ción. Sin embargo, mientras que en los casos “A” y “E” los fines eran de explotación laboral en sentido fuerte, en supuestos como “B” la captación y transporte, aparentemente, tenía como finalidad el hacer que la persona realice labores por debajo del umbral establecido por las garantías laborales. ¿Constituye esto trata de personas? Por otro lado, en casos como el “E”, de haberse cometido actualmente, ¿se debería aplicar también el artículo 129-A, o se tendría que optar por otra fórmula?

Los problemas antes identificados serán analizados y resueltos a continuación. Sin embargo, antes de profundizar en ellos es indispensable abordar el tema del bien jurídico protegido en estos delitos y la gradualidad del término amplio de explotación laboral.

### **3.2. El bien jurídico protegido en los delitos de explotación laboral**

En un trabajo anterior se explicó la importancia —teórica, pero sobre todo práctica— de la determinación del bien jurídico protegido en el delito de trata de personas (Montoya, 2016, p. 405). Esta relevancia se proyecta, en el mismo sentido, sobre las modalidades de explotación de personas —tanto sexual como laboral— que, a su vez, constituyen los fines de la trata de personas según nuestra legislación penal (artículo 129-A). En otras palabras, se proyecta también sobre las modalidades de explotación laboral que asume la trata y que nuestra legislación penal también tipifica de manera autónoma: esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. En las líneas siguientes se apreciará cómo, con relación a las formas de explotación laboral, esta delimitación cobra una importancia particular y más compleja.

Con relación a la trata de personas, si bien existen diversas posiciones sobre la materia (Montoya, 2016, pp. 405-406; Villaroel, 2017), la controversia más importante gira en torno al sector de la doctrina que aboga por la dignidad humana como bien jurídico protegido —sea en términos de no cosificación, integridad moral o personalidad jurídica— y quienes consideran que la libertad personal constituye el objeto de protección de estos delitos —sea en términos de libertad ambulatoria

o, en una propuesta próxima a la dignidad, la libertad de autodeterminación—. Pese a este debate, el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 y la actual ubicación de los delitos de explotación en el Código Penal peruano han supuesto la consolidación de la postura que afirma la dignidad como bien jurídico protegido.

¿Cuál es la implicancia de lo antes dicho? En primer lugar, tomar en cuenta que la dignidad humana, como bien jurídico protegido en la trata de personas y los otros delitos de explotación, trasciende a su manifestación en los distintos derechos fundamentales —vida, salud, libertad, honor, entre otros— y se constituye en el núcleo de la personalidad humana, el cual es quebrantado cuando se cosifica, instrumentaliza o mercantiliza severamente al ser humano (Montoya, 2016, p. 407). Esta postura permite entender mejor algunas reglas particulares de la trata de personas. A continuación, se explicarán las bondades y los efectos interpretativos de entender a la trata de personas como delito contra la dignidad humana/no cosificación.

En primer lugar, la posición antes indicada conlleva tomar en cuenta el carácter objetivo e indisponible del bien jurídico, lo que explica por qué las conductas de la trata de personas no se dirigen, necesariamente, contra la voluntad de la víctima, sino que pueden desplegarse a través del aprovechamiento de una situación o condición de vulnerabilidad de la víctima preexistente o creada por el sujeto activo. Esto es especialmente importante para entender la incorporación del medio de abuso de situación de vulnerabilidad y el motivo por el que el Protocolo de Palermo y el precepto penal de trata de personas no brindan validez al consentimiento formal dado por una víctima menor de 18 años.

Con base en lo anterior, debe aceptarse que el trabajo interpretativo y de recaudo probatorio del delito de trata de personas y los delitos de explotación no debe focalizar su atención prioritaria en la existencia o no de medios tradicionalmente coaccionantes —violencia o amenaza— o fraudulentos, sino en la situación —social, económica, afectiva, psicológica— en la que

se encontraba quien, preliminarmente, aparece como víctima del delito. Así, los medios comisivos aplicables a víctimas adultas son solamente herramientas que ayudan a evidenciar una situación próxima de explotación sexual o laboral. Esto último también se produce con la situación de adolescencia o niñez de la víctima, que constituyen una situación aprovechable por el tratante.

En tercer lugar, de lo antes dicho se desprende que el delito de trata de personas —como delito contra la dignidad humana/no cosificación— es un delito de peligro concreto. Esto debido a que el injusto de la trata de personas yace en que la víctima es colocada en una situación próxima a su cosificación o mercantilización, lo que se produce con su efectiva explotación. De ello se desprende que las modalidades de explotación a las que se remite el delito de trata de personas —que nuestra legislación tipifica como delitos autónomos— son delitos de lesión del bien jurídico *dignidad humana/no cosificación*. En el caso particular de los delitos vinculados a la explotación laboral, constituyen supuestos de lesión del bien jurídico *dignidad/no cosificación* en el ámbito laboral.

Conforme con lo antes dicho, consideramos que la interpretación de la trata de personas y la explotación laboral son categorías que trascienden al derecho penal del trabajo —encargado de estudiar los delitos que afectan las garantías mínimas de la relación laboral—. Dicho de otro modo: la trata de personas y la explotación laboral constituyen prácticas cuyo especial desvalor no se encuentra en la afectación a los derechos de los trabajadores, sino en la reducción de la víctima a una cosa. Esto último se ha confirmado por la Ley N.º 31146, que modifica el Código Penal y reubica estos delitos dentro de los que afectan a la dignidad.

Si la trata de personas es un delito de peligro y su injusto yace en el riesgo concreto de cosificación efectiva que experimenta la víctima, es indispensable que, en respeto a los principios de lesividad y proporcionalidad en sentido ordinal (Von Hirsch, 1998), sus fines de explotación tengan un grado de lesividad similar, aunque esta sea graduable. Más aún, la lesivi-

dad de las formas de explotación debe ser alta. Es decir, debe tratarse de formas muy intensas de cosificación, toda vez que la trata de personas es un delito que castiga al sujeto activo con el marco abstracto de la pena severa: de ocho a 15 años. Pero ¿con qué criterios podemos establecer que estamos frente a las formas severas de cosificación laboral a la que se refiere el artículo 129-A del Código Penal? La respuesta a esta pregunta nos exige analizar el primer problema identificado en el pequeño estudio de casos: la diferenciación entre las infracciones laborales de la explotación laboral en sentido fuerte.

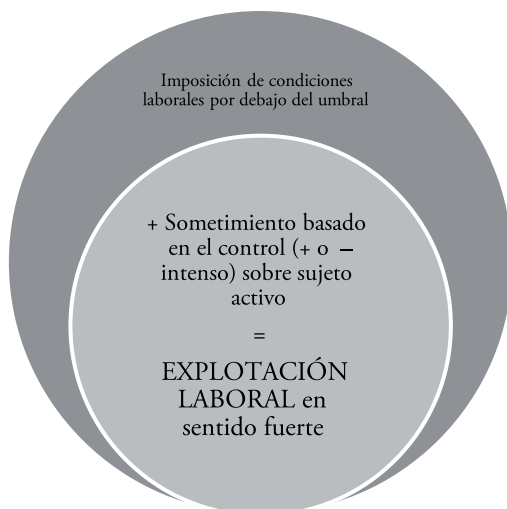
### **3.3. El problema de la diferenciación entre las infracciones laborales y la explotación laboral en sentido fuerte**

La trata de personas y la explotación laboral vinculada a ella, además de ser delitos contra la dignidad/no cosificación, constituyen expresiones o formas asimilables a la esclavitud moderna o contemporánea. Esta afirmación ha sido reconocida tanto por la doctrina penal especializada (García, 2020b; Pérez, 2017; Valverde, 2017; Villacampa, 2013) como por la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de la esclavitud de las Naciones Unidas (Bhoola, 2017, párrafo 7) y la propia Corte IDH (2016, párrafo 240).

Y ¿cuál es el sello característico de la esclavitud contemporánea? Como indicó Urmila Bhoola, si bien esta categoría engloba a un conjunto de prácticas clasificables en una jerarquía de distintos grados, es posible afirmar que el concepto de esclavitud contemporánea gira, al menos en el caso de víctimas adultas, en torno al control del sujeto activo sobre la víctima (2017, fundamento 8). Este control o dominio —equivalente a la posesión de la víctima (Allain, 2017, p. 179)— hace que la imposición del trabajo o de los servicios constituya una afectación severa a la *dignidad/no cosificación* de la víctima. En esta línea, García Sedano señala que las formas analogables a la esclavitud contemporánea presentan cuatro elementos: i) control sobre la persona; ii) apropiación —aunque sea parcial— de la fuerza de trabajo; iii) empleo de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos; iv) cosificación de las personas sometidas (2020b, p. 145).

Cabe señalar que, en ocasiones, se emplea el término “explotación laboral” en un sentido débil; es decir, como categoría que incluye las prácticas que únicamente atentan contra los derechos de los trabajadores (Terradillos, 2017, p. 246). Este uso se debe, en parte, a que legislaciones como la española no tipifican de manera autónoma la explotación laboral asociada a la trata de personas (García, 2020b), sino únicamente las infracciones laborales. Sin embargo, con base en lo antes dicho, es acertado afirmar que la explotación laboral de adultos en sentido fuerte es una forma contemporánea de esclavitud que, como tal, debe estar integrada por dos elementos: i) el control o dominio intenso sobre la víctima adulta que le permite al sujeto activo hacerla realizar una labor, un servicio o una prestación, y ii) el aprovechamiento del sujeto activo de esta labor, servicio o trabajo.

Si bien el segundo elemento se produce en la imposición de condiciones laborales ilegales, esto no sucede con el primer elemento de la explotación laboral en sentido fuerte. Dicho de otro modo: la explotación laboral en sentido fuerte de adultos se distingue de la imposición de condiciones laborales por debajo del umbral legal en la medida en que, en el primer supuesto, el sujeto activo controla a las víctimas a través del empleo de medios como la violencia, la amenaza, el engaño o el abuso de la situación de vulnerabilidad (Pomares, 2019, p. 430). De esta forma, si bien toda explotación laboral en sentido fuerte supone la imposición de condiciones laborales por debajo del umbral, no toda imposición de estas condiciones implica un caso de explotación laboral en sentido fuerte. Esta interpretación se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha diferenciado la explotación laboral del incumplimiento de derechos laborales a partir de criterios que hacen referencia a controles abstractos sobre la víctima —retención de documentos— y de controles físicos —imposibilidad de movilizarse— (2019b, fundamento vigésimo, séptimo), además de otras reglas específicas sobre explotación laboral infantil que se verán más adelante. En esta medida, en los casos de víctimas adultas podemos diferenciar la explotación laboral de la imposición de un trabajo en condiciones infralegales de la siguiente forma:



*Figura 1.* Explotación laboral e imposición de condiciones laborales por debajo del umbral en caso de víctimas adultas. Elaboración propia.

Al aplicar esta regla dogmática a los casos expuestos en el acápite 3.1, se concluye que el caso “B” no constituye un supuesto de explotación laboral en sentido fuerte o en sentido jurídico penal. En esta medida, el hecho de que una trabajadora no reciba prestación económica o que el empleador incumpla alguna otra obligación laboral no transforma la relación, automáticamente, en una de explotación laboral. Por el contrario, si en el caso “B” la víctima hubiese sido adulta, habría sido necesario que el empleador tenga sobre ella un control o dominio expresado en medios coactivos tradicionales —violencia, amenaza, privación de libertad—, fraudulentos o abusivos. Esto se evidencia claramente en los casos “A”, “C”, “D” y “E”, en los que los sujetos activos dominaban a las víctimas a través de la privación de libertad, del engaño o del abuso de una situación de vulnerabilidad —como la dependencia económica o el desarraigo familiar—.

### **3.4. El problema de diferenciación entre el trabajo forzoso (129-O) y el delito de esclavitud y otras formas de explotación (129-Ñ)**

En el punto anterior se ha visto cómo la explotación laboral en sentido fuerte se distingue de la imposición de condiciones laborales ilegales. Ahora bien, de lo observado en el acápite 2, el Código Penal peruano contiene dos manifestaciones de explotación laboral en sentido fuerte: el delito de trabajo forzoso y el delito de esclavitud y otras formas de explotación. Ambas son formas graves de cosificación que constituyen expresiones de moderna o contemporánea esclavitud, toda vez que suponen que el sujeto activo controla a la víctima a través de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos. Pero ¿cómo se diferencian estos delitos?

La pregunta antes planteada ha sido resuelta, en parte, en el acápite sobre la evolución de los conceptos asociados a la explotación laboral, especialmente en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. En dicho acápite no solo se ha evidenciado que la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH reconocen el carácter graduable del control o dominio que se puede ejercer sobre una persona en las distintas modalidades de explotación laboral en sentido fuerte. Es decir, se reconoce una gradualidad en la explotación laboral intensa que se estructura, de mayor a menor intensidad, de la siguiente forma: esclavitud, servidumbre y trabajo o servicio forzoso (Rivas Vallejo, 2020, p. 40). En esta medida, especialistas como Jean Allain indican que las formas de explotación reconocidas por el Protocolo de Palermo únicamente expresan prácticas que difieren en el nivel de control sobre la víctima (2012, p. 155).

A pesar de esta configuración gradual alcanzada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, ella no es suficiente para satisfacer los requerimientos básicos del subprincipio de taxatividad en el derecho penal. Esta garantía, si bien aspira a una determinación clara y precisa de los conceptos utilizados en la tipificación penal (Montoya, 2020b, pp. 92-95), no puede, evidentemente, ser alcanzada debido a una serie de limitaciones que impone la imprecisión del lenguaje



y el contexto de su uso. En ese sentido, la garantía de taxatividad acepta conceptos indeterminados, aunque razonablemente determinables a través de procesos de interpretación según cualquiera de los métodos tradicionalmente aceptados: sistemático, histórico, teleológico y sociológico (Montoya, 2020b, p. 104). Desde esta perspectiva, más adelante ofreceremos algunos criterios que pueden coadyuvar con esa posibilidad de hacer determinables conceptos jurídico-normativos como “esclavitud”, “servidumbre” y “trabajo forzoso”.

Antes de presentar los criterios mencionados, es importante reconocer que nos encontramos frente a conceptos tipológicos (*Typus*), es decir, conceptos que contienen varios elementos graduables o dimensionales entre sí (Schünemann, 2006, p. 287). Tales conceptos se construyen sobre la base de describir elementos comunes reconocibles y, a partir de ahí, su identificación en la realidad se efectúa a través de un proceso de interpretación flexible en el que se evalúa cómo, en la situación concreta, estos elementos se compensan mutuamente. Esto último a través de la presencia de elementos que se verifican de manera sólida y evidente y otros que se susciten de manera menos contundente (Fernández, 2006, p. 239). Si dicha compensación no ocurre, entonces no se podrá verificar el *Typus*, lo que supone la necesidad de evaluar la categoría de menor lesividad.

Esto último implica que se confirmará la presencia de la esclavitud —*Typus*— cuando sus elementos se encuentren presentes, aun cuando uno de ellos aparezca de manera tenue y otro, a forma de compensación, surja de manera intensa. Por el contrario, si la valoración de los elementos de esta categoría no permite este resultado en un caso concreto, se deberá evaluar la categoría siguiente de menor intensidad: la servidumbre y, sucesivamente, el trabajo forzoso. A continuación, evidenciaremos los elementos que caracterizan estas categorías tipológicas de explotación laboral.

En primer lugar, existe un elemento común a las tres modalidades de explotación laboral en sentido fuerte. Se trata del control o dominio que una persona ejerce sobre su víctima, el cual se evidencia, en el caso de las vícti-

mas adultas, en los medios, y se encuentra presente, en distinta intensidad, en la esclavitud, la servidumbre y el trabajo o servicio forzoso de víctimas adultas. A esta característica común y básica hay que agregar la presencia o ausencia de notas particulares que deberían evaluarse en cada categoría, conforme se observará a continuación.

### A. Esclavitud

Es aquel estado o condición —*de iure* o, sobre todo, *de facto*— que se manifiesta en el control efectivo y prácticamente absoluto sobre una persona, de tal manera que se ejerce sobre ella alguna de las facultades del derecho a la propiedad. Con la proscripción internacional de esclavitud, lo más común es que esta condición sea *de facto* y que se manifieste en la posesión —atributo del derecho de propiedad— del esclavista sobre su víctima. De esta manera, no se requiere alguna titularidad formal de ese derecho a la propiedad, sino manifestaciones fácticas que den cuenta del nivel de poder que ejerce una persona sobre otra y que este control anule la autonomía y personalidad de la víctima en un nivel prácticamente absoluto. En este sentido, Patricia Gallo señala que la esclavitud en términos contemporáneos se refiere a una relación posesoria de carácter fáctico de la víctima (2020b, p. 89).

En este orden, en la esclavitud el control sobre la víctima es tan intenso que puede expresarse en la capacidad del sujeto activo de decidir unilateralmente sobre los movimientos y la libertad ambulatoria de la víctima; el poder para imponer unilateralmente jornadas extensas o exhaustivas de trabajo o trabajos que supongan un alto riesgo o peligro para la vida o condiciones humillantes; la potestad de imponerle a la víctima trabajos no remunerados o con exigua remuneración. Como se ha dicho antes, esta categoría tiene la naturaleza de *Typus*, por lo que no es necesario que se produzcan todas estas expresiones con la misma intensidad, sino que estos elementos se deben dimensionar mutuamente. Sin embargo, es preciso indicar que la doctrina ha resaltado que la esclavitud y la servidumbre —que se desarrollará más adelante— se suelen diferenciar del trabajo forzoso en la medida en que no

constituyen una imposición esporádica u ocasional de trabajo, sino que, como se dijo antes, representan una condición que, como tal, es duradera o, al menos, tiene visos de continuidad ( (Gallo, 2020a, p.89).).

### *B. Servidumbre*

En esta forma de explotación laboral existe un control efectivo sobre la víctima, pero menos intenso que la esclavitud. Sin embargo, la víctima o “siervo” conserva, aunque sea *de facto*, algunas facultades personales básicas y se mantiene el núcleo de su personalidad jurídica. Además de la intensidad del control —menos intenso que la esclavitud, pero más intenso que el trabajo forzoso—, la servidumbre tiene dos elementos característicos que, como se vio, han sido desarrollados sostenidamente por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Estos últimos ayudan a valorar el supuesto fáctico y a identificar la situación de servidumbre. Cabe señalar que estos elementos no impiden que la servidumbre acontezca a través de un control basado en medios fraudulentos o en el aprovechamiento de condiciones de vulnerabilidad (Valverde, 2019a, p. 130).

En esta línea, como ya lo indicó el TEDH en el caso Siliadin antes citado, la clave para diferenciar el concepto moderno de servidumbre de otras formas de explotación laboral yace en que, además del control intenso que obliga a la víctima a realizar servicios a favor de alguien, el “siervo” se compromete a vivir en la propiedad de otra persona y se encuentra en la imposibilidad de cambiar su condición (Valverde, 2019a, p. 130). Es decir, existen dos elementos que acompañan el control intenso: la imposibilidad de cambiar las condiciones a la que se encuentra sometido el siervo o, al menos, la percepción de que ello es así, y la obligación de vivir en una propiedad que frecuentemente es propiedad del explotador o es controlada por él. Estos elementos, además, son dimensionables entre sí, por lo que, por ejemplo, la extrema claridad en la percepción de inmutabilidad puede develar una situación de servidumbre aun cuando la condición de locatorio de la víctima sea tenue —por ejemplo, por dormir en la propiedad del explotador solo algunos días de la semana—.

Respecto del primer elemento, se debe tomar en cuenta que esta percepción o situación se generará a partir de un “enganche” a través de una deuda indeterminable o modificable arbitrariamente por el explotador —servidumbre por deudas— o de una costumbre, ley o acuerdo preexistente asumido por el siervo —servidumbre por gleba—. Así, el uso de estas formas específicas de control genera que, pese a tener un abanico limitado de libertad, el “siervo” percibe que las condiciones en las que presta el servicio o el trabajo no van a cambiar en el corto o mediano plazo.

### *C. Trabajo forzoso*

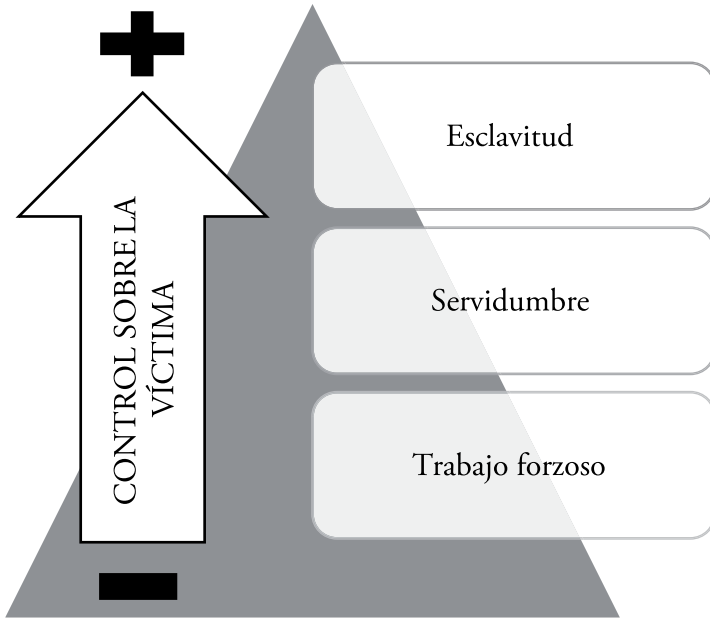
Como se ha mencionado, el Convenio 29 de la OIT de 1929 define el trabajo forzoso con base en tres elementos:

- Prestación de un servicio o trabajo ajeno, el cual puede ser legal o ilegal, remunerado o gratuito.
- Amenaza de una pena. Entendida más allá de su sentido formal asociado a una sanción, implica, como lo ha reconocido la Comisión de Expertos de la OIT, toda privación de derechos, ventajas o privilegios, tales como ascensos, traslados, acceso a nuevo empleo, adquisición de bienes de consumo, vivienda, participación en programas universitarios, entre otros (2007, p. 20). En un sentido similar, la Corte IDH, en el caso *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, citado al inicio de este artículo, señaló que la amenaza consiste en una intimidación real y actual que puede asumir distintas formas y graduaciones, siendo la más extrema el empleo de coacción, amenaza de muerte a familiares de la víctima, violencia física, aislamiento o confinación (2016, fundamento 293) —supuestos en los que probablemente consistirá, además, uno de esclavitud—. Este carácter amplio del elemento “amenaza” permite incluir el abuso de situación de vulnerabilidad como medio para intimidar a la víctima.
- Falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio. La prestación del servicio no se ofrece voluntariamente, es decir, se consigue sin el con-

sentimiento de la víctima, tanto para el inicio del trabajo como para su continuación o salida. En concordancia con lo antes dicho, esta falta de voluntad no solo es causada por los medios de coacción tradicionales, sino también por el engaño o el abuso de una situación de vulnerabilidad (Corte IDH, 2016, fundamento 293).

Se trata, como ya se ha mencionado, de una situación que no supone tanto la imposición de condiciones violatorias de algunos derechos laborales cuanto el hecho de utilizar medios —violencia, amenaza, privación de libertad, fraude o aprovechamiento de situación de vulnerabilidad— que provocan el sometimiento de la condición misma de trabajador (Pomares, 2013, p. 18). Si bien se evidencia una situación de control sobre la condición misma de trabajador —afectando su dignidad/no cosificación—, esta no alcanza niveles de control posesorio sobre aspectos de su personalidad nucleares o vitales, como sucede con la esclavitud. Igualmente, en el trabajo o servicio forzoso no necesariamente están presentes elementos que suponen la anulación o restricción de la libertad ambulatoria del trabajador —como sucede frecuentemente con la esclavitud—, ni la presencia de elementos como la inmutabilidad o locatariedad —como sucede con la servidumbre—. Es justamente la ausencia de estos elementos la que ha llevado a la doctrina a afirmar, como se dijo antes, que el trabajo forzoso que no constituye servidumbre o esclavitud se caracteriza porque se manifiesta en una imposición esporádica u ocasional de trabajo (Gallo, 2020a, p.89).

Con base en las distinciones antes mencionadas, la literatura indica que las formas de explotación laboral —esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso— se localizan en un modelo de *continuum* de explotación (Stoyanova, 2017, p. 234) o, más precisamente, *continuum* de control que oscila entre el trabajo decente, en un extremo, y, en el otro, una progresividad de conductas de imposición de condiciones laborales abusivas que inicia en el trabajo forzoso, continúa en la servidumbre y tiene, en su punto más álgido, a la esclavitud (Valverde, 2019b, p. 273). Este modelo puede ser expresado a través de la figura 2.



*Figura 2.* Jerarquización de las formas de explotación laboral. Elaboración propia.

Con respecto a los casos presentados en este trabajo, se puede visualizar que en “A”, “C” y “E” los explotadores emplean medios que les permiten controlar intensamente a las víctimas. Así, por ejemplo, en el caso “A” la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad devenida de su desconocimiento de la ciudad y su precariedad económica, a lo que se suma la amenaza de privación de libertad, la supervisión de sus movimientos y la amenaza de ser privada de su derecho a la educación. Esta situación evidencia que nos encontramos ante supuestos de trabajo forzoso. Sin embargo, en los casos “A” y “C” se identifica, además, la condición de locatarias de las víctimas y la evidente sensación de imposibilidad de cambiar la situación que se desprende de la supervisión constante de los movimientos de las “trabajadoras” y de la privación de sus documentos de identidad. Estos elemen-

tos dan luces para afirmar que los casos “A” y “C” constituyen expresiones de servidumbre. En ambos, el enganche se habría dado a través del compromiso de trabajo brindado por las víctimas o sus familiares. Ahora bien, en los casos “A” y “E”, sobre todo, se produce, además, una privación de la libertad ambulatoria intensa, ya que las víctimas son colocadas en espacios pequeños sin posibilidad de salir —la habitación de la víctima del caso “A” y el almacén de la galería en el caso “E”—. Como bien señala Gallo, esto evidencia un control intenso extremo o dominio total que permite identificar una situación de esclavitud (Galo, 2020a, p. 93). Más aún, en el caso “A” se visibiliza que los explotadores poseen a la víctima a tal punto que la transfieren y la ceden prácticamente sin tomar en cuenta su voluntad.

