



**TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN
LABORAL Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS: CON ESPECIAL
ATENCIÓN AL FENÓMENO EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO
DOMÉSTICO**

***Tesis doctoral dirigida por
el Prof. Dr. D. José Luis De la Cuesta Arzamendi y la Prof.^a Dr.
Dña. Ana Isabel Pérez Machío***

Doctoranda: Dña. Leire Berasaluze Gerrikagoitia

Donostia, julio de 2020

**TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN
LABORAL Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS: CON ESPECIAL
ATENCIÓN AL FENÓMENO EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO
DOMÉSTICO**

*Tesis doctoral dirigida por
el Prof. Dr. D. José Luis De la Cuesta Arzamendi y la Prof.^a Dr.
Dña. Ana Isabel Pérez Machío*

Doctoranda: Dña. Leire Berasaluze Gerrikagoitia

Donostia, julio de 2020

A mi hermana, mis padres y a la música.

Eskerrik asko

Resumen:

El presente trabajo ahonda la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, centrandó especial atención en su manifestación de explotación en el servicio doméstico. Por medio de un análisis exhaustivo de la protección a las víctimas, así como de lo dispuesto por el art. 177 bis CP realizamos una propuesta *de lege ferenda* y proponemos un cuerpo de ley integral para la protección de estas víctimas.

Abstract:

The present work deepens trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation, focusing special attention on its manifestation of exploitation in domestic service. Through an exhaustive analysis of the protection of victims, as well as the provisions of art. 177 bis CP we made a proposal of *lege ferenda* and propose a comprehensive body of law for the protection of these victims.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	22
I. OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	22
II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y ORDEN DE EXPOSICIÓN	27
CAPÍTULO I.....	29
MARCO CONCEPTUAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA.....	29
I. INTRODUCCIÓN	30
II. NACIONES UNIDAS.....	32
1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES	32
2. PROTOCOLO 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, PALERMO, DICIEMBRE DE 2000.....	35
2.1. Introducción.....	35
2.2. Definición de la trata de seres humanos.....	37
2.2.1. La acción.....	40
2.2.2. Medios comisivos	44
2.2.2. La explotación.....	50
2.2.3.1. Introducción.....	50
2.2.3.2. Especial referencia a la explotación laboral en la trata de seres humanos.....	53
A. La esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud	54
a) Esclavitud	54
b) Prácticas análogas a la esclavitud	57
a) Servidumbre	61
a”) Servidumbre de la gleba.....	62
b”) Servidumbre por deudas.....	63

c”) Otras prácticas análogas a la esclavitud presentes en la Convención suplementaria de 1956: matrimonios forzados y explotación infantil	67
B. Trabajos o servicios forzados	69
2.2.3.2. Recapitulación	80
III. CONSEJO DE EUROPA.....	82
1. INTRODUCCIÓN.....	82
2. LA TRATA DE SERES HUMANOS Y EL CONSEJO DE EUROPA. CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS, FIRMADO EN VARSOVIA EL 5 DE MAYO DE 2005: PROCESO DE ELABORACIÓN Y SUS ANTECEDENTES.....	83
2.1. Delimitación y conceptualización de la definición sobre la trata de seres humanos recogida en el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa.....	88
2.1.1 La Acción	92
2.1.2. Medios comisivos	93
2.2.1. Especial consideración de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el art. 4 del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de dichos conceptos en cuanto finalidades de la trata de seres humanos	96
2.2.1.1. El trabajo forzoso u obligatorio según lo dispuesto por el art. 4 del CEDH y el TEDH.....	98
2.2.1.2. La servidumbre y la esclavitud según lo dispuesto por el art. 4 del CEDH y el TEDH	99
2.2. Conclusiones: la trata de seres humanos con fines de explotación laboral desde la perspectiva del Consejo de Europa	113
IV. INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA	117
1. INTRODUCCIÓN.....	117
2. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE LA TRATA DE SERES HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	117

3. DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 5 DE ABRIL DE 2011, RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI DEL CONSEJO: DEFINICIÓN DE LA TRATA DE SERES HUMANOS.....	123
4. ARTÍCULO 5 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 7 DE DICIEMBRE DE 2000, NIZA	126
5. CONCLUSIONES.....	127
CAPÍTULO II.....	133
LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DOMÉSTICO.....	133
I. INTRODUCCIÓN: LA INCLUSIÓN DEL NUEVO TÍTULO VII BIS EN EL CÓDIGO PENAL.....	134
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS.....	142
1. INTRODUCCIÓN.....	142
2. LA DELIMITACIÓN DE UN CONCEPTO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL	144
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO “DIGNIDAD”	148
3.1. Aproximación al concepto de dignidad: art. 10 de la Constitución Española	148
3.2. La difícil configuración de la dignidad humana como bien jurídico-penal.....	151
3.3. La dignidad como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos	155
4. BIEN JURÍDICO-PENAL INTEGRIDAD MORAL.....	160
4.1. Aproximación a la delimitación conceptual de la integridad moral	160
4.2. La integridad moral como bien jurídico protegido en la trata de seres humanos	165

5.	LA LIBERTAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS	168
5.1.	Delimitación del bien jurídico “libertad”	169
5.2.	La libertad como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos	171
6.	LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO DELITO PLURIOFENSIVO.....	174
6.1.	La libertad unida a la integridad moral o la dignidad junto a la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la explotación posterior como bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de seres humanos	175
6.2.	La libertad junto a la integridad moral o la dignidad como bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de seres humanos	177
6.3.	El interés administrativo de control de los flujos migratorios como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos junto con la integridad moral y la libertad	179
7.	TOMA DE POSTURA	180
III.	ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO DEL ART. 177.1 BIS	187
1.	TIPO OBJETIVO.....	188
1.1.	Conducta típica.....	189
1.1.1.	La acción típica	189
1.1.1.1.	Captar	190
1.1.1.2.	Transporte y traslado.....	195
A.	Transporte.....	195
B.	Traslado	198
C.	Recapitulación	203
1.1.1.3.	Acoger y recibir	204
1.1.1.4.	Intercambio o transferencia de control	208
1.1.1.5.	Síntesis de la terminología típica relativa a las “acciones” del delito de trata de seres humanos	211
1.1.2.	Medios comisivos	213
1.1.2.1.	Trata forzada: empleo de violencia e intimidación	215
1.1.2.2.	Trata fraudulenta: engaño	222

1.1.2.3. Trata abusiva: abuso de la situación de superioridad, o de necesidad o de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima	228
A. Abuso de una situación de superioridad	229
B. Abuso de una situación de vulnerabilidad.....	232
C. Abuso de una situación de necesidad	235
D. Recapitulación	238
E. La oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra	240
1.1.1.4. CONCLUSIONES.....	241
2. TIPO SUBJETIVO: LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA TRATA DE SERES HUMANOS.....	243
2.1. Introducción.....	243
2.2. Modalidades de explotación contempladas en el art. 177 bis	245
2.2.1. La explotación sexual.....	245
2.2.2. La realización de actividades delictivas como modalidad de explotación de la trata de seres humanos	246
2.2.3. La extracción de órganos como modalidad de explotación de la trata de seres humanos.....	247
2.2.4. La celebración de matrimonios forzados.....	248
2.3. Especial atención a la finalidad de explotación laboral de la trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español: delimitación de los conceptos jurídicos “trabajos o servicios forzados”, “esclavitud o prácticas similares a la esclavitud”, “prácticas similares a la servidumbre” y “prácticas similares a la mendicidad”.....	249
2.3.1. Introducción	249
2.3.2. Definición de las formas de “explotación laboral” vinculadas al delito de trata	251
2.3.2.1. La imposición de trabajo o servicios forzados.....	251

2.3.2.2. Tipos penales vinculados a la explotación laboral en cuanto finalidad característica, entre otras, del delito de trata de seres humanos: arts. 311.1 y 312.2 CP.....	255
A. La imposición de condiciones laborales abusivas: artículo 311.1 CP.....	256
B. La recluta ilegal de trabajadores del artículo 312.2 del Código Penal.....	262
C. La asimilación del trabajo o servicio forzado a los casos más graves de los preceptos 311.1 y 312.2 CP.....	266
2.3.2.3. La esclavitud en el ordenamiento jurídico español como forma de explotación laboral de la trata de seres humanos.....	267
2.3.2.4. Las prácticas similares a la esclavitud.....	269
A. La servidumbre como práctica análoga a la esclavitud .	269
B. Matrimonios forzados.....	273
C. Explotación de niños y adolescentes.....	274
D. La imposición de trabajo o servicios forzados como práctica análoga a la esclavitud	275
2.3.2.5. Prácticas similares a la servidumbre.....	275
2.3.2.6. La mendicidad como práctica análoga a la esclavitud.....	278
3. CONCLUSIONES: LA TRATA DE SERES HUMANOS Y LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN DE NATURALEZA LABORAL O ASIMILADA. NECESARIA REFORMA DEL ART. 177 BIS 1, A).....	282
3.1. Introducción.....	282
3.2. Prohibición de iure de la esclavitud versus ejercicio de facto sobre seres humanos de facultades y poderes equiparables a los atributos del derecho de propiedad, y delito de trata de seres humanos	284
3.3. La trata de seres humanos como mutación de la trata de esclavos, y el trabajo forzoso como evolución de la esclavitud y la servidumbre	287
IV. LA RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS Y LA EXPLOTACIÓN LABORAL POSTERIOR	292
1. INTRODUCCIÓN.....	292

2.	LA TRATA DE SERES HUMANOS Y LA INMIGRACIÓN ILEGAL.....	293
3.	LOS DELITOS COMETIDOS COMO PLASMACIÓN DE LAS FINALIDADES DE LA TRATA DE SERES HUMANOS: LA EXPLOTACIÓN LABORAL Y LA MENDICIDAD FORZADA.....	297
3.1.	La trata de seres humanos y la explotación laboral: concurso medial con los art. 311 CP y 312.2 CP.....	299
3.2.	Especial consideración de la concurrencia de explotación laboral y otros delitos por la lesión de bienes jurídicos una vez agotado el delito de trata de seres humanos.....	306
V.	PROPUESTA DE LEGE FERENDA DEL ARTÍCULO 177 BIS CP.....	311
	CAPÍTULO III	317
	APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO. LAGUNAS PROPICIADORAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL.....	317
I.	INTRODUCCIÓN	318
II.	MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.....	319
1.	INTRODUCCIÓN.....	319
2.	CONVENIO 189 OIT SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS O DEL HOGAR.....	320
2.1.	Definición del trabajo doméstico y el empleado según el Convenio 189.....	324
2.2.	La exclusión de ciertos trabajadores del Convenio 189.....	325
2.3.	El reconocimiento y protección de los derechos de las personas trabajadoras del hogar del Convenio 189.....	327
2.4.	Régimen de control	336
2.5.	Síntesis	339
III.	LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	342
1.	EL INGRESO AL TRABAJO DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR Y EL CONTRATO.....	347
2.	CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	350

3.	RETRIBUCIÓN SALARIAL Y TIEMPOS DE TRABAJO.....	351
4.	RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE EMPLEADOS DEL HOGAR Y LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO	354
5.	EL CONTROL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LA TUTELA JUDICIAL.....	356
IV.	CONCLUSIONES	359
	CAPÍTULO IV	364
	APROXIMACIÓN A LA FENOMENOLOGÍA CRIMINAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN EN EL SERVICIO DOMÉSTICO: LAS VÍCTIMAS Y SU PERFIL.....	364
I.	INTRODUCCIÓN	365
II.	LAS VÍCTIMAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DOMÉSTICO.....	367
1.	INTRODUCCIÓN.....	367
2.	EL MODUS OPERANDI UTILIZADO POR LOS TRATANTES EN ESTA MODALIDAD DE TRATA DE SERES HUMANOS	370
3.	LA VULNERABILIDAD DE LAS VÍCTIMAS: SU ACENTUACIÓN EN EL SECTOR DEL SERVICIO DOMÉSTICO	373
4.	PERFIL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL SERVICIO DOMÉSTICO.....	374
III.	EL SECTOR LABORAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO Y SUS PRINCIPALES FACTORES FACILITADORES DE EXPLOTACIÓN	378
1.	INTRODUCCIÓN.....	378
2.	EL LUGAR DE TRABAJO COMO FACTOR FACILITADOR DE LA EXPLOTACIÓN EN ESTE SECTOR LABORAL.....	379
3.	LA DIFERENCIA DE PODER COMO FACTOR FACILITADOR DE LA EXPLOTACIÓN EN ESTE SECTOR LABORAL.....	381
4.	LA “IMPRODUCTIVIDAD” ECONÓMICA COMO FACTOR FACILITADOR DE LA EXPLOTACIÓN	383
5.	LA INMIGRACIÓN IRREGULAR COMO FACTOR FACILITADOR DE LA EXPLOTACIÓN EN ESTE SECTOR LABORAL.....	384

6. EL ÁMBITO SOCIAL, EL ÁMBITO ECONÓMICO Y LA SITUACIÓN DE SUBORDINACIÓN DE LA VÍCTIMA: FACTORES QUE PERMITEN PERPETUAR LA EXPLOTACIÓN EN ESTE SECTOR LABORAL.....	385
IV. FACTORES DE EMPUJE Y DE LLAMADA: PUSH AND PULL FACTORS.....	389
1. Factores de empuje-push factors	389
2. Factores de llamada-pull factors	396
V. CONCLUSIONES	401
CAPÍTULO V.....	405
PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS. ESPECIAL ATENCIÓN A LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN LABORAL.	405
I. INTRODUCCIÓN	406
II. NACIONES UNIDAS	407
1. INTRODUCCIÓN.....	407
2. LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE TRATA EN EL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE DE MUJERES Y NIÑOS DE NACIONES UNIDAS: PROTOCOLO DE PALERMO	408
2.1. Introducción.....	408
2.2. Protección a las víctimas.....	409
III. EL CONSEJO DE EUROPA: LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE TRATA EN EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS.....	414
1. INTRODUCCIÓN.....	414
2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE SERES HUMANOS.....	417
2.1. Identificación de las víctimas	417
2.2. Protección de la vida privada y asistencia a las víctimas.....	418
2.3. Período de recuperación y reflexión	421
2.4. Permiso de residencia	421
2.5. La protección a la víctima en el proceso penal	423

IV. SÍNTESIS: COMPARACIÓN DE LA PROTECCIÓN QUE EMANAN LOS INSTRUMENTOS DE NACIONES UNIDAS Y EL CONSEJO DE EUROPA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS	425
V. LA UNIÓN EUROPEA	427
1. DIRECTIVA 2011/36/UE: PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS	428
1.1. Contenido de la Directiva 2011/36/UE.....	428
1.2. La asistencia y la protección a las víctimas de trata en la Directiva 2011/36/UE	431
1.2.1. Medidas de asistencia y protección a las víctimas de trata de seres humanos.....	432
1.2.2. Especial mención al permiso de residencia para las víctimas extranjeras de trata de seres humanos.....	435
1.2.3. Medidas de protección de las víctimas de trata de seres humanos en el marco del correspondiente procedimiento penal.	438
2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN.....	441
VI. REFLEXIÓN SOBRE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS	444
VII. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL	448
1. NORMATIVA DE PROTECCIÓN GENERAL A LA QUE PUEDE ACOGERSE CUALQUIER VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS	448
1.1. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y asistencia a las víctimas de delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y las víctimas de trata de seres humanos	449
1.1.1. Personas beneficiarias	450
1.1.2. Concepto de lesiones y daños: criterios para la determinación de las ayudas	452
1.1.3. Asistencia a las víctimas: deberes de información	454
1.1.4. Conclusiones sobre la protección que brinda la Ley 35/95 a las víctimas de trata de seres humanos.....	456

1.2.	El Estatuto de la víctima del delito como instrumento de protección de las víctimas de trata de seres humanos	457
1.2.1.	Derechos básicos	459
1.2.2.	Participación de las víctimas en el proceso penal: derechos reconocidos.....	461
1.2.3.	Medidas de protección para las víctimas	465
1.3.	Síntesis de medidas de protección generales a las que pueden acogerse las víctimas de trata de seres humanos	467
2.	INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS	468
2.1.	Protocolo Marco de protección de víctimas de trata de seres humanos: Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, del 28 de diciembre de 2011	469
2.1.1.	Detección e identificación de la víctima	470
2.1.2.	Medidas de protección y asistencia	471
2.1.3.	Especial referencia las víctimas en situación administrativa irregular	473
2.2.	Víctimas especialmente vulnerables: la esquizofrenia de proteger a las víctimas de trata en situación de irregularidad administrativa a través del recurso a la normativa de extranjería ..	476
2.2.1.	Periodo de restablecimiento y reflexión	477
2.2.2.	Exención de responsabilidad administrativa de las víctimas en situación administrativa irregular	481
2.2.3.	Autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o retorno asistido	484
2.3.	Conclusiones: la desprotección de las víctimas de trata de seres humanos por parte del Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos y el art. 59 bis de la LO 4/2000	491
2.4.	Medidas de carácter político-institucional: la protección limitada a una modalidad de explotación. La discriminación de las	

víctimas de trata con fines de explotación laboral y otras modalidades	495
VIII. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DOMÉSTICO 506	
IX. CONCLUSIONES	511
X. PROPUESTA DE UN CUERPO DE LEY ORIENTADA HACIA UNA POLÍTICA VICTIMAL INTEGRAL DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS	518
CONCLUSIONES FINALES.....	525
BIBLIOGRAFÍA.....	551

INTRODUCCIÓN

I. Objeto y justificación de la investigación

A pesar de la cuantitativamente importante bibliográfica sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, lo cierto es que todavía, a día de hoy, la explotación laboral es una de las finalidades más desconocidas de la trata de seres humanos¹. Si bien se han planteado algunos casos jurisprudenciales en torno a esta cuestión en el ordenamiento jurídico español, las sentencias condenatorias no son abundantes, siendo los hechos la mayoría de las veces calificados por el cauce de los art. 311.1 CP y 312.2 CP.

Ello se debe, en parte, a la tardía diferenciación de los delitos de trata de seres humanos y tráfico ilegal de personas, que no llegó hasta el año 2010 al ordenamiento jurídico español, a la conexión entre el delito de trata de seres humanos y la delincuencia organizada², lo cual dificulta las investigaciones del fenómeno, y a la desprotección de las víctimas, por no recibir ayudas adecuadas a pesar de la vulnerabilidad sufrida.

La confluencia de ciertos factores influye en la expansión de la trata de seres humanos, como, por ejemplo, el incremento de la población mundial, la migración internacional, el cambio económico

¹ STOYANOVA, V., *Human trafficking and slavery reconsidered*, Cambridge University press, Cambridge, 2017, p. 5; SHAMIR, H., “A labour paradigm for human trafficking”, *UCLA Law Review*, 2012, p. 79; WYLIE, G., *The International Politics of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Dublin, 2016, p. 131; KASK, M. & MARKINA, A., “Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Estonia”, en A. JOKINEN/K. AROMAA (Eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia*, HEUNI Publications, Helsinki, 2011, p. 246.

² GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Aranzadi, Zizur Menor, 2007, p. 30; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 24.

y social, o el empobrecimiento de un elevado número de la población mundial, enmarcado todo ello en el contexto de la globalización.

Para las mujeres que proceden de entornos pobres, el sueño de la inmigración se traduce muchas veces en dar respuestas a las necesidades patriarcales de limpieza, cuidado y sexo³ y esta búsqueda de oportunidades puede mutar al fenómeno de la trata de seres humanos.

Así, la trata de seres humanos que tiene como finalidad la explotación laboral en el servicio doméstico se explica sobre la base de la migración, por causas o circunstancias que favorecen el mantenimiento de estos fenómenos, llamados *push-pull factors*⁴. Los denominados *push factors* serían aquellos que empujan a la gente a abandonar sus hogares, identificados con el carácter económico, puesto que el hecho de que exista una gran desigualdad en la distribución de la riqueza provoca que un gran número de la población no pueda acceder a los recursos necesarios para el desarrollo de la vida, convirtiendo así dicha debilidad económica en factor promotor para adoptar la decisión de migrar⁵.

No obstante, la decisión de migrar no se explica meramente por el factor económico, dado que el carácter social, político o

³ EHRENREICH, B. & HOCHSCHILD, R., *Global Woman: Nannies, maids and sex workers in the new economy*, Henry Holt and Company, New York, 2003, p. 328 y ss.

⁴ MICOLTA LEÓN, A., "Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales", *Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia*, 2005, p. 68; MASIKA, R., *Gender, Trafficking and Slavery*, Oxfam, Philadelphia, 2002, p. 28; IBÁÑEZ PENIADO, J., *Psicología e investigación criminal: la delincuencia especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p.36.

⁵ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G., & REQUENA ESPADA, L., "La dimensión laboral de la trata de personas en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 04:10.

cultural e incluso el ambiental inciden en los procesos migratorios⁶; esto es, las inestabilidades políticas, los conflictos bélicos o las catástrofes naturales también son susceptibles de generar la decisión de abandonar el país para buscar nuevas alternativas en otros lugares.

Estos factores confluyen con otros (*pull factors*) que crean expectativas en la persona migrante⁷, como son los estándares de vida de los países de destino, como mayores salarios, oportunidades de adquisición, mejor educación y trabajo, las prestaciones sociales y sanitarias⁸. Además, en estos países receptores existe una demanda de trabajadores inmigrantes en el ámbito de los trabajos no cualificados y precarios, los cuales no son desarrollados por los propios nacionales⁹: trabajos habitualmente carentes de regulación legal o controles laborales insuficientes, como el servicio doméstico¹⁰.

⁶ IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 208.

⁷ ARONOWITZ, A., *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, Praeger, Connecticut, 2009, p. 11; BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, 2000, pp. 13 y ss.; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. & REQUENA ESPADA L., “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 04:05 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 2-24; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008, p. 52; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 85 y ss.

⁸ CHUANG, J., “Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 144; JAC-KUCHARSKI, A., *The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study*, Blackwell Publishing, Oxford, 2012, p. 154; SEO-YOUNG, C., “Modeling for Determinants of Human Trafficking”, *Economics of Security Working Paper*, 2012, p. 11.

⁹ OSCE, *Declaración sobre la Trata de Personas*, Oporto, 2002, p. 16.

¹⁰ OSCE, Decisión núm. 557 por el que se aprueba el Plan de Acción de la OSCE contra la trata de personas, 2003, y la Decisión núm. 1107 por la que se aprueba una adición al plan de acción de la OSCE contra la trata de personas: Un decenio después, 2013.

Las políticas migratorias adoptadas por los Estados receptores, de carácter restrictivo, establecen limitaciones de entrada y permanencia, así como medidas que garantizan la expulsión de los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular; por un lado, se limita la entrada de ciudadanos extranjeros para evitar posibles perjuicios en el sistema social y económico del Estado y, por otro, se posibilita la entrada de un número limitado de ciudadanos extranjeros con el objetivo de que estos cubran las necesidades de mano de obra, para garantizar el mantenimiento del propio sistema¹¹.

Ahora bien, a pesar de las políticas migratorias restrictivas, la migración no disminuye, por lo que se buscan alternativas al sistema legal restrictivo como un nuevo mercado criminal¹² como la trata de seres humanos¹³.

Por lo que respecta a este mercado criminal, en 2005 la Organización Internacional del Trabajo valoraba en 2.450.000 el número de personas bajo explotación laboral a consecuencia de la trata, viéndose dicha cifra elevada en su informe de 2017 a 40,3 millones de personas en la misma modalidad¹⁴. El informe de 2018 de UNODC considera que los casos de trata con fines de explotación laboral representan el 34% de los casos detectados a nivel mundial. Aun así, las cifras sobre la trata no son constantes y las estimaciones facilitadas por organizaciones internacionales no son suficientes para conocer la verdadera magnitud del fenómeno.

¹¹ EUROPOL, *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*, 2016, p. 24.

¹² SASSEN, S., "Women's Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival", *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 257.

¹³ GASCÓN ABELLÁN, M., "Nosotros y los otros: el desafío de la emigración", *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, 2001, p. 60.

¹⁴ Datos de la página web de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--en/index.htm>

La opacidad es todavía mayor en lo que respecta a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico. Esto puede deberse a la escasez de los casos detectados y porque tanto las medidas de lucha contra la trata de seres humanos, como las medidas de protección de las víctimas de trata de seres humanos han sido diseñadas en torno a la explotación sexual.

La modalidad de trata para explotación laboral se encuentra englobada dentro de lo dispuesto por el art. 177 bis 1, a) “*imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad*”. No obstante, se trata de figuras delictivas de difícil aprehensión y, sobre todo, que requieren una ardua tarea de delimitación de los supuestos de hecho comprendidos en las mismas.

Por ello, el objetivo general del presente trabajo se circunscribe a la concreción del fenómeno de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico con la finalidad de aportar soluciones eficaces para el control del fenómeno, así como para la protección de las víctimas.

II. Estructura del trabajo y orden de exposición

Este trabajo se estructura en cinco capítulos.

En el capítulo I se aborda la normativa internacional y europea adoptada en el marco de la lucha contra la trata de seres humanos, así como la aprehensión de la finalidad de explotación laboral mediante un análisis de la doctrina internacional y de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos humanos, entre otros órganos europeos e internacionales.

El capítulo II procede al análisis doctrinal y jurisprudencial de la regulación penal española sobre la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, a partir del estudio del bien jurídico protegido en el delito, y con base en el análisis jurídico-penal del tipo básico recogido en el art. 177 bis 1 del Código penal y las figuras delictivas correspondientes a la explotación laboral del fenómeno, así como la concurrencia delictiva en dichos casos.

El capítulo III pretende realizar una aproximación a la regulación laboral especial del servicio en el hogar familiar con el fin de vislumbrar supuestos opacos que propician la producción de la trata en dicho sector laboral.

El capítulo IV se centra en el fenómeno de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico con el objetivo de estudiar su etiología, así como las características de sus víctimas, tanto a nivel internacional como a nivel interno.

Por último, el capítulo V aborda la protección de las víctimas de trata de seres humanos desde la normativa internacional y europea, así como los instrumentos del ordenamiento jurídico español que, en principio, deberían estar orientados a la protección de estas víctimas.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA

I. Introducción

La trata de seres humanos comporta una flagrante violación de derechos humanos¹⁵, por lo que las organizaciones supranacionales han convertido en una de sus prioridades la lucha contra la misma.

Así, antes de adentrarnos en el análisis del art. 177 bis del Código Penal español, se debe centrar la atención tanto en los Convenios ratificados por España, como en las disposiciones legislativas adoptadas en la Unión Europea para delimitar el concepto de la trata con fines de explotación laboral.

A pesar de que existe un importante número de Tratados, declaraciones y recomendaciones sobre la trata de seres humanos debe destacarse, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada¹⁶, siendo el instrumento internacional referente en materia de trata de seres humanos¹⁷ para las disposiciones ulteriores a la misma, tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea.

La pluralidad de instrumentos internacionales muestra los diferentes enfoques adoptados para la aproximación a este

¹⁵ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Considerando núm. 1.

¹⁶ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada por la resolución de la Asamblea general de 15 de noviembre de 2000 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 233, de 23 de septiembre de 2003). En adelante, Protocolo de Palermo.

¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Trata de seres humanos y delincuencia organizada", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, p. 5; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea", en M. RICHARD GONZÁLEZ/I. RIAÑO BRUN/M. POELEMANS (Coords.), *Estudio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 37.

fenómeno, desde un enfoque global o específico. Ahora bien, resulta de interés mencionar que la lucha contra la trata de seres humanos ha estado históricamente unida a su finalidad de explotación sexual¹⁸, constituyendo la trata con fines de explotación laboral, la modalidad de explotación que nos concierne en este trabajo, uno de los aspectos más postergados de la misma¹⁹.

¹⁸ STOYANOVA, V., *Human trafficking and slavery reconsidered*, Cambridge University press, Cambridge, 2017, p. 5.

¹⁹ SHAMIR, H., "A labour paradigm for human trafficking", *UCLA Law Review*, 2012, p. 79.

II. NACIONES UNIDAS

1. Contexto y antecedentes

Los primeros instrumentos internacionales sobre la trata de seres humanos surgen a lo largo del siglo XX, con el objetivo de luchar contra la trata de blancas y se enmarcan en la lucha, primordialmente, abolicionista de la prostitución²⁰: el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas de 18 de mayo de 1904, donde no se adoptan medidas penales contra la trata, el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, de 4 de mayo de 1910, seguido por el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 30 de septiembre de 1921, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 11 de octubre de 1933, que fue el último instrumento normativo sobre la trata adoptado por la Sociedad de Naciones.

Una vez que se constituyen las Naciones Unidas, se aprobó el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 2 de diciembre de 1949²¹. Este documento, fue propuesto en el seno de la Sociedad de Naciones, pero su tramitación no pudo concluirse por la II Guerra

²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 158; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ/I. RIAÑO BRUN/M. POELEMANS (Coord.), *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Ed. Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 37; SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 50; EDWARDS, A., “Traffic in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor”, *Denver Journal of International Law & Policy*, 2007, p. 18.

²¹ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 y entró en vigor el 25 de julio de 1951, de conformidad con lo establecido en el art. 24 del mismo.

Mundial. Este instrumento contenía la consolidación y extensión de las previsiones incriminatorias previstas en las cuatro convenciones internacionales nombradas anteriormente²². En el mismo, no se recogen medidas para la persecución penal de los sujetos activos de dicho fenómeno delictivo, pero se diseña una serie de medidas de prevención para dificultar los movimientos de personas entre países con fines de explotación sexual²³. A pesar de mantener un enfoque abolicionista de la prostitución, dado que únicamente se centraba en dicha modalidad de explotación de la trata de seres humanos, no limitaba su alcance a las mujeres y los niños, incluyendo también a los hombres.

Este instrumento es el antecedente más cercano en materia de trata de seres humanos al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, de Naciones Unidas, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En el año 1994 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Declaración de la Conferencia Ministerial de Nápoles, en la que se reconoce la necesidad de adoptar una convención internacional para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Mediante la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 54/111 de 9 de diciembre de 1998 se designa un comité intergubernamental *ad hoc* para la realización de una propuesta de convención²⁴. Se ordena a dicho comité valorar la adopción de tratados específicos sobre la trata de mujeres y niños y

²² DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico de Personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 93-94.

²³ Art. 16 y 17 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949.

²⁴ Asamblea General ONU Res 53/111, 20 de enero 1999, UN Doc. A/RES/53/111 (10).

el traslado ilícito de personas²⁵. El Comité mantuvo 11 sesiones en Viena desde enero de 1999 a octubre de 2000, donde participaron 120 países y varias ONGs internacionales, en el proceso de consultas²⁶. La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante la Resolución A/RES/55/25.

Las declaraciones emitidas por agencias y relatores especiales de Naciones Unidas durante el proceso de Viena fueron fundamentales para lograr la desvinculación de la prostitución y la trata²⁷. En esta línea, el Protocolo de Palermo, no limita únicamente las finalidades de explotación a la prostitución ajena, sino que, además de incluir la finalidad de explotación sexual, por primera vez, se recogen distintas formas de explotación, entre ellas, la explotación laboral.

Tanto la Convención, como sus dos protocolos, se abrieron a la firma en la Conferencia de Palermo realizada en diciembre de 2000, entrando en vigor el 29 de septiembre de 2003.

²⁵ Asamblea General ONU Res 53/111, 20 de enero 1999, UN Doc A/RES/53/111 (10).

²⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Travaux preparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2008, p. v.

²⁷ Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights (A/ACC.254/16), Fourth session, 28 June-9 July 1999.

2. Protocolo 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, Palermo, diciembre de 2000

2.1. Introducción

Como resultado de la evolución de los convenios y convenciones mencionados anteriormente²⁸, en el seno de las Naciones Unidas, se adopta el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños²⁹, convirtiéndose, tal y como ha sido mencionado, en uno de los instrumentos referentes en la materia³⁰.

²⁸ Entre ellos: Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas (1904), Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (1921), Convención para la Abolición de la Esclavitud (1926), Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949), Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Comercio de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956), Convenio OIT 105: Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención contra la Tortura y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (1990), Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (1998), C182: Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999), etc.

²⁹ En adelante “Protocolo de Palermo”.

³⁰ La Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hace referencia expresa al Protocolo de la ONU en su Considerando núm. 4; también el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre trata de seres humanos menciona el Protocolo de Naciones Unidas; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 158; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ/ I. RIAÑO BRUN/M. POELEMANS (Coord.), *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 37; SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 50; EDWARDS, A., “Traffic in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor”, *Denver Journal of International Law & Policy*, 2007, p. 18.

Tal y como recoge el Prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *“la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a la que se enfrentan las Naciones Unidas en la actualidad”*³¹. Es por ello determinante la aplicación de unas medidas relativas a los derechos humanos de las personas víctimas de trata de personas en los ejes de acción, prevención, atención, protección, sanción y cooperación³².

El Protocolo de Palermo es el primer instrumento internacional legalmente vinculante para los Estados parte que contiene una definición sobre la trata de seres humanos³³. Es decir, es el primer instrumento internacional que establece una definición de trata de seres humanos y que obliga a los Estados parte a adoptar medidas legislativas sobre la misma. Persigue tres objetivos: en primer lugar, prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños, de grupos criminales y transnacionales organizados, en segundo lugar, proteger y ayudar a las víctimas de trata, y, por último, promover la cooperación entre los Estados parte para lograr estos fines³⁴.

³¹ ONU, *Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, 2000, p. 6.

³² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos*, 2012, p. 38.

³³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles. Anexo normativo*, Madrid, 2012, p. 6; GALLAGHER, A. T., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 163.

³⁴ Arts. 9 y ss. del Protocolo de Palermo.

2.2. Definición de la trata de seres humanos

La delimitación del fenómeno de la trata de seres humanos a nivel global ha acontecido, por tanto, fundamentalmente sobre la base de lo dispuesto en el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños³⁵.

El art. 3 del Protocolo de Palermo consolida, desde el punto de vista internacional, la primera definición del fenómeno de la trata que no limita las finalidades de explotación a la explotación de la prostitución ajena³⁶:

“a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un

³⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010, p. 823.

³⁶ GALLAGHER, A. T., *The international law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 13.

niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años".

El Protocolo es el primer instrumento que prevé distintas formas de explotación. Ello se debe a que, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1994, se hizo referencia a la trata como *“el movimiento ilícito y clandestino de una persona por fronteras nacionales e internacionales... con el fin de forzar a una mujer o niña a situaciones de explotación sexual o económica, en beneficio de los tratantes... también como otras actividades como trabajos domésticos forzados, matrimonios falsos, empleo clandestino y adopciones forzadas”*³⁷.

Así, en dicha Asamblea de Naciones Unidas emerge por primera vez la necesidad de incluir distintas finalidades, como la explotación laboral, sin que la definición de esta se limite a la explotación sexual³⁸. Ahora bien, como se recoge en el título del Protocolo de Palermo, el mismo se centra, principalmente, en mujeres y niños³⁹.

En las negociaciones de elaboración del Protocolo de Palermo, se debatió el hecho de centrar la atención en “mujeres y niños”, o hacerlo más inclusivo para todas las víctimas. Siguiendo lo recogido

³⁷ UN General Assembly, “Traffic in Women and Girls”, UN Doc. A/RES/49/166, Dec. 23, 1994.

³⁸ EKBERG, G., “The Swedish Law that prohibits the purchase of sexual services best practices for prevention of prostitution and trafficking in human beings”, *Violence Against Women*, 2004, p. 1202; ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims; A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012, p. 19.

³⁹ ONU, *Informe del Grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas a la Esclavitud*, New York & Ginebra, 2002, p. 28.

en los *Travaux Préparatoires*, casi todos los países participantes expresaron su preferencia de no limitar el Protocolo sólo a mujeres y niños, a pesar de que sí merecían especial atención en el propio instrumento⁴⁰, dado que las víctimas principales son mujeres y niños⁴¹. Sin embargo, algunos grupos participantes insistieron en el enfoque de género, como “*The Coalition Against Trafficking in Women*”, “*Soroptimist International*”, “*Equality Now*”, “*The Global Alliance Against Traffic in Women*”, “*La Strada International*” y “*The International Human Rights Law Group*”⁴².

Conforme a la definición recogida en el Protocolo de Palermo, la conducta típica se conforma por tres elementos⁴³: en primer lugar, la “acción”, que consiste en la “captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas”; en segundo lugar, los “medios comisivos”, siendo necesario para la consumación que las acciones se ejecuten mediante “amenaza, rapto, fraude, el engaño, el abuso de poder, situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona” -cuando el sujeto pasivo sea mayor de edad-; y, por último, el objetivo perseguido, siendo esta la explotación.

⁴⁰ UNODC, *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, UNODC, New York, 2006, p. 322.

⁴¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ/ I. RIAÑO BRUN/M. POELEMANS (Coord.), *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Ed. Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 37.

⁴² WYLIE, G., *The International Politics of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2016, p. 53.

⁴³ ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims; A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012, p. 68; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010, p. 824.

Ahora bien, a pesar de constituirse como un instrumento de suma importancia, la definición está repleta de ambigüedades debido a la terminología utilizada⁴⁴, tal y como veremos a continuación.

2.2.1.La acción

El elemento de la “acción” abarca la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”. Las conductas que conforman acción de la trata de seres humanos pueden parecer acciones neutrales, aunque las mismas deben ser interpretadas bajo el contexto de la trata de seres humanos, siendo inexistentes las fuentes para delimitar y conceptualizar las mismas en el momento de aprobación del Protocolo⁴⁵.

Naciones Unidas ha elaborado distintos documentos con el fin de ayudar a los Estados Miembros a delimitar dichos conceptos habida cuenta de las carencias de conceptualización que presenta la definición del Protocolo de Palermo⁴⁶. Así, siguiendo lo dispuesto por la Ley modelo contra la trata de personas de Naciones Unidas de 2010⁴⁷, así como por el instrumento elaborado por el Consejo de Europa y Naciones Unidas sobre la trata con fines de explotación en extracción de órganos de 2009⁴⁸, la acción de la trata de seres humanos se identifica con un elenco de actividades que son

⁴⁴ STOYANOVA, V., “The crisis of a definition: Human trafficking in Bulgarian Law, *Amsterdam Law Forum*, 5(1), 2013, p. 66.

⁴⁵ GALLAGHER, A. T., *The International law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 24.

⁴⁶ GALLAGHER, A. T., “The International legal definition of “Trafficking in Persons”: scope and application”, en P. KOTISWARAN (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 24.

⁴⁷ UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010. En adelante “Ley Modelo”.

⁴⁸ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*, 2009

necesarias para el comienzo de la futura explotación, ejecutadas mediante unos medios comisivos determinados. Son conductas neutrales, pero se convertirán en acciones criminales si son realizadas con el fin de explotación⁴⁹.

Desde el punto de vista general, la conceptualización de las mismas se concreta en lo siguiente: “la captación” debe ser entendida en sentido amplio, como cualquier actividad o conducta que englobe el esfuerzo y el compromiso de querer explotar a una persona. No se limita al uso de ciertos medios comisivos, por lo que podrá realizarse mediante cualquiera de los mencionados anteriormente, así como a través de las nuevas tecnologías⁵⁰. La captación consiste por tanto en persuadir y estimular a la persona víctima de trata para que se incorpore a la actividad de la trata⁵¹, resultando más factible cuando las personas buscan vías para migrar y desean encontrar a alguien que las ayude⁵².

El “transporte” es un término general que no especifica ningún medio o tipo de transporte en particular⁵³. La acción se constituye como el hecho de transportar a una persona de un lugar a otro⁵⁴, aunque, según lo dispuesto por el art. 3 del Protocolo de Palermo, deberá tratarse de una conducta transnacional que implique la participación de un grupo delictivo organizado, pues dicho instrumento no contempla la posibilidad que se lleve a cabo a nivel nacional.

⁴⁹ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*, 2009, p. 78.

⁵⁰ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

⁵¹ STOYANOVA, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 34.

⁵² STOYANOVA, V. *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 34.

⁵³ ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 353.

⁵⁴ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

Por su parte el “traslado” se refiere a la transferencia de una persona que incluye cualquier tipo de entrega o transmisión de una persona a otra, siendo particularmente importante en ciertos entornos culturales donde el control sobre las personas (normalmente miembros de la familia) puede ser entregado a otra persona. A nuestro modo de ver, resulta necesario mencionar que en lo que respecta al término “trasladar”, puede existir un problema de traducción, dado que el Protocolo de Palermo en su versión original en inglés recoge el término “transfer”, que se traduce al español como “traslado” o “transferencia”⁵⁵. Ello evidencia que no se conceptualiza como un cambio de ubicación del sujeto pasivo, sinónimo de “transportar”, sino como un acto en el que se transfiere la propiedad o la posesión de la persona⁵⁶.