### **3.4. El problema del consentimiento de la explotación laboral de niñas, niños y adolescentes**

Se han analizado los dos primeros problemas enunciados en el literal ‘f’ del acápite 3.1. Con estas herramientas se ha podido identificar la explotación laboral en los casos “A”, “C” y “E”. Sin embargo, el caso “D” —sobre los adolescentes “bajadores” de la fábrica de ladrillos— aún ofrece un problema no abordado. Esto es, ¿qué sucede cuando el sospechoso de explotación laboral no emplea, de manera evidente, un medio violento, amenazante, fraudulento o abusivo frente a una víctima adolescente o niño?; ¿se puede concluir automáticamente que no estamos frente a una situación de explotación laboral en sentido fuerte? La respuesta a ello se desprende de un análisis sistemático de nuestro ordenamiento jurídico frente a las formas modernas o contemporáneas de esclavitud.

El artículo 129-A del Código Penal, tal como lo afirmase el Protocolo de Palermo, indica que la trata de niñas, niños y adolescentes se producirá aun cuando no se empleen medios violentos, amenazantes, fraudulentos o abusivos. Esta regla se ha mantenido en varios de los dispositivos que regulan la explotación efectiva de personas, tal como sucede con la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129-H del Código Penal— y con el delito de esclavitud y otras formas de explotación —129-Ñ del Código Penal—.

Sin embargo, en la explotación sexual se brinda un dato importante ausente en la explotación laboral: la actividad específica que la víctima desarrollará y que beneficiará al explotador. Así, el 129-H establece que está prohibido penalmente que un sujeto haga que un niño, niña o adolescente realice *actos de connotación sexual* con el objetivo de beneficiarse, aun cuando la víctima brinde su aparente consentimiento y pese que no se identifique el empleo de algún medio.

Por el contrario, los delitos de explotación laboral no cuentan con esa precisión. ¿Quiere decir esto que en los casos de explotación laboral infantil siempre deben acontecer medios que vicien la voluntad de la víctima?; ¿o es que esta omisión supone que todo trabajo o servicio realizado por un niño, niña o adolescente a favor de un tercero constituye una forma de explotación laboral? El primer supuesto es manifiestamente contrario al Protocolo de Palermo y al precepto penal del 129-A y del 129-Ñ —que expresan la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de 18 años—, por lo que, sistemáticamente, no parece una salida correcta. No obstante, el segundo supuesto también es inconsecuente con el ordenamiento jurídico, toda vez que en el Perú se permite el trabajo adolescente bajo ciertas reglas. Es decir, se autoriza que alguien se beneficie, en algunas ocasiones reguladas, del trabajo de un adolescente.

A nuestro juicio, el que la víctima tenga menos de 18 años constituye un factor general de vulnerabilidad que permite que el explotador controle, de manera más abstracta, a la víctima. Sin embargo, se debe recordar que los delitos de explotación laboral son delitos *Typus* en los que los elementos pueden ser graduables y dimensionables entre sí. En esta medida, cuando el control se exprese en los medios típicos exigidos para los adultos, esto será suficiente para afirmar que estamos frente a un supuesto de explotación laboral jurídico penalmente relevante. Sin embargo, cuando el control tenga una naturaleza abstracta por estar basado únicamente en la edad de la víctima, este elemento no será lo suficientemente intenso para afirmar la explotación laboral. Y es que, como se dijo antes, el trabajo adolescente se encuentra permitido bajo determinadas reglas, por lo que será necesario



identificar otro elemento que dimensione la baja intensidad del control basado únicamente en la edad.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia abordó el problema de la explotación laboral de adolescentes en la ejecutoria emitida el 26 de mayo de 2019. En dicha oportunidad, la Sala Suprema señaló que se estaba frente a un supuesto de explotación laboral de adolescentes en la medida en que se presentaban: i) condiciones laborales precarias; ii) retención de documentos; iii) imposibilidad de salir en el momento que se desee; iv) una suma excesivamente reducida de salario; y, v) actividades y horarios de trabajo no acordes con la edad de una adolescente (2019, fundamento vigésimo sétimo).

De los cinco elementos identificados por la Corte Suprema, dos constituyen manifestaciones del elemento de control y, por lo tanto, permiten guardarlo. Esto es, la retención de documentos y la imposibilidad de salir en el momento que se desee. Por otro lado, la presencia de condiciones laborales precarias es un elemento demasiado general que es necesario delimitar. En esta medida, ¿qué tipo de condición laboral es considerada precaria? Si la respuesta es el incumplimiento de una normativa laboral cualquiera, cometeríamos nuevamente el error de homologar dos supuestos de notoria lesividad distinta, como se ha visto en el acápite 3.3. Algo similar sucede con la suma excesivamente reducida, la cual a lo mucho podría constituir un elemento contingente sin la suficiente intensidad para homologar la situación a la explotación laboral. En esta medida, el quinto elemento aportado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema es el que resulta lo suficientemente intenso como para dimensionar un control abstracto basado únicamente en la edad de la víctima.

Conforme con lo dicho antes, constituirá explotación laboral —y, por tanto, un fin de la trata de personas— el hacer que un adolescente o niño realice una actividad no acorde con la edad de un adolescente. Más precisamente, no acorde por constituir una forma de trabajo altamente peligroso. Esto se desprende del artículo 3 del Convenio 182 de la OIT —ratificado

por el Estado peruano y, por tanto, fuente de normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico—, el cual indica que dentro de la categoría *peores formas de trabajo infantil* no solo se encuentran las formas de esclavitud, explotación sexual y explotación criminal, sino también “el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”. Es decir, el trabajo altamente peligroso de niñas, niños y adolescentes es análogo a las otras formas de explotación laboral y sexual en sentido fuerte. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que el Convenio 182 de la OIT, en su artículo 1, dispone que todo Estado Parte —incluido el Perú— está obligado a tomar las medidas eficaces para prohibir toda manifestación de las peores formas de trabajo infantil, incluido el trabajo peligroso.

La forma de explotación laboral antes descrita es una a las que se refiere la cláusula de extensión analógica contenida en el artículo 129-A del Código Penal —cualquier otra forma de explotación laboral—. Si analizamos el caso “C”, podremos concluir que, si bien no se presentan los medios de control tradicional, estamos ante una forma de explotación laboral que constituye una finalidad de la trata de personas en la medida en que existe un control abstracto basado en la vulnerabilidad y sustentado en la edad de la víctima que se dimensiona con la presencia de que la víctima realiza, a beneficio de un tercero, un trabajo altamente peligroso.

### **3.6. Principales problemas entre el delito de trata de personas y la explotación laboral**

Finalmente, corresponde analizar el caso de la trata de personas con fines de explotación laboral. Este problema será abordado en dos niveles. En primer lugar, respecto de la propia trata de personas y conforme con lo visto en el breve estudio de casos, surgen las siguientes preguntas: ¿qué finalidades asociadas a la explotación laboral puede perseguir la trata de personas?, ¿es posible que la trata de personas tenga por finalidad que la víctima sea sometida a una situación en la que únicamente se vulneran las garantías laborales?

De acuerdo con García Sedano, considerar que la explotación laboral a la que hace referencia la trata de personas incluye la mera imposición de condiciones sociolaborales por debajo del umbral permitido es errado, toda vez que se contrapone con el *común denominador* presente, en diferentes grados, en las finalidades de la trata de personas: el control ejercido sobre la víctima (2020a, p. 165). En una línea similar, Esther Pomares afirma categóricamente que la explotación laboral a la que hace referencia la trata de personas consiste en imponer la realización del trabajo mismo y no únicamente condiciones ilícitas que vulneran derechos sociolaborales (2013, pp. 128-129).

Una opinión similar es la defendida por Ana Valverde, quien señala que el trabajo forzoso —que, como se vio, constituye la forma menos severa de explotación laboral en sentido fuerte— se distingue de la explotación laboral en sentido débil en la medida en que, si bien en ambos supuestos el trabajador realiza sus labores en condiciones no idóneas, en el primer escenario tal situación es producto de un control injustificado sobre la víctima que afecta su capacidad de decidir trabajar (Valverde, 2019a, p. 274). De manera semejante, Patricio Gallo señala que solo cuando el trabajo en condiciones precarias se dé bajo el empleo de formas que lesionen o restrinjan su capacidad de decidir trabajar, podemos estar hablando de una finalidad de la trata de personas con fines de explotación laboral (2020b, 2020a, p. 100). Más recientemente, Mario Maraver indica que la relación laboral en condiciones inferiores a las legalmente permitidas no constituye una finalidad de la trata de personas laboral y que, por el contrario, la “explotación laboral” consiste únicamente en el trabajo forzoso, la esclavitud, la servidumbre y las otras prácticas similares a la esclavitud (2019, p. 1020).

La postura mayoritaria antes vista coincide con el que fue el punto de partida de este trabajo: considerar a la trata de personas como un delito contra la *dignidad/no cosificación* análoga a la esclavitud contemporánea o moderna, tal como lo señaló el TEDH en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia* (Olarte, 2018, p. 74). Pues bien, tal premisa hace indispensable que la trata de personas sea interpretada de forma que su naturaleza y gravedad

sean mínimamente asimilables a la esclavitud contemporánea. Como se vio antes, lo característico de esta esclavitud contemporánea o moderna es el control o dominio que el sujeto activo ejerce sobre la víctima, el que permite la imposición del trabajo o servicio y, por consiguiente, la lesión al bien jurídico *dignidad/no cosificación*.

Desde este enfoque, los comportamientos de la trata de personas —el captar, el transportar, el trasladar, el acoger, el retener, el recibir— solo constituyen un peligro para el bien jurídico protegido *dignidad/no cosificación* porque están orientados, a su vez, a otras formas contemporáneas de esclavitud. Dicho con otras palabras, el captar o el transportar, por ejemplo, a una persona, son acciones que, en sí mismas, no tienen contenido lesivo y, si lo tienen, es porque se emplea algún medio coercitivo que supone una afectación a la libertad, mas no a la *dignidad/no cosificación*.

Como se dijo antes, el colocar a un trabajador en condiciones por debajo del umbral de las garantías laborales supone una afectación a un bien jurídico importante para todo Estado constitucional: las condiciones mínimas de un trabajo decente. Sin embargo, el daño provocado con la explotación laboral en sentido fuerte —entendida en términos de esclavitud contemporánea— trasciende a este bien jurídico y se ubica en el abanico de comportamientos que afectan la *dignidad/no cosificación* del ser humano (López y Arrieta, 2019, p. 21). Desde la teoría general del delito, lo antes dicho exige admitir que el captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a una persona con la finalidad de que realice labores por debajo del umbral de las garantías laborales no constituye, por sí misma, la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico *dignidad/no cosificación*, por lo que no supera el primer filtro de la imputación objetiva (Roxin, 2014) de la trata de personas.

Todo lo antes señalado exige afirmar que la trata de personas solo puede orientarse a otras formas contemporáneas de esclavitud —como el trabajo forzoso, la servidumbre o la esclavitud<sup>3</sup>— y que, por el contrario, las con-

---

3 Esta argumentación se ve robustecida si se recuerda que para un Estado constitucional que emplea, en parte, las normas penales con la finalidad de expresar la valoración social

ductas encaminadas a la imposición de condiciones laborales ilícitas son, en principio, atípicas (Valverde, 2017, p 431). Por tanto, supuestos como el caso “B” no constituyen trata de personas. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta dos advertencias:

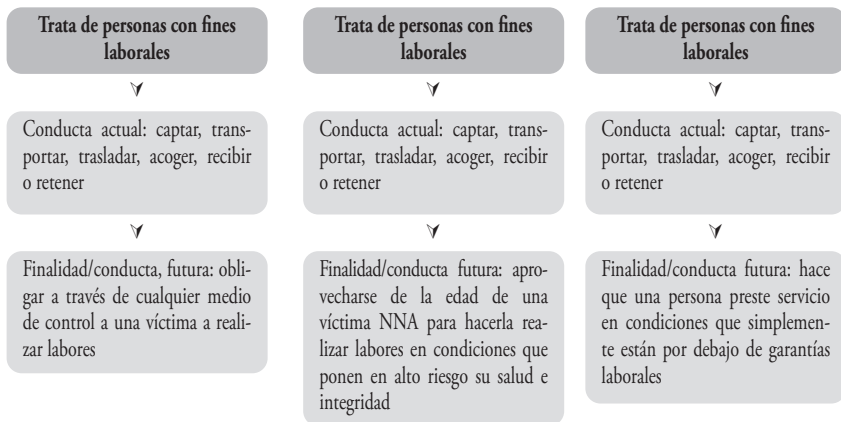
- i) El uso de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos en la captación, traslado, transporte, acogida, recepción o retención condicionará la voluntad de la víctima y, por lo tanto, cualquier aceptación de trabajar bajo determinadas condiciones. Por este motivo, la prueba de los medios de la trata de personas en el caso de víctimas adultas será suficiente para considerar que los servicios o las labores que realizaría la víctima constituirían, en el futuro, explotación laboral.
- ii) Se debe tomar en cuenta las reglas especiales sobre víctimas adolescentes y niñas antes desarrolladas. En esta medida, como se dijo antes, nuestro ordenamiento jurídico penal ha considerado que se produce una forma severa de explotación laboral en sentido fuerte cuando una persona se aprovecha de la vulnerabilidad de un niño, niña o adolescente para hacerla realizar acciones que constituyen un alto peligro para su salud o integridad —trabajo infantil peligroso—. Esto último con total independencia de que se haya presentado un control intenso a través de medios coactivos, fraudulentos o abusivos. Como bien reconoce Wertheimer, esta forma severa de explotación se sustentaría en que el explotador se aprovecha de la edad de la víctima para obtener beneficios de una tarea objetivamente degradante o simplemente en que dicho servicio es tan peligroso para un menor de 18 años que no

---

positiva de los bienes afectados con las conductas prohibidas (Montoya, 2020a, p. 127), es indispensable contar con un sistema de penas caracterizado por la proporcionalidad. Esta última, en su dimensión ordinal, supone que, en su fase positiva, se castiguen injustos similarmente graves con penas similarmente severas y que, en su fase negativa, se evite sancionar de manera similar a injustos con un grado de gravedad manifiestamente distinta (Von Hirsch, 1998, p. 45; Montoya, 2020b, p. 143). Por tanto, sería equivocado —en virtud del principio de proporcionalidad ordinal— asignar el mismo marco de pena a dos comportamientos que, como vimos antes, difieren severamente en su naturaleza lesiva y en su gravedad (García, 2020a, p. 165).

debería ser realizada para beneficiar a un tercero (1997, p. 898). Como se indicó, esta regulación guarda relación con la categoría de peores formas de trabajo infantil reconocida por la OIT en su Convenio 182 y las obligaciones del Estado peruano.

Lo hasta aquí trabajado puede ser resumido en la siguiente figura.



*Figura 3.* Trata con fines de explotación laboral. Elaboración propia.

En un segundo nivel, surgen los problemas asociados a las dificultades concursales que se pueden producir entre la trata de personas —artículo 129-A del Código Penal— y los delitos de trabajo forzoso —artículo 129-O del Código Penal— y esclavitud y otras formas de explotación —artículo 129-Ñ del Código Penal—. Sobre este punto, es preciso señalar que la trata de personas constituye la tipificación y la criminalización de los actos previos a la explotación de las víctimas. En esta medida, la trata de personas y los delitos de severa explotación laboral forman parte de un mismo fenómeno criminal. Es por estos motivos que, en otra oportunidad, se ha indicado que el injusto de la trata de personas yace en colocar a la víctima en un estado o situación que hace factible o probable su explotación severa (Rodríguez, 2016, p. 261).

Siendo esto así, es frecuente que el trabajo forzoso y la esclavitud se encuentren precedidos de la trata de personas. Esto se puede ver claramente en los casos “A” y “C”, en los que las víctimas fueron captadas o transportadas antes de ser explotadas laboralmente. De acuerdo con las reglas desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N.º 06-2019, estos casos constituirían, en abstracto, concursos reales heterogéneos (2019a, fundamento 26).<sup>4</sup> Sin embargo, no se puede olvidar que el numeral 5 del párrafo segundo del 129-O agrava el trabajo forzoso cuando deriva de una situación de trata de personas, mientras que el numeral 6 del párrafo quinto del 129-Ñ hace lo propio respecto al delito de esclavitud y otras formas de explotación.

Como bien indica la Corte Suprema, en casos en que se incluyan este tipo de agravantes, no se podrá aplicar la pena del concurso real, ya que esto significaría valorar doblemente el injusto de la trata de personas (2019a, fundamento 28). Esta salida es correcta. El hecho de que este tipo de casos queden plenamente desvalorados por un tipo penal —el delito de explotación agravada por provenir de trata de personas— nos devela que estamos ante un concurso de leyes, también llamado aparente (García, 2019, pp. 847-891). En este escenario, el principio de especialidad obliga a aplicar el tipo penal agravado, por lo que la pena se deberá fijar respecto a las fórmulas agravadas de trabajo forzoso o de esclavitud y otras formas de

---

4 A pesar de estar de acuerdo con la conclusión, es interesante que el tribunal peruano haya decidido excluir la posible aplicación de un delito continuado. Y es que en los casos como “A” y “C” se cumple con todos los requisitos de esta ficción jurídica (Corte Suprema de Justicia, 2017, fundamento décimo primero): i) pluralidad de acciones —captar, transportar, obligar a trabajar en condiciones de esclavitud—, ii) afectación a un mismo bien jurídico —*dignidad/no cosificación*—; iii) identidad de sujetos activos; y, iv) unidad de designio criminal o dolo global —la persona capta con fines de explotar laboralmente, por lo que todos los comportamientos antes indicados se imputan desde la primera fase del proceso—. A nuestro juicio, este es solo un síntoma de que la figura del *delito continuado* es inconsistente con la sistematicidad del Código Penal y provoca respuestas político-criminales insatisfactorias. Por tanto, tal y como ha sucedido con otras legislaciones como la alemana o la española, es una ficción jurídica que debería desaparecer pronto de nuestro ordenamiento.

explotación. Así, por ejemplo, los casos “A” y “C”, de haber ocurrido en el presente, se resolverían aplicando el delito de esclavitud y otras formas de explotación agravada por devenir de una situación de trata de personas, que tiene un marco abstracto de la pena entre 20 y 25 años.

Ahora bien, es particularmente interesante para la dogmática el caso “A”, toda vez que la víctima, luego de ser captada, transportada y explotada laboralmente, es retenida. Esta situación plantea la siguiente interrogante: ¿la conducta de retención producida en el contexto de la esclavitud debe ser valorada como un comportamiento sumativo de trata de personas? La respuesta a esta pregunta debe ser negativa. En este caso se está únicamente ante el delito de esclavitud y otras formas de explotación agravada. Esta respuesta se fundamenta en dos niveles.

En primer lugar, se debe tomar en cuenta que la trata de personas incluye algunos comportamientos que, en realidad, constituyen tentativa de los delitos de explotación —sexual o laboral, dependiendo del caso concreto—. Esto sucede particularmente con la retención, la cual, en el hipotético de que no existiese el artículo 129-A del Código Penal, sería sancionada como tentativa de trabajo forzoso, esclavitud o explotación sexual.

En segundo lugar, se debe considerar que el delito de esclavitud y otras formas de explotación tiene efectos permanentes. Esto es, un delito cuyo comportamiento típico se prolonga como un *continuum* y, por lo tanto, cuya consumación se mantiene en el tiempo. En esta medida, el riesgo prohibido creado por el explotador con el sometimiento a la víctima se mantiene activo y en ejecución hasta que se termine el control que ejerce sobre ella. Entonces, en el caso “A”, la conducta de retener a la víctima encerrándola en su cuarto se desarrolló dentro del *continuum* de control ejercido por los tratantes. Por lo tanto, es un acto que ya se encuentra desvalorado plenamente por el delito de esclavitud y otras formas de explotación. No se debe olvidar que los comportamientos en grado de tentativa tienen una relación de subsidiariedad frente a los supuestos consumados (García, 2019, pp. 847-891), por lo que la retención —figura autonomizada de ten-



tativa— deberá ceder ante la esclavitud —figura en grado de consumación de la retención—. Se está, en buena cuenta, ante lo que en la teoría general del delito se conoce como concurso de leyes penales.

## Referencias

- Allain, J. (2012). Trafficking and human exploitation in international law with special reference to women and children in Africa. En B. Lawrence y R. Roberts, *Trafficking in slavery's wake. Law and the experience of women and children in Africa* (pp.145-162). Ohio University Press.
- Allain, J. (2017). 125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana. En E. Pérez (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp.147-182). Tirant lo Blanch.
- Alonso, A. (1990). La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, Fasc/mes 1: 175-196.
- Bhoola, U. (2017). Informe de la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias. A/HRC/36/43. En *Consejo de Derechos Humanos. 36.º período de sesiones*.
- [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HR-C/36/43&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HR-C/36/43&Lang=S)
- Bramont-Arias, L. y García, M. (2006). *Manual de derecho penal. Parte especial*. 4.ª edición, aumentada y actualizada. San Marcos Editorial.
- Caro, C. (1995). El derecho penal laboral en el Perú. *Themis*, 31, pp. 231-239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Sentencia de 20 de octubre de 2016 emitida en el caso Trabajadores de Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019a). Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, emitido el 10 de septiembre de 2019 por el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial.

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019b). Ejecutoria suprema emitida el 27 de mayo de 2019 por la Sala Penal Transitoria. R.N. N.º 1610-2018.

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2017). Casación emitida el 12 de julio de 2017 por la Sala Penal Permanente. Casación 1121-2016-Puno.

Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Sentencia emitida por el Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima en el Expediente N.º 15070-2015.

Corte Superior de Justicia de Lima Norte. (2018). Sentencia emitida por el Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima Norte en el Expediente N.º 424-2017.

Fernández, E. (2006). *La autoría mediata en aparatos de poder organizado*. Comares.

Gallo, P. (2020). Explotación laboral en Argentina: un análisis de la situación en los talleres textiles clandestinos. En P. Gallo y T. García, *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral. Talleres textiles clandestinos, explotación sexual y trata de personas* (pp. 3-305). BdeF.

García, P. (2019). *Derecho penal: parte general*. Ideas.

García Sedano, T. (2020a). *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*. Reus.

- García Sedano, T. (2020b). En la encrucijada: retos ante las formas contemporáneas de esclavitud. En P. Gallo y T. García, *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral. Talleres textiles clandestinos, explotación sexual y trata de personas* (pp. 139-158). BdeF.
- López, J. y Arrieta, F. (2019). La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Comillas*, 107, pp. 1-24.
- Maraver, M. (2019). Trata de seres humanos. En F. Molina (coord.), *Memento Práctico. Derecho Penal. Parte Especial*, pp.1011-1027. Francis Lefebvre.
- Montoya, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Revista Derecho PUCP*, 76, pp. 393-419.
- Montoya, Y. (2020a). *Derecho penal de principios. Justificación de la intervención punitiva. Tomo I*. Palestra.
- Montoya, Y. (2020b). *Derecho penal de principios. Los principios penales fundamentales. Tomo II*. Palestra.
- Oficina Internacional del Trabajo. Comisión de Expertos. (2007). *Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*. OIT.
- Olarte, S. (2018). La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Análisis crítico desde la perspectiva laboral. *Temas Laborales*, 145, pp. 55-86.
- Pariona, R. (2019). Problemas dogmáticos y político-criminales del delito de trata de personas regulado en el Código Penal peruano. En E. Pérez y E. Pomares (coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano* (pp. 277-288). Tirant lo Blanch.

- Peña, R. (1992). *Tratado de derecho penal: parte especial. De acuerdo al nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas.
- Pérez, E. (2017). Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud. En E. Pérez (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp. 333-366). Tirant lo Blanch.
- Pomares, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Rivas Vallejo, M. (2020). Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género. En E. Pérez (dir.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave globalización, género y trata de personas* (pp. 39-90). Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, J. (2016). Trata con fines de explotación sexual: aproximación a su regulación con la prostitución y con la conducta del consumidor. *Revista Derecho & Sociedad*, (47), pp. 269-272.
- Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación*. CICAJ/OIT/PJ.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sánchez Málaga, A. (2017). *Análisis de los delitos de trabajo forzoso y de esclavitud y otras formas de explotación*. OIT. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms\\_542576.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_542576.pdf)
- Seelmann, K. (2013). *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa.

- Stoyanova, V. (2017). *Human trafficking and slavery reconsidered*. Cambridge University Press.
- Terradillos, J. (2017b). Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud: ¿retos político-criminales para el siglo XXI? En M. J. Ferlin (coord.), *Direito do trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista* (pp. 245-259). LTR Editora.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia emitida el 9 de diciembre de 2004 por la Sala Primera del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 2798-2004-HC/TC.
- Ugaz, J. (1993). El delito contra la libertad de trabajo. *Themis*, 26, pp. 103-104.
- Valverde, A. (2017). Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el Código Penal español. En E. Pérez (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp. 426-445). Tirant lo Blanch.
- Valverde, A. (2019a). It's all about control: el concepto de trabajos forzados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 22, pp. 239-299.
- Valverde, A. (2019b). Trata de seres humanos con fines de explotación laboral: la problemática de las definiciones. *UAC, Revista de la Facultad de Derecho*, 3(5): 119-137.
- Villacampa, C. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Aranzadi.
- Villarroel, C. (2017). El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano (Tesis para obtener el título de magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú). Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y castigar*. Trotta.

Wertheimer, A. (1997). Remarks on coercion and exploitation. *Denver University Law Review*, 74(4): 889-906.

# DELIMITANDO LA ESCLAVITUD, LAS PRÁCTICAS ANÁLOGAS A LA ESCLAVITUD Y EL TRABAJO FORZOSO: CAMINANDO HACIA SU TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL<sup>1</sup>

*Tania García Sedano<sup>2</sup>*

## Resumen

Esta comunicación abordará la relación existente entre las figuras de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre, para trazar una línea que nos permita delimitarlas. Con ese fin, seguiremos la estela del derecho convencional, de la jurisprudencia del tribunal penal internacional y distintos tribunales de derechos humanos, así como la doctrina más autorizada en esta materia. En España nos encontramos en un momento clave, pues se consolida la idea de un proyecto de ley integral de trata, de modo que sería necesario optimizar esa coyuntura para cambiar el paradigma mediante la tipificación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso como delitos propios e independientes.

**Palabras claves:** Esclavitud, Prácticas análogas a la esclavitud, Trabajo forzoso y trata de seres humanos.

---

1 Este artículo fue elaborado tomando como base García Sedano (2017).

2 Tania García Sedano es Doctora en Derecho, Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid, Profesora Asociada de la Universidad Carlos III de Madrid y ha sido consultora de la OIT sobre formas contemporáneas de esclavitud en España.

### **Sumario**

*1. Introducción. 2. Entidad del fenómeno. 3. Relaciones entre la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre. 3.1. Relación entre trabajo forzoso y esclavitud. 3.2. Delimitación entre trabajo forzoso y servidumbre. 3.3. Disección entre servidumbre y esclavitud. 4. Propuesta de leyferenda. Referencias. Anexo documental.*



## 1. Introducción

Una de las características comunes a la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso radica en que todas constituyen una severísima explotación de unos seres humanos por otros. Junto con ello, el proceso de esclavización y sometimiento a servidumbre o trabajos forzosos, así como, en muchos casos, el trato infligido a las víctimas de la esclavitud, la condición servil y el trabajo forzoso, suelen ir acompañados de otras violaciones de los derechos humanos<sup>3</sup> (Weissbrodt, 2002, párrafo 26). Nos encontramos ante figuras jurídicas complejas que no son siempre fáciles de definir. No obstante, no resulta plausible una interpretación extensiva de la definición de esclavitud que llegue a anular la autonomía conceptual de la servidumbre y el trabajo forzoso (Bonet Pérez, 2017, p. 188).

Existe unanimidad en que tanto la esclavitud como el trabajo forzoso y la servidumbre constituyen formas contemporáneas de esclavitud (Boohla, 2017, párrafo 7). Tanto si partimos de la progresiva consolidación de esa denominación como si lo hacemos desde la perspectiva del derecho internacional convencional, se hace preciso que tracemos la línea divisoria entre las precitadas figuras jurídicas.

Este documento trata de abordar las fronteras entre las formas más severas de explotación del ser humano, aquellas que, en contra de lo unánimemente considerado, privan de dignidad al explotador que no es capaz de reconocer a sus semejantes como seres humanos.

Los principales instrumentos de derechos humanos —Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 4, y Convención Interamericana de

---

3 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde *vs.* Brasil, de fecha 20 octubre de 2016, párrafo 273: “Es evidente de lo anterior que la constatación de una situación de esclavitud representa una restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano y podría representar, además, violaciones a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso”.

Derechos Humanos, artículo 6— proscriben estas figuras jurídicas y lo hacen en un único precepto.

Ello supone que en la gradación entre las distintas figuras se establece una jerarquía. Si trasladamos esa jerarquía a una pirámide, ello se traduciría en que en la cúspide estaría la esclavitud, en el cuerpo la servidumbre y, en la base, el trabajo forzoso. Aunque no resulta obvio, entre unas y otras figuras jurídicas existirán zonas grises, situaciones fácticas intermedias, que entiendo que deberán subsumirse en la figura más amplia o compleja.<sup>4</sup>

## 2. Entidad del fenómeno

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud (Shaninian, 2009, pp. 14-16), incluidas sus causas y consecuencias, estima que existen actualmente en el mundo 27 millones de personas que son víctimas de alguna de las formas contemporáneas de esclavitud, entre las que se incluyen el trabajo forzoso y la servidumbre. Es subrayable que, aunque la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre han perdido peso, la esencia de la esclavitud subsiste en las economías modernas. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo estimó que en el año 2017 existían 40 millones de personas sometidas a formas contemporáneas de esclavitud (2017a, p. 5).

En cuanto a los sectores económicos en los que se desarrollan estas flagrantes violaciones de derechos humanos debe señalarse que no existe ninguno que esté libre de esta lacra, aunque se multiplicarán en sectores económicos poco regulados (Europol, 2016, p. 48; ACCEM, 2006, p. 91) en los que los abusos en la contratación de trabajadores son omnipresentes. Este fenómeno afecta a todos los países y regiones del mundo y se vincula, en muchos casos de un modo ineludible, con la trata de seres humanos (Parlamento Europeo, 2015, p. 4; Giammarinaro, 2015, párrafo 12).

---

4 Artículo 8, párrafo 3, del Código Penal.

La Organización Internacional del Trabajo ha cuantificado en 20,9 millones de personas el número de víctimas de trabajos forzados y de esclavitud (International Labour Office, 2014, p. 7). De esos 20,9 millones de personas, el 90 % son objeto de explotación por parte de empresas y particulares y el 10 % restante por los Estados.

No puede obviarse que producen ingentes beneficios: se calcula que las ganancias generadas podrían alcanzar los 150 000 millones de dólares anuales (International Labour Office, 2014, p. 7).

### **3. Relaciones entre la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre**

El punto del que debemos partir es que los principales tratados de derechos humanos proscriben estas figuras sin definirlos. Así, para enunciar un concepto de esclavitud, trabajo forzoso y servidumbre, en cuanto práctica análoga a la esclavitud, deberá acudirse a los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia y que podemos sistematizar en la Convención contra la Esclavitud de 1926, la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud de 1957, el Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930, el Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957 y el Protocolo de 2014 al Convenio de 1930.

Ahora bien, creer que la promulgación de normas y la abolición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre supone su erradicación constituye no solo un ejercicio de ingenuidad sino también una mitificación de la eficacia de las normas jurídicas. La esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre son figuras jurídicas que están estrechamente relacionadas, pero no son equiparables desde el punto de vista jurídico (Organización Internacional del Trabajo, p. 11; Canessa, 2008, p. 520).

En todo caso, se hace indispensable para su erradicación una adecuada definición tomando como punto de partida su individualidad jurídica y dis-

tinta gravedad, a la que deberán anudarse diversas sanciones.<sup>5</sup> La premisa es que la distinción entre esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso es de grado y no tanto de naturaleza (Fwacett, 1987, p. 155; Van Dijk y Van Hoof, 1984, p. 201; Villacampa, 2012, pp. 437 y 438). Así, no existe una distinción neta entre las diversas formas de “explotación” del ser humano (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002, p. 1). En esa línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vincula las tres instituciones y dibuja “una jerarquía interna en el artículo 4 en la que la servidumbre aparece menos que la esclavitud, pero más que el trabajo forzado” (Sudre, 2005, p. 1959; Organización Internacional del Trabajo, 1930, p. 235).

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido (Canosa Usera, 2005, p. 135), puede señalarse que tanto la esclavitud como la servidumbre afectan al núcleo esencial de la dignidad humana, mientras que el trabajo forzado menoscaba, además, la libertad de trabajo y los derechos laborales. Por lo que se refiere a la conducta, no es plausible obviar que nos encontramos ante figuras jurídicas complejas cuya disección no será sencilla. No obstante, no resultará una opción adecuada partir de una aproximación extensiva de la definición de esclavitud que llegue a anular la autonomía conceptual de la servidumbre y el trabajo forzoso (Bonet, 2017, p. 188).

Podemos señalar como característica común a la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso una explotación gravísima de unos seres humanos por otros (De la Torre Martínez, 2013, p. 274). Junto con ello, en el proceso de esclavización y sometimiento a servidumbre o trabajos forzados, en muchos casos estas formas de explotación severísima suelen ir acompañadas de otras violaciones de los derechos humanos (Weissbrodt y Liga contra la Esclavitud, 2002, párrafo 26; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrafo 58).<sup>6</sup>

---

5 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, de fecha 20 de octubre de 2016, párrafo 228.

6 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, de fecha 20 de octubre de 2016, párrafo 273: “Es

En cualquier caso, la nota fundamental para diferenciar estas figuras jurídicas podría encontrarse en el ejercicio de los atributos de propiedad<sup>7</sup> (Research Network on the Legal Parameters of Slavery, 2012, Directriz N.º 10) aderezado de un componente de trabajo forzoso (Weissbrodt y Liga contra la Esclavitud, 2007, p. 12; Shaninian, 2009, párrafo 30).

La dificultad de delimitación se ha explicitado en el seno de la Comisión de Derecho Internacional que, en sus Comentarios al Proyecto de Código de Crímenes en contra de la Paz y de la Humanidad, establece en su artículo 18 que *eslavement* es un crimen de lesa humanidad,<sup>8</sup> y *eslavement* significa establecer o mantener sobre personas un estatus de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso contrario a las ampliamente reconocidas normas de derecho internacional. Siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional (Werle, 2011, p. 496), se podría concluir que *eslavement* agrupa a las tres figuras jurídicas, aunque, por supuesto, sean distintas todas ellas.

En el mismo sentido, el Informe de la investigación e información sobre la visita a Burundi (Comisión Africana de Expertos sobre Poblaciones Indígenas, 2005, pp. 1 y ss.) que tuvo lugar entre el 27 de marzo y el 9 de abril de 2005, del Grupo de Trabajo de la Comisión Africana de Expertos sobre Poblaciones, y otros informes sobre comunidades indígenas, establecen que confunde los conceptos esclavitud y servidumbre:

Ciertos sectores de la comunidad batwa en Burundi continuaban sufriendo la práctica de la servidumbre, lo que implicaba que un

---

evidente de lo anterior que la constatación de una situación de esclavitud representa una restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano y podría representar, además, violaciones a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso”.

7 Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala Segunda, La Haya, de fecha 5 de marzo de 2002, caso Krnojelac, párrafo 350. La acusación contra Krnojelac sostuvo que “la imposición de trabajos forzados o servicios obligatorios es un ‘indicio de esclavitud’ y un ‘factor a ser tomado en consideración’ en la determinación acerca de si la esclavización fue cometida”.

8 Posteriormente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo recogió en su artículo 8, párrafo 1, apartado c).

Twa o una familia entera estaba al servicio de un individuo o una familia hutu o tutsi, para los que trabajaban sin ningún pago. Los habitantes se referían a ellos con la expresión “mi batwa o Twa”, como si estos fueran bienes que pudieran poseerse. La mayoría de las víctimas trabajaban como pastores, labradores, sirvientes de la casa o cualquier otra tarea indecente, casi sin derechos y sin ser considerados como seres humanos. Los hijos de una familia en esclavitud no tenían acceso a la escuela y estaban condenados a heredar la condición de sus padres.

### **3.1. La relación entre trabajo forzoso y esclavitud**

Ya en el año 1925, el Gobierno británico sometió a la Comisión Temporal de la Esclavitud un Proyecto relativo al trabajo forzoso. En su artículo 6 establecía que las potencias signatarias debían adoptar todas las medidas necesarias para impedir no solo la “esclavitud sino situación análoga a la esclavitud resultante del trabajo forzoso u obligatorio”. Ahora bien, la cuestión fundamental radicaba en determinar si el trabajo forzoso constituye una forma de esclavitud o no. La respuesta, de nuevo, no es sencilla (Gallagher, 2008, p. 24).

La Convención sobre la Esclavitud de 1926 establece en su Preámbulo que: “Considerando asimismo que es necesario impedir que el trabajo forzoso se convierta en una condición análoga a la de la esclavitud”; y, en su artículo 5, que los Estados deben “tomar todas las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud”.

Existen autores (Sarasola Gorriti, 2009, p. 84) que consideran que la esclavitud hace referencia a un estado de sometimiento, mientras que el trabajo forzado alude a una forma de realización de un trabajo. En todo caso, a diferencia de la esclavitud, que tradicionalmente se ha definido en relación con el ejercicio del derecho de propiedad legal, la principal característica de definición del trabajo forzoso es su involuntariedad (Gallagher, 2008, p. 24; Weissbrodt, D. y Liga contra la Esclavitud, 2002, párrafo

38).<sup>9</sup> Ciertamente, en cuanto al elemento subjetivo la esclavitud es ejercida por sujetos individuales, mientras que el trabajo forzoso suele ser impuesto por los Estados (Lassen, 1988, p. 205).

En relación con el grado de explotación, “la esclavitud es completamente inaceptable cuando el trabajo forzoso es indeseable” (Martín Morales, 2017, p. 294). El factor temporal también ha sido considerado como un criterio delimitador; así, la esclavitud constituye un estado continuado en el tiempo mientras que el trabajo forzoso se ejercería de manera temporal (Jacobs, 1996, pp. 77 y 78).

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional, en el asunto *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Zukovic*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sobre la base de la Convención de 1926, proporcionó una interpretación amplia y en evolución del concepto de esclavitud<sup>10</sup> (Lenzerini, 2001, p. 1030), entendiendo que este “incluye” trabajo forzoso u obligatorio, así como la servidumbre, la prostitución y la trata de seres humanos.

El trabajo forzoso u obligatorio solo podrá ser considerado esclavitud cuando, en esencia, exista un ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. En consecuencia, la esclavitud no estará presente en casos de trabajo forzoso en los que no exista un control sobre la persona equivalente a la posesión (Research Network on the Legal Parameters of Slavery, 2012, Directriz N.º 8).

---

9 “El trabajo forzoso se distingue del concepto de esclavitud al no incluir el elemento de propiedad; no obstante, existe un grado de restricción de la libertad individual similar a la esclavitud, que en algunos casos puede ser por medio del uso de la violencia” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 24 de diciembre de 2009, párrafo 52).

10 Ha analizado la Sentencia de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional, en el asunto *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Zukovic*, de fecha 12 de diciembre de 2002.

### 3.2. La relación entre servidumbre y trabajo forzoso

Ciertamente, la definición del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo no incluye la servidumbre por deudas en la definición de trabajo forzoso. Por su parte, el Preámbulo del Convenio 105 de la meritada organización internacional se remite a la Convención suplementaria al rezar:

Después de haber tomado nota de que la Convención sobre la esclavitud, 1926, establece que deberán tomarse todas las medidas necesarias para evitar que el trabajo obligatorio o forzoso pueda dar lugar a condiciones análogas a la esclavitud y de que la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956, prevé la completa abolición de la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba.

La citada organización sostiene que el concepto de trabajo forzoso es muy amplio y está integrado por una multiplicidad de prácticas que restringen la libertad de los trabajadores y suponen diferentes grados de coacción en su trabajo, hasta el punto de incluir la servidumbre por deudas en el ámbito del Convenio 29 (Weissbrodt y Liga contra la Esclavitud, 2002, párrafo 50). Aunque la servidumbre por deudas no está incluida en la definición de trabajo forzoso, existe consenso general de que ambas prácticas se superponen (Bhoola, 2016, párrafo 5).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el trabajo forzoso se refiere a la servidumbre como una forma agravada de él (Organización Internacional del Trabajo, 2001, párrafo 6). Se ha registrado, incluso, el uso de expresiones híbridas, como “servidumbre forzada” y “semiesclavitud” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, párrafos 19, 21, 25 y 47c).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>11</sup> (European Court of Hu-

---

11 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Siliadin vs. Francia de fecha 26 de julio de 2005, Demanda N.º 73316/01, párrafo 104. Sentencia del Tribunal



man Rights, 2014, párrafo 17) ha establecido un criterio delimitador entre “servidumbre” y “trabajo forzado u obligatorio”, considerando que la servidumbre parece característica de situaciones en las que la negación de la libertad del individuo no se limita a la realización obligatoria de un trabajo sino que se extiende a sus condiciones de vida sin posibilidad de remediarlo, elemento que no se hallaría en el “trabajo forzado u obligatorio”.

El rasgo distintivo fundamental entre la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio en el sentido del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos radica en la percepción de las víctimas de que su condición es permanente (European Court of Human Rights, 2014, párrafo 17). La Corte considera suficiente que este sentimiento se base en los criterios objetivos antes mencionados o que los responsables de la situación los mantengan vivos.<sup>12</sup>

De hecho, para delimitar la esclavitud y la servidumbre o prácticas análogas y el trabajo forzoso ha de analizarse el fondo de la relación y, por tanto, no podrá hacerse apriorísticamente en atención a la forma (Research Network on the Legal Parameters of Slavery, 2012, Directriz N.º 10). Así, la primera pregunta a la que se debe dar respuesta es la de saber si se han ejercido atributos del derecho de propiedad. De ser así, estaremos en presencia de la figura jurídica más amplia de esclavitud.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>13</sup> determinó, en una interpretación elástica de los conceptos que nos ocupan, que:

Para demostrar la alegación de los detenidos de que fueron forzados a trabajar y que el trabajo de los detenidos constituía una forma de esclavitud, el Fiscal debe demostrar que el acusado (o las personas de

---

Europeo de Derechos Humanos, Caso C.N. y V. c. Francia de fecha 11 de octubre de 2012, Demanda N.º 67724/09, párrafo 91.

12 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso C.N. y V. c. Francia de fecha 11 de octubre de 2012, Demanda N.º 67724/09, Párrafo 91.

13 Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala Segunda, La Haya, de fecha 5 de marzo de 2002, Caso Krnojelac, párrafo 358.

cuyas acciones es criminalmente responsable) forzaron a los detenidos a trabajar, que él ejerció (o ellos ejercieron) cualquiera o todos los atributos del derecho de propiedad sobre los detenidos, y que él o aquellos los ejercieron intencionalmente.

### 3.3. La relación entre servidumbre y esclavitud

La Convención de 1956 llevó a cabo una asimilación entre esclavitud y servidumbre, definiéndolas como “el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad”. Así, desde el punto de vista técnico-jurídico, la complejidad en la delimitación entre ambas figuras, esclavitud y servidumbre, reside en la propia definición proporcionada por los instrumentos internacionales (Naciones Unidas, 1951, pp. 34-37).

Sin embargo, no es infrecuente encontrar no solo regímenes jurídicos de esclavitud sino también situaciones de sumisión que reducen a ciertas personas a servidumbre (Boschiero, 2001, p. 84). Desde una perspectiva jurídica, el artículo 7b de la Convención de 1956 establece que las manifestaciones de la servidumbre son análogas a la esclavitud y deben erradicarse, y considera como tales, en su artículo 1, las ya enumeradas en este trabajo. La servidumbre, por tanto, es una forma de esclavitud, que se diferencia de ella, como ya hemos indicado, más por el grado que por su naturaleza (Serra Cristóbal y Lloria García, 2007, p. 87).

La esclavitud supone que la persona es un objeto de propiedad legal de otra persona, mientras que la servidumbre se refiere a formas de restricción de menor alcance (Van Dijk y Van Hoof, 1990, p. 242). Por tanto, la servidumbre constituye una forma de explotación humana que no alcanza la entidad de la esclavitud (Allain, 2009, p. 298).

*La distinción entre esclavitud y servidumbre radicaría, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Canosa, 2005, p. 118), en el caso Siliadin contra Francia, en que en la esclavitud se somete a la víctima a un régimen de propiedad en el que se ejercen por el propietario todos o algunos de los atributos inhe-*

*rentes al derecho de propiedad, mientras que la servidumbre es una forma de negación de la libertad especialmente grave que conlleva obligación de prestar algún servicio con imposibilidad de cambiar de condición.*

El Tribunal<sup>14</sup> ha perfilado ambas figuras, señalando que la “situación de ‘servidumbre’ es similar a la de ‘esclavitud’, que es su grado máximo; sin embargo, expresa un estado de explotación que no requiere que la víctima sea materializada hasta el punto de ser reducida al estado de mera propiedad ajena”.

Ambas significan un modo de control y se refieren a condiciones opresivas que el individuo afectado no puede cambiar. En atención a la severidad, *la esclavitud comprendería todas las formas de dominación y degradación del ser humano por parte de otro ser humano* (Nowak, 2005, pp. 199-201; Bossuyt, 1987, p. 164).

En ese sentido, las *Bellagio-Harvard Guidelines on the Legal Parameters of Slavery* establecen, en su Directriz N.º 9, que *la diferencia entre estos estados serviles y la esclavitud radica en que esta solo existirá cuando se produzca un ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. La esclavitud solo se verificará en los casos de “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” cuando se ejerza un control sobre la persona de una naturaleza similar a la de la naturaleza del ejercicio de las potestades inherentes a la posesión.*

#### **4. Propuesta de *lege ferenda***

La postura adoptada por el legislador español consistente en la no tipificación de estas figuras jurídicas no solo no goza de refrendo en derecho comparado, sino que supone un incumplimiento de compromisos internacionalmente asumidos por nuestro país. Centrándonos en el derecho comparado de los países de Europa continental, el Código Penal alemán

---

14 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Siliadin vs. Francia, de fecha 26 de julio de 2005. Demanda N.º 73316/01, párrafo 103.

(StGB) regula esta materia en la Sección 18 de la parte especial, artículos 232 y siguientes. El Código Penal italiano tipifica estas conductas dentro de los delitos contra la personalidad individual en la Sección I del Capítulo II, dentro del Título XIII, artículos 600 a 602. Por su parte, el Código Penal portugués también regula esta materia en su Capítulo IV, delitos contra la libertad personal, del Título I, delitos contra las personas, artículos 159 y 160. Para concluir, el Código Penal francés, a través de la Ley N.º 2013-711 de fecha 5 de agosto, también ha incorporado estos delitos a través de los artículos 225-4-1 y 225-4-2, que tipifica la trata de seres humanos, tipo básico y agravado, 225-14-1, trabajo forzoso, 225-14-2, reducción a servidumbre y 224-1 A y B, que tipifican respectivamente los delitos de reducción a esclavitud y explotación de las personas reducidas a esclavitud.<sup>15</sup> Por tanto, como explicita la Fiscalía General del Estado (Fiscalía General del Estado, 2018, p. 1564): “no se puede ser víctima de un delito de esclavitud, de servidumbre o de trabajo forzoso tal como exige el derecho internacional”.

En España, los artículos 311 (párrafo 1) y 312 (párrafo) 2 tipifican la imposición por parte del empresario de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudican los derechos legal o convencionalmente reconocidos, siempre que se haga con engaño o con abuso de situación de necesidad de los trabajadores. La finalidad de ambos es sancionar aquellas relaciones laborales que imponen condiciones que atentan contra el derecho vigente.

---

15 En el contexto latinoamericano se ha procedido a una regulación muy interesante de esta materia. Así, por ejemplo, Panamá regula esta cuestión en su Ley N.º 79 sobre trata de personas, de fecha 9 de noviembre de 2011. Costa Rica, mediante la Ley N.º 9095, de fecha 8 de febrero de 2013 contra la trata de personas. El Salvador, mediante Decreto N.º 824, de fecha 16 de octubre de 2014, Ley Especial contra la Trata de Personas. Nicaragua, mediante la Ley N.º 896, de fecha 28 de enero de 2015, Ley contra la Trata de Personas. Bolivia, Ley 263, de fecha 31 de julio de 2012, Ley Integral contra la Trata y el Tráfico de Personas. Honduras, mediante el Decreto 59-2012, de fecha 6 de julio de 2012, Ley contra la Trata de Personas. Por último, merece especial atención la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, de fecha 14 de junio de 2012.

Desde la perspectiva de las obligaciones internacionalmente asumidas por España, es de destacar que nuestro país ha ratificado el Protocolo de Trabajo Forzoso de 2014 al Convenio de 1930.<sup>16</sup> Su ratificación significó, un año después, su entrada en vigor y dar cumplimiento a sus obligaciones; por lo que al objeto de este trabajo se refiere, es preciso que se adopten medidas eficaces para sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio<sup>17</sup> y esa sanción, dada su gravedad, pasa por la tipificación de la conducta en atención al principio de legalidad que impera en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, no es posible hacer una interpretación extensiva de estos preceptos que posibilite la subsunción en ellos de la esclavitud, el trabajo forzoso o la servidumbre. Los precitados preceptos serán de aplicación exclusivamente a las relaciones laborales en las que concurran la habitualidad, dependencia, retribución y jornada legal; es decir, fundadas en un contrato de trabajo que tendría cabida en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.<sup>18</sup>

Recientemente, por un lado, se ha publicado por el Ministerio de Igualdad el comienzo de unos trabajos preparatorios de una ley de trata, así como la apertura de un período de consulta pública que hace pensar que incardinada en esa voluntad política pueda procederse a la tipificación de estos delitos. Por otro, se ha aprobado el I Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas<sup>19</sup> que, sin duda, constituye un gran avance en el contexto del Estado español.

---

16 “BOE” N.º 309, de 21 de diciembre de 2017.

17 Artículo 1, párrafo 1.

18 Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 2017, N.º 348/2017.

19 Boletín Oficial del Estado N.º 308, 24 de diciembre de 2021.

## Referencias

- Allain, J. (2009). On the curious disappearance of human servitude from general international law. *Journal of the History of International Law*, vol. 11.
- Bonet Pérez, J. (2017). La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional. En E. Pérez Alonso (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Boschiero, N. (2001). Artículo 4. En S. Bartole, B. Conforti y G. Raimondi (dir.), *Commentario igr Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo y delle libertà fondamentali*. CEDAM.
- Bossuyt, J. M. (1987). *Guide to the "travaux préparatoires" of the international covenant on civil and political rights*. Martinus Nijhoff Publisher.
- Canessa Montejo, M. F. (2008). *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Tirant lo Blanch.
- Canosa Usera, R. (2005). La prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado: un ejemplo de integración entre tratados internacionales. En J. García Roca y P. Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De la Torre Martínez, C. (2013). *Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Fwacett, J. E. S. (1987). *The application of the European Convention on Human Rights*. Clarendon Press.

- Gallagher, A. (2008). Using international human rights law to better protect victims of human trafficking: the prohibitions on slavery, servitude forced labour and debt bondage. En L. N. Sadat y M. P. Scarf, *The theory and practice of international criminal law: Essays in honour of M. Cheruf Bassiouni*. Martin Nijhoff, Leiden.
- Gallo, P. (2020a). Entre los delitos de esclavitud y de explotación laboral. Breve comentario al caso Nicollini. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 135, pp. 85-93.
- Gallo, P. (2020b). Explotación laboral en Argentina: un análisis de la situación en los talleres textiles clandestinos. En P. Gallo y T. García, *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral. Talleres textiles clandestinos, explotación sexual y trata de personas* (pp. 3-137). BdeF.
- García Sedano, T. (2017). El delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis, especial análisis de la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre y a la mendicidad. (Doctoral dissertation, Universidad Carlos III de Madrid).
- Jacobs, F. G. y White, C. A. (1996). *The European Court of Human Rights*. OUP.
- Lassen, N. (1988). Slavery and slavery-like practices: United Nations Standards and implementation. *Nordic J. International Law*, 197.
- Lenzerini, F. (2001). La definizione internazionale di schiavitù secondo il Tribunale per la ex Jugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali. *Rivista di Diritto Internazionale*, 4.
- Mancini, D. (2008). *Traffico di igrant e tratta de persone*. Collana on the Road.