Por lo que respecta a “la acogida”, se entiende como la acción de alojar a personas de cualquier manera, ya sea durante su viaje a su destino final o en el propio lugar donde se lleve a cabo la explotación⁵⁷.

En cuanto a la “recepción” de personas, no solo se identifica con recibir a las víctimas en el lugar donde se produce la explotación, sino que dicha acción también abarca reunirse con estas en lugares acordados en su viaje para⁵⁸, por ejemplo, darles información sobre a dónde ir o qué hacer⁵⁹.

⁵⁵ <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/transfer>

⁵⁶ Por ejemplo, dicha transferencia de la persona como objeto es lo que se entiende en el artículo 2(a) de “Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, donde se utiliza el término “transfer” como venta de los niños.

⁵⁷ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

⁵⁸ ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 354.

⁵⁹ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

A pesar del intento de diferenciar las dos últimas acciones, a nuestro modo de ver, la “acogida” y “recepción” son comportamientos similares, dado que la acogida o recepción consiste en alojar o acoger a la víctima tanto durante el trayecto al lugar de explotación, como en la llegada al mismo, pudiendo producirse en ese trayecto reuniones con personas que les den información. Sin embargo, el Comité optó por la inclusión de las dos acciones en la definición, sin que conste ninguna explicación sobre ello en los *Travaux Préparatoires*. De ello podemos deducir que el fin de dicha inclusión terminológica fue no dejar impune ninguna de las conductas que puedan producirse en el proceso de la trata de seres humanos⁶⁰, dado que la amplitud de las conductas que conforman la acción permite la posibilidad de incriminar los hechos no solo a los tratantes que captan a las víctimas, sino también a los transportistas, propietarios de casas, supervisores del camino que van a transcurrir, y controladores de los lugares de explotación al que acudirán los sujetos pasivos, como burdeles, granjas, fábricas, centros médicos y hogares⁶¹, entre otros.

Lo mencionado, pone de relieve cómo la delimitación y conceptualización de las acciones que conforman la trata de seres humanos resulta vaga, y puede generar cierta inseguridad jurídica⁶², dado que los *Travaux Préparatoires* no recogen explicaciones exhaustivas sobre las mismas, quedando en manos de los Estados parte la interpretación de todos los términos que conforman la definición de la trata de seres humanos.

⁶⁰ STOYANOVA, V. *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 35.

⁶¹ GALLAGHER, A. T., *The International law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 30.

⁶² LUCEA SÁENZ, A., *Erradicar la trata de personas. Una cuestión de Derechos Humanos*, Sepin, Madrid, 2017, p. 43; VALVERDE CANO, A. B., “Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, *Estudios de Deusto*, 2019, p. 18.

Además, es dudosa la traducción al español del propio instrumento: el término “transfer” ha sido interpretado como “traslado”, por lo que resulta difícil su comprensión como acto de transferencia de la propiedad de la persona, colisionando con la acción de “transporte” y generando una reiteración innecesaria.

2.2.2. Medios comisivos

La captación, el transporte, el traslado, la acogida y recepción tendrán que ejecutarse mediante “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”, con una finalidad de explotación. Una persona que no haya sido sometida a estos medios comisivos, no se considerará víctima de trata de seres humanos. Ahora bien, cuando la víctima sea menor de edad, la ejecución de las conductas -o alguna de las conductas- anteriormente mencionadas será suficiente para consumir el delito, sin el empleo de medios comisivos⁶³.

Por lo que respecta al medio comisivo “otras formas de coacción” se entendió que contenía mayor amplitud que el término “fuerza”, por lo que, finalmente, se aceptaron tanto el uso de la fuerza y las amenazas como otras formas de coacción⁶⁴. Según lo dispuesto por Naciones Unidas, se comprenden como medios comisivos que anulan la voluntad de la víctima, creando temor o

⁶³ GALLAGHER, A. T., *The International law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 31; Art. 3 Protocolo de Palermo, UNODC.

⁶⁴ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, n. 6, p. 340.

daño en la misma e invalidando el consentimiento voluntario de esta⁶⁵. A mayor abundamiento, dichos medios comisivos constituyen las formas directas de forzar a una persona a la trata de seres humanos, junto al “rapto”⁶⁶. En cuanto a este último, fue el término propuesto en la negociación, considerándose sinónimo del “secuestro”⁶⁷.

Los *Travaux Préparatoires* no definen el alcance del “engaño” y el “fraude”⁶⁸, aunque el documento del Consejo de Europa y Naciones Unidas de 2009, así como la Ley Modelo contra la trata, intentan suplir dicha carencia, indicando que el engaño está estrechamente relacionado con el fraude⁶⁹. El fraude está relacionado con aspectos económicos y con la promesa de sumas de dinero que al final no es entregada⁷⁰, mientras que el engaño se entiende como cualquier acto ejecutado mediante palabras o hechos falsos, que engloban la naturaleza del trabajo o los servicios que han de ser realizados, las condiciones del mismo u otras circunstancias que comprendan la explotación de la persona⁷¹. Por su parte, GALLAGHER no prevé diferencia alguna sobre estos medios comisivos, entendiendo el “engaño” y el “fraude” como meros sinónimos que se relacionan con las promesas del futuro trabajo o

⁶⁵ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

⁶⁶ ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 356.

⁶⁷ UNODC, *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, UNODC, New York, 2006, n. 6, p. 354.

⁶⁸ STOYANOVA, V., “The Crisis of a Definition: Human Trafficking in Bulgarian Law”, *Amsterdam Law Forum*, 2013, p. 67.

⁶⁹ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78; UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, 2009, p. 12.

⁷⁰ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78; UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, 2009, p. 12.

⁷¹ UNODC, *Ley modelo contra la trata de seres humanos*, 2010, p. 12.

servicio, o las condiciones del trabajo, que al final no se llegan a cumplir⁷², resultando una tautología innecesaria⁷³.

Sin embargo, siguiendo la definición del Protocolo de Palermo, no existe ninguna previsión sobre lo que debe considerarse engaño suficiente en la trata de personas, ni cuáles son los supuestos que no son suficientes para considerar el mismo como medio comisivo, por lo que dicha labor de delimitación corresponderá a las legislaciones internas de los Estados Miembros.

Con la inclusión tanto del fraude, del engaño como del abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, se reconoce que la trata de seres humanos puede producirse sin el uso de la fuerza física⁷⁴. El “abuso de poder” se identifica con los supuestos en que una persona tiene el poder de toma de decisiones sobre la víctima y, por ende, decide por la misma siendo esta trasladada, acogida, y finalmente, explotada⁷⁵. Aunque finalmente “poder” fue el término consensuado, la discusión en torno a dicho medio comisivo residía en el término “abuso de autoridad”, dado que ciertas partes consideraban que dicho último vocablo destacaba el poder que los miembros masculinos de la familia podían tener sobre los miembros femeninos de la misma en ciertos sistemas legales, así como el poder que los padres ejercían sobre sus hijos⁷⁶. No obstante, a nuestro modo de ver, el término “poder” es un término más amplio que acoge

⁷² GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 31.

⁷³ GALLAGHER, A. T., “The International Legal Definition of “Trafficking in Persons”: Scope and Application”, en P. KOTISWARAN (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labour and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 89.

⁷⁴ UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010, p. 32.

⁷⁵ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

⁷⁶ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, n. 6, p. 343.

formas de abuso de autoridad, de jerarquía, etc., por lo que resulta mucho más adecuado en el caso de la trata de seres humanos, dado que el término “autoridad” podría también confundirse con el abuso ejercido mediante el aprovechamiento de un cargo público.

Por su parte, el “abuso de la situación de vulnerabilidad”, según los *Travaux Preparatoires* del Protocolo de Palermo sobre trata de seres humanos, se refiere a cualquier coyuntura en que la persona involucrada no tenga otra alternativa real y aceptable que someterse al abuso⁷⁷. Así, el sujeto activo se aprovecha indebidamente de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una persona como resultado de entrar, por ejemplo, de forma ilegal en un país y encontrarse sin la documentación apropiada para ello, estar embarazada o tener cualquier enfermedad física o mental o discapacidad, incluida la adicción al uso de cualquier sustancia, ser menor o encontrarse en una situación económica precaria⁷⁸. En conclusión, es reflejo de una situación donde la víctima no tiene alternativa alguna para evitar ser explotada. Para determinar si esa creencia de la víctima es razonable -no tiene otra opción real que someterse al abuso-, se deberán tener en cuenta las características y circunstancias personales de la misma⁷⁹. Ahora bien, constituirá un medio comisivo del delito de trata de seres humanos siempre y cuando el sujeto activo conozca dicha situación de vulnerabilidad y se abuse de la misma.

Finalmente, “la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad

⁷⁷ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, p. 347.

⁷⁸ UNODC, *Ley modelo contra la trata de seres humanos*, 2010, p. 32.

⁷⁹ ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 357.

sobre otra” constituye el último medio comisivo previsto en el instrumento analizado. Los *Travaux Preparatoires* no aportan ninguna guía, ni documentos para su interpretación. Se entiende que una persona tiene autoridad sobre la víctima, especialmente en los supuestos de menores y personas no capacitadas para dar su consentimiento⁸⁰. Ahora bien, tal y como recoge GALLAGHER, este medio puede colisionar con el de “abuso de poder”, dado que nos encontramos ante una situación de superioridad en la que el sujeto activo ejerce un control sobre la víctima⁸¹, aunque ni los *Travaux Preparatoires* ni la Ley Modelo se pronuncian al respecto. Ahora bien, convenimos con ALLAIN, en que no es necesario enumerar una serie de supuestos como ejemplo de este medio comisivo, sino que lo importante es reconocer los elementos del mismo en la trata de seres humanos; se realiza una transacción en la que el control de una persona se transfiere a un tercero, siendo el objetivo lograr el consentimiento del “vendedor”⁸².

A modo de conclusión, resulta oportuno resaltar las dificultades de delimitación que presenta el elenco de términos que conforman la trata de seres humanos según el instrumento de Naciones Unidas. Tal y como se recoge en la Ley Modelo, dicha guía de 2010 fue creada para ayudar a los Estados en la correcta implementación de la trata en los ordenamientos jurídicos internos⁸³. Con anterioridad a este instrumento, una de las referencias para conceptualizar lo dispuesto por el Protocolo de Palermo fue el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia del

⁸⁰ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 79.

⁸¹ GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 31.

⁸² ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 358.

⁸³ NNUU, *Ley modelo contra la trata de seres humanos*, 2010, 2010, p. 1.

Consejo de Europa de 2005⁸⁴ que será estudiado posteriormente en este trabajo.

Siguiendo con la síntesis del Protocolo analizado, a nuestro modo de ver, ciertas acciones y medios comisivos son reiterativos si bien entendemos que, siendo el primer instrumento referente en la materia, la definición debía contener una terminología amplia con la finalidad de criminalizar todas y cada una de las fases de la trata de seres humanos evitando situaciones de impunidad⁸⁵. Así, la labor de inclusión y adaptación de la definición recae en los Estados Miembros y en sus ordenamientos jurídicos internos.

El Protocolo de Palermo es referente en materia de trata de seres humanos por dar una definición completa del fenómeno y recoger no solo la explotación de la prostitución ajena como finalidad de la misma, sino también un *numerus apertus* de formas de explotación, entre ellas, la genéricamente llamada “explotación laboral”. Dicha tipología de explotación se conforma por “los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, o la servidumbre”, según el art. 3 del Protocolo de Palermo, tal y como veremos en el epígrafe que recogemos a continuación.

⁸⁴ GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 32.

⁸⁵ WYLIE, G., *The International Politics of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2016, p. 44.

2.2.2.La explotación

2.2.3.1. Introducción

En el Protocolo de Palermo, la explotación se configura como finalidad de la trata de seres humanos. Esto es, la trata será consumada siempre y cuando la intención de la acción ejecutada, mediante unos medios comisivos, sea la explotación posterior⁸⁶. Ello no implica la ejecución material de la explotación para la consumación del delito de trata, por lo que puede existir una situación de trata de seres humanos sin que la víctima haya llegado a realizar la labor que se tenía como objetivo. Por ello, es suficiente con la intención de explotar al sujeto pasivo.

El Protocolo de Palermo no define el término “explotación”, pero sí provee a los Estados Miembros de una lista abierta mínima que los mismos deberán respetar: *“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”*.

Por lo que respecta a la modalidad de explotación sexual, tal y como ha sido mencionado anteriormente, el Protocolo de Palermo no se limita a la trata con fines de explotación de la prostitución ajena únicamente, ya que se extiende a también “otras formas de explotación”. Sin entrar a analizar de forma exhaustiva dicha modalidad de trata de seres humanos, dado que ello superaría los límites del presente trabajo, realizaremos una aproximación a la delimitación y conceptualización de esta. Atendiendo a los *Travaux*

⁸⁶ GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 34.

préparatoires de dicho instrumento, en relación con las dos formas de explotación vinculadas al sexo, esto es, “la explotación de la prostitución ajena” y “otras formas de explotación”, deliberadamente se aceptó su indefinición para que los Estados parte abordaran las mismas, sin perjuicio de sus respectivas leyes nacionales sobre la prostitución⁸⁷. Según la Ley Modelo, la prostitución ajena se entenderá como la obtención ilícita de beneficios financieros u otro tipo de beneficios materiales mediante la prostitución de otra persona⁸⁸. Con la inclusión de “otras formas de explotación sexual”, queda de manifiesto que se quiso incluir la prostitución o la pornografía como forma de explotación, aunque sin limitar el alcance de dicha finalidad de explotación, quedando ello en manos de los Estados parte⁸⁹.