- Martín Morales, R. (2017). Las nuevas formas de esclavitud en los textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos. En E. Pérez Alonso (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Nowak, M. (2005). *U.N. Covenant on civil and political rights: ccpr commentary*. Engel.
- Research Network on the Legal Parameters of Slavery. (2012). *Bellagio-Harvard Guidelines on the Legal Parameters of Slavery*.
- Sarasola Gorriti, S. (2009). Prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. En I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*. Thomson Reuters.
- Serra Cristóbal, R. y Lloria García, P. (2007). *La trata de mujeres: de la represión del delito a la tutela de la víctima*. Ministerio de Justicia, España.
- Sudre, F. (2005). Esclavage domestique et Convention Européenne des Droits de L'Homme. *La Semaine Juridique édition générale*, 42.
- Van Dijk, P y Van Hoof, G. J. H. (1984). *Theory of the European Convention on Human Rights*. 1.<sup>a</sup> edición. Intersentia.
- Van Dijk, P y Van Hoof, G. J. H. (1990). *Theory of the European Convention on Human Rights*. 2.<sup>a</sup> edición. Intersentia.
- Velu, J. y Ergec, R. (2014). *La Convention Européen des Droits de L'homme: extrait du répertoire pratique du droit belge, complément*, tomo VII.
- Villacampa Estiarte, C. (2012). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Aranzdi.
- Werle, G. (2011). *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch.



**Anexo documental**

- ACCEM. (2006). *La trata de personas con fines de explotación laboral: un estudio de aproximación a la realidad en España*.
- Bhoola, U. (2016). Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias. Documento: A/HRC/33/46.
- Boohla, U. Naciones Unidas. (2017). Asamblea General. Las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias. Documento: A/HRC/27/53.
- Comisión Africana de Expertos sobre Poblaciones Indígenas. Kalimba, Z. y Barume, A. K. (2005). *Informe de la investigación e información de la visita a Burundi, 27 de marzo a 9 de abril de 2005*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. Documento: Ser.L/V/II.Doc. 58. 24 de diciembre.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, capítulo VI: “Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Brasil”.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2015). *Explotación laboral grave: trabajadores que emigran a la UE o que se desplazan dentro de esta*.
- European Court of Human Rights. (2014). *Guide on article 4 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of slavery and forced labour*. 2<sup>nd</sup> edition.
- Europol. (2016). *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*. The Hague. Documento N.º 765175.

Fiscalía General del Estado (2018). Memoria correspondiente a 2018.

Giammarinaro, M. G. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. Documento: A/HRC/29/38.

International Labour Office. (2014). *Profits and poverty: The economics of forced labour*. ILO publications.

Naciones Unidas. (1951). Consejo Económico y Social, Comité Especial de la Esclavitud. *La répression de l'esclavage (Mémoire présenté par le Secrétaire Général)*.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). *Folleto Informativo N.º 14: Formas contemporáneas de la esclavitud*.

Organización Internacional del Trabajo. (1930). *El trabajo forzoso*.

Organización Internacional del Trabajo. (2001). *Alto al trabajo forzoso*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2017a). *Global estimates of modern slavery, forced labour and forced marriage*.

Organización Internacional del Trabajo. (2017b). *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: retos y oportunidades*. Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª reunión.

Parlamento Europeo. Lochbihler, B. (2015). Comisión de Asuntos Exteriores. Subcomisión de Derechos Humanos. Proyecto de informe sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE. Documento: 2015/2340 (INI).

Shaninian, G. (2009). *Anotaciones a la agenda del 12.º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos*. Documento: A/HRC/12/21.

Weissbrodt, D. y Liga contra la Esclavitud. (2002). *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Documento: HR/PUB/02/4.



# LA AUSENCIA DE UN DELITO DE ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE Y TRABAJO FORZOSO EN ESPAÑA: EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*<sup>1</sup>

Ana Valverde-Cano<sup>2</sup>

## Resumen

Este artículo responde a dos preguntas relacionadas con la criminalización de la esclavitud, la servidumbre y trabajo forzoso en el derecho penal español: el porqué y el cómo. En el *porqué*, identificamos argumentos como el efecto disuasorio del derecho penal, su efecto comunicativo en relación con el sistema de justicia y la reparación efectiva de las víctimas. Estos argumentos nos sirven para sostener que la regulación propuesta es más adecuada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido amplio que la regulación actual, fragmentada y asistemática. Por último, se desarrolla el *cómo* y se justifica, de manera sucinta, una propuesta legislativa que reúne los elementos normativos de los conceptos internacionales de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos.

**Palabras claves:** Propuesta de *lege ferenda*, Esclavitud, Servidumbre, Trabajos forzosos, Proporcionalidad, Obligaciones positivas.

---

1 Algunas de las ideas contenidas en este texto están incluidas en Valverde-Cano (2020).

2 Investigadora del Rights Lab de la Universidad de Nottingham.

## Sumario

*1. Introducción. 2. El porqué: ¿por qué deben tipificarse expresamente los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados? 2.1. Primer argumento: el efecto disuasorio del derecho penal. 2.2. Segundo argumento: efecto comunicativo en relación con el sistema de justicia. 2.3. Tercer argumento: reparación efectiva de las víctimas. 3. El cómo: ¿cómo regulamos exactamente estos delitos? 3.1. Justificación. 3.2. Rúbrica y sistemática. 3.3. Justificación de las modalidades típicas. 3.4. Tratamiento punitivo. 3.5 Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4. Conclusiones. Referencias. Jurisprudencia citada. – Jurisprudencia internacional. – Jurisprudencia nacional.*

## 1. Introducción

Desde que la sentencia *Kunarac* del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) condenara por sometimiento a esclavitud en 2002,<sup>3</sup> la atención sobre lo que se conoce como *formas contemporáneas de esclavitud* ha ido en aumento. De hecho, una de las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible se refiere a la erradicación del trabajo forzoso y las formas contemporáneas de esclavitud (meta 8.7).<sup>4</sup> Por un lado, los tribunales internacionales han continuado desarrollando el contenido normativo de conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados,<sup>5</sup> y, por otro, se han ido incluyendo recientemente tipos penales castigando específicamente estas conductas en distintos países del mundo,<sup>6</sup> incluyendo algunos de nuestro entorno jurídico, como Francia,<sup>7</sup> Italia,<sup>8</sup> Alemania<sup>9</sup> o

3 TPIY (Apelación), *Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12 junio 2002.

4 Resolución 70/1 de la Asamblea General de Naciones, Asamblea General, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development on 25<sup>th</sup>*, septiembre 2015. Véase también: <https://www.alliance87.org/> [último acceso 10/5/2021].

5 En relación con abusos impuestos entre particulares, las sentencias más relevantes incluyen *Siliadin c. Francia*, N.º 73316/01, 26 de julio de 2005; *CN y V c. Francia*, N.º 67724/09, 11 de enero de 2013; *CN c. Reino Unido*, N.º 4239/08, 13 de febrero de 2013; *Choudury et al c. Grecia*, N.º 21884/15, 30 de marzo de 2017.

6 Véase *Antislavery Legislation Database* (<https://antislaverylaw.ac.uk/map/>), que es una base de datos que recopila información sobre las normativas nacionales sobre trata de personas, esclavitud, servidumbre, trabajos forzados e instituciones y prácticas similares a la esclavitud.

7 Se incorporan al Código Penal francés a partir de la Ley N.º 2013-711 de 5 de agosto de 2013, que contiene varias disposiciones de adaptación en el campo de la justicia en aplicación de la Ley de la Unión Europea y los compromisos internacionales de Francia (*Loi N.º 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*).

8 Mediante el Decreto Legislativo N.º 24 de 4 de marzo de 2014 se modificaron los artículos 600 y 601 del Código Penal para transponer la Directiva 2011/36/UE contra la trata (*Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI*).

9 A través de la Ley de mejora de la lucha contra la trata de seres humanos y de la modificación de la Ley federal del registro penal central y del Libro VIII del Código Social, de

Reino Unido.<sup>10</sup>

La cuestión de la criminalización expresa del sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados ha sido objeto de análisis doctrinal (Stoyanova, 2017a; Pomares Cintas, 2013; Villacampa Estiarte, 2013; Pérez Alonso, 2017; Valverde-Cano, 2017), especialmente desde el punto de vista de la teoría de las obligaciones positivas del derecho internacional de los derechos humanos (Stoyanova, 2017a; Valverde-Cano, en Valencia-Sáiz, 2020). Este artículo examina los argumentos esgrimidos para justificar la necesidad de tipificar los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados (el *porqué*), y propone una regulación específica en el Código Penal español (el *cómo*). Es importante tener en cuenta que incluir en los ordenamientos penales una norma que tiene origen en el derecho internacional de manera literal, sin examinar posibles fricciones con las normas vigentes, suele generar problemas en su aplicación. Esto se debe a que el derecho internacional y los derechos penales nacionales hablan idiomas distintos. Como resume Stoyanova (1977a, pp. 331-333), la razón es que estamos ante sistemas dirigidos a sujetos diferentes, que tienen un objeto y unas reglas de interpretación distintas, aunque puedan compartir rasgos comunes. Por ejemplo, el principio de legalidad no significa exactamente lo mismo en el derecho internacional que en el derecho penal, y esto tiene un impacto en el tipo de definiciones —más abiertas para facilitar la ratificación en el caso de los tratados internacionales— que se recogen en uno u otro ordenamiento jurídico (Gallant, 2006; Dana, 2009, pp. 920-927). Por las razones mencionadas, en la propuesta de *lege ferenda* que se presenta se traducen y adaptan los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados desarrollados en el derecho internacional al lenguaje penal español,

---

2016 (*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch, Vom 11. Oktober 2016*).

10 A través de la *Modern Slavery Act 2015*, cuyo ámbito de aplicación territorial es Inglaterra y Gales; la *Human Trafficking and Exploitation (Criminal Justice and Support for Victims) Act*, de 2015, para Irlanda del Norte y la *Human Trafficking and Exploitation Act* de 2015, que se aplica en Escocia.



que también puede servir de orientación para otros ordenamientos penales continentales.

## 2. El *porqué*: ¿por qué deben tipificarse expresamente los delitos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos?

Esta pregunta puede responderse de varias formas, dependiendo de la perspectiva —internacional o nacional— que adoptemos. Desde la perspectiva internacional, la respuesta corta es porque los países tienen la obligación (positiva) de adoptar las medidas necesarias para prevenir y castigar ese tipo de conductas, aunque las realicen actores privados. Y esto incluye, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la criminalización expresa de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Es decir, los Estados no están únicamente obligados a no esclavizar o a no someter a servidumbre o trabajos forzosos (obligación negativa), sino que además deben adoptar medidas *efectivas* y adecuadas para evitar que se produzcan, y para perseguir y sancionar adecuadamente a los responsables (obligaciones positivas) (Bantekas y Oette, 2015, pp. 25-26, 91-93). Estas “obligaciones de hacer” permiten traducir abusos privados —como, por ejemplo, el sometimiento a esclavitud cometido por un individuo— en violaciones de derechos humanos de responsabilidad estatal (Mowbray, 2004, p. 2; Lazarus, 2001, pp. 135-155).<sup>11</sup> Partiendo de esto, el TEDH ha sostenido que los estándares para el cumplimiento adecuado de la obligación (positiva) de implantar un marco normativo eficaz, en relación con el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), incluyen el recurso al derecho penal mediante una tipificación expresa de las conductas que salvaguarde sus caracteres esenciales, de modo que permitan una investigación, persecución y condena efectiva de los responsables.<sup>12</sup>

---

11 Aunque las obligaciones positivas también se aplican, incluso de una forma más exigente, en el contexto de un daño producido por el Estado o sus agentes: TEDH, *Valiuliene c. Lituania*, N.º 33234/07, 26 de marzo de 2013, párrafo 73.

12 Principalmente en *Siliadin c. Francia*, 2005; *CN y V c. Francia*, 2013; y *CN c. Reino*

Desde una perspectiva nacional, la pregunta de por qué debe tipificarse expresamente tal delito exige una respuesta algo más matizada, dada la amplia libertad política del legislador para decidir qué delitos incluir y cómo hacerlo.<sup>13</sup> En principio, no puede decirse que haya una obligación perentoria de incorporar un nuevo delito de esclavitud en el Código Penal, o que se derive algún tipo de responsabilidad estatal en caso de que no lo haga. No obstante, existen principios jurídicos como el de proporcionalidad, idoneidad, necesidad o lesividad, que apoyan la afirmación de que es necesario tipificar expresamente este tipo de conductas para adecuar de manera más óptima el ordenamiento penal a estos principios. De esta forma, si utilizamos el principio de proporcionalidad en sentido amplio como marco metodológico para comparar la regulación penal actual (fragmentada) —opción 1—, con una regulación que incluya los tipos de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados —opción 2—, podemos concluir que la tipificación expresa es la mejor opción desde la perspectiva de los principios de idoneidad y necesidad (Valverde Cano, 2020a).

No obstante, el objetivo de este artículo no es desarrollar los argumentos jurídicos de por qué las obligaciones positivas derivadas del CEDH abarcan la tipificación expresa de la esclavitud, o por qué la opción 2 es más adecuada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido amplio. En su lugar, nos vamos a centrar en la exposición de los argumentos/razones que apuntalan ambas perspectivas, y que nos llevan a decir, por un lado, que la obligación positiva del Estado de prevenir eficazmente la esclavitud incluye tipificar un delito y, por otro, que es necesario desde el punto de vista de los principios jurídicos nacionales. También sirven para justificar por qué no se trata únicamente de una actuación enmarcada en el

---

*Unido*, 2013. Mayor desarrollo en Stoyanova (2017a, pp. 287-302).

13 El propio TC ha indicado que se “debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 45/2009, FJ 7; 202/2009, FJ 6; 151/2009, FJ 6; 55/1996, FJ 6; 65/1986, FJ 3).

simple populismo punitivo (Newburn y Jones, 2005, pp. 72-87; Larrauri, 2006, pp. 15-22; García Aran, 2008, pp. 39-65; Diez Ripollés, 2006, pp. 1-19; Antón-Mellón y Antón Carbonell, 2017, pp. 133-150) ni de “rendir pleitesía a la literalidad de las normas jurídicas internacionales”, como acusa Maqueda Abreu a los que proponemos la criminalización expresa de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos (Maqueda Abreu, 2018, p. 1263).

Estos argumentos, que pueden resumirse en el efecto comunicativo en relación con la sociedad, el sistema de justicia y las víctimas, son los siguientes: (1) efecto disuasorio del derecho penal; (2) efecto comunicativo en relación con los operarios del sistema de justicia; y, (3) reparación efectiva de las víctimas.

## 2.1. Primer argumento: el efecto disuasorio del derecho penal

Hasta donde sabemos, el derecho penal es la única rama del derecho que tiene el efecto disuasorio suficiente para garantizar un marco normativo *efectivo* cuando se trata de una vulneración tan grave de derechos. El efecto disuasorio del derecho penal es el argumento fundamental que utiliza el TEDH en sus sentencias *Siliadin c. Francia*,<sup>14</sup> *CN y V c. Francia*<sup>15</sup> y *CN c. Reino Unido*<sup>16</sup> para condenar a ambos países por incumplir las obligaciones derivadas del CEDH. Según el Tribunal, una de las obligaciones positivas del artículo 4 es establecer un marco normativo eficaz, y considera que solo el ordenamiento *penal* es lo *suficientemente eficaz* en este tipo de vulneraciones tan graves.<sup>17</sup>

Si aceptamos como válida la premisa empírica de que el derecho penal tiene mayor efecto disuasorio que otras ramas jurídicas —como la laboral—, podemos afirmar que la tipificación de un delito de esclavitud o trabajo for-

---

14 *Siliadin c. Francia*, 2005, párrafo 141.

15 *CN y V c. Francia*, 2013, párrafo 105.

16 *CN c. Reino Unido*, 2013, párrafos 47, 66.

17 *MC c. Bulgaria*, N.º 9272/98, 4 de marzo de 2003, párrafo 153.

zoso es una medida idónea<sup>18</sup> y más ajustada al principio de necesidad que la inclusión de una infracción laboral. Desde la perspectiva del *test*/principio de proporcionalidad —donde la idoneidad y la necesidad son dos de los subprincipios que lo conforman—, esto significa dos cosas: por un lado, que existe una “relación de congruencia objetiva” clara entre el medio adoptado (tipo penal) y la finalidad perseguida (evitar que se someta a esclavitud o a trabajo forzoso).<sup>19</sup> Por otro, que el medio alternativo menos restrictivo de derechos (una hipotética infracción laboral) no conseguiría de manera igualmente eficaz la finalidad deseada, dada la gravedad de la conducta y la importancia de la finalidad de protección.<sup>20</sup>

## 2.2. Segundo argumento: efecto comunicativo en relación con el sistema de justicia

La premisa es la siguiente: si tenemos un delito específico que recoge adecuadamente el injusto, es más probable que el sistema de justicia funcione

---

18 El Tribunal Constitucional define la idoneidad —uno de los criterios del *test* de proporcionalidad— como la “aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida”: SSTC 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal), 37/1998 (filmación de un piquete informativo) y 186/2000 (filmación del cajero de un economato). Esto significa que el juicio de proporcionalidad exige que la incriminación de una conducta y la consecuencia jurídica que se prevé sean *aptas* para alcanzar el fin y el objetivo que las fundamenta (Lascuraín Sánchez, 2014, p. 299; De la Mata Barranco, 2007, p. 148). Bernal Pulido se refiere a las distintas perspectivas desde las que puede ser examinada la idoneidad del medio: “eficacia, temporalidad, plenitud en la realización del fin, la probabilidad” (2007, p. 720); Lopera Mesa alude a la “rapidez, plenitud, intensidad y probabilidad” (2006, pp. 388-389).

19 “Entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida [...] puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido” (STC 60/2010, FJ 12). Ver también González Beilfuss, 2015, p. 102.

20 El TC se ha referido al subprincipio de necesidad en los siguientes términos: “la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 60/2010, FJ 14; 136/1999, FJ 23; STC 55/1996, FJ 8).

de manera más eficiente a la hora de perseguirlo y de castigar a los responsables de una manera acorde con la gravedad. El argumento de la mayor eficacia del sistema de justicia es el que subyace en la sentencia del TEDH en *CN c. Reino Unido* para sostener que la opción de Reino Unido de no incluir un delito específico de servidumbre era inadecuada para garantizar en la práctica la protección efectiva frente a los abusos descritos en el artículo 4 CEDH. Esto se debe a que “en lugar de permitir que las autoridades investiguen y sancionen estos tratos, están limitadas a investigar y sancionar los delitos que a menudo —pero no necesariamente— acompañan a los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados u obligatorios”.<sup>21</sup> En otras palabras, la ausencia de un delito concreto impide que se identifique adecuadamente por las autoridades correspondientes. Para demostrarlo, apunta a dos elementos que el TEDH considera claves: primero, que durante la investigación no se entrevistó a la denunciante a pesar de la gravedad de la infracción; y, segundo, por el poco peso que se dio en el proceso a ciertas alegaciones como la retirada del pasaporte, las amenazas de denuncia ante las autoridades o la retención de su salario, factores que son identificados por la OIT como indicadores del trabajo forzoso (OIT, 2012):

(El Tribunal) observa que la investigación de las denuncias de la solicitante fue llevada a cabo por una dependencia especializada en la trata y, si bien los investigadores se refirieron ocasionalmente a la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre doméstica, es evidente que en todo momento se centraron en el delito tipificado en el artículo 4 de la Ley de 2004 [trata de seres humanos]. [...] La servidumbre doméstica es un delito específico, distinto de la trata y la explotación, que implica un complejo conjunto de dinámicas, que implican formas sutiles de coacción para forzar el cumplimiento. Por lo tanto, una investigación exhaustiva requiere una comprensión de las diferentes y sutiles formas por las que un individuo puede caer bajo el control de otro. En el presente caso, el Tribunal considera que, *debido a la*

---

21 *CN c. Reino Unido*, 2013, párrafo 76.

*ausencia de un delito específico de servidumbre doméstica, las autoridades nacionales no pudieron tener debidamente en cuenta estos factores.*<sup>22</sup>

Este argumento encuentra respaldo empírico. Estudios cualitativos y cuantitativos han demostrado que la existencia de un “entorno jurídico incierto” constituye un obstáculo para la investigación y enjuiciamiento de los casos de trata de personas. Si bien hay otros elementos que entran en juego —como las barreras institucionales y las actitudes de los operarios de justicia—, la ausencia de un delito específico que defina adecuadamente los límites del injusto genera un ambiente de incertidumbre legal que dificulta que se identifique adecuadamente a las víctimas (Matos et al., 2019, pp. 501-525; Farrel et al., 2015, pp. 315-333; Farrel y Pfeffer, 2014, 46-64; Farrel et al., 2014, pp. 139-168; Nichols y Hell, 2014, pp- 7-35).

Desde la perspectiva nacional, se trata de un argumento que también tiene encaje en el *test* de proporcionalidad: si comparamos las dos opciones expuestas anteriormente (regulación penal actual fragmentada o tipificación expresa), podemos afirmar que es más eficaz esta segunda opción de cara al fin perseguido. Esta mayor eficacia habría que situarla en la columna de las “ganancias” cuando medimos lo que ganamos y perdemos en materia de derechos.

### **2.3. Tercer argumento: reparación efectiva de las víctimas**

La premisa es que el etiquetado justo de las víctimas (estudiado como *fair labelling*) permite que se reconozca que han sido víctimas de un grave abuso a sus derechos fundamentales y, además, les otorga acceso a otros mecanismos de reparación (Chelmers y Leverick, 2013, pp. 77-79). Es decir, posibilita que haya una correspondencia entre la experiencia sufrida (abuso) y la gravedad asociada a ese abuso en la sociedad al permitir distinguir entre infracciones de distinta gravedad (Ashwort y Horder, 2013, pp. 77-79).<sup>23</sup> Por

---

22 *CN c. Reino Unido*, 2013, párrafo 80 (énfasis añadido).

23 Esto puede ser beneficioso para una persona que ha cometido un delito que no se ajusta exactamente a la gravedad con la que ha sido etiquetado. Así, dada la bien documen-

poner un ejemplo, sería como afirmar que el reconocimiento (penal) de que una persona ha sido “esclava sexual” en lugar de simplemente “víctima de prostitución coactiva” tiene efectos de reparación. Además, la calificación correcta abre la puerta a que las víctimas o supervivientes puedan acceder a otro tipo de beneficios, como permisos de residencia, fondos especiales para las víctimas de crímenes considerados graves, etcétera, a los que tienen derecho las víctimas de trata.<sup>24</sup>

El “etiquetado justo” se funda en la necesidad de que el sistema de justicia comunique correctamente la naturaleza y grado de injusto al infractor, a la víctima y al resto de la sociedad, para que se puedan reflejar correctamente los patrones valorativos de la comunidad (Couso, 2008, p. 466). También ayuda a determinar otros extremos de índole práctica, como la sanción proporcionada, la gravedad de los antecedentes penales previos de un acusado, o la clasificación adecuada de los internos en prisión, al coadyuvar a la adecuada identificación del bien jurídico.

La importancia de la reparación efectiva o acceso a recurso la pone de manifiesto el TEDH nuevamente en *CN c. Reino Unido* en relación con los obstáculos a la investigación. Indica, refiriéndose a un contexto en el que no hay criminalización específica, que “las víctimas de estos tratos [esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos] que no eran también víctimas de uno de los delitos conexos quedaban sin poder acceder a ningún tipo de recurso”.<sup>25</sup> No obstante, se trata del argumento menos convincente de los expuestos porque: (1) No es posible —ni deseable— definir los tipos penales y los castigos sobre la base del daño sentido por la víctima, a pesar de que este se tenga indudablemente en cuenta (si no, no se explica que las penas de los

---

tada investigación que ha demostrado el efecto perjudicial que tienen los antecedentes penales en la empleabilidad de una persona, sería injusto para el perpetrador que sus antecedentes penales tergiversen el injusto (Chalmers y Leverick, 2008, p. 223).

24 Por ejemplo, la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales del artículo 59 *bis* de la Ley 4/2000 de Extranjería.

25 *CN c. Reino Unido*, 2013, párrafo 76.

delitos contra la libertad sexual sean casi equiparables a las del homicidio).<sup>26</sup> (2) En segundo lugar, porque no existe un derecho de la víctima al castigo de su agresor, en el sentido de que no existe una obligación estatal de imponer una condena, y menos por un delito en particular.<sup>27</sup> (3) Por último, porque el acceso a mecanismos de reparación puede realizarse mediante otras vías, como el derecho administrativo, sin que se tenga que recurrir al derecho penal.

### 3. El *cómo*: ¿cómo regulamos exactamente estos delitos?

Sabemos por qué tienen que regularse en el derecho penal con delitos específicos, pero ¿cómo lo hacemos exactamente? ¿Cómo los definimos? ¿Qué elementos deben estar presentes?

El *cómo* es tan importante como el *porqué*. Un delito de esclavitud que no refleje bien lo que significa ser esclavo haría que nuestra norma fuese ineficaz para combatir ese fenómeno en concreto por más que se encuentre en el Código Penal. En esta parte cobran importancia tanto la identificación de los estándares normativos de las definiciones internacionales como la correcta traducción de los abusos del derecho internacional al lenguaje penal. ¿Qué quiere decir el Convenio 29 de la OIT cuando dice “amenaza de una pena” en el Código Penal español? Puesto que las palabras “amenaza de una pena” pueden tener un contenido normativo distinto en diferentes países —por ejemplo, en España, el Perú o el Reino Unido—, es necesario

26 Gil Gil señala que esto conduciría a que la pena dependiera de las necesidades individuales de la víctima, afectando de manera inaceptable el principio de seguridad jurídica (Gil Gil, 2016, pp. 21-22).

27 Reemtsma suele citarse como defensor de esta idea (1999, citado por Silva Sánchez, 2009, p. 35, pie de página 4; y Gil Gil, A., 2016, p. 21, pie de página 117). Alm sitúa la discusión como un “fallo del Estado en tratar a las víctimas como iguales”, y no como un “derecho moral” o subjetivo al castigo de los agresores (Alm, 2019, pp. 63-81). El TC español ha rechazado que las víctimas tengan un derecho fundamental a obtener una condena penal (como reverso del principio de legalidad), porque los derechos fundamentales “son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido” (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4).



identificar cuál es el término idéntico o más parecido en los distintos ordenamientos nacionales que refleje lo que quiere decir el Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso, la jurisprudencia internacional sobre servidumbre o el Convenio de 1926 sobre la esclavitud.