Sobre la extracción de órganos vitales, no se realiza mayor mención, aunque se debe destacar que algunas delegaciones propusieron que se redactara como “*extracción de órganos o materia orgánica corporales*”⁹⁰ por lo que así podrían caber los supuestos de extracción de sangre, óvulos, etc. Aunque el Protocolo recoja ciertas formas de explotación, existe la posibilidad de que concurren actividades distintas que puedan ser clasificadas como trata de seres humanos. Esto es, a la vista del tenor literal del precepto -que recordemos indica lo siguiente “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

⁸⁷ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, n. 6, p. 347.

⁸⁸ UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010, p. 14.

⁸⁹ GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 39.

⁹⁰ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, p. 373.

de órganos”-, los supuestos de explotación no se limitan a los dispuestos por el Protocolo de Palermo, sino que conforman un *numerus apertus* que los Estados pueden ampliar⁹¹. Así, tal y como recogen los *Travaux Préparatoires* del Protocolo de Palermo, ello permite que los Estados Parte puedan trascender de los delitos enumerados en la definición, dado que el propósito es que el Protocolo de Palermo pueda abarcar futuras formas de explotación⁹². Tal y como recoge GALLAGHER, las adopciones abusivas, ilegales, poco éticas o indeseables entran dentro del alcance del Protocolo de Palermo, a pesar de no incluirse como modalidad de explotación de la trata de seres humanos en el art. 3⁹³.

En el siguiente epígrafe del trabajo se estudiarán las distintas definiciones que conforman la explotación laboral de la trata de seres humanos. Dada la ausencia de definiciones específicas en el Protocolo de Palermo, tanto en el caso del trabajo forzoso o la esclavitud como las prácticas similares a la misma, aludiremos a las definiciones contenidas en otros instrumentos jurídicos internacionales⁹⁴.

⁹¹ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, p. 362.

⁹² UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, p. 362.

⁹³ GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 40.

⁹⁴ STOYANOVA, V., “The Crisis of a Definition: Human Trafficking in Bulgarian Law”, *Amsterdam Law Forum*, 2013, p. 67.

2.2.3.2. Especial referencia a la explotación laboral en la trata de seres humanos

La finalidad en la que se centra este trabajo de investigación es la genéricamente conocida como “explotación laboral”, recogida en el Protocolo de Palermo como los “trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre”.

Tal y como ha sido mencionado, dichos fenómenos no se encuentran definidos en el Protocolo de Palermo, debiéndose acudir a los instrumentos internacionales referentes en dicha materia⁹⁵: el Convenio N.º 29 de la Organización Internacional del Trabajo⁹⁶ y siguientes, la Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y la Convención de 7 de septiembre de 1956.

A pesar de que dichos instrumentos realicen distinciones sobre los fenómenos mencionados, en muchos casos, la explotación de las víctimas desemboca en una total dependencia respecto a sus explotadores⁹⁷. En los siguientes epígrafes analizaremos estas formas de explotación sin seguir el orden lógico de los fenómenos recogidos en el Protocolo de Palermo, comenzaremos por analizar el supuesto más gravoso, siendo este la esclavitud.

⁹⁵ GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 40.

⁹⁶ En adelante OIT.

⁹⁷ De forma específica las Naciones Unidas instan a los Estados para que tomen las medidas necesarias para sancionar a los empleadores que confisquen los pasaportes de los trabajadores migrantes, en particular los que trabajan en el servicio doméstico. Entre otros, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Resoluciones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de la Minorías números 1996/12; 1997/17.

A. La esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud

En esta parte del trabajo se analizará la conceptualización de la esclavitud, así como de sus formas análogas. Para ello, inicialmente nos aproximaremos a la evolución histórica del fenómeno, procediendo posteriormente a concretar su conceptualización y delimitación en el contexto de la trata de seres humanos.

a) Esclavitud

Por lo que respecta al inicio de la lucha contra la esclavitud en la Comunidad Internacional, la Sociedad de Naciones⁹⁸ emprendió la erradicación de la misma con el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919) que recoge lo siguiente en su art. 22.5: *“(...) la prohibición de abusos tales como la trata de esclavos, el tráfico de armas y de alcohol, garanticen la libertad de conciencia y de religión, sin más limitaciones que las que pueda imponer el mantenimiento del orden público y las buenas costumbres (...) y que aseguren a los demás miembros de la Sociedad condiciones de igualdad para el intercambio y el comercio.”*

No obstante, la delimitación conceptual de la “esclavitud” no llegó hasta la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926⁹⁹, de manos de la Sociedad de las Naciones, con el fin de abolir la misma a nivel internacional; su artículo 1 se establecía que *“la esclavitud es el estado o condición de*

⁹⁸ Organización Internacional creada en 1919, tras el fin de la Primera Guerra mundial el cual tenía como fin “fomentar la cooperación entre las naciones”, para garantizar la paz y seguridad. El Pacto de la Sociedad de Naciones fue firmado en Versalles, (tratado de Versalles).

⁹⁹ En Adelante “Convención de 1926”

un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

El artículo continuaba así: “2. *La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.*

A pesar de que en el borrador se propuso incluir en la definición las “prácticas similares a la esclavitud” y prohibir las mismas, como, por ejemplo, la esclavitud por deudas, la adopción ilegal, el matrimonio infantil y la trata de mujeres, no se consiguió un consenso sobre las mismas¹⁰⁰.

La Convención obligaba a los Estados a controlar embarcaciones y transporte de esclavos en sus aguas/mares territoriales y buques que llevaban sus banderas, ayudándose mutuamente para tener éxito en la abolición de la esclavitud y la trata de esclavos¹⁰¹. Por su parte, el propósito del artículo 5 era prevenir el trabajo forzado en condiciones análogas a la esclavitud¹⁰².

A modo de síntesis, según lo dispuesto por la definición de la Convención de 1926, la esclavitud es una situación en la que una persona tiene el control sobre otra, como si esta fuera de su propiedad. La Convención no especifica la naturaleza de dichas

¹⁰⁰ ECOSOC (Ad Hoc Committee on Slavery), “The Suppression of Slavery, Memorandum submitted by the Secretary-General”, UN Doc ST/SOA/4, United Nations Publications Sales No 1951.XIV.2, 1951, p. 16.

¹⁰¹ Artículo 3 Convención para abolir la esclavitud 1926.

¹⁰² Es la Organización Internacional del Trabajo la cual ha creado durante la historia la mayor parte de instrumentos para prevenir el trabajo forzoso, siendo estudiado en el siguiente epígrafe del trabajo.

formas de esclavitud, ni tampoco define el alcance del “derecho de propiedad”¹⁰³. Ahora bien, siguiendo lo expuesto por Naciones Unidas¹⁰⁴, siempre que se ejerzan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos sobre la persona, se considerará la existencia de esclavitud¹⁰⁵.

Tal y como ha sido mencionado, el Convenio de 1926 sobre la abolición de la esclavitud, también delimitaba el significado de la trata de esclavos. Se define por primera vez en el artículo 1.2 de la Convención de 1926; la definición acoge tres modalidades de trata de esclavos: un acto de “captura, adquisición o cesión de un individuo”; el cambio o cesión de un esclavo, con el fin de venderlo o cambiarlo y “todo acto de comercio o transporte de esclavos”. Comparando dicha definición con la recogida en el Protocolo de Palermo sobre la trata de seres humanos, vemos que contienen muchas similitudes.

Así, la “esclavitud” debe entenderse como la acción de ejercer alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sobre la persona esclavizada y la trata de esclavos como la captura, adquisición o cesión de la misma por medio de todo acto de comercio o transporte. Por todo ello, entendemos que la esclavitud y la trata de seres humanos se encuentran estrechamente relacionadas, a

¹⁰³ QUIRK, J., “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly*, p. 568; BALES, K. & ROBBINS, P. T., “No one Shall Be Held in Slavery or Servitude: A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery”, *Human Rights Review* 18, 2006, p.21-33.

¹⁰⁴ UN Sub-Commission on Promotion and Protection of Human Rights, “Contemporary Forms of Slavery: Updated Review of the Implementation of and Follow-Up to the Conventions on Slavery Working Paper Prepared by Mr. David Weissbrodt and Anti-Slavery International”, UN Doc. E/CN.4/sub.2/2000/3, May 26, 2000.

¹⁰⁵ ALLAIN, J., “A legal Consideration of Slavery in Light of the Travaux Preparatoies of the 1926 Convention”, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2015, p. 7.

pesar de que este instrumento considere la esclavitud como una de las formas de explotación propia de la trata de seres humanos.

Directamente vinculado a la interpretación que acabamos de mencionar, esto es, la equiparación de la trata de seres humanos con la esclavitud, como si de un fenómeno similar se tratara, el Estatuto de Roma considera la esclavitud como crimen de lesa humanidad en su art. 7.c), y permite corroborar lo ahora concluido, en tanto que incluye, en el sentido mencionado, la trata de personas, en particular de mujeres y niños, con la esclavitud. Así lo recoge el tenor literal del art. 7.c) del Estatuto de Roma cuando establece lo siguiente: *“por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”*.

b) Prácticas análogas a la esclavitud

En 1949 el Comité Especial de Expertos sobre la Esclavitud realizó una evaluación sobre la Convención de 1926, y se consideró pertinente incluir otras prácticas relativas a la esclavitud que deberían también ser prohibidas¹⁰⁶. El Comité recomendó la elaboración de una convención supletoria que también abarcara dichas prácticas análogas a la esclavitud, adoptándose la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ALLAIN, J., *The Slavery Conventions*, p. 18.

¹⁰⁷ En adelante “Convención suplementaria de 1956”

El artículo 7 a) de la Convención suplementaria de 1956 se prevé que *“la "esclavitud", tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y "esclavo" es toda persona en tal estado o condición”*. Además de dicha delimitación de la esclavitud, la Convención suplementaria viene a señalar las prácticas o instituciones análogas a la esclavitud, que se concretan en las siguientes:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

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

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

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

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

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

Más allá de la naturaleza de estas instituciones y prácticas similares a la esclavitud, debe destacarse que la Convención Suplementaria de 1956 crea obligaciones específicas para los Estados Parte de criminalizar la dependencia de la esclavitud, el intento de la misma, la participación en el comercio de esclavos, así como las instituciones o prácticas similares a la esclavitud¹⁰⁸. Por ejemplo, por lo que respecta al matrimonio servil, el artículo 2 de la Convención Suplementaria de 1956 exige que los Estados Parte “*se comprometan a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio*” y así fomentar el control del Estado sobre las instituciones.

Por otro lado, también se encuentran disposiciones adicionales dentro de la Convención suplementaria de 1956 con respecto a la trata de esclavos, donde los Estados Parte están obligados a suprimir el transporte de esclavos a través de puestos, costa o vía aérea.

Por lo que respecta a las formas análogas a la esclavitud, tal y como ha sido mencionado, la Convención suplementaria de 1956, en su artículo 1, prevé cuatro prácticas como formas análogas a la esclavitud: la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer es dada en matrimonio o cedida a un tercero a título oneroso o la mujer

¹⁰⁸ ALLAIN, J., “The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obfuscation by the Term of Art: “Slavery-like Practice”, *CRDF*, n° 10, 2012, pp. 27-42. P. 32.

sea transmitida por herencia a otra persona, y la entrega de un niño con el propósito de explotación.

Como forma de diferenciar la esclavitud de dichas prácticas¹⁰⁹, la Convención Suplementaria introduce un nuevo concepto de “*persona de condición servil*”¹¹⁰.

Tanto la Convención de 1926 como la Convención suplementaria de 1956 son instrumentos referentes para establecer la conceptualización y delimitación de la esclavitud, así como de las prácticas análogas de la misma, siendo prácticas prohibidas en diversas normas internacionales posteriores, entre ellas, el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y varios instrumentos adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, así como el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que será estudiado en un epígrafe posterior.

Dichas instituciones y prácticas análogas a la esclavitud son en esencia, normativamente, las prácticas de servidumbre convencionales¹¹¹. Teniendo en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 8 donde se prevé que “*nadie estará sometido a la servidumbre*” y no se nombra ninguna “*práctica similar a la esclavitud*”, se podría argumentar que dichas

¹⁰⁹ ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 25.

¹¹⁰ Art. 7 b) Convención de 1956

¹¹¹ ALLAIN, J., “The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obfuscation by the Term of Art: “Slavery-like Practice”, *CRDF*, n° 10, 2012, pp. 27-42. P. 31.

“prácticas similares o análogas a la esclavitud” constituyen tipos de servidumbre¹¹².

Ahora bien, ante la carencia de conceptualización del concepto de servidumbre, para su delimitación debemos acudir a la Convención de 1956 que, al menos, delimita dos prácticas de servidumbre, por lo que procederemos al estudio de las mismas.

a’) Servidumbre

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su artículo 4 recoge que *“nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”*. Siguiendo con lo mencionado anteriormente, un año después, la Asamblea General, solicitó al Consejo Económico y Social que considerara la cuestión de la esclavitud y en 1953 instó al Secretario General de las Naciones Unidas a la elaboración de una Convención suplementaria y su posible contenido¹¹³.

Tal y como ha sido mencionado, a pesar de que la prohibición de dicha práctica se recoja en varios instrumentos internacionales, en los mismos no se delimita su alcance. No obstante, siguiendo lo explicado por NOWAK en su comentario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es una práctica realmente parecida a la esclavitud, dado que envuelve las mismas prácticas: como servidumbre por deudas, matrimonios forzados, y cualquier forma de trata de seres humanos, definido por SCHABAS

¹¹² ALLAIN, J., “The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obfuscation by the Term of Art: “Slavery-like Practice”, *CRDF*, n° 10, 2012, pp. 27-42. P. 32.