En el caso del derecho penal español, se propone la creación de un tipo incluido en un nuevo título del Código Penal: el Título V *bis*, “Delitos contra la personalidad jurídica”.<sup>28</sup> En este título se incluyen los delitos de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud en un artículo 162 *ter*, tras el delito de trata de seres humanos, actualmente regulado en el artículo 177 *bis* CP, que permanecería con la regulación actual y que pasaría al 162 *bis* CP (o dejar el artículo 177 *bis* y crear el artículo 177 *ter* CP y siguientes).

Título V *bis*: “Delitos contra la personalidad jurídica”

Delitos de sometimiento a trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud

Artículo 162 *ter*

Será castigado como reo de trabajos o servicios forzados con la pena de prisión de cinco a ocho años quien, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la compeliere u obligare a realizar, para sí o para un tercero, trabajos o servicios, incluyendo la mendicidad, la realización de actividades delictivas, o prestaciones o actividades de naturaleza sexual.

Quien, además de la conducta descrita en el apartado anterior, obligue a la persona a habitar en un determinado lugar o utilice medios o procedimientos para mantenerla en dicha situación e impedir que pueda abandonarla, quedando así sometida a la voluntad de otra persona y siendo dependiente de ella, será castigado como reo de delito de servidumbre con la pena de prisión de seis a nueve años.

28 En sentido muy parecido, Pérez Alonso propone la creación de un Título V Bis rubricado “Delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica” (Pérez Alonso, 2017, p. 363).

Quien, además de la conducta descrita en el apartado anterior, someta o mantenga a otra persona en una situación de absoluto control o dominio, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona y de su vida, será castigado como reo del delito de esclavitud con la pena de prisión de ocho a doce años.

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) se impongan condiciones de trabajo o cualesquiera condiciones de vida particularmente degradantes;
- b) se hubiera puesto en peligro la vida, salud o integridad física de la víctima como consecuencia de las circunstancias a las que esta se encuentre sometida;
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad;
- d) cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades;
- e) se hubieran cometido los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En estos casos, se aplicará también la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

#### Artículo 162 *quáter*

La provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en los artículos 162 *bis* o 162 *ter* [= delitos de trata o de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados] se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados al del delito correspondiente.

#### Artículo 162 *quinquies*

Quien, sin haber intervenido como autor o partícipe, haga uso de los servicios, prestaciones o actividades de la víctima de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 162 *ter*, será castigado con la pena inferior en un grado a la del delito correspondiente.

Disposiciones comunes

#### Artículo 163 *sexies*

1. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al derecho español.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Título, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.
3. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de exención de la responsabilidad penal previstas en este Código, la víctima de los delitos previstos en este Título quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido con ocasión de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso en la que se encontraba sometida, siempre que exista una adecuada y directa vinculación entre dicha situación y el hecho criminal realizado.
4. A los condenados por uno o más delitos comprendidos en este Título cuando las víctimas sean menores se les impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia (si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada). La autoridad judicial podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo que dure la condena.

### 3.1. Justificación

La relevancia social y la gravedad de las conductas legitiman la intervención penal, es decir, pasan los estándares de “no estar constitucionalmente proscritos” y “no ser socialmente irrelevantes” que determinan que se trate de un “fin legítimo” (bien jurídico protegible) según el Tribunal Constitucional.<sup>29</sup>

29 “Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes” (STC 13/1999, FJ 23). También, en SSTC 55/1996, FJ 7 y 161/1997, FJ 10.

Las formas contemporáneas de esclavitud suponen una grave vulneración de derechos fundamentales que tienen una enorme trascendencia social: según las últimas estimaciones de las que se dispone, en 2016 había 40,3 millones de personas sometidas a esclavitud moderna (OIT, 2017). Entre ellas, la mayoría lo fueron en el sector privado (16 millones). Las estadísticas del Índice de la Esclavitud Mundial de 2018 apuntan a que en España existen 105 000 esclavos modernos (Walk Free Foundation, 2018).

El principio de proporcionalidad en sentido amplio sirve como modelo de racionalización de la intervención legislativa penal y nos permite sostener que se trata de una inclusión *idónea y necesaria* por ser más ventajosa en materia de derechos que la regulación actual (Valverde-Cano, en prensa). La regulación actual mediante los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311.1 y 312.2 CP), los delitos de prostitución coactiva (artículos 187 y 188 CP) o el delito de tratos inhumanos o degradantes (artículo 173.1 CP)<sup>30</sup> no abarcan el injusto de las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, ni reflejan la correspondencia entre la calificación del hecho y el estigma de la pena, inferior al de la trata de seres humanos (artículo 177 *bis* CP).<sup>31</sup> Tampoco regulan las conductas con la suficiente especificidad como para comunicar eficazmente su contenido a los operarios del sistema de justicia (lo que mejoraría la prevención)

---

30 Tal y como propone la doctrina y se aplica por los tribunales, como en el famoso caso del “contrato de esclavo” de la STS 995/2000, y en las SSTS 435/2017, de 10 de noviembre de 2017; 247/2017, de 5 de abril; 196/2017, de 24 de marzo de 2017; 659/2016, de 19 de julio de 2016; 270/2016, de 5 de abril de 2016; SSAP Albacete 435/2017, de 10 noviembre —aunque finalmente no se condena por falta de prueba—; SAP Sevilla 2890/2017, de 20 noviembre 2017 —donde tampoco fueron condenados por falta de pruebas. Véase también Villacampa Estiarte, 2013, pp. 336-341; Villacampa Estiarte, 2011, p. 480; Pomares Cintas, 2011, p. 27; López Rodríguez y Arrieta Idiákez, 2019; Circular de la Fiscalía 5/2011; Valverde-Cano, 2017, pp. 426-445.

31 A fecha 10 de mayo de 2021, el marco penal básico establecido en los delitos contra los derechos de los trabajadores es de 6 meses a 6 años (artículo 311.1) si el trabajador es nacional o se encuentra en situación administrativa regular y de 2 a 5 años (artículo 312.2 *in fine* CP) si es “súbdito extranjero sin permiso de trabajo”, mientras que el de trata de seres humanos del artículo 177 *bis* CP es de 5 a 8 años, contemplándose varias agravantes que elevarían la pena un grado (hasta 12 años).

(Villacampa Estiarte, 2022), o para distinguir entre infracciones de distinta gravedad. Esto dificulta la determinación de la sanción proporcionada, el reflejo de patrones valorativos o la mejora de su caracterización criminológica. Por estas razones, la inclusión de un delito que criminalice el sometimiento o mantenimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso no vulnera el principio de intervención mínima o fragmentariedad.<sup>32</sup>

### 3.2. Rúbrica y sistemática

En primer lugar, se propone la inclusión de un nuevo artículo en el Código Penal en lugar de la inclusión en una ley penal especial como se hace con los delitos electorales<sup>33</sup> o los de contrabando.<sup>34</sup> Otros países han decidido regularlo mediante leyes especiales que abordan todos los aspectos de las formas contemporáneas de esclavitud (también penales).<sup>35</sup> No obstante, en el sistema jurídico español se apuesta casi exclusivamente por la regulación penal en un único texto principalmente por razones de prevención general.<sup>36</sup>

La regulación unitaria en un Título aparte y no de forma fragmentada en otros títulos del Código Penal se justifica porque se trata de conductas complejas cuyo bien jurídico no se corresponde completamente con ninguno de los que subyacen en otros títulos del Código Penal. Aunque podríamos situarlos en el Título VII “De la trata de seres humanos”, resulta más eficiente ubicarlos sistemáticamente de una forma más acorde con su naturaleza de conductas de dominación y control personal (muy vinculado a su vez con la dignidad humana),<sup>37</sup> lo que a su vez facilita la obtención de rendimientos

---

32 Más desarrollado en Valverde-Cano, 2020a.

33 Artículos 139 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

34 Artículos 2 y ss. de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

35 Como en México con la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, de 14 de junio de 2012.

36 Las ocasiones en las que se ha mantenido la legislación especial ha sido, más bien, por tradición histórica (Pérez Alonso y Martín Morales, 2017, pp. 12 y ss.).

37 Ver discusión en Villacampa Estiarte, 2011, pp. 390 y ss.

interpretativos a la hora de valorar la gravedad del ataque al bien jurídico. La pregunta relevante no es —al menos, no únicamente— ¿cuánto de degradantes o abusivas han sido las condiciones laborales impuestas?, sino ¿qué grado de dominación personal se ha ejercido?

Esta es la razón por la que se propone la creación de un Título V *bis* con la rúbrica “Delitos contra la personalidad jurídica”. La definición de personalidad jurídica en este contexto no es la que normalmente se atribuye en el derecho civil (al cual el derecho penal no está supeditado), sino la que se ha desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, donde la personalidad jurídica tiene que ver con la autonomía de la voluntad, la dignidad y el “derecho a tener derechos”.<sup>38</sup> Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como la colocación de la víctima “en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general”.<sup>39</sup> Nos encontramos con múltiples referencias a la relación entre la

38 Expresión prestada de Hannah Arendt y sus *Orígenes del totalitarismo*. Al respecto, ver Udejans, 2008, pp. 7 y ss.

39 En ese sentido se han pronunciado tanto la CIDH como el Comité de Derechos Humanos. Por ejemplo, en *Anzualdo Castro c. Peru*, de 22 de septiembre de 2009, párrafo 90: “[...] más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también *negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica* ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional” (párrafo 101). Se pronuncia también en otros casos, como en *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, el 25 de mayo de 2010, párrafo 212; *Gomes Lund y otros c. Brasil*, el 24 de septiembre de 2010, párrafo 219; *Gelman c. Uruguay*, el 24 de febrero de 2011, párrafo 221; *Torres Millacura y otros c. Argentina*, el 26 de agosto de 2011, párrafo 229; *González Medina y familiares c. República Dominicana*, el 27 de febrero de 2012, párrafo 240. Véase también Suárez Fuentes, 2015, pp. 65-80. En un sentido muy parecido, en algunas comunicaciones individuales el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el artículo 16, señalando su relación con las desapariciones forzadas, la expedición de documentos de identidad, el establecimiento de la identidad y el reconocimiento de la legitimación de una persona ante los tribunales. Véase *Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio c. Argentina*, CDH Com. N.º 400/1990,

personalidad jurídica y la protección frente a la esclavitud en múltiples textos e instrumentos normativos. Aparece en las discusiones que dieron lugar al PIDCP, cuando los encargados del borrador señalaron que la esclavitud suponía la “destrucción de la personalidad jurídica” (ONU, ECOSOC, 1950, párrafo 79; ver también Stoyanova, 2017, pp. 413 y ss.), aunque sin dar mayores explicaciones al respecto. En la jurisprudencia internacional, el TPIY justifica la equiparación de la esclavitud legal y de hecho porque en ambos casos se ejercitan los atributos del derecho de propiedad y provocan un grado semejante de destrucción o anulación de la personalidad jurídica como consecuencia de dicho ejercicio (TPIY, Apelación, Kunarac, párrafo 117), que hace que el consentimiento de la víctima no se considere como un elemento del delito (TPIY, Apelación, Kunarac, párrafo 120). La Corte Interamericana de Derechos Humanos también subrayó este vínculo en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, señalando que “lo importante actualmente no es la existencia de un título de propiedad sobre el esclavo, sino el ejercicio de poderes vinculados con la propiedad que se traducen en la destrucción o anulación de la personalidad jurídica del ser humano”<sup>40</sup>.

Partiendo de esta conceptualización, lo injusto en este tipo de delitos es, además del aprovechamiento injusto (explotación), el grado de sometimiento y control, que colocan a la persona en una especie de limbo jurídico que permite que sea objeto de todo tipo de abusos.<sup>41</sup> No se trata únicamente de la afectación de un determinado ámbito del individuo, como su libertad o su integridad física, psíquica o moral, sino de algo más general, relacionado con la dignidad humana: a la persona se le puede infligir, *potencialmente*, cualquier tipo de abuso porque está completamente subyugada. La forma de establecer o mantener el control puede variar, por ejemplo, amenazando

---

27 de abril de 1995; *Adam Hassan Aboussedra c. Libia*, Com. CDH. N.º 1751/2008, 25 octubre de 2010, párrafo 7.9.

40 *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, 20 de octubre de 2016, párrafo 279.

41 En palabras de Pérez Alonso, lo que se protege son “las condiciones mínimas del ser humano para poder ser considerado como tal y poder actuar en consecuencia ejerciendo libremente el resto de derechos fundamentales” (2017, p. 364).

con llamar a las autoridades de migración del país, privando a la víctima de su libertad, atentando contra su libertad sexual, etcétera. Pero el hecho es el mismo: control, en mayor o menor medida, sobre la persona, situándola en una posición vulnerable.<sup>42</sup>

Así, las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos se relacionan entre sí por estar situadas en un *continuum* de control o sujeción.<sup>43</sup> La esclavitud se produce cuando la destrucción de la personalidad jurídica, lograda mediante un alto nivel de control o sometimiento, se intersecciona con la explotación personal. La servidumbre también es un estado de dependencia personal que se caracteriza por la restricción de la libertad deambulatoria (no solo se le impone la condición de trabajador, sino que se la obliga a habitar en un determinado lugar), pero no llega al extremo de absoluto dominio corporal que sí existe en la esclavitud. Por otro lado, los trabajos forzosos son una forma de explotación *personal*, caracterizados por la imposición de un estado o condición de la que no puede salir.

---

42 *CN c. Reino Unido*, § 80. Resultan muy ilustrativas las expresiones utilizadas por el Consejo de Control Aliado en el caso *Pohl*: “La esclavitud puede existir incluso sin tortura. El esclavo puede estar bien alimentado, bien vestido, e incluso acomodado, pero son aun así esclavos, que sin un proceso legal son privados de su libertad mediante la fuerza. Quizás podamos eliminar toda prueba de maltrato, las torturas, los golpes y otros actos bárbaros, pero debe admitirse que el hecho de la esclavitud (trabajo obligatorio sin compensar), aún permanece. No existe la esclavitud benevolente. La servidumbre involuntaria, incluso aunque esté atemperada por tratamientos humanizados, es esclavitud” (ver *US c. Oswald Pohl y Otros, Trials of Criminal War*, Vol. V, p. 958).

43 Tal concepto está muy vinculado al de “reificación” de Honneth, procedente del ámbito de la filosofía crítica (Honneth, 2008, pp. 16 y ss. y *passim*). Honneth se refiere al tratamiento como cosas o mercancías en un contexto intersubjetivo, de tal manera que de reificación solo cabe hablar de forma directa en relación con otras personas y significa “perder de vista su reconocimiento previo”. Precisamente en el “olvido del reconocimiento” reside, a juicio de Honneth, el núcleo de la reificación (ver discusión en Alonso Álamo, 2011, pp. 11 y ss.).



### 3.3. Justificación de las modalidades típicas

Las definiciones concretas propuestas recogen los elementos esenciales de los instrumentos internacionales correspondientes, y, específicamente, el Convenio de 1926 contra la esclavitud, que recoge el paradigma de la propiedad; la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre la servidumbre; y el Convenio 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso. De esta manera, cada uno de los tipos refleja el *continuum* de control y gradúa la pena en función de la gravedad o intensidad del sometimiento, reflejando así la mayor afectación a la autonomía personal. También se castiga el aprovechamiento consciente de los servicios, prestaciones o actividades de la víctima, siempre que no sean coautores o partícipes del delito (artículo 162 *quinquies*), y se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su implicación y relevancia en este tipo de abusos (artículo 162 *sexies*).

#### *Trabajo forzoso*

El primer apartado incluye el delito de sometimiento o mantenimiento en situación de trabajo forzoso, donde lo determinante es que no puede abandonarlo libremente. La definición propuesta contempla los caracteres esenciales del artículo 2.1 del Convenio 29 de la OIT,<sup>44</sup> tal y como han sido interpretados por el TEDH: la amenaza de una pena “lo suficientemente intimidante” (o equivalente) y ausencia de consentimiento.<sup>45</sup> Estos medios comisivos se traducen en este artículo como violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad, que determinan que la persona no tenga otra opción real o aceptable más que someterse al abuso, de una manera equivalente a la intimidación,<sup>46</sup>

---

44 El artículo 2.1 del Convenio 21 de la OIT indica que “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”.

45 Ver discusión en profundidad en Valverde-Cano, 2020, pp. 239-299.

46 Este es el concepto de “violencia o “intimidación” seguido por la doctrina mayoritaria en relación con el robo con violencia e intimidación (ver Mayoral Narros, 2017, pp. 297-298 y la amplia bibliografía y jurisprudencia citada).

y teniendo en cuenta las condiciones objetivas de la situación y subjetivas de la víctima.<sup>47</sup>

### *Servidumbre*

La servidumbre es una modalidad agravada del trabajo forzoso en la que se produce una privación significativa de libertad en otras esferas personales aparte del trabajo.<sup>48</sup> además de obligarla a prestar un servicio, se la determina a vivir o a residir en un determinado espacio. Esta situación es la única manera en la que se puede lograr la situación de aislamiento, dependencia material y restricción de autonomía personal que el TEDH considera esencial en el concepto de servidumbre,<sup>49</sup> y que se logra recurriendo a formas más o menos intensas de coacción (desde violencia hasta abuso de una situación de vulnerabilidad).<sup>50</sup>

### *Esclavitud*

La esclavitud supone la destrucción de la personalidad jurídica (en oposición a la destrucción de la personalidad que supondría la muerte física), al desprover a la persona del revestimiento jurídico que le corresponde, y al asimilarla a una cosa de la que se extrae rendimiento y sobre la que se pueden cometer, potencialmente, toda clase de abusos. En el tipo se habla de “absoluto control o dominio” como forma de trasladar al lenguaje penal los “atributos del derecho de propiedad” a los que se refiere la definición

---

47 SSTS 37/2021, FJ 5; 136/2007, FJ 4. En este sentido, el TEDH se refería a la “percepción subjetiva de la gravedad de la amenaza” en *Siliadin c. Francia*, 2005, párrafo 118; *CN y V c. Francia*, 2013, párrafo 34, 77-79.

48 *Seguin c. Francia*, N.º 42400/98, 7 de marzo de 2000, párrafo 4; *Siliadin c. Francia*, 2005, párrafo 123-124; *CN y V c. Francia*, 2013, párrafo 91. Véase también Stoyanova, 2017a, pp. 251 y ss.; Allain, 2013, pp. 8, 202.

49 Para el TEDH, esto es lo que determina el “sentimiento de la víctima de que su situación es permanente”: *CN y V c. Francia*, 2013, párrafo 91. De manera similar, el artículo 225-14-2 del Código Penal francés tipifica la servidumbre en los siguientes términos: “La reducción a servidumbre es el acto de someter, de manera habitual, al delito previsto en el artículo 225-14-1 [delito de trabajo forzoso] a una persona cuya vulnerabilidad o dependencia sea evidente o conocida por el delincuente. La pena es de diez años de prisión y una multa de 300.000 euros”.

50 TEDH, 2013, párrafo 91.

de la Convención de 1926 sobre Esclavitud<sup>51</sup> y el “control equivalente a posesión” de las Directrices Bellagio Harvard.<sup>52</sup> El control absoluto, unido a la explotación, son las condiciones *necesarias y suficientes* de una situación de esclavitud porque apuntan a su esencia: no basta con que estén presentes algunos de los atributos del derecho de propiedad, que pueden aparecer en una relación laboral o de otro tipo (por ejemplo, la facultad de disponer del tiempo de los trabajadores por parte del empresario). Estos adquieren relevancia únicamente cuando se ejercitan en un contexto de completa dependencia personal —control absoluto—, que es la única manera de lograr la instrumentalización plena. Esto es lo que determina que la persona no pueda disponer de sí misma, de sus bienes y, más en general, de su vida.

*Utilización de servicios derivados del trabajo del esclavo, siervo o trabajador forzado*

Además, se incluye una cláusula tipificando la utilización de servicios derivados de trabajo esclavo cuando la persona no interviene en el sometimiento o el mantenimiento de la situación en la que se encuentra la víctima (lo que determinaría su coautoría o participación con otro título de imputación), pero obtiene algún provecho económico o de otro tipo. El artículo 19 del Convenio de Varsovia contiene una cláusula similar en relación con el delito de trata, donde requiere a los Estados que estudien la posibilidad de “adoptar las medidas legales y otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal, de conformidad con su derecho interno, la utilización de los servicios que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del artículo 4 del presente Convenio, a sabiendas de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos” (artículo 19). Es esta una conducta de menor desvalor que las anteriormente señaladas, pero

---

51 La Convención de 1926 sobre Esclavitud la define como: “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (artículo 1.1). Véase también Allain y Hickey, 2012, pp. 915-938; Schwarz, K. y Nicholson, 2020, pp. 391-414.

52 Véanse las Directrices Bellagio-Harvard sobre los parámetros jurídicos de la esclavitud.

se justifica político-criminalmente porque contribuye a la perpetuación y a la impunidad de ese tipo de situaciones.

### 3.4. Tratamiento punitivo

#### *Tipos básicos*

El análisis de proporcionalidad en sentido estricto nos proporciona algunas directrices de valoración punitiva de la conducta en atención a la lesividad, el desvalor de la acción y la trascendencia social del hecho.<sup>53</sup> El Tribunal Constitucional exige que la medida sea “proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.<sup>54</sup> A diferencia del principio de necesidad, que se proyecta sobre las diversas alternativas existentes para alcanzar una finalidad, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto pondera una medida idónea y necesaria con la finalidad perseguida, mirando exclusivamente la coherencia interna de la norma.<sup>55</sup>

En nuestro caso, el alto valor asignado a los beneficios en términos de derechos significa que una sanción alta no incurre en proporción por arriba

---

53 En palabras de De la Mata Barranco, se comprueba que “el coste socio-individual de la pena no supere la desventaja que pueda causar la comisión del delito” (De La Mata Barranco, 2007, p. 299).

54 SSTC 60/2010, FJ 14; 186/2000, FJ 6; 202/1999, FJ 3; 76/1996, FJ 2; 66/1995, FJ 5. En la práctica, no obstante, el Tribunal Constitucional no ha empleado una definición homogénea para definir la proporcionalidad en sentido estricto. Así, encontramos referencias a la “ponderación entre la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado” (STC 69/1999, FJ 4); a “la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena” (STC 55/1996, FJ 9); entre el “desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción” (STC 161/1997, FJ 12), o “entre la gravedad del delito que se trata de impedir y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales (STC 136/1999, FJ 23). Véase González Beilfuss, 2015, pp. 108 y ss.

55 González Beilfuss (2015, p. 111). Este autor también señala que el juicio de necesidad está basado en consideraciones fácticas, mientras que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es un mandato de ponderación desde un punto de vista jurídico.

(Aguado Correa, 1999, p. 286).<sup>56</sup> O, dicho con otras palabras: puesto que estos delitos pretenden prevenir abusos muy graves, está justificado que se ponga una sanción acorde con esa gravedad. Además, si tenemos en cuenta la relación de las conductas descritas con el delito de trata, un buen criterio de comparación es la pena asignada al delito de trata de personas (cinco a ocho años en el tipo básico del artículo 177 *bis* CP). El hecho de que aún no se haya producido la explotación —elemento subjetivo del injusto del delito de trata— se valora a efectos de merecimiento de pena. Como mínimo, el tratamiento punitivo no debe ser superior a lo que le corresponde a cualquiera de sus finalidades de explotación, de manera que tiene sentido que la pena asignada a los trabajos forzosos coincida con su límite mínimo, para que no salga más rentable explotar a una persona que trasladarla con el objetivo de explotarla.

Por otro lado, la gradación de la afección al bien jurídico apunta a que las penas correspondientes a los delitos de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud también deben graduarse de menor a mayor. Partiendo de estas consideraciones y del marco punitivo del tipo básico de trata, que es bastante alto —5 a 8 años—, se proponen los siguientes rangos de pena: de 5 a 8 años para los trabajos forzosos, de 6 a 9 en el caso de la servidumbre y de 9 a 12 para la esclavitud. La alta pena asignada a la esclavitud se justifica por el alto coste global que supone esta conducta atentatoria de la dignidad, coincidente con el marco asignado al delito de violación.

### *Agravantes*

De manera similar al delito de trata (artículo 177 *bis* CP), las agravantes propuestas se basan en razones subjetivas, como el *abuso* de situaciones de vulnerabilidad, siempre que no se hayan tenido en cuenta para calificar la

---

56 Por otro lado, Bacigalupo Zapater afirma que la jerarquía del bien jurídico lesionado es codeterminante de la gravedad del hecho, de manera que los hechos que afectan a bienes jurídicos de poco valor o que comportan lesiones de poca significación no podrán ser reprimidos con penas que se puedan considerarse desproporcionadas (1997, p. 30). En este sentido, ver también Amelung, 2007, pp. 241 y ss.

conducta como constitutiva de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud;<sup>57</sup> u objetivas, cuando se trate de conductas particularmente peligrosas o que aseguren especialmente el resultado —por ejemplo, cometidas en el seno de organización criminal o por funcionarios públicos—, o que no queden adecuadamente valoradas en el injusto descrito en los tipos básicos —por ejemplo, cuando se imponen condiciones de vida particularmente degradantes (Quintero Olivares, 2011, pp. 290-309).

### *Exenciones*

La cláusula de exención de la responsabilidad penal de las víctimas de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos se incluye para evitar la doble victimización (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2012, pp. 486 y ss.), en consonancia con la incluida para el delito de trata de personas, entre cuyas finalidades se encuentra “la explotación para realizar actividades delictivas”.<sup>58</sup> Las formas contemporáneas de esclavitud florecen especialmente en ámbitos con “baja legitimidad” o alejados de la atención pública o de la supervisión de las autoridades, como el trabajo sexual, el servicio doméstico o la realización de actividades delictivas (Crane, 2014, p. 54). En este sentido, se ha registrado un incremento de la trata de per-

---

57 En general, la vulnerabilidad motivada por las circunstancias personales o de carácter circunstancial se tiene en cuenta para aplicar los tipos de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud; por ejemplo, cuando se valora la percepción subjetiva de la gravedad de la amenaza.