¹¹³ UN General Assembly, Resolution 278 (III), 13 May 1949; and United Nations, Economic and Social Council, Resolution 475 (XV), 27 April 1953.

como “*toda forma de dominación y degradación de un ser humano por parte de otro*”¹¹⁴.

La Convención suplementaria diferencia pues, las víctimas de esclavitud de las de las prácticas análogas a la misma; según los instrumentos de referencia, en la esclavitud la víctima es propiedad de otra persona; los casos de servidumbre implican restricciones de menor alcance, como, por ejemplo, las condiciones laborales o las obligaciones de trabajar o prestar cierto servicio del que la persona en cuestión no puede escapar¹¹⁵.

No obstante, la distinción entre los dos fenómenos no resulta del todo clarificadora, a pesar de que se considere que “*la servidumbre no es tan grave como la esclavitud*”¹¹⁶.

a”) Servidumbre de la gleba

La servidumbre de la gleba se ha considerado como una forma análoga a la esclavitud desde los primeros debates para la aprobación de la Convención de 1926¹¹⁷. Esta tipología de servidumbre, en el informe final de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 se consideró equivalente a la utilización de esclavos en granjas o plantaciones para la producción agrícola, aunque finalmente no se recogiese su prohibición hasta la

¹¹⁴ SCHABAS, W.A., *Nowaks CCPR Commentary: U.N. International Covenant on Civil and Political Rights*, 3rd ed, N.P. Engel Verlag, Germany, 2019, pp.199-201.

¹¹⁵ VAN DIJK, P. & VAN HOOFF, G.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1998, p. 242.

¹¹⁶ ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 56; BOSSUYT, M. J., *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff publishers, Boston, 1987, p. 167.

¹¹⁷ <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf> p. 17.

Convención suplementaria de 1956. En esta clase de servidumbre, la persona se encuentra obligada -por ley, por costumbre o por acuerdo-, a vivir y trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, de modo remunerado o gratuitamente, determinados servicios y sin que tenga libertad para cambiar dicha condición¹¹⁸.

Históricamente, dicha condición servicial podía ser hereditaria con lo que afectaba a familias enteras de modo permanente, aunque en ciertos casos también estuviera relacionada con la servidumbre por deudas, por la que las personas afectadas estaban obligadas a continuar trabajando para el terrateniente a consecuencia de las deudas supuestamente contraídas¹¹⁹.

b”) Servidumbre por deudas

La Convención suplementaria de 1956 define la servidumbre por deudas como el *“estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”*¹²⁰. La Convención suplementaria de 1956 denomina la servidumbre por deudas como “condición servil” en su art. 7 b) y obliga a los Estados parte a aplicar disposiciones para suprimir la misma.

¹¹⁸ WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 6.

¹¹⁹ WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 12.

¹²⁰ Art. 1 Convención Suplementaria 1956.

La Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud afirma que existen dos formas diferenciadas de servidumbre por deudas: *“la primera es cuando el deudor, su vida y las vidas de sus familiares se convierten en la garantía de pago de la deuda, y la segunda, es cuando el trabajo del deudor se contabiliza supuestamente como pago de la deuda”*¹²¹.

La primera modalidad de servidumbre transforma el trabajo de la víctima en una garantía de pago quedando la misma sometida a saldar una cuantía desconocida y que, al no establecerse el importe, se convierte impagable. En la segunda forma, se incumple el acuerdo establecido por lo que el deudor queda sometido a saldar la deuda de por vida¹²².

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo¹²³ no incluye la servidumbre por deudas dentro de la definición del trabajo forzoso, previsto en el Convenio N.º 29 del mismo, aunque se podría decir que las dos prácticas se superponen¹²⁴. No obstante, para comprender el alcance actual de la servidumbre por deudas, es necesario traer a colación los esfuerzos realizados por la OIT en aras de confirmar que la servidumbre por deudas, en tanto que afecta a la libertad de los trabajadores, se conforma como una modalidad de trabajo forzoso, incluyéndose este tipo de servidumbre en el Convenio N.º 29. En este sentido, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud opina que *“el trabajo en condiciones de servidumbre es una de las formas de trabajo forzoso más tradicionales y generalizadas”*¹²⁵. Así, entendemos que la servidumbre y el trabajo forzoso pueden llegar a constituir un mismo

¹²¹ NNUU, Doc. A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009, párr. 42.

¹²² NNUU, Doc. A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009, párr. 42.

¹²³ OIT en adelante

¹²⁴ WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 15.

¹²⁵ NNUU, Doc. A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009, párr. 28.

fenómeno, aunque pueden colisionar entre ellos, sin que se pueda llegar a distinguir en la práctica los distintos supuestos de la servidumbre o el trabajo forzoso.

A pesar de que no exista una prohibición internacional absoluta sobre el modo del pago salarial en forma distinta a la de la moneda de curso legal, la OIT ha aprobado ciertas restricciones para proteger a los trabajadores del abuso mediante el Convenio relativo a las normas y objetivos básicos de la política social, de 1962 (N.º 117), que prevé la reducción de las formas de retribución salarial que favorecen el endeudamiento¹²⁶. En este Convenio también se obliga a los Estados a que los salarios se paguen regularmente “*a intervalos que permitan reducir la posibilidad de que los asalariados contraigan deudas*”¹²⁷. Por su parte, también se prevé que, cuando la alimentación, la vivienda, el vestido y otros artículos y servicios esenciales formen parte de la remuneración, se calculen y valoren con exactitud¹²⁸.

Dicho Convenio obligan a los Estados a controlar y vigilar los pagos de salarios que se hagan mediante transacciones no monetarias, siendo el objetivo garantizar que los empleadores no abusen de su posición imponiendo precios excesivos a los bienes suministrados a los trabajadores. Además de todo lo mencionado, los anticipos salariales también deberán estar controlados para que la cuantía que se entregue no sea “legalmente irrecuperable”.

Una de las causas del fenómeno de la servidumbre por deudas son los salarios extremadamente bajos, tal y como ocurre con el

¹²⁶ Convenio relativo a las normas y objetivos básicos de la política social, 1962 (N.º 117); entró en vigor el 23 de abril de 1964.

¹²⁷ Convenio de la OIT relativo a la protección del salario, de 1949 (N.º 95); entró en vigor el 24 de septiembre de 1952, Oficina Internacional del Trabajo, *International Labour Conventions and Recommendations 1919-1991* (1992), vol. 1, pág. 482

¹²⁸ Artículo 9, Convenio de la OIT relativo a la protección del salario, de 1949 (N.º 95); entró en vigor el 24 de septiembre de 1952.

trabajo forzoso, por lo que la OIT ha instado a las autoridades nacionales a que fijen salarios mínimos para así evitar el pago de salarios extremadamente bajos e insuficientes para mantener a los trabajadores y a sus familiares¹²⁹.

En consecuencia, la servidumbre -tanto de la gleba como por deudas-, es un fenómeno diferenciado de la esclavitud, así como del trabajo forzoso, según los instrumentos internacionales mencionados. En todo caso, tal y como además confirma la OIT, la servidumbre es una práctica asimilada al trabajo forzoso y, por consiguiente, dichos fenómenos también siendo análogos a la esclavitud. Esta última resulta ser la condición en la que la persona víctima se encuentra en plena propiedad de la otra persona.

Por su parte, la servidumbre implica restricciones de menor alcance, como, por ejemplo, las condiciones laborales o las obligaciones de trabajar o prestar cierto servicio del que la persona en cuestión no puede escapar¹³⁰, por lo que se establece que “*la servidumbre no es tan grave como la esclavitud*”¹³¹. Ahora bien, a nuestro modo de ver, resultan fenómenos que presentan grandes dificultades a la hora de delimitar los supuestos que pueden incluirse en uno u otro, resultando difícil su delimitación.

¹²⁹ Convenio N.º 117 de la OIT, nota 61 supra, art. 10.

¹³⁰ VAN DIJK, P. & VAN HOOFF, G.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1998, p. 242.

¹³¹ ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 56; BOSSUYT, *Guide to the Travaux Préparatoires of the ICCPR*, p. 167.

c”) Otras prácticas análogas a la esclavitud presentes en la Convención suplementaria de 1956: matrimonios forzados y explotación infantil

Según lo dispuesto por la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, actualmente no existe una concepción universal acordada sobre las formas contemporáneas exactas de esclavitud¹³², aunque siguiendo lo dispuesto por la Convención suplementaria de 1956 se recogen las siguientes prácticas relacionadas con la esclavitud: la servidumbre de la gleba y por deudas, el matrimonio forzoso, la explotación del trabajo infantil¹³³; como posteriormente, se han añadido el trabajo forzoso y la trata de seres humanos¹³⁴. Tal y como señala el título del epígrafe, vamos a centrarnos en las dos prácticas relacionadas con la esclavitud que no han sido analizadas hasta el momento: el matrimonio forzoso y la explotación del trabajo infantil.

- Por lo que respecta al matrimonio forzoso, existen tres prácticas¹³⁵: la primera se produce cuando *“una mujer sin que la asista el derecho a oponerse es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas”*¹³⁶. El segundo supuesto se produce cuando *“el marido de una mujer, la*

¹³² NNUU, Doc. A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009, párr. 38.

¹³³ Art. 1 de la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956.

¹³⁴ WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002, pp. 30-149.

¹³⁵ Siguiendo a WEISSBRODT & LA LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, La Comisión Temporal sobre la Esclavitud, en 1924 incluyó dicha práctica como análoga a la esclavitud, aunque este listado quedara fuera de la definición de la esclavitud de 1926 pero fue incluido en la Convención suplementaria de 1956. Véase Naciones Unidas, Doc. HR/PUB/02/4, párr. 112.

¹³⁶ Artículo 1. Ci Convención Suplementaria 1956.

*familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera*¹³⁷. Por último, cuando *“la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona”*¹³⁸.

- La explotación del trabajo infantil es otra práctica análoga a la esclavitud, recogida en el artículo 1 d) de la Convención suplementaria de 1956, así como las adopciones simuladas, por las que una niña o niño es vendido o entregado por su familia a otra más rica para que trabaje en su hogar¹³⁹. Según la Organización Internacional del Trabajo es *“peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; e interfiere con su escolarización, puesto que les priva de la posibilidad de asistir a clases; les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo”*¹⁴⁰.

¹³⁷ Artículo 1.c.ii Convención Suplementaria 1956.

¹³⁸ Artículo 1.c.iii, Convención Suplementaria 1956.

¹³⁹ WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 129.

¹⁴⁰ Véase <http://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm>

B. Trabajos o servicios forzados

Esta forma de explotación recogida en el Protocolo de Palermo, siguiendo lo dispuesto por la OIT, abarca una gran variedad de actividades, desde la amenaza de un despido con el fin de que el sujeto pasivo acepte un salario mínimo, hasta obligar a una persona a trabajar bajo condiciones de esclavitud¹⁴¹.

La lucha contra el trabajo forzado constituye uno de los principales objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, siendo la Convención del Trabajo Forzado de 1930 y la Convención para Abolir el Trabajo Forzado de 1957, los instrumentos referentes en dicha materia. Ahora bien, en 2014 en la Conferencia General de la OIT convocada en Ginebra, se reconoció la necesaria adopción de medidas adicionales, aun recordando que la definición del trabajo forzoso u obligatorio se recoge en el art. 2 del Convenio N.º 29. Así, se adopta el Protocolo de 2014 y su Recomendación relativos al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, dado que, tal y como se recoge en el preámbulo del Convenio de 2014, ciertas disposiciones del Convenio N.º 29 “*ya no son aplicables*”¹⁴².

Por lo que respecta al contenido normativo del trabajo forzoso u obligatorio, no ha habido grandes avances desde la redacción del Convenio N.º 29, debiéndose acudir al mismo para delimitar el fenómeno de trabajo forzoso u obligatorio.

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, en el preámbulo de la Convención de 1926 se realizaba una mención al trabajo forzoso: “*(...) es necesario impedir que el trabajo forzoso se convierta en una condición análoga a la esclavitud*”¹⁴³. Con ello,

¹⁴¹ ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 203.

¹⁴² Preámbulo del Protocolo de 2014 del Convenio de Trabajo Forzoso de Conferencia Internacional del 1930.

¹⁴³ Preámbulo de la Convención contra la Esclavitud de 1926, párr. 6, p. 1.

interpretamos que la Convención de 1926 no lo consideró como práctica análoga a la esclavitud el trabajo forzoso, aunque el artículo 5 de la misma hacía referencia a dicha forma de explotación, donde se ordenaba que los Estados debían poner fin a ello.

La Sociedad de Naciones, en 1930 solicitó a la OIT que llevara a cabo una serie de acciones, con el fin de que el abuso en el trabajo no llegara a condiciones de esclavitud, por lo que se elaboró el Convenio N.º 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio de 1930, para tomar las medidas necesarias con el fin de garantizar la abolición del trabajo forzoso con la mayor brevedad posible¹⁴⁴.

Dicho instrumento define el trabajo forzoso u obligatorio como *“todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el que dicho individuo no se ofrece voluntariamente”*¹⁴⁵. El mismo Convenio obligaba a todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo a ratificar el Convenio y *“suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas”*¹⁴⁶.

La definición es la reconocida actualmente en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, la imposición de continuar en un empleo mediante la amenaza es uno de los supuestos del trabajo forzoso que lesiona el derecho a la libre elección del empleo¹⁴⁷ o también, cuando una persona rehúsa realizar ciertas tareas dentro del empleo y, por ello, pierde privilegios, como promociones internas, el acceso a nuevos empleos o la adquisición de ciertos bienes¹⁴⁸.