58 Tal y como indica Sánchez-Covisa Villa cuando analiza el tipo de trata, a la espera de una doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que delimite adecuadamente la cuestión, los criterios establecidos por la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado aplicados en los supuestos más habituales que se suscitan en la práctica española respecto del delito de trata son: a) víctimas que han sido objeto de explotación sexual obligadas a cometer una pluralidad de actividades criminales en beneficio de los tratantes, especialmente delitos contra el patrimonio o de tráfico de drogas; b) obligación de realizar funciones de colaboración en el control y vigilancia de otras víctimas; c) colaboración en la falsificación de documentos con objeto de facilitar la entrada subrepticia en España (pp. 18 y ss.) (Sánchez-Covisa Villa, 2016, pp. 49 y ss.). La cláusula de exención de la responsabilidad estaba prevista en el artículo 26 del Convenio de Varsovia y después en el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE.

sonas para su explotación en la comisión de actividades delictivas a nivel europeo (UNODC, 2018, p. 31), especialmente entre víctimas menores de edad (RACE in Europe, 2014 pp. 5, 63 y *passim*). En esta área, la identificación de las personas que cometen delitos motivadas por la coacción, etcétera, es muy reducida o no se tiene en cuenta (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2012, pp. 484 y ss.),<sup>59</sup> lo que justifica la inclusión de una cláusula específica.

El fundamento de esta medida es una menor culpabilidad por carecer de alternativas realistas que no sean la comisión de la actividad delictiva, cuando no alcancen el estándar del estado de necesidad. Esto implica que la valoración de la proporcionalidad de esta cláusula debe realizarse ponderando las circunstancias personales y circunstanciales de la víctima,<sup>60</sup> y cómo pueden influir en la percepción subjetiva de la gravedad de la amenaza. En el caso de que no existiese proporcionalidad, podría acudir a las eximentes incompletas del artículo 68 CP o a alguna circunstancia atenuante (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2016, p. 813).

### 3.5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Por último, la inclusión de este tipo de delitos entre los que conforman el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se justifica por la relación entre este tipo de delitos y las empresas en general y las cadenas globales de suministro en particular (Crane, 2014, pp. 49 y ss.; Stevenson y Cole, 2018, pp. 81-99). La exclusión de la responsabilidad penal de las empresas en los delitos contra los derechos de los trabajadores ha sido muy criticada por la doctrina<sup>61</sup> y, con más razón, debería incluirse en el marco de las formas contemporáneas de esclavitud.<sup>62</sup>

---

59 En este mismo sentido, López Rodríguez, 2016, pp. 151-169.

60 En este sentido, Villacampa Estiarte considera que esta exigencia debe interpretarse “en sentido generoso” y “sin limitarla a los estrechos límites de ponderación aplicados, por ejemplo, en el estado de necesidad” (2011, p. 476).

61 Por todos, Pomares Cintas, 2013, pp. 51 y ss.

62 En este sentido, los principios de Responsabilidad Social Corporativa son cada vez más relevantes a nivel internacional, lo que ha empujado a las empresas a adoptar códigos

En este sentido, el artículo 2 (e) del Protocolo de la OIT sobre el Trabajo Forzoso requiere la adopción de medidas por parte de los Estados que apoyen la diligencia debida en los sectores público y privado para prevenir y responder a los riesgos del trabajo forzoso u obligatorio; y la Recomendación que complementa a este Protocolo alienta a los Estados a que adopten medidas como “orientar y apoyar a los empleadores y a las empresas a fin de que adopten medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de trabajo forzoso u obligatorio”.<sup>63</sup>

#### 4. Conclusiones

Este artículo responde a dos preguntas —el *porqué* y el *cómo*— relacionadas con la criminalización de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso como delitos autónomos y no relacionados en exclusiva con la trata de personas. En relación con la primera cuestión, estas conductas deben castigarse recurriendo al derecho penal, porque este es la herramienta con mayor capacidad disuasoria de la que dispone nuestro ordenamiento jurídico y, además, debe hacerse recurriendo a tipos autónomos porque es la manera en la que el efecto comunicativo en relación con los operarios del sistema de justicia se materializa de manera más eficaz: está demostrado que los jueces, fiscales y agentes de policía son más eficientes en la investigación y persecución de este tipo de delitos si existen definiciones claras que delimiten adecuadamente el injusto, lo que redundará en una mejor prevención. Aunque el “etiquetado justo” de las víctimas permite que haya concordancia entre la experiencia sufrida y la gravedad asociada a ese abuso en la sociedad, y les puede otorgar acceso a otros mecanismos de reparación, lo cierto es que este acceso también puede garantizarse mediante otros mecanismos jurídicos extrapenales. De los argumentos expuestos, el de la mejor prevención es el que nos lleva a afirmar que la regulación propuesta es más adecuada desde

---

de conducta, certificaciones y programas de seguimiento. Sobre esto, ver Aaronson y Reeves, 2002; Cavanna, 2018.

63 Recomendación N.º 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014. Adoptado en Ginebra, 103.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014.



la perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido amplio que la regulación actual, fragmentada y asistemática.

Por último, se desarrolla el *cómo* y se justifica de manera sucinta una propuesta legislativa que reúne los elementos normativos de los conceptos internacionales de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, adaptándolos al derecho penal español. Se incluyen en un único título donde se indica el bien jurídico que se daña o pone en riesgo —la “personalidad jurídica”— que se define como el “derecho a tener derechos” (o a poder ejercerlos de manera efectiva), relacionado con la dignidad/no instrumentalización. Los tipos reflejan el *continuum* de control, que transcurre desde el control personal en la esfera del trabajo (trabajo forzoso) al completo control de todas las esferas de la persona (esclavitud), y las penas guardan una coherencia interna con el resto de delitos del Código Penal.

## Referencias

- Aaronson, A. y Reeves, J. T. (2002). *Corporate responsibility in the global village: the role of public policy*. National Policy Association.
- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*. Edersa.
- Allain, J. (2013). *Slavery in international law: Of human exploitation and trafficking*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Allain, J. y Hickey, R. (2012). Property and the definition of slavery. *International and Comparative Law Quarterly*, 61(4), pp. 915-938.
- Alonso Álamo, M. (2011). Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 12.

- Amelung, K. (2007). El concepto de 'bien jurídico' en la teoría de la proyección penal de los bienes jurídicos. En R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 227-264). Marcial Pons.
- Antón-Mellón, J. y Antón Carbonell, E. (2017). Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016). *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I época, vol. 12, pp. 133-150.
- Ashworth, A. y Horder, J. (2013). *Principles of criminal law*. 7.<sup>a</sup> edición. Oxford University Press.
- Avetta (2019). *Eradicating modern day slavery in global supply chains*.
- Bacigalupo Zapater, E. (1997). *Principios de derecho penal*. Akal.
- Bantekas, I. y Oette, L. (2015). *International human rights. Law and practice*. Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cardenal Montraveta, S. (2015). ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17(18), 1-44.
- Cavanna, P. (2018). *Forced labour and other forms of labour exploitation in the Italian agri-food sector: Strong laws, weak protection for migrant Workers*.
- Chalmers, J. y Leverick, F. (2008). Fair labelling in criminal law. *Modern Law Review*, 71(2), pp. 217-246.
- Circular de la Fiscalía 5/2011 de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

- Couso, J. (2018). Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. *Revista Ius et Praxis*, 24(1), pp. 437-496.
- Crane, A. (2014). Modern slavery as a management practice: Exploring the conditions and capabilities for human exploitation. *Academy of Management Review*, 38(1).
- Dana, S. (2012). Beyond retroactivity to realizing justice: A theory on the principle of legality in international criminal law sentencing. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 99, pp. 857-927.
- De la Mata Barranco, N. J. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6(3), pp. 1-34.
- Díez Ripollés, J. L. (2006). Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 4, pp. 1-19.
- Directrices Bellagio-Harvard sobre los parámetros jurídicos de la esclavitud. [https://www.monash.edu/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0007/2263678/Bellagio-Harvard-Guidelines-Spanish.pdf](https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0007/2263678/Bellagio-Harvard-Guidelines-Spanish.pdf)
- Emmerson, B., Ashworth, A. y MacDonald, A. (2012). *Human rights and criminal justice*. Sweet & Maxwell.
- Farrell, A., Owens, C. y McDevitt, J. (2014). New laws but few cases: Understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases. *Crime Law and Social Change*, 61(2), 139-168.
- Farrell, A., Pfeffer, R. y Bright, K. (2015). Police perceptions of human trafficking. *Journal of Crime and Justice*, 38, pp. 315-333.

- Farrell, A. y Pfeffer, R. (2014). Policing human trafficking: Cultural blinders and organizational barriers. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 653, pp. 46-64.
- Gallant, K. S. (2006). *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge University Press.
- García Aran, M. (2008). El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, vol. 18, pp. 39-65.
- Gil Gil, A. (2016). Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *InDret*, 4, pp. 21-22.
- González Beilfuss, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi.
- Honneth, A. (2007). *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Calderón, G. (trad.). Katz.
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo y cómo resistirlo. *Revista Jueces para la Democracia*, vol. 55, pp. 15-22.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2014). Cuándo penar, cuánto penar. En J. Lascuraín Sánchez y M. Rusconi (dir.), *Ad Hoc*, pp. 285-328.
- Lazarus, L. (2012). Positive obligations and criminal justice: Duties to protect or coerce? En L. Zedner y J. V. Roberts, *Principles and values in criminal law and criminal justice: Essays in honour of Andrew Ashworth* (pp. 135-155). Oxford University Press.
- Lopera Mesa, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Rodríguez, J. y Arrieta Idiákez, F. J. (2019). La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 107.

- Newburn, T. y Jones, T. (2005). Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton. *Crime, Media, Culture*, 1(1), pp. 72-87.
- Nichols, A. y Heil, E. C. (2014). Challenges to identifying and prosecuting sex trafficking cases in the Midwest United States. *Feminist Criminology*, 10(1), pp. 7-35.
- Maqueda Abreu, M. J. (2018). Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son? En J. M. Suárez López, J. Barquín Sanz, I. Benítez Ortúzar, M. J. Jiménez Díaz, J. E. Sainz Cantero, *Estudios penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (pp. 1251-1264). Dykinson.
- Matos, M., Gonçalves, M. y Maia, A. (2019). Understanding the criminal justice process in human trafficking cases in Portugal: Factors associated with successful prosecutions. *Crime, Law and Social Change*, 72, pp. 501-525.
- Mayoral Narros, I. V. (2017). *El tipo privilegiado del delito de robo con violencia o intimidación en las personas*. (Tesis Doctoral, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid).
- Mowbray, A. (2004). *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart Publishing.
- OIT. (2012). *Indicadores del trabajo forzoso de la OIT*. OIT. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_203832.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf)
- OIT. (2017). *Global estimates of forced labour. Forced labour and forced marriage*. OIT. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)

- ONU, ECOSOC. (1950). *Summary record of the hundred and forty-second meeting*. UN Doc. E/CN.4/SR.142.
- Oudejans, N. (2008). The right to have rights as the right to asylum. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 43(1), pp. 7-26.
- Pérez Alonso, E. y Martín Morales, R. (2017). Referéndums, consultas populares y delitos electorales: ¿son aplicables los tipos delictivos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General a las consultas populares? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19(32), pp. 1-33.
- 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* (pp. 333-366). Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 1-31.
- Pomares Cintas, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch.
- RACE in Europe. (2014). *Trafficking for forced criminal activities and begging in Europe exploratory study and good practice examples*. Anti-Slavery International. [https://freedomfund.org/wp-content/uploads/race\\_report\\_english.pdf](https://freedomfund.org/wp-content/uploads/race_report_english.pdf)
- Rodríguez López, S. (2016). La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 42, pp. 151-169.
- Sánchez-Covisa Villa, J. (2016). El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 bis CP. *Cuadernos de la Guardia Civil*, 52, pp. 36-51.

- Schwarz, K. y Nicholson, A. (2020). Collapsing the boundaries between de jure and de facto slavery: The foundations of slavery beyond the transatlantic frame. *Human Rights Review*, 21, pp. 391-414.
- Stevenson, M. y Cole, R. (2018). Modern slavery in supply chains: A secondary data analysis of detection, remediation and disclosure. *Supply Chain Management*, 12(3), pp. 81-99.
- Stoyanova, V. (2017a). *Human trafficking and slavery reconsidered*. Cambridge University Press.
- Stoyanova, V. (2017b). United Nations against slavery: Unravelling concepts, institutions and obligations. *Michigan Journal of International Law*, vol. 38, pp. 359-454.
- Suárez Fuentes, B. (2015). Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Prolegómenos*, vol. 2, pp. 65-80.
- UNODC. (2018). *Global report on trafficking in persons 2018*. UNODC.
- Valverde-Cano, A. (2017a). Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el Código Penal español. En E. Pérez Alonso (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp. 426-445). Tirant lo Blanch.
- Valverde-Cano, A. (2017b). *La protección jurídico-penal de las víctimas de las formas contemporáneas de esclavitud a la luz del derecho internacional, europeo y nacional*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Valverde-Cano, A. (2020a). *Regulación y tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud*. (Tesis doctoral, Universidad de Granada).
- Valverde-Cano, A. (2020b). It's all about control: el concepto de trabajos forzados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 22, pp. 239-299.

- Valverde-Cano, A. (2020c). Las obligaciones positivas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En A. Valencia Sáiz (dir.), *Desafíos actuales del Derecho* (pp. 287-302). Eumed.
- Valverde-Cano, A. (en prensa). El principio de proporcionalidad en sentido amplio como marco metodológico para evaluar propuestas de incriminación. En AAVV, *Libro Homenaje al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar*. Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Navarra.
- Villacampa Estiarte, C. (2013). La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.<sup>a</sup> época, 10, pp. 293-342.
- Villacampa Estiarte, C. (2022). Dificultades en la persecución penal de la trata de seres humanos para explotación laboral. *InDret Criminología*, N.º 2.
- Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. (2012). Mujeres víctimas de trata en prisión en España. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.<sup>a</sup> época, N.º 8, pp. 411-494.
- Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. (2016). Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, pp. 711-829.
- Walk Free Foundation. (2018). *Global Slavery Index*. Walk Free.
- Walk Free Foundation. (2018). *Country Data. Spain*. Walk Free. <https://www.globalslaveryindex.org/2018/data/country-data/spain/>



**Jurisprudencia citada***Jurisprudencia internacional*

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Demanda/Comunicación</i>	<i>Partes</i>
Consejo de Control Aliado	3 de noviembre de 1947	<i>Trials of Criminal War</i> , vol. V	US c. <i>Oswald Pohl</i> y otros
Comité de Derechos Humanos	27 de abril de 1995	Comunicación N.º 400/1990	<i>Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio c. Argentina</i>
TEDH	7 de marzo de 2000	42400/98	<i>Seguin c. Francia</i>
TPIY (Cámara de Apelación)	12 junio de 2002	IT-96-23&IT-96-23/1-A	<i>Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic</i>
CIDH	22 de septiembre de 2009	Serie C, N.º 202	<i>Anaualdo Castro c. Peru</i>
TEDH	4 de diciembre de 2003	39272/98	<i>MC c. Bulgaria</i>
TEDH	26 de julio de 2005	73316/01	<i>Sitiadin c. Francia</i>
Comité de Derechos Humanos	25 de octubre de 2010	Comunicación No. 1751/2008	<i>Adam Hassan Abousseadra c. Libia</i>
TEDH	7 de enero de 2010	25965/04	<i>Rantsev c. Chipre y Rusia</i>
CIDH	24 de septiembre de 2010	Serie C, N.º 213	<i>Gomes Lund y otros c. Brasil</i>
CIDH	25 de mayo de 2010	Serie C, N.º 212	<i>Chitay Nesh y otros c. Guatemala</i>
CIDH	26 de agosto de 2011	Serie C, N.º 229	<i>Torres Millacura y otros c. Argentina</i>
CIDH	24 de febrero de 2011	Serie C, N.º 221	<i>Gelman c. Uruguay</i>
CIDH	27 de febrero de 2012	Serie C, N.º 240	<i>González Medina y familiares c. República Dominicana</i>
TEDH	11 de enero de 2013	67724/09	<i>CN y V c. Francia</i>
TEDH	13 de febrero de 2013	4239/08	<i>CN c. Reino Unido</i>
TEDH	26 de marzo de 2013	33234/07	<i>Valdudene c. Lituania</i>
CIDH	20 de octubre de 2016	Serie C, N.º 318	<i>Trabigadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil</i>
TEDH	30 de junio de 2017	21884/15	<i>Choudary y Otros c. Greece</i>

<i>Jurisprudencia nacional</i>	<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>ECLI</i>
	STC 65/1986, de 22 de mayo	Ángel Latorre Segura	ECLI:ES:TC:1986:65
	STC 66/1995, de 8 de mayo	Carlos Viver Pi-Sunyer	ECLI:ES:TC:1995:66
	STC 55/1996, de 28 de marzo	Carlos Viver Pi-Sunyer	ECLI:ES:TC:1996:55
	STC 76/1996, de 30 de abril	Javier Delgado Barrio	ECLI:ES:TC:1996:76
	STC 207/1996, de 16 de diciembre	Vicente Gimeno Sendra	ECLI:ES:TC:1996:207
	STC 161/1997, de 2 de octubre	Carlos Viver Pi-Sunyer	ECLI:ES:TC:1997:161
	STC 37/1998, de 17 de febrero	Carlos Viver Pi-Sunyer	ECLI:ES:TC:1998:37
	STC 136/1999, de 20 de junio	Carlos Viver Pi-Sunyer	ECLI:ES:TC:1999:136
	STC 13/1999, de 22 de febrero	Pablo García Manzano	ECLI:ES:TC:1999:13
	STC 202/1999, de 8 de noviembre	Pablo Cachón Villar	ECLI:ES:TC:1999:202
	STC 69/1999, de 26 de abril	Julio Diego González Campos	ECLI:ES:TC:1999:69
	STC 186/2000, de 11 de agosto	Fernando Garrido Falla	ECLI:ES:TC:2000:186
	STS 995/2000, de 30 de junio	Joaquín Giménez García	ECLI:ES:TS:2000:995
	STS 136/2007, de 8 de febrero	Julian Artemio Sánchez Melgar	ECLI:ES:TS:2007:136
	STC 45/2009, de 19 de febrero	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez	ECLI:ES:TC:2009:45
	STC 151/2009, de 25 de junio	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez	ECLI:ES:TC:2009:151
	STC 202/2009, de 27 de octubre	Eugení Gay Montalvo	ECLI:ES:TC:2009:202
	STC 60/2010, de 7 de octubre	Javier Delgado Barrio	ECLI:ES:TC:2010:60
	STS 270/2016 de 5 de abril de 2016	Carlos Granados Pérez	ES:TS:2016:270
	STS 659/2016, de 19 de julio	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca	ES:TS:2016:659

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>ECLI</i>
STS 435/2017, de 10 de noviembre	Pedro José Vela Torres	ES:TS:2017:435
STS 247/2017 de 5 de abril	Joaquín Giménez García	ES:TS:2017:247
STS 196/2017, de 24 de marzo	Carlos Granados Pérez	ES:TS:2017:196
SAP Sevilla 2890/2017, 20 de noviembre	Francisco Javier González Fernández	ES:APSE:2017:2890
SAP Albacete 435/2017, de 10 noviembre	Juan Manuel Sánchez Purificación	ES:APAB:2017:435
STC 56/2019, de 10 de junio	Andrés Ollero Tassara	ES:TC:2019:56
STS 37/2021, de 21 de enero	Vicente Magro Servet	ES:TS:2021:37



# ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 603 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL ITALIANO: NUEVOS ESCENARIOS DE APLICACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN ILÍCITA Y DE LA EXPLOTACIÓN DEL TRABAJO

Gaia Derasmo<sup>1</sup>

## Resumen

En Italia, el denominado *caporalato* —o sea, el reclutamiento ilícito de mano de obra y su explotación—, a pesar de ser un fenómeno endémico, ha encontrado completa tipificación penal solo hace un decenio. Este trabajo intenta identificar sus rasgos y, en especial, sus formas más insidiosas, para evaluar la adecuación del artículo 603 *bis* del Código Penal frente a la “urbanización del aprovechamiento”; es decir, verificar el mantenimiento de su capacidad represiva, junto con la valoración de los demás instrumentos de prevención predispuestos, a la luz de una reciente resolución, que viene de 2020, del Tribunal de Milán, “Sección medidas de prevención”, que por primera vez lo aplica en el ámbito de la *gig economy*.

**Palabras claves:** Caporalato, Caporalato digital, Artículo 603 *bis* C.P., Reclutamiento ilícito de trabajadores, Explotación laboral.

---

1 Doctoranda en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Valencia, España.

## Sumario

*1. Preámbulo. 2. El caporalato “digital” como forma de explotación del trabajo. 3. Breve excursus sobre la normativa penal en materia de explotación laboral. 3.1. La actual formulación del delito de “intermediación ilícita y explotación del trabajo”, los instrumentos relacionados directos al ámbito empresarial y sus posibles nuevas aplicaciones. 4. El caso: la administración judicial de “Uber Italy S.R.L.”. 5. Conclusiones. Referencias.*

## 1. Preámbulo

La explotación laboral ha sido, durante mucho tiempo, un fenómeno subestimado y escasamente examinado en cuanto poco percibido por la sociedad, no obstante que constituye la forma de esclavitud moderna más difundida (Mancini, 2017, p. 1). Esto se debe, probablemente, a que, al margen de sus formas más extremas, se realiza de modo subrepticio y se desarrolla en contextos difícilmente controlables (al respecto, véase UNODC, 2006).

De hecho, generalmente la explotación se caracteriza por afectaciones patológicas de las relaciones laborales, es decir, entre empleador y empleado, que pueden desarrollarse también a través de un intermediario. Estas alteraciones resultan facilitadas por la condición de vulnerabilidad del trabajador debido a que hoy en día, en el entorno occidental, la parte contratante explotada está representada principalmente, aunque no exclusivamente, por migrantes (Mancini, 2017, p. 1) que no tienen poder de negociación (Carchedi et al., 2007, p. 126). Por eso, la subsistencia de una fachada de licitud en la relación contractual, junto con la exclusión social de la parte explotada, conlleva un trastorno en la percepción colectiva de estas formas matizadas de esclavitud contemporánea que, consiguientemente, han ocasionado un ingente retraso en las políticas de prevención y represión del fenómeno criminal.

Todo esto ha llevado a que en Italia el denominado *caporalato* —es decir, la contratación ilícita de mano de obra, así como su explotación— fuera solo recientemente sancionado en el Código Penal. El artículo 603 *bis* del Código Penal italiano, que lleva por título “Intermediación ilícita y explotación del trabajo”, fue introducido en el ordenamiento solo hace un decenio por el Decreto Ley N.º 138/2011.

Pese a la ingente literatura nacional sobre el tema,<sup>2</sup> y al margen del anhelo

---

2 Entre muchos, de aquellos no directamente citados en este artículo, véanse: Bin, 2020; Brambilla, 2017; Chiaromonte, 2018; Garofalo, 2018; Miscione, 2017; Morgante, 2018; Nazzaro, 2017; Rotolo, 2018; Scarcella, 2017.

de divulgar a nivel internacional el “estado del arte” italiano en la lucha contra dicho fenómeno, esta contribución tiene su razón en el análisis del reciente Decreto N.º 9/2020, pronunciado por el Tribunal de Milán que, el pasado mayo, dispuso la medida de prevención de la administración judicial, prevista por el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 159/2011 contra el coloso del *delivery* “Uber Italy S.R.L.”. Según el texto de la resolución, la sociedad mencionada sería culpable de haber facilitado la actividad de algunas empresas que reclutan a *riders* con modalidades idóneas a integrar el delito sancionado por el artículo 603 *bis*.

Esta resolución merece atención en cuanto se trata de la primera aplicación de medidas de prevención relacionadas con este delito en el ámbito de la denominada *gig economy*. En efecto, por medio del decreto, los jueces milaneses, insertándose en una corriente que ya había visto la misma “Sección medidas de prevención” del Tribunal lombardo orientada a ampliar el ámbito de aplicación del delito penado por el artículo 603 *bis* más allá del sector agrícola y de la construcción,<sup>3,4</sup> en los que tradicionalmente el *caporalato* estaba confinado, han demostrado haber tomado conciencia respecto de la versatilidad del instrumento normativo (Merlo, 2019, p. 2). La medida, entonces, tiene el mérito de haber superado una narración estereotipada de la explotación laboral que la sitúa solo en contextos subdesarrollados del país (p. 2).

En las páginas que siguen, con el fin de examinar la resolución y, sobre todo, de comprender el alcance innovador del mismo pronunciamiento, se procederá *in primis* a enmarcar el *caporalato* desde un punto de vista sociológico-criminal, para luego reflexionar acerca de la política criminal y de prevención en campo, y así poder ofrecer algunas conclusiones al respecto.

---

3 Nos referimos al Decreto N.º 59/2019 del Tribunal de Milán, “Sección medidas de prevención”.

4 Para un amplio estudio sociológico, véase Leongrande (2016).



## 2. El *caporalato* “digital” como forma de explotación del trabajo

Como señala Merlo (2019), la historia de la lucha contra la explotación laboral puede decirse caracterizada, en Italia, por una poco escondida voluntad de remoción (p. 2). Si, efectivamente, resulta evidente la práctica de elusión del problema desde un punto de vista de normativa penal, tanto que, como se apuntaba, la tipificación del delito es muy reciente, la misma postura se desprende también en jurisprudencia (p. 2). No solo, en efecto, la escasa operatividad del delito llevó, al cabo de un lustro, a la tentativa extrema de emprender la vía de la reforma del delito contenido en el artículo 603 *bis* Código Penal, sino que, todavía hoy, la cuantía de sentencias que aplican el tipo es tan limitada que resulta irrelevante (Di Martino, 2015, p. 112).