¹⁴⁴ OIT, *Informe del Director General Alto al Trabajo Forzoso (Informe global/ I(B))*: *Con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo 89ª reunión, 2001, párr. 22 y 23.

¹⁴⁵ Artículo 2.1. del Convenio N.º 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio

¹⁴⁶ Artículo 1.1. Convenio 1930

¹⁴⁷ General Survey 1968, n. 29, p. 187.

¹⁴⁸ General Survey 2007, n. 44, p. 20.

Por lo que respecta a la “voluntariedad del trabajo”, el Comité de Expertos determina que se deberá tener en cuenta el marco legislativo que garantiza y limita dicha libertad¹⁴⁹. Del mismo modo, sería incompatible con el Convenio de 1930 el hecho de seguir trabajando una vez que el contrato expire¹⁵⁰. Así mismo, la libre decisión de dejar el puesto de trabajo no puede ser interferida, con el fin de viciar el consentimiento de la elección¹⁵¹.

Ciertos supuestos pueden resultar vulnerables en lo que respecta al consentimiento viciado, como, por ejemplo, una situación de irregularidad administrativa; las personas en esta situación resultan fáciles de engañar mediante promesas de conseguir los permisos necesarios para residir legalmente en el país, etc. por lo que ello también es una conducta que vulnera los Convenios mencionados de la OIT¹⁵².

Por su parte, en la primera Encuesta General del trabajo forzoso u obligatorio de 1961, el Comité de Expertos en la materia realizó su interpretación de la definición recogida en el Convenio N.º 29 de la OIT, dictaminando que el trabajo forzoso es *“el trabajo realizado bajo la amenaza de algún tipo de castigo, y trabajo para el cual las personas no se han ofrecido voluntariamente”*¹⁵³.

Ahora bien, el Convenio de 1930 en su art. 2.2 excluye ciertas conductas del trabajo forzoso u obligatorio, por lo que, a efectos del Convenio, dichas situaciones no pueden ser consideradas como trabajo o servicio forzado:

¹⁴⁹ General Survey 2007, n. 44, p.20.

¹⁵⁰ General Survey 2007, n. 44, p.20.

¹⁵¹ General Survey 2007, n. 44, p. 20.

¹⁵² General Survey 2007, n. 44, p. 20.

¹⁵³ General Survey 1962, n. 30, p. 195.

- *(a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;*
- *(b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;*
- *(c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;*
- *(d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;*
- *(e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.*

El Relator del Comité del Trabajo forzoso justificó dicha decisión entendiendo que este artículo debía contener un enfoque amplio pero que, a pesar de ello, no se podían eludir ciertas

excepciones¹⁵⁴, sirviendo las mismas como forma de interpretación del trabajo forzoso u obligatorio, que se basan en las ideas rectoras de interés general y la solidaridad social¹⁵⁵. De hecho, dicha inclusión de excepciones a la normativa del trabajo forzoso parece ser la razón de que no se incluyera dicha práctica de explotación junto con la servidumbre y la esclavitud en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁶.

Por lo que respecta al trabajo forzoso u obligatorio en el servicio militar, el Comité señaló que los Estados estaban de acuerdo en que la razón del trabajo obligatorio de los servicios militares fuera la defensa nacional¹⁵⁷. No obstante, en 1966 los Estados volvieron a renegociar los parámetros y las excepciones del trabajo forzoso u obligatorio, en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Secretario General de Naciones Unidas expresó que dicha definición no cumplía con la protección de los derechos humanos contra el trabajo forzoso u obligatorio manteniendo en la misma las excepciones mencionadas¹⁵⁸. Por consiguiente, entendemos que la prohibición del trabajo forzoso recogida en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos prohíbe todas las formas del trabajo forzoso, incluso las excepciones recogidas en el Convenio de 1930 de la OIT.

¹⁵⁴ International Labour Conference, 14th Session, Volume I – First and Second Part, Proceedings, Fifteenth Sitting, 25 June 1939, p. 269.

¹⁵⁵ Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stummer v Austria*, Application no. 37452/02, 7 July 2011, p. 31.

¹⁵⁶ ALLAIN, J., “125 Años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, en E. PÉREZ ALONSO (Dir.), P. MERCADO PACHECO/S. OLARTE ENCABO/A. LARA AGUADO/I. RAMOS TAPIA/E. POMARES CINTAS/P. ESQUINAS VALVERDE, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 163.

¹⁵⁷ General Survey 1968, n.29, p. 188.

¹⁵⁸ United Nations, General Assembly, Annotations on the text of the draft International Covenant on human Rights (Prepared by the Secretary-General), 1 July 1995, UN Doc. A/2929p; as found in General Assembly, Official Records, Agenda item 28 (Part II) Annexes, Tenth Session, 1955, p. 33.

Siguiendo lo recogido en los *Travaux preparatoires* del Protocolo de Palermo, se expone que se debía examinar a fondo la conveniencia de incluir las excepciones del trabajo forzoso, aunque no se llegó a un consenso, por lo que se sugirió que la cuestión relativa a las excepciones fuese remitida a las legislaciones nacionales de los Estados Parte del Protocolo de Palermo¹⁵⁹.

Tal y como se ha mencionado, aunque la definición aportada por el Convenio de 1930 N.º 29 de la OIT sea la reconocida a nivel internacional, al finalizar la Segunda Guerra Mundial las evidencias graves de abusos y violaciones de derechos humanos sensibilizaron a toda la Comunidad Internacional, por lo que una vez aprobada la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶⁰, la OIT decidió elaborar un nuevo Convenio que complementa el anterior, con base en lo dispuesto en el art. 23.1 de la DUDH: *“toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*¹⁶¹.

El Convenio N.º 105 de la OIT sobre la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957 (Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957) en su primer artículo prevé la absoluta derogación del trabajo forzoso para los siguientes casos: *“se obligan a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) Como medida de disciplina en el trabajo; d)*

¹⁵⁹ *Travaux preparatoires*, p. 359.

¹⁶⁰ En adelante DUDH

¹⁶¹ OIT, Informe del Director General Alto al Trabajo Forzoso [Informe global/ I (B)]: Con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 89ª reunión, 2001, p. 136.

Como castigo por haber participado en huelgas; e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa”.

Actualmente, la OIT sigue esforzándose en el compromiso contra el uso del trabajo forzoso u obligatorio, con el objetivo de mantener un control sobre el mismo a nivel mundial. Hasta el presente, se han realizado tres informes globales sobre el trabajo forzoso y su alcance global. El objetivo del primer informe, “Alto al Trabajo Forzoso”, publicado en 2001, era elaborar la tipología contemporánea sobre el trabajo forzoso, siendo las siguientes categorías las que preocupaban a la OIT en dicho momento: *“esclavitud y secuestro; participación obligatoria en obras públicas; trabajo forzoso en la agricultura y en áreas rurales remotas; trabajadores domésticos en situaciones de trabajo forzoso; trabajo en servidumbre; trabajo forzoso exigido por los militares (referido especialmente a Myanmar); trabajo forzoso en relación con la trata de personas, y trabajo forzoso en régimen penitenciario”*¹⁶².

El informe de 2005 distingue tres modalidades de trabajo forzoso: la primera vinculada al Estado¹⁶³ –siendo por fines económicos o políticos–; b) el trabajo forzoso unido a la pobreza y la

¹⁶² OIT, Una Alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del trabajo, 93.a reunión, 2005, Informe I (B), p. 11.

¹⁶³ OIT, Una Alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del trabajo, 93.a reunión, 2005, Informe I (B), parr. 99-130.

discriminación social¹⁶⁴; y, por último, c) el derivado de la inmigración y la trata de seres humanos¹⁶⁵.

La OIT comprende que el trabajo forzoso es una realidad unida a la trata de seres humanos dado que los países con mayores beneficios económicos crean más obstáculos a la migración, mientras que rechazan realizar los trabajos menos cualificados o incómodos. Por consiguiente, ciertos delincuentes amasan grandes beneficios con todo ello¹⁶⁶, por lo que, en el siguiente informe de 2009, se recomienda a los Estados prestar atención a los mercados laborales como medio de control del fenómeno¹⁶⁷.

Por lo que respecta al número de ratificaciones de los Convenios relativos al trabajo forzoso de la OIT, N.º 29¹⁶⁸ y N.º 105¹⁶⁹, a nivel internacional han sido altamente aceptados, siendo reflejo de la intención de “*poner fin a esta práctica, tanto en sus formas tradicionales como en las nuevas*”¹⁷⁰. No obstante, el trabajo forzoso entendido como la imposición de realización cualquier

¹⁶⁴ OIT, Una Alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del trabajo, 93.ª reunión, 2005, Informe I (B), parr. 132.

¹⁶⁵ OIT, Una Alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del trabajo, 93.ª reunión, 2005, Informe I (B), parr. 217-224.

¹⁶⁶ OIT, Una alianza global contra el, trabajo forzoso, op. Cit., parr. 99-130.

¹⁶⁷ Nota del Director de la OIT, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/%20generic%20document/wcms_106202.pdf

¹⁶⁸ Ratificado por 178 países. Disponible en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312174 Por su parte, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 ha sido ratificado por 45 países.

¹⁶⁹ Ratificado por 175 países. Disponible en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312250

¹⁷⁰ OIT, Informe del Director General Alto al Trabajo Forzoso [Informe global/ I (B)]: Con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 89ª reunión, 2001, parr. 32.

actividad o servicio en contra de la voluntad de una persona, persiste en el presente, muchas veces de la mano de la trata de seres humanos, a pesar de que “*no hay nada que justifique la existencia del trabajo forzoso en el siglo XXI*”¹⁷¹.

Por otra parte, la Convención de 1926 sobre la abolición de la esclavitud ya indicaba que se debía realizar un esfuerzo para que el trabajo forzoso u obligatorio no resultase en una práctica análoga a la esclavitud. Sin embargo, GALLAGHER expone que resulta difícil no considerar el trabajo forzoso como práctica análoga a la esclavitud¹⁷², siendo comprensivo incluirlo dentro de dichas formas¹⁷³.

Dicha opinión es compartida por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas a la Esclavitud de Naciones Unidas, que entienden que el trabajo forzoso constituye una forma contemporánea de esclavitud¹⁷⁴.

Conviniendo con esta última postura, entendemos que la diferencia entre estas dos prácticas no reside en que la esclavitud es un estado de sometimiento, mientras que el trabajo forzado es una forma de realizar el trabajo mediante imposición y en contra de la

¹⁷¹ OIT, Una Alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del trabajo, 93.a reunión, 2005, Informe I (B), parr. 335.

¹⁷² GALLAGHER, A., “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/M. P. SCARF (eds.), *The theory and practice of international criminal law: essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 421.

¹⁷³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derechos Penal y Criminología*, 2013, p. 313.

¹⁷⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías 1995/16: *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas a la Esclavitud*.

voluntad de la persona¹⁷⁵; sino que, tal y como expone Naciones Unidas, a nuestro modo de ver, debe entenderse como la mutación de la esclavitud, constituyendo una manifestación de la esclavitud del siglo XIX.

En este sentido, en *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Zukovic*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia realizó una interpretación amplia y evolutiva del concepto de esclavitud sobre la base de lo dispuesto por la Convención de 1926, entendiendo que la esclavitud también abarca el trabajo forzoso u obligatorio, así como la servidumbre, la prostitución forzada y la trata de seres humanos¹⁷⁶.

Ahora bien, la consideración de un supuesto de esclavitud dependerá de la existencia de ciertos factores, como el “*control de movimiento de una persona, el control del entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o disuadir la fuga, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, la duración, la afirmación de la exclusividad, el sometimiento a tratos crueles y abusos, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso*”¹⁷⁷. El Tribunal también señala que la duración no resulta esencial para determinar si un caso es esclavitud, u otra práctica de explotación, pues a pesar de ser un factor indicativo de la existencia de esclavitud, dependerá de la presencia de otros elementos.

¹⁷⁵ SARASOLA GORRITI, S., “Prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Aranzadi, Zizur Menor, 2009, p. 84.

¹⁷⁶ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, núm. IT 96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, par. 118-120.

¹⁷⁷ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, núm. IT 96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, par. 118-119.

La Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud recoge en su informe de 2016 que siempre que se ejerzan los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o ciertos factores equivalentes a ellos, manifestados a través del control ejercido sobre el sujeto pasivo, el trabajo forzoso equivaldrá a la esclavitud, así como también la servidumbre, siendo fenómenos que se superponen¹⁷⁸.

A nuestro modo de ver, siempre que confluyan ciertos factores, se manifestarán atributos del derecho de propiedad, pudiéndose dar, por lo tanto, en el trabajo forzoso. Por ello, la imposición ejercida en el trabajo forzoso para que la persona realice ciertas tareas o se mantenga en las mismas, puede resultar sinónima de dicho control.

No obstante, a pesar de que el control absoluto o cuasi absoluto ejercido sobre la víctima del trabajo forzoso equivalga a asimilar dichos supuestos a los casos de esclavitud, entendemos que no tiene por qué darse siempre; esto es, la imposición de un trabajo o las condiciones del mismo no equivaldrá siempre a un control absoluto sobre el sujeto pasivo, por lo que se deberá comprobar caso por caso. Por ello, entendemos que no nos encontramos ante un mismo fenómeno, sino ante una evolución de la esclavitud.

¹⁷⁸ BHOOLA, U., *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus casusas y consecuencias*, 2016, párr. 5.

2.2.3.2. Recapitulación

La esclavitud, el trabajo forzoso o las prácticas análogas a la esclavitud, son fenómenos diferenciados, suponiendo la esclavitud la forma más grave de violación de los derechos humanos. Ahora bien, la semejanza entre la esclavitud y la servidumbre no resulta nada clara; siempre que se ejerzan los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o ciertos factores equivalentes a ellos, manifestados a través del control ejercido sobre el sujeto pasivo, la servidumbre equivaldrá a la esclavitud, a pesar de que a nivel teórico se diferencie por una opresión de derechos menor.

Por su parte, el trabajo forzoso podrá llegar a la entidad del desvalor que supone la esclavitud siempre que se ejerza un control absoluto, equivalente a los poderes inherentes del derecho de propiedad. No obstante, tal y como no ocurre en la delimitación de las prácticas de servidumbre y esclavitud, el trabajo forzoso supone la imposición bajo amenaza de una pena cualquiera la realización de cierto trabajo o servicio.

A pesar de que ALLAIN, por ejemplo, diferencie la esclavitud de la servidumbre porque esta última debe entenderse como un fenómeno de explotación que no llega a la entidad de la esclavitud¹⁷⁹, a nuestro modo de ver, resultan fenómenos que colisionan entre sí por tener demasiados rasgos en común, dificultando su distinción.

Además, siguiendo la definición que se recoge en el Protocolo de Palermo de la trata de seres humanos, la ligazón entre este fenómeno y la esclavitud resulta muy evidente, dado que las dos prácticas necesitan movimiento organizado de personas, que se

¹⁷⁹ ALLAIN, J., "On the curious disappearance of human servitude from general international law", en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 298.

llevan a cabo fuera de la esfera pública, siendo el fin el enriquecimiento privado¹⁸⁰.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, pese a los esfuerzos internacionales realizados para diferenciar dichas prácticas, a día de hoy, no es todavía suficiente la distinción entre estos fenómenos de explotación. Teniendo en cuenta que los instrumentos de referencia mencionados para la elaboración del análisis de dichos fenómenos de explotación datan de 1926, 1930, 1956 y 1957, vemos necesario analizar las interpretaciones realizadas sobre los mismos tomando como referente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸¹, máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, mediante la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸², cuyo art. 4 dispone que nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre, ni ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

¹⁸⁰ GALLAGHER, A. T., *The international law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 177.

¹⁸¹ En adelante TEDH

¹⁸² En adelante CEDH

III. CONSEJO DE EUROPA

1. Introducción

El Consejo de Europa, con 47 Estados miembros, es uno de los organismos europeos con mayor recorrido en la lucha, salvaguarda y protección de los derechos humanos¹⁸³.

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales es uno de los instrumentos más significativos a nivel europeo, adoptado en el año 1950¹⁸⁴. Todos los estados parte del Consejo de Europa son parte de ese Convenio. A pesar de que dicho Convenio no mencione la trata de seres humanos, queda prohibida por distintos artículos del Convenio, como la prohibición a la tortura y a penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3; la prohibición de la esclavitud o servidumbre, así como el trabajo forzado u obligatorio del art. 4; el art. 5, que protege la libertad y la seguridad, y el art. 8, que protege la privacidad.

Una de las sentencias más importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la del caso *Siliadin v. France* (2005) –que será analizado posteriormente, dado que es un caso de trata en el ámbito del servicio doméstico–, pone de manifiesto ciertas divergencias entre trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud, recogidos en el art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los derechos humanos y fundamentales¹⁸⁵. El art. 4 del Convenio

¹⁸³ LENZERINI, P., “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: which gaps are to be filled?”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 2009, p. 205.

¹⁸⁴ ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012, p. 107.

¹⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005.

Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁶ será el objeto de estudio del siguiente epígrafe con el fin de conceptualizar la explotación laboral de la trata de seres humanos según lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁷.

Desde los años 90, la trata de seres humanos ha constituido una de las prioridades del Consejo de Europa, y su evolución en el ámbito regional ha estado particularmente influenciada por la creación de talleres, seminarios, grupos de expertos, directrices de política e instrumentos *soft-law*, centrados en los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos¹⁸⁸. En el año 2005 el Consejo de Europa adoptó el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos¹⁸⁹, que reconoce el fenómeno como una violación de los derechos humanos y un atentado contra la integridad y la dignidad humana, y será analizado en el epígrafe que sigue a continuación.

2. La trata de seres humanos y el Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, firmado en Varsovia el 5 de mayo de 2005: proceso de elaboración y sus antecedentes

El trabajo sobre la trata de seres humanos en el contexto del Consejo de Europa se remonta a los principios de los 90, cuando todavía no se presentaba como un problema para las organizaciones internacionales y los Estados¹⁹⁰. El primer instrumento del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos fue publicado en el año 1997, dirigido especialmente a la violencia contra las mujeres, que

¹⁸⁶ En Adelante CEDH

¹⁸⁷ En Adelante TEDH

¹⁸⁸ SCARPA, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, pp. 453-454.

¹⁸⁹ También llamado como Convenio de Varsovia.

¹⁹⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles. Anexo normativo*, Madrid, 2012, p. 15.

marcaba una relación directa entre la explotación de las mismas y las amenazas a la seguridad y democracia en Europa¹⁹¹.

Desde 1997, las actividades del Consejo de Europa se han dirigido al fomento y apoyo de las respuestas nacionales y subregionales contra la trata de seres humanos, asignando dichas responsabilidades a los sujetos clave para ello, como legisladores, jueces, fiscales, funcionarios de la justicia penal, profesores educadores, y los medios de comunicación¹⁹². La atención del Consejo de Europa se centró en las reformas legislativas de los países de origen y tránsito de la trata de seres humanos, como el sur y suroriente de Europa¹⁹³. El trabajo contra la trata de seres humanos, adoptó un nuevo giro en los primeros años del siglo XXI con el desarrollo de dos instrumentos jurídicos del Comité de Ministros: el primer instrumento, la Recomendación R (2000) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, aprobada el 19 de mayo de 2000, que se centraba en la trata de seres humanos con fines de explotación sexual¹⁹⁴; el segundo instrumento, la Recomendación No. (2001) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, adoptada el 31 de octubre de 2001, contenía medidas para proteger a niños contra la explotación sexual, incluyendo la trata de

¹⁹¹ Consejo de Europa, Strasbourg Summit Final Declaration, *adopted* 11 October 1997. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593437>

¹⁹² Informe explicativo del Convenio de Varsovia, pp. 12-21. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglis h&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=F DC864&BackColorLogged=FDC864>

¹⁹³ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, pp. 13-15. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglis h&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=F DC864&BackColorLogged=FDC864>

¹⁹⁴ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación R (2000) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, aprobada el 19 de mayo de 2000.

seres humanos de los mismos¹⁹⁵. Las mismas recogían estrategias para hacer frente a la trata de seres humanos tanto en Europa, como fuera de la misma, centrándose en la armonización de la definición, investigación, medidas de derecho penal, asistencia a las víctimas y cooperación internacional.

La propuesta de una convención sobre la trata de seres humanos no emerge hasta 2002, incentivada por una recomendación de la Asamblea Parlamentaria¹⁹⁶. En principio, dicho Convenio pretendía dirigirse a la trata de seres humanos centrada en mujeres y limitada a fines de explotación sexual. Ahora bien, en una reunión para discutir la iniciativa entre la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el Consejo de Europa, el primero instó al Consejo de Europa a que utilizara este instrumento para desarrollar lo dispuesto por el Protocolo de Palermo, y que no fuera dirigido únicamente a la trata de explotación sexual, puesto que también el trabajo forzoso constituía una grave violación de los derechos humanos¹⁹⁷. Además, de modo más preciso, la Asamblea Parlamentaria expresó la necesidad de incluir en el Convenio tanto la trata para fines de tráfico de órganos, como la esclavitud en el servicio doméstico¹⁹⁸.

Ese mismo año, la Asamblea Parlamentaria recomendó específicamente que el futuro convenio debía *“aportar valores*

¹⁹⁵ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación No. (2001) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, adoptada el 31 de octubre de 2001.

¹⁹⁶ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1545 (2002) en una campaña contra la trata de mujeres, aprobada el 21 de enero de 2002.

¹⁹⁷ OHCHR/Council of Europe Panel Discussion: combating trafficking in human beings-a European convention?, Geneva, 9 April 2002. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/E67E7C3664630619C1256B970031AD16?opendocument>

¹⁹⁸ Parliamentary Assembly, Recommendation 1610, on Migration connected with trafficking in women and prostitution, 25 June 2003.

añadidos a otros instrumentos internacionales”¹⁹⁹. Durante los años 2003 y 2004 hubo varias recomendaciones, en las que se reafirmaba la necesidad de un tratado europeo contra la trata de seres humanos²⁰⁰. Durante este período, el Comité para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Consejo realizó un estudio sobre un posible convenio, confirmando la conveniencia de desarrollar un instrumento legal vinculante “*orientado a la protección de los derechos de las víctimas y al respeto de los derechos humanos, con el propósito de llegar a un equilibrio entre las cuestiones relativas a los derechos humanos y la persecución de los hechos*”²⁰¹. El Convenio de Varsovia no pretende competir con otros instrumentos adoptados de forma global o regional, siendo su finalidad mejorar la protección aportada por los mismos y desarrollar los estándares relacionados con la protección de los derechos humanos de las víctimas²⁰².

A pesar de que el proceso de elaboración no se realizara de manera cerrada²⁰³, según lo dispuesto por el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia, -instrumento del Consejo de Europa dirigido a los Estados miembros en la correcta comprensión del Convenio de Varsovia-, parece resultado de un mayor consenso entre las partes

¹⁹⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1610 (2003) on migration connected with trafficking in women and prostitution, adopted 25 June, 2003. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17123&lang=en>

²⁰⁰ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1611 (2003) on trafficking in organs in Europe, adopted on 25 June 2003. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17125&lang=en> ; Council of Europe, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1663 (2004) on domestic slavery: servitude, au pairs and mail order brides, adopted on 22 June, 2004. Disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int./Documents/AdoptedText/ta04/EREC1663.htm>

²⁰¹ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 29. Disponible en: http://lastradainternational.org/lisidocs/PDF_Conv_197_Trafficking_E.pdf

²⁰² Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 30.

²⁰³ GALLAGHER, “Recent Legal Developments in the Field of Human trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, 8 *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 165.

en comparación con el Protocolo de Palermo anteriormente estudiado, por la delimitación terminológica significativamente definida, siendo ello esencial para la correcta comprensión de este fenómeno delictivo²⁰⁴.

El Convenio sigue el esquema que ofrece el Protocolo de Palermo, estableciendo en su art. 1.1 los objetivos que persigue, coincidiendo con las previsiones expuestas en el instrumento de Naciones Unidas: “a) *prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres; b) proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces; c) promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos*”.

Resulta de interés la innovación de un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas de trata y los testigos, ofreciendo una perspectiva más proteccionista de la víctima en comparación con el Protocolo de Palermo²⁰⁵.

El art. 1.2 recoge la novedad de un “*mecanismo de seguimiento específico*”, refiriéndose a la creación del denominado Grupo de

²⁰⁴ ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012, p. 112.

²⁰⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “*Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas*”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2014, p. 4.

Expertos (GRETA)²⁰⁶ entre cuyas finalidades se encuentra la evaluación del grado de cumplimiento del Convenio por parte de los Estados, que estará formado por un mínimo de 10 miembros y un máximo de 15, elegidas “*por su competencia en materia de derechos humanos, asistencia y protección a las víctimas y lucha contra la trata de seres humanos*”²⁰⁷, o por su experiencia profesional en otros campos que trata el Convenio, debiendo ser independientes e imparciales en el ejercicio de sus funciones²⁰⁸.

2.1. Delimitación y conceptualización de la definición sobre la trata de seres humanos recogida en el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa

Como ya se ha avanzado, el Consejo de Europa persigue la mayor efectividad y salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, tal y como recoge el Estatuto del Consejo de Europa²⁰⁹.

El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia, del 16 de mayo de 2005²¹⁰, supone un avance en la salvaguarda de los derechos humanos de dicha organización²¹¹.

²⁰⁶ Para mayor detalle respecto al mecanismo de seguimiento que instaura el Convenio de Varsovia puede consultarse el Capítulo VII del mismo en el cual se establece la previsión de crear un Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos, así como un Comité de las Partes, y los correspondientes procedimientos de elección de los miembros de ambos órganos, pero sobre todo se determina la forma en la que se llevará a cabo el procedimiento de evaluación de las partes del Convenio. Artículos 36, 37 y 38 del Convenio de Varsovia.

²⁰⁷ Art. 36 del Convenio de Varsovia.

²⁰⁸ Más información disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/GRETA_en.asp

²⁰⁹ Art. 1.b) Estatuto del Consejo de Europa, en Londres el 5 de mayo de 1949.

²¹⁰ En adelante Convenio de Varsovia.

²¹¹ Sus predecesores son, la Recomendación 1065 (1987), de la Asamblea, relativa a la trata de niños y otras formas de explotación infantil; Recomendación R (91)

El art. 4 del Convenio de Varsovia identifica la trata de seres humanos con *“la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*²¹².

Podemos comprobar que, aunque se haga uso de una terminología distinta a la recogida por el Protocolo de Palermo, resulta semejante en lo que concierne a los elementos característicos de la trata de seres humanos identificados anteriormente en el instrumento internacional de Naciones Unidas.

En comparación con el Protocolo de Palermo resulta esencialmente destacable que el Convenio de Varsovia recoge de forma expresa su aplicación a todas las formas de trata, tanto nacional como transnacional²¹³, relacionada o no con la

11, del Comité de Ministros, sobre explotación sexual, pornografía, prostitución y trata de niños y jóvenes; Recomendación 1211 (1993) sobre la emigración clandestina: traficantes y empleadores de emigrantes clandestinos; Recomendación 1325 (1997) relativa a la trata de mujeres y la prostitución forzada en los Estados Miembros del Consejo de Europa; la Recomendación R (2000)11 sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; la