Con el término *caporalato* se entiende la actividad de reclutamiento y organización ilícita de la mano de obra por parte de intermediarios, los “caporales”, que emplean a los trabajadores —en situación de necesidad— por encargo de terceros, los empleadores, cobrando hasta el 60 % de la paga diaria destinada al trabajador,<sup>5</sup> paga que, además de ese descuento, no corresponde a las tarifas contractuales para los mínimos salariales.<sup>6</sup> No es raro que, en especial cuando se trate de extranjeros, al reclutamiento propiamente dicho el caporal agregue una labor de organización, gestión y vigilancia de la mano de obra, tanto desde el punto de vista logístico, principalmente ocupándose del alojamiento y de la manutención, como de la gerencia efectiva de los equipos durante los procesos y las fases de trabajo (Merlo, 2019, p. 3). Piénsese en los trabajadores reclutados, durante todo el verano, por la recolección de tomates en Apulia. Con base en los reportes, oficiales y no,<sup>7</sup> se trabaja hasta 12 horas por una remuneración diaria (o a destajo por caja) aproximadamente de 30 euros, pagando al caporal el transporte hacia el campo, la comida y el colchón para vivir en barracas desprovistas incluso

5 Al respecto, véase Osservatorio Placido Rizzotto - FLAI-CGIL (2016).

6 Para la definición, véase *Vocabolario online della lingua italiana Treccani*, voz “caporalato”.

7 Encargados por el Estado o llevados a cabo, por ejemplo, por NGO (véase Medici per i diritti umani – MEDU (2019). *La cattiva stagione*.

de servicios higiénicos-sanitarios, energía eléctrica y gas. Desgraciadamente, no han servido de nada las intervenciones destinadas a dismantelar los “guetos”,<sup>8</sup> no solamente porque sus habitantes son inmigrantes irregulares, destinados a permanecer en la misma condición debido a que no serán contratados, sino que, en cuanto el *caporalato*, en este sector representa casi una “modalidad de producción” (Di Martino, 2015, p. 122). No cabe duda de que, en los contextos en los que el *caporalato* alcanzó una posición monopolística, esta forma de explotación resulta ser la única manera para permanecer en el mercado, puesto que el contratista principal, apoyándose en el caporal, derriba los costes laborales al disponer de peones sumisos y reduce el tiempo en la obtención de mano de obra (Di Martino, 2015, p. 122), de acuerdo con las necesidades cotidianas, siempre diferentes, a un precio muy barato y con capacidades productivas mejores que las máquinas.

La aclaración definitoria, sin embargo, no hace menos resbaladizo el camino de detección del fenómeno. El *caporalato* es, en verdad, una “plaga insidiosa” (De Sanctis, 2018, p. 1759), una contingencia camaleónica capaz de camuflarse detrás de rasgos legales y que termina por ocupar “áreas oscuras” entre explotación y modalidades contractuales solo aparentemente lícitas (Merlo, 2019, p. 4). Entonces, independientemente de los injustificables retrasos en la criminalización de los supuestos de *caporalato* “negro”, es decir, de las formas de dominio paraesclavista de la vida del trabajador, tan penetrantes como para aniquilar su capacidad de autodeterminarse y, por eso, tan tangibles de haber rendido inexcusable aun la falta de represión, la labor de identificación y consiguiente persecución del hecho criminal se complica a la hora de rastrear casos de explotación “grises” (De Sanctis, 2018, pp. 1759 y ss.).

En el denominado *caporalato* “gris”, de hecho, no subsiste una completa sujeción de la víctima que aproxima las formas “negras” de explotación a la reducción y mantenimiento a la esclavitud, servidumbre *et similia* (De Sanctis, 2018, pp. 1759 y ss.); por otra parte, con demasiada frecuencia,

---

8 Véase el relato del dismantelamiento del denominado “Grande gueto” de Foggia.

operadas por medio del apoyo de asociaciones criminales de tipo mafioso<sup>9</sup> que, a través de sinergias trasfronterizas,<sup>10</sup> incentivan también la trata de seres humanos<sup>11</sup> (Merlo, 2019, p. 5); sino, más bien, se traduce en una subyugación retorcida que se juega por entero sobre la amenaza continua del despido.

Pues bien, lejos de ser un asunto circunscrito a áreas de atraso socioeconómico, el *caporalato* se está afianzando transversalmente, encontrando en la actualidad nuevo aliento en el mercado del trabajo en nuevos entornos, aun en el digital. La “gestión algorítmica del trabajo” está demostrando ser un medio eficaz para el aprovechamiento (Barberio y Camurri, 2020, p. 1). Se trata de un “escudo” capaz de despersonalizar las actividades de selección, organización, control del trabajo y de los trabajadores, también en la aplicación de “sanciones”, que oculta estrategias de *management* detrás de una evaluación automatizada de los rendimientos y que, a su vez, genera excelentes oportunidades de “explotación rapaz” (O’Connor, 2016, *passim*) de quien ya se encuentra en el último escalón de la jerarquía social (Barberio y Camurri, 2020, p. 1). Por otra parte, no se deja de emplear a intermediarios por agilizar y, al mismo tiempo, apantallar ulteriormente la búsqueda de empleados dispuestos a trabajar cada vez más y por salarios siempre inferiores (Coin, 2017, p. 21), sin garantías ni derechos.

Si, entonces, las modalidades “grises” se benefician de semblanzas legales, el caso de los *riders* constituye su quintaesencia. Aunque la Ley N.º 128/2019, denominada “Estatuto de los *riders*”, haya tratado de establecer algunas tutelas mínimas para esta categoría de trabajadores imponiendo, por lo que aquí releva, la obligación, para los empleadores, de garantizar seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la suscripción de un contrato y que la remuneración sea conforme a los “convenios colectivos de trabajo celebrados por las asociaciones sindicales y patronales

---

9 Con respecto al nexo entre criminalidad organizada y *caporalato*, véase Savaglio (2017).

10 Con grupos criminales extranjeros. Al respecto, véase Amnesty International (2012).

11 Asunto criminal que está vinculado también con el tipo autónomo de la explotación de la prostitución.

comparativamente más representativas a nivel nacional”, el hecho de que no se indique la cualificación de la relación laboral, a predisponer mediante acuerdo, asume relevancia no meramente técnico-clasificatoria. De hecho, no solo al supuesto de subordinación (artículo 2094 Código Civil), aunque modernizada y evolutiva (Barberio y Camurri, 2020, p. 3), abstractamente aplicable al presente asunto, pueden atribuirse mayores tutelas,<sup>12</sup> sino el amontonamiento de tipos de relaciones autónomas y casi-dependientes, así como de colaboración,<sup>13</sup> es terreno fértil para la explotación. Estas últimas, efectivamente, son formas contractuales que dejan, de por sí, zonas francas en las que encuentran lugar abusos y, además, una confusa clasificación protege de contenciosos legales a los empleadores respecto a una platea de trabajadores que, muy a menudo, tienen escasos conocimientos y conciencia de sus derechos (Giuliani, 2015, p. 18) y, por eso, son preparados para aceptar condiciones de compromiso gravosísimas (Merlo, 2019, p. 5).

Precisamente por esto, la jurisprudencia está tomando un enfoque remedial y, pese a enmarcar la relación como de trabajo “hetero-organizado”,<sup>14</sup> reconoce a los *riders* el derecho a que se les aplique integralmente la disciplina en materia de trabajo dependiente, otorgando así plena eficacia a la norma contenida en el artículo 2, ap. 1, del Decreto Legislativo N.º 81/2015, como modificado por el nombrado “Estatuto de los *riders*”, que —en los hechos— corría el riesgo de quedar como letra muerta.<sup>15</sup> No cabe duda,

---

12 Como, entre muchas, los límites al poder de dirección del empresario y las garantías en el caso de terminación del empleo.

13 La relación laboral de los *riders*, en el ordenamiento italiano, podría abstractamente cualificarse como: trabajo autónomo “puro”, regulado por el artículo 2222 del Código Civil; trabajo dependiente, regulado por el artículo 2094 del Código Civil; trabajo para-dependiente, así como definido por el artículo 409, N.º 3, del Código Procesal Civil; colaboración “hetero-organizada”, regulada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 81/2015; sobre la base del “Estatuto de los *riders*”.

14 El artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 81/2015, así como modificado en 2019, define como “hetero-organizadas” las relaciones laborales que se concretan en prestaciones de trabajo predominantemente personales, continuadas y cuyas modalidades ejecutivas son organizadas por el comitente, aun por medio de plataformas digitales.

15 Nos referimos a la Sentencia N.º 1663/2020 de la Corte de Casación. Sin embargo, aunque existan todos los elementos del trabajo “hetero-organizado”, esto no implica la

en efecto, de que, independientemente del *nomen iuris* del contrato, en la praxis, la actividad de entrega, por parte de los *rider*s, se desvía de las connotaciones que deberían caracterizar la relación laboral por medio de las plataformas digitales.<sup>16</sup> En particular la extrema flexibilidad en la prestación laboral junto con la posibilidad de creación automática y voluntaria de los turnos parecen rasgos completamente ignorados en la realidad. En algunos pronunciamientos<sup>17</sup> —y también en la resolución que se comentará— se comprobó, efectivamente, que el *rider*, aun beneficiándose, según las previsiones contractuales, de gran autonomía y libertad en el desempeño de la prestación, corre el riesgo, en los supuestos de incumplimiento o de realización disímil de la ejecución, de que no se le convoque nuevamente, de ser “suspendido” por el sistema o, incluso, de que se le castigue por medio de la asignación de entregas particularmente alejadas<sup>18</sup> de los puntos de recogida, expolio de las propinas o bien de que se le apliquen *malus* (Barberio y Camurri, 2020, p. 5). Estas evidencias no solo destacan la predisposición de sanciones disciplinarias atípicas y extremadamente severas, sino que, en realidad, los que habrían tenido que ser mecanismos impersonales de control, en parte externalizados porque están respaldados por los “comentarios” del cliente final, en la práctica delatan un sistema de supervisión intenso que, aunque no sea directo, se realiza a través de la elaboración de algoritmos dirigidos a la explotación (Barbeiro y Camurri, 2020, pp. 4-5). Si bien existe una dificultad concreta en la diferenciación entre el utilizador y quien ejerce el poder de dirección, confusión esta generada y multiplicada por el intento de despersonalizar al empleador, no cuesta detectar la subsistencia de un sistema organizativo. Para prevenir el riesgo de que no se puedan llevar a cabo las entregas, efectivamente, a través de las plataformas se cumple una “sobre-contractualización” de las franjas horarias o se recurre a las

---

reconversión de la relación en trabajo dependiente.

16 En los rasgos delineados tanto por la normativa laboral, así como en los contratos individuales.

17 Muy relevante, al respecto, es la jurisprudencia española. Entre muchas, véase Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia N.º 902/2017.

18 Posibilidad que se debe al elemento característico de la “desmaterialización” del lugar de empleo.

denominadas “flotas de *riders*”, las cuales resultan proporcionadas por intermediarios que, debido a la ingente demanda, demuestran ser los únicos capaces de garantizar dichas necesidades (Barberio y Camurri, 2020, p. 5).

Lo manifestado nos permite afirmar sin tardanza que, sin importar las aparentes formas inéditas de la organización y de la misma prestación de trabajo, algunos elementos críticos de la actividad desempeñada por los *riders* hacen posible que se reproduzcan acontecimientos de explotación ya conocidos. En concreto, la fungibilidad endémica de los *riders* favorece el reclutamiento masivo, por parte de los intermediarios, de sujetos que se encuentran en condición de fragilidad social<sup>19</sup> (Barberio y Camurri, 2020, p. 5) y, por ende, ocasiona aprovechamientos que se fundamentan en la estipulación de contratos de trabajo, firmados en situación de necesidad, que originan sometimientos continuativos en la prestación laboral. Esto es el *caporalato* digital, solo un nuevo rostro del *caporalato* “gris”.

### **3. Breve *excursus* sobre la normativa penal en materia de explotación laboral**

Si bien hacer que los empleados trabajen cada vez más incumpliendo las normas relativas al salario, a la jornada laboral y a los descansos obligatorios, bajo condiciones degradantes, aceptadas por necesidad y aprovechando de la vulnerabilidad del sujeto a emplear, parezca cumplir con los elementos estructurales requeridos por el delito penado por el artículo 603 *bis* C.P., el tipo adolece del hecho de haber surgido como herramienta contra el arcaico atropello de la mano de obra rural, que estigmatiza su ámbito de aplicación (Barberio y Camurri, 2020, p. 2). Por eso, tendrá que evaluarse la adecuación del delito frente a la “urbanización de la explotación” (Merlo, 2020, p. 2), es decir, verificar el mantenimiento de su capacidad represiva, junto con la valoración de los demás instrumentos de prevención predispuestos, con respecto a conductas que se cumplen por medio de recursos novedosos

---

19 Piénsese, por ejemplo, en los solicitantes de asilo que se encuentran en los “centros de acogida”.

(Barberio y Camurri, 2020, p. 3) y que emplean a intermediarios que, hoy en día, toman la apariencia de personas jurídicas.

Durante un largo período de tiempo, a pesar de la propagación y presencia masiva del fenómeno en examen, el único foco del régimen sancionatorio había sido la preservación del monopolio público en la acción de conexión entre empleador y empleado. En un primer momento la prohibición de realizar, en cualquier forma, actividades de intermediación dirigidas a la colocación de la mano de obra, había sido establecida por el artículo 27 de la Ley N.º 264 del 1949 y luego reiterada por los artículos 1 y 2 de la Ley N.º 1369/1960 (Merlo, 2019, p. 7). Como consecuencia de la introducción en el ordenamiento del trabajo interino<sup>20</sup> y de la reorganización de los requisitos para el desempeño de las prestaciones de trabajo y de las actividades de intermediación y provisión de servicios de empleo,<sup>21</sup> en los primeros años del nuevo siglo se incorporaron nuevos tipos penales inherentes a la intermediación ilícita, el suministro abusivo o fraudulento de trabajadores y, en general, la utilización ilícita de los empleados (Giuliani, 2015, pp. 46 y ss.). En todos estos casos, sin embargo, los ilícitos mantuvieron la dimensión de la falta, con obvias consecuencias en materia de eficacia disuasoria (Merlo, 2019, p. 8).

Las lagunas de dicho sistema jurídico significaban subsumir las conductas cometidas contra el trabajador bajo las hipótesis previstas por los delitos de reducción o mantenimiento a esclavitud y trata de personas, establecidos por los artículos 600 y 601 del Código. Sin embargo, el artículo 600 requiere que la víctima sea reducida o mantenida en estado de sumisión continuada, mientras que el artículo 601, que presume el mismo sometimiento permanente, exige que el sujeto pasivo de la acción sea reclutado o introducido en territorio del Estado con el fin adicional de la inducción o la coacción de este para el desempeño —*inter alia*— de prestaciones de trabajo (Gianfrotta, 2017, p. 6). Por consiguiente, a pesar de la referencia a

---

20 Por parte de la Ley 196/1997.

21 A través de las Leyes 30 y 276 de 2003.

la realización de actividades laborales, en ausencia de tales elementos peculiares, resultaba imposible la aplicación de las normas citadas, y esto ocasionaba la impunidad de muchos acontecimientos de *caporalato* (Gianfrotta, 2017, p. 6) y, ciertamente, de las conductas que hemos clasificado como “grises” (Giuliani, 2015, p. 118).

Un verdadero cambio de rumbo se produjo, por fin, en 2011, cuando la Ley N.º 138 introdujo en el Código Penal el artículo 603 *bis* que pone en el centro la dignidad del trabajador, otorgándole, por primera vez, tutela penal plena y directa (Fiore, 2014, p. 871), es decir, ya no a través de la intermediación de normas de procedencia laboral (Merlo, 2019, p. 9). El legislador tomaba en definitiva conciencia de que los hechos de *caporalato* resultaban idóneos para atentar contra la dignidad humana y, entonces, ofendían al conjunto de libertades en las que se expresa la persona humana hasta convertirlo en una *res*. La lucha contra la reificación, por lo tanto, encontraba plenamente asilo en el ámbito penal.

En su redacción original, el delito penado por el artículo 603 *bis* estaba constituido por tres elementos: la subsistencia de una actividad organizada de intermediación en el reclutamiento de mano de obra o en la organización del trabajo de esta en condiciones de explotación; una conducta caracterizada por violencia o intimidación; y, por último, el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador (Gianfrotta, 2017, pp. 8-9).

A pesar de la relevancia simbólica de la inserción, en el ordenamiento, de un delito *ad hoc* consagrado al combate a la “intermediación ilícita y a la explotación del trabajo”, dentro de muy poco tiempo se puso de manifiesto que se trataba, una vez más, de una medida inadecuada con respecto al fin perseguido. En los primeros cinco años de vigencia, el delito encontró una aplicación jurisprudencial prácticamente intrascendente,<sup>22</sup> dato que ponía de manifiesto su ineficacia estructural y operativa (Merlo, 2019, p. 9). La doctrina identificó como primer motivo del fracaso aplicativo de la sanción

---

22 En todo el país se registró la puesta en marcha de solo 34 juicios.



la dificultad probatoria de demostrar que la actividad de reclutamiento se desarrollara de forma organizada (Merlo, 2019, p. 9).<sup>23</sup> Con todo, la responsabilidad central se imputa al haber circunscrito el ámbito de los sujetos activos solo al caporal, sin incluir al empleador, utilizador final del trabajador sumiso y, entonces, *dominus* del supuesto de explotación (Di Martino, 2015, p. 109) al que, como mucho, se le podía asignar una responsabilidad por concurso en el delito,<sup>24</sup> con innegables complejidades adicionales de carácter probatorio (Merlo, 2019, p. 10). Tal estrategia sistémica, en todo caso, no subsanaba el “vacío de tutela” determinado por una redacción falaz del tipo penal que, erróneamente, describía al *caporalato* como fenómeno bilateral y que, por consiguiente, dejaba en cualquier caso impune al empleador que reclutaba directamente a sus trabajadores sometiéndolos o a través de un intermediario que desempeñaba legalmente su tarea (Di Martino, 2015, p. 110).

La abierta contradicción entre la magnitud del fenómeno<sup>25</sup> y la insuficiente represión obligó al vencimiento del lustro, a la revisión del artículo 603 *bis*.

### **3.1. La actual formulación del delito de “intermediación ilícita y explotación del trabajo”, los instrumentos relacionados directamente al ámbito empresarial y sus posibles nuevas aplicaciones**

Con el objetivo de vencer los obstáculos aplicativos del delito que nos ocupa, con la Ley N.º 199/2016, el legislador ha rediseñado la norma, aportando cambios significativos (Tomasinelli, 2019, p. 1).

En su nueva formulación, el artículo 603 *bis* contempla dos conductas. A pesar de que la rúbrica haya permanecido inalterada, en efecto, en su seno

---

23 Al respecto, véase también Tordini Cagli (2017).

24 De conformidad con el artículo 110 del Código Penal.

25 Así como señalado por los reportes, pero también por las noticias que dejaban constancia de fallecimientos provocados, literalmente, por la fatiga. Al respecto, véase Nadotti (2019).

la conjunción “y” ya no tiene la función copulativa de juntar, en una endiádis, a los términos “intermediación” y “explotación” y, entonces, representar a un único tipo delictivo que derivaba de la fusión y coexistencia de ambas acciones, sino coordina la titulación de dos diferentes delitos (Merlo, 2019, p. 11). Después del año 2016 comete delito quien, aprovechando del estado de necesidad del trabajador, lo recluta para destinarlo a un empleo bajo condiciones de explotación o, alternativamente, quien, con idéntico aprovechamiento, lo somete a las mismas condiciones y se beneficia de su rendimiento laboral. Se trata de una “norma mixta acumulativa” y, entonces, el sujeto responderá una sola vez por el delito, aunque cometa más conductas penadas (Basile, 2020, *passim*).

La decisión de eliminar la irracionalidad de la anterior previsión que dejaba impune al utilizador final, el empleador, otra cara de la fenomenología típica de la explotación del trabajador en el *caporalato*, se deriva de la voluntad de ampliar el ámbito de aplicación del delito a todos los sectores productivos, o sea, a todos los supuestos de explotación de sujetos en estado de necesidad, independientemente de la subsistencia de una intermediación y de una completa subyugación (Merlo, 2019, p. 12).

Contraprueba de dicho planteamiento resulta ser la integral reprogramación del sistema sancionador en la nueva formulación del delito. De hecho, el tipo base, que ahora prevé una pena más leve,<sup>26</sup> prescinde de eventuales actos de violencia, amenaza o intimidación contra el trabajador que, en el texto anterior, eran elementos constitutivos del tipo (Merlo, 2019, p. 12).

Se ha dispuesto, además, que cuando las conductas se pongan en práctica por medio de violencia o amenaza,<sup>27</sup> se aplicará la circunstancia especial, establecida por el apartado 2, con arreglo a la cual se sancionará con una

---

26 En la formulación de 2011 se preveía la pena de la reclusión de 5 a 8 años junto con una multa de entre 1000 y 2000 euros por cada trabajador reclutado. Actualmente, el tipo base prevé la pena de la reclusión de 1 a 6 años junto con una multa de entre 500 y 1000 euros por cada trabajador reclutado.

27 Ya no se incluye la “intimidación”.

pena de reclusión entre 5 y 10 años junto con una multa entre 1000 y 2000 euros por cada trabajador reclutado (Merlo, 2019, p. 12). La pena será agravada aún más si el hecho delictivo concierne a más de tres personas, involucra a menores o exponga a los trabajadores a grave peligro<sup>28</sup> (Merlo, 2019, p.12). En un escenario penal general orientado a la intensificación sancionadora *tout court*, semejante graduación parece sorprendentemente respetuosa del principio de proporcionalidad al calibrar la sanción al desvalor efectivo del acontecimiento (Merlo, 2016, pp. 1427 y ss.).

Se trata, entonces, de un crimen “eventualmente habitual”, pudiendo ser integrado incluso por una sola acción de intermediación o explotación. Desaparece, efectivamente, el requisito de la estructura organizada que, como se ha indicado, había provocado la falta de éxito de la aplicación de la anterior forma del delito. Dicha elección político-criminal, junto con la ya citada remoción —del tipo base— de la connotación del uso de la violencia o amenaza y la autónoma incriminación de la sola explotación, sin duda facilita la carga probatoria; por otro lado, en opinión de algunos comentaristas, empobrecería la tipificación por lo que concierne a la vertiente de lesividad.<sup>29</sup> Según esta línea interpretativa, asimismo, la decisión de colocar el delito, sistemáticamente, entre los tipos puestos a protección de la “personalidad individual”, empeora las cosas. La “dignidad humana”, bien jurídico tutelado por el artículo 603 *bis* C.P., es, de hecho, considerada por la doctrina una especie de *deus ex machina* que justifica cualquier incriminación (Fiandaca, 2007, p. 588). Por ende, debido a su vaguedad, es idóneo subsumir una serie de acontecimientos, también muy distintos entre sí, y, así, sería una categoría a emplear solo en casos límites, es decir, únicamente cuando se manifieste una lesión tan macroscópica de los derechos fundamentales de la persona que no permita otra opción que recurrir al uso de un “bien supremo” como el que está aquí en cuestión (Tomasinelli, 2019, p. 11).<sup>30</sup> La misma corriente señala que habría sido más oportuno tomar

---

28 Se prevé el incremento de la pena base de 1/3 a 1/2.

29 En este sentido, véase De Rubeis (2017).

30 Véase también Hassemmer (2007).

en consideración a otros bienes jurídicos como, por ejemplo, aquellos de la vida, la incolumidad personal, la salud y la libertad personal (De Rubeis, 2017, p. 230) para evitar que se sancionen conductas ocasionales y, en general, de escasa relevancia penal.

Meritorio resulta, para evitar incertidumbres interpretativas, el recurso a la técnica de la enumeración de los indicadores de la explotación laboral. Constituyen muestras indicadoras de abuso, así como lo indica el ap. 3 del artículo 603 *bis* C.P., el pago sistemático de salarios no correspondientes a los contratos colectivos, el incumplimiento de la “normativa antiaccidentes” y de las normas relativas a la jornada laboral y a los descansos obligatorios y, por último, el sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o a condiciones de alojamiento degradantes. Sin embargo, habida cuenta de que no cualquier incumplimiento de carácter formal de la normativa laboral que subyace a los índices integra una situación de explotación, es imprescindible que, para que no se “aplaste” del todo el paradigma necesario de la lesividad, se consideren solo aquellas infracciones idóneas para afectar los derechos personales fundamentales del trabajador (Tomasinelli, 2019, p. 4). Son, entonces, estos índices a constituir el contrapeso a la temida deriva en lo que se refiere a la lesividad, por cierto, en paralelo con la ya examinada progresividad sancionadora.

Menos compartible parece la elección de reiterar la utilización del “estado de necesidad” como presupuesto del aprovechamiento. Habría sido más oportuno referirse a la “vulnerabilidad”, concepto más amplio, por lo demás conforme a la normativa de la Unión Europea en materia (por ejemplo, Decisión Marco N.º 2002/629/JAI)<sup>31</sup> (Genovese, 2018, p.). Resulta evidente, finalmente, que dicho estado de necesidad desempeñe un papel preponderante en la detección del elemento psicológico, debido a que se requiere que el aprovechamiento sea acompañado por la conciencia y vo-

---

31 Véase, por ejemplo, el artículo 1, letra c) de la Decisión Marco N.º 2002/629/JAI, que define la “situación de vulnerabilidad” como aquella en la que “la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso”.

luntad de beneficiarse de la debilidad material o moral del sujeto pasivo (Di Donna, 2017, p. 59).

El delito, además, va acompañado por ulteriores disposiciones que se caracterizan por un claro propósito de prevención.

Siguiendo un camino ya experimentado en el marco, entre todos, de la criminalidad organizada, el legislador introdujo, en el artículo 603 *bis* 1 C.P., una nueva circunstancia atenuante que establece la reducción de la pena de 1/3 a 2/3 para quien preste declaraciones que permitan evitar que la actividad delictiva llegue a consecuencias ulteriores o, alternativamente, colabore con la autoridad en la búsqueda de pruebas o en la captura de los copartícipes, así como en el decomiso de los productos del delito ya transferidos. Se trata de la concreción de una estrategia que, por medio de mecanismos premiales, intenta romper los vínculos de solidaridad típicos de contextos criminales como el que comentamos (Merlo, 2019, p. 13).

Siempre la Ley N.º 199/2016 prevé la medida del decomiso obligatorio de los instrumentos y de las ganancias del delito, la inserción del tipo entre los “delitos presupuestos” para la responsabilidad “penal” de la persona jurídica así como regulada por el Decreto Legislativo N.º 231/2001 y, por último, el artículo 3 introduce el novedoso instrumento del “control judicial”, en alternativa al decomiso, si la actividad empresarial puede verse interrumpida y esto pueda ocasionar un impacto negativo en los niveles de empleo o para el valor económico del complejo empresarial.

En último lugar, también en ese caso, con el fin de proceder a una rehabilitación de la empresa por medio de medidas patrimoniales terapéuticas y no de embargo, la reforma, de 2017, del “Código Antimafia”, ha añadido el artículo 603 *bis* entre los “delitos-catálogo” para los cuales puede activarse la administración judicial que se substancia, en el presente supuesto, en un —al menos— parcial desposeimiento de la gestión con el fin de remover las situaciones “de hecho y de derecho” que determinaron la aplicación del instrumento *de quo* (Merlo, 2019, p. 14).

Ahora bien, en materia de combate a la explotación en el entorno empresarial, el arsenal resulta bien surtido y el juez, no existiendo criterios de prevalencia o de conexión, tendrá que emplearlos con base en las condiciones aplicativas y, sobre todo, en el supuesto concreto: se utilizará el Decreto Legislativo N.º 231/2001 si el delito es perpetrado por un gerente o un empleado en el interés de la empresa; se elegirá el control judicial previsto por el artículo 3 de la Ley 199 de 2016 si el delito es cometido dentro de la empresa; se optará por la administración judicial establecida por artículo 34 del “Código Antimafia” si la empresa ha actuado facilitando personas sospechosas de haber desempeñado actividades de intermediación y explotación (Merlo, 2019, p. 14).

Antes de que nos adentremos en el análisis del asunto judicial que ha inspirado esta contribución, parece oportuno testear la solidez del arquetipo del tipo y, en particular, de sus elementos a la luz de las peculiaridades del caso de los *riders*, habida cuenta de que la persecución del crimen tendrá que lidiar con los sistemas propios del *caporalato* digital. Tal examen resulta, por lo demás, necesario en cuanto presupuesto de la aplicación de los instrumentos remediales relacionados que, como se verá, han sido aplicados en el caso judicial en análisis.

Con respecto al primer indicador, el contrato colectivo de referencia para los *riders* resulta ser aquel dedicado a la “logística, transporte de carga y envíos”. Sin embargo, los parámetros salariales indicados por el acuerdo sindical solo podrán emplearse si los trabajadores han sido contratados como asalariados (Barberio y Camurri, 2020, p. 5). Descartada esta hipótesis, de todos modos, a rigor del “Estatuto de los *riders*”, dichos trabajadores no podrían ser retribuidos a partir de las entregas realizadas y tendrían que ser garantizados a ellos pagos por hora mínimos e indemnizaciones integrativas para el trabajo nocturno, durante los festivos o en condiciones meteorológicas adversas (Barberio y Camurri, 2020, p. 6). La realidad delata un escenario bien distinto. En la gran mayoría de los casos, de hecho, los *riders* trabajan a destajo y la retribución no tiene mínimamente en cuenta cómo y cuándo la prestación se lleve a cabo.

Del mismo modo, no resulta difícil detectar, por lo general, en el día a día del trabajo desempeñado por los *riders*, la subsistencia de los demás índices reveladores establecidos por el ap. 3 del artículo 603 *bis* C.P.

Los *riders*, en estado de necesidad, aceptan turnos de trabajo extenuantes que no toman en cuenta los tiempos de descansos psico-físicos, la normativa en materia de jornada laboral y también el modernísimo “derecho a la desconexión”, todos estos elementos que indican la subsistencia del segundo de los criterios indicados por el legislador (Barberio y Camurri, 2020, p. 5).<sup>32</sup>

Además, para efectuar el mayor número posible de entregas, los *riders* realizan sus prestaciones infringiendo, muy a menudo, la ley de tránsito y, como he señalado, bajo cualquier condición meteorológica, claramente exponiéndose al riesgo de accidentes (Barberio y Camurri, 2020, p. 6). En particular, por lo que respecta al tercer indicador, la despersionalización del empleador y, en general, su identificación en concreto, dificulta atribuir a un sujeto o a un ente determinado las obligaciones procedentes de la normativa en tema de seguridad y salud en el trabajo (Barberio y Camurri, 2020, p. 6).

Por último, parecería poderse configurar también el índice previsto en el N.º 4 del ap. 3 del artículo 603 *bis*, no solo porque, de lo ya subrayado, se desprende una condición claramente degradante de trabajo, sino aun porque el control operado por medio de las plataformas resulta invasivo, generalizado y continuo (Barberio y Camurri, 2020, p. 7).

Ahora bien, del análisis desarrollado podría concluirse que, si bien se puede abrazar la causa de quien sugiere una revisión del tipo base que reincorpore, entre los elementos del delito, al requisito de la estructura organizada que, además de ser elemento clave del fenómeno del *caporalato*, también “digital”, dota de lesividad a la acción, la nueva formulación tiene el mérito de hacer posible el enjuiciamiento de los hechos de intermediación ilícita y ex-

---

32 En relación con el concepto de “trabajo decente”, en la época contemporánea, véase OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Trabajo decente”.

plotación que, tal como se han descrito, sin duda afectan la dignidad humana del trabajador y que, en la transición del substrato rural a las plataformas digitales, no parecen menos ofensivas (Barberio y Camurri, 2020, p. 7).

#### 4. El caso: la administración judicial de “Uber Italy S.R.L.”

El 27 de mayo de 2020 el Tribunal de Milán, “Sección medidas de prevención”, aplicaba a la sociedad “Uber Italy S.R.L.” la administración judicial, regulada por el artículo 34, ap. 1, del “Código Antimafia”.

El citado instituto se inscribe dentro de los nuevos instrumentos de rehabilitación empresarial que, abandonando la idea de que solo la ablación patrimonial y su absorción al patrimonio estatal, por medio del decomiso, sea la modalidad adecuada de intervención contra las infiltraciones criminales en la economía, permiten flexibilizar la respuesta del sistema jurídico experimentando formas inéditas de colaboración entre público y privado. Las citadas medidas están dirigidas a la recuperación de las empresas sin impedir la prosecución de las actividades económicas (Quattrocchi, 2020, p. 2). Dichas herramientas, por lo demás, ofrecen la oportunidad de intervenir de manera más proporcional y, así, más eficiente y eficaz, con evidente mayor consideración de los derechos fundamentales, constitucional y convencionalmente reconocidos y, *primi inter pares*, aquellos de propiedad y de iniciativa económica<sup>33</sup> (Balsamo y Mattarella, 2018, pp. 41 y ss.). Tal perspectiva resulta coherente con la evolución garantista, de procedencia jurisprudencial,<sup>34</sup> de las medidas de prevención patrimonial que, en la actualidad, si bien de carácter preventivo,<sup>35</sup> deben cumplir con los requisitos de tipicidad, taxatividad,<sup>36</sup> proporcionalidad y aplicarse de acuerdo con las

---

33 Artículos 41 y 42 de la Constitución italiana.

34 Nos referimos a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos N.º 69, del 3 de marzo de 2017; a las sentencias NN.º 40076/2017 y 111/2018 de la Corte de Casación italiana y a la sentencia N.º 24/2020 de la Corte Constitucional italiana.

35 Y no represiva como las disposiciones penales.

36 Previsibilidad, según la jurisprudencia europea.



normas procedimentales y probatorias que garanticen el contradictorio y, en general, la defensa (Menditto, 2020, p. 7).

Pasando al examen concreto de la resolución, vemos cómo el Tribunal, al considerar existentes “suficientes indicios” acerca de la subsistencia del “delito catálogo” de “intermediación ilícita y explotación”, justifica la aplicación de la medida de prevención en objeto destacando, uno por uno, los presupuestos de esta en el caso concreto. Sin embargo, debido al foco de nuestra disertación, antes de indicar los puntos más relevantes relativos a los elementos presupuestos para la imposición de la medida, vamos a analizar cómo los jueces milaneses han abordado el tema del *caporalato* “digital”.

Valorando un amplio compendio investigativo,<sup>37</sup> el Tribunal ha considerado subsistentes evidencias circunstanciales para comprobar una actividad de facilitación desempeñada por “Uber Italy S.R.L.” respecto al delito sancionado por el artículo 603 *bis* C.P. cumplido por los acusados, o sea, por cinco *managers* de la misma sociedad, encargados, según la Uber Poitier B.V.,<sup>38</sup> de ser gerentes de los *riders* en el territorio nacional, y por las sociedades “Flash Road City” y “FRC S.R.L.” que se ocupaban de la selección, reclutamiento y gestión de las “flotas de *riders*” y estaban vinculadas con la citada sociedad de *delivery* por medio de “contratos de prestación tecnológica”.<sup>39</sup>

Las investigaciones, así como trasfundidas en el procedimiento de prevención en examen, permitían al Tribunal verificar que existía una estructura organizativa ilícita, tanto en la relación con los trabajadores, nunca realmente contratados, como con un gran grupo de repartidores que llevaban a

---

37 Que consta de múltiples y convergentes declaraciones de los trabajadores, interceptaciones telefónicas y ambientales, investigaciones bancarias, etcétera, también procedentes del juicio penal “genético”.

38 Página 56 del decreto en análisis. La “Uber Poitier B.V.” parecería “sociedad matriz”. Sin embargo, uno de los fines de la medida en examen es aclarar las relaciones internas al grupo social.

39 Página 6 del decreto en análisis.

cabo las entregas por cuenta de “Uber Italy S.R.L.”<sup>40</sup>, y —entonces— que, por medio de la intermediación ilícita, cumplida por los sospechosos ya mencionados, se habían reducido enormemente los costes laborales, en perjuicio de los *riders*.<sup>41</sup> De hecho, se aclara, ante todo, que no corresponde a la realidad la narración que ve Uber como una plataforma digital informal donde la demanda —del consumidor— y la oferta —de los restaurantes— se encuentran y “comunican” por medio del *rider*, formalmente trabajador ocasional que no tiene ninguna relación con el operador económico (Quattrocchi, 2020, p. 6).

La “Sección medidas de prevenciones”, en función de juez de prevención, ha efectuado una evaluación autónoma de los indicios,<sup>42</sup> detectando tanto la explotación laboral como el aprovechamiento del estado de necesidad de los trabajadores.

Particularmente notable es, en confrontación con una, aunque exigua, jurisprudencia en materia, “aplastada” sobre los índices contenidos en el ap. 3 del artículo en comentario (Merlo, 2020, p. 5), la lectura trasversal que se propone de los mismos indicadores, la cual toma en cuenta la peculiaridad del fenómeno examinado.

Se reconstruyen, detenidamente, el nexo entre intermediario y utilizador, el número de trabajadores reclutados, las reales condiciones de trabajo, los métodos de control y el impago de los impuestos de previsión, estos últimos retenidos del sueldo, pero no certificados ni pagados al Estado (Menditto, 2020, p. 8). Pese a una aparente legalidad, el Tribunal ha comprobado que los *riders* tenían una escasa autonomía en la elección de los horarios de trabajo, debido a que se requería la disponibilidad en determinadas franjas,

---

40 En detalle, las entregas se llevaban a cabo según dos modalidades distintas. Algunos *riders* trabajaban directamente para la sociedad de *delivery*, mientras que otros tenían un contrato de colaboración, nunca entregado a los empleados, con sociedades denominadas *fleet-parteners*, a las cuales “Uber Italy S.R.L.” se había dirigido, al menos oficialmente, para que se ocuparan del reclutamiento y de la gestión de las “flotas de *riders*”.

41 Páginas 4 y ss. del decreto en análisis.

42 Que se definen “claros, precisos y concordantes” en el mismo decreto.

y un compromiso total, habida cuenta de que se ofrecía la dedicación completa de los repartidores a algunos restaurantes.<sup>43</sup> Entonces el trabajo, siempre más intenso y frenético con evidente incumplimiento de la normativa en materia de jornada laboral y de descansos obligatorios, pero también de las normas dedicadas a la seguridad en el trabajo, se desempeñaba en claro contraste con cualquier elemento previsto por la forma contractual oficial que, en cambio, se caracteriza por la absoluta libertad del colaborador respecto a los tiempos y las modalidades de las prestaciones (Merlo, 2020, p. 4). Además, resulta que los trabajadores percibían retribuciones a destajo (3 euros por entrega), prescindiendo de cualquier variable (distancia, tiempo empleado, horario nocturno, festivos, condiciones climáticas, etcétera), en plena infracción de toda la disciplina examinada y, de hecho, que se haya ido construyendo una forma laboral nueva, de “trabajo dependiente alterado”. Por otra parte, cabía un ulterior recorte del sueldo (50 centavos por entrega) en caso de no aceptación de entregas superiores al 95 % y cancelaciones superiores al 5 % (Quattrocchi, 2020, p. 5), y práctica común resultaba el no abono de las propinas. Por último, la petición de un número de prestaciones no compatibles con la tutela de las condiciones psico-físicas del trabajador, con contextual amenaza de desactivación del *account* y, por ende, de no poder seguir trabajando, a la par del uso de un mecanismo rutinario de *malus*, advierten del sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo y métodos de vigilancia degradantes.

Sin embargo, junto con una reconstrucción interlocutoria de los índices que mide una apreciable autonomía motivacional (Quattrocchi, 2020, p. 10), el rasgo peculiar de la resolución corresponde a la exaltación del olvidado requisito del aprovechamiento del estado de necesidad. Esta característica modal, efectivamente, había sido fagocitada por un impropio automatismo presuntivo (Padovani, 2016, p. 50) con base en el cual el estado de necesidad resultaría de por sí cada vez que el trabajador aceptara condiciones de trabajo por debajo de los estándares (Merlo, 2020, p. 5). En el decreto en examen, al contrario, los jueces atribuyen un peso mayor a dicho requisito,

---

43 Página 4 Decreto.

argumentado que la situación de aislamiento social ha contribuido decisivamente en la explotación debido a que, por tratarse de mano de obra com puesta principalmente por solicitantes de asilo, su vulnerabilidad ha sido útil instrumento para imponer condiciones de contratación y de trabajo abusivas (Merlo, 2020, p. 5).

Finalmente, en lo relativo a la aplicación de la medida, los jueces afirman, en extrema síntesis, que haber desenmarañado el nudo acerca de la subsistencia de indicios sobre el delito presupuesto permite evaluar, desde la perspectiva objetiva, que la sociedad “Uber Italy S.R.L.” puso en marcha una actividad de facilitación de la conducta delictiva cumplida por sujetos terceros, aunque funcionalmente vinculados, y que, desde el punto de vista subjetivo, podía detectarse una omisión de control por parte de la sociedad o de grave deficiencia organizativa sobre los sujetos sospechosos que gestionaban a los *riders*.<sup>44</sup> Resultarían, por eso, demostrados los elementos de la facilitación, de la autonomía entre facilitador y facilitado<sup>45</sup> y, finalmente, la culpabilidad.<sup>46</sup>

Limitándonos a señalar el punto de principal criticidad, sí resulta comprobado que “Uber Italy S.R.L.” gestionaba directamente a los *riders*; tanto es así que, por ejemplo, indicaba las franjas horarias,<sup>47</sup> era la única con poder para sancionar mediante la suspensión del *account* también a los trabajadores de las otras sociedades implicadas<sup>48</sup> o, aún más relevante, ve a sus *managers* entre los sospechosos,<sup>49</sup> cuestionable parece la reconstrucción en términos de autonomía entre facilitador y facilitados, puesto que no consta

---

44 Página 57 del decreto en análisis.

45 Se trata de un requisito absolutamente necesario porque, si se demuestra que el facilitado sea, en realidad, un “testaferro”, los bienes que el facilitador posee —directa o indirectamente— deberían someterse a decomiso de prevención.

46 También la culpabilidad es requisito esencial debido a que, aun se trate de una medida de prevención, ella resulta idónea para afectar el fundamental derecho a la iniciativa económica, tutelado por el artículo 41 de la Constitución italiana.

47 Página 14 del decreto en análisis.

48 Páginas 40 y 41 del decreto en análisis.

49 Página 56 del decreto en análisis.

el requisito de “ejercicio del poder organizativo y directivo con respecto a los empleados”, propio del contrato de prestación de servicios del que el “contrato de prestación tecnológica” parece derivar (Barberio y Camurri, 2020, p. 9). Así que, desvelándose una interposición ficticia, derivada de la amasadura de intereses entre la actividad de “Uber Italy S.R.L.” y la explotación de trabajadores, actualmente atribuida a las sociedades “Flash Road City” y “FRC S.R.L.”, que entonces habrían realizado un mero suministro de mano de obra, desfallece uno de los requisitos que han llevado a la aplicación de la administración judicial (Barberio y Camurri, 2020, p. 19).

Independientemente de intrincadas cuestiones de estructura social de la denominada “galaxia Uber”, de cuyo esclarecimiento tendrá que ocuparse el administrador designado,<sup>50</sup> y que ponen dudas en cuanto a la viabilidad de la aplicación de la normativa sobre la responsabilidad de la entidad jurídica y, por lo tanto, de la subsistencia del elemento subjetivo,<sup>51</sup> el mérito del procedimiento ha consistido en revelar nuevos escenarios de explotación del trabajo en el marco digital, entorno este aún poco tutelado tanto por la legislación laboral cuanto por el ámbito de la prevención en materia penal.

## 5. Conclusiones

Si bien el “principio laboral”, así como generado por el artículo 1 de la Constitución italiana,<sup>52</sup> constituye uno de los cinco pilares<sup>53</sup> sobre los cua-

---

50 Que tiene un año para examinar: la organización social del grupo Uber con el objetivo de verificar su sistema de *compliance* (artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 231/2001) y evaluar la capacidad del modelo organizativo y de gestión de prevenir delitos de la misma especie de aquel que se registró; analizar las posiciones personales de los *managers* implicados en el juicio penal; evaluar los contratos vigentes y su conformidad con las normas de mercado en materia; verificar la existencia de otras formas de explotación de los trabajadores.

51 Si la sociedad “Uber Italy S.R.L.”, así como se lee en el decreto, es “controlada”, no se le puede atribuir responsabilidad por “omisión de control” y “grave déficit de organización”.

52 Con base en el que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”.

53 Los demás principios son: el principio democrático (artículo 1 de la Constitución); el

les se sostiene el edificio constitucional, la tutela penal de su ejercicio, en los supuestos de explotación, ha tardado en materializarse y todavía hoy no resulta realmente capaz de hacer oír su voz.

Por lo que respecta a la nueva formulación del artículo 603 *bis* C.P., cabe subrayar que su “simplificación”, así como destacado por un reciente pronunciamiento de la casación,<sup>54</sup> está destinada a compensar la falta de un sistema represivo de las distorsiones del mercado del trabajo y, en definitiva, está concebido para sancionar las actuaciones que no se reducen a la mera infracción de las normas de derecho laboral (en particular el artículo 18 del D.lgs. N.º 276/2003) pero que no llegan a las alturas de la reducción a la esclavitud.

Sin embargo, a la luz del examen del caso del *caporalato* digital, es indiscutible que el fenómeno, también en sus formas “grises”, no prescinde del requisito de la estructura organizada, elemento clave que caracteriza su sistemática. La reintroducción del citado elemento en el tipo base no solo sería coherente con su encuadramiento entre las gradaciones de la explotación laboral, sino dotaría de lesividad a las conductas. Efectivamente, la organización de personas y medios, el establecimiento de estructuras y de relaciones interpersonales, así como ocurre en los tipos asociativos, sería indudable manifestación objetivamente estimable del propósito criminal. Cuando existe una estructura organizada, subsiste un programa criminal, predispuerto y rutinario. En dicho contexto, el desvalor se enlaza no a la acción delictiva particular sino a la programación que constituye un medio a través del que se realiza dicho programa. Tal ajuste podría remediar la criticidad debida a la señalada vaguedad del bien jurídico “dignidad humana” que, en todo caso, parece el más adecuado en relación con la gravedad de este tipo de explotación laboral, como se ha descrito en las páginas anteriores.

---

principio personalista (artículos 2 y 3 de la Constitución); el principio pluralista (artículo 2); el principio internacionalista y supranacional (artículos 10 y 11). Al respecto, véase Mortati 1975).

54 Casación Penal, Sección N.º IV, sentencia N.º 5081/2019.

En cualquier caso, el mérito de la resolución ha sido verificar la capacidad de las disposiciones contenidas al artículo 603 *bis* C.P., de sancionar las más modernas caras de la explotación laboral y, así, de desvelar nuevas formas de aprovechamiento que se desempeñan por medio del canal digital (Barberio y Camurri, 2020, p. 20).

En efecto, los jueces milaneses han interpretado evolutivamente los preceptos englobando, en su interior, la subyugación en los tiempos de la *gig economy*, y han demostrado una sensibilidad consciente para lograr encuadrar inéditas modalidades de explotación, en un contexto de tumultuosa evolución, caracterizado por el empleo de tecnología e internet en la creación de nuevos entornos laborales, difíciles de enmarcar en las categorías tradicionales (Quattrocchi, 2020, p. 11).

Además, con independencia de las reservas acerca de la aplicabilidad, en el caso analizado, de la disciplina del artículo 34 del “Código Antimafia”, en razón de la reconstrucción de los hechos efectuada por la misma Sección, se acoge con satisfacción la aplicación de instrumentos que, aun originariamente formulados por frenar el avance de la criminalidad organizada, parecen útiles para enfrentar también a las denominadas “criminalidades de ganancia” (Menditto, 2020, p. 9) que, por medio de una adecuada graduación permiten, con arreglo al principio de proporcionalidad, balancear los intereses implicados y consentir la rehabilitación de la empresa y su reentrada en el marco de la economía legal.

Confemos en que sea solo el comienzo.

## Referencias

- Amnesty International. (2012). *Volevamo braccia e sono arrivati uomini. Sfruttamento lavorativo dei braccianti agricoli migrati in Italia*.
- Balsamo, A. y Mattarella, P. (2018). Codice antimafia (reforma del). En *Dig.disc. pen.*, X, 41 y ss.
- Barberio, M. y Camurri, V. (2020). L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione. En *GPWeb*, 7-8.
- Basile, G. (2020, 21 de junio). Rider e caporalato: la vicenda di Uber Eats Italy. En *SalvisJuribus*.
- Bin, L. (2020, 10 de marzo). Problemi “interni” e problemi “esterni” del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (artículo 603 bis c.p.), en *LP*.
- Brambilla, P. (2017). “Caporalato tradizionale” e “nuovo caporalato”: recenti riforme a contrasto del fenómeno. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, I-II, 188-222.
- Carchedi, F., Dolente, F., Bianchini, T. y Marsden, A. (2007). La tratta di persone a scopo di grave sfruttamento lavorativo. En F. Carchedi e I. Orfano (dirs.), *La tratta di persone in Italia, evoluzione del fenomeno ed ambiti di sfruttamento* (pp. 126-215). Franco Angeli.
- Chiaromonte, W. (2018). “Cercavamo braccia, sono arrivati uomini”. Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela. *GLRI*, pp. 321-356.
- Coin, F. (2017). *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*. Ombre Corte.
- De Rubeis (2017). Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. *DPC*, N.º 4.



- De Sanctis, G. (2018). Caporalato e sfruttamento di lavoro: Politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina – I parte. En *Responsabilità civile e previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 83(5), 1759-1782.
- Di Donna, M. (2017). Il nuovo “caporalato” ex art. 603 bis c.p. tra rafforzamento della protezione penale ed esigenze di garanzia del datore di lavoro. *Il diritto dei lavori*, anno XI, N.° 1, marzo.
- Di Martino, A. (2015). “Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata. *DPC*, II, 106 y ss.
- Fiandaca, G. (2007). Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo. *Riv. Ita. Dir. Proc. Pen.*, 2-3, 546-562.
- Fiore, S. (2014). (Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. En *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, 888 y ss.
- Garofalo, D. (2018). Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura). *RDSS*, II, pp. 229-263.
- Genovese, D. (2018). Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia. *LP* 3.
- Gianfrotta, F. (2017). Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016. *QG*, 1 de marzo.
- Giuliani, A. (2015). *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*. Padova University Press.
- Hassemer, W. (2007). Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana. *Ars interpretandi*, N.° 12, pp. 57-70.

- Leongrande, A. (2016). *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*. Feltrinelli.
- Mancini, D. (2017). Il contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalle origini al nuovo art. 603 bis c.p. *Altalex*.
- Medici per i diritti umani – MEDU (2019). *La cattiva stagione*.
- Menditto, F. (2020). La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011). *QG*, 20 de junio.
- Merlo, A. (2016). Considerazioni sul principio di proporzionalità in materia penale. *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1427 y ss.
- Merlo, A. (2019). Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione. *DPC*, 6, 171-188.
- Merlo, A. (2020). Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”. *SP*.
- Miscione, M. (2017). Caporalato e sfruttamento del lavoro. *LG*, II, pp. 113-118.
- Morgante, G. (2018). Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche. *GI*, fasc. VII, pp. 1704-1709.
- Mortati, C (1975). Art. 1.- Principi Fondamentali artt. 1-12. En G. Branca (dir), *Commentario alla Costituzione* (pp. 1 y ss). Zanichelli.
- Nadotti, C. (2019, 28 de marzo). La denuncia della ong: “Per la fatica morti oltre 1500 migranti in sei anni nei campi italiani”. *Repubblica.it*.
- Nazzaro, U. (2017). Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione. *CP*, VII-VIII, pp. 2617-2630.

- O'Connor, S. (2016, 8 de septiembre). When your boss is an algorithm. *Financial Times*.
- Osservatorio Placido Rizzotto – FLAI-CGIL. (2016). *Agromafie e caporalato. Quarto Rapporto*.
- Padovani, T. (2016, 21 de noviembre). Necessario un nuovo intervento per superare i difetti. *Quot. Dir.*
- Quattrocchi, A. (2020). Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al “caporalato” nel caso Uber. *GPWeb*, 6.
- Rotolo, G. (2018). Dignità del lavoratore e controllo del “caporalato”. *DPC*, fasc. VI, pp. 811-82.
- Savaglio, E. (2017). Agromafie e caporalato: un approccio económico. En F. Di Marzio, *Agricoltura senza caporalato* (pp. 101 y ss.). Donzelli Editore.
- Scarcella, A. (2017). Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del “caporalato”: ultimo atto? *DPC*, fasc. VII, pp. 855-862.
- Sentencia N.º 1663/2020 de la Corte de Casación.
- Tomasinelli, E. (2019). Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: una recente pronuncia del Tribunale di Milano in tema di “caporalato grigio”. *GPWeb*, 12.
- Tordini Cagli, S. (2017). Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla “intermediazione illecita” all’ “intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”. *Indice Penale*, N.º 3, pp. 727-764.
- UNODC. (2006). *Office on drug and crime, trafficking in persons: global patterns*.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

**TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA**

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)

PÁGINA WEB: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)

TELÉFOS.: 424-8104 / 424-3411

DICIEMBRE 2022 LIMA - PERÚ



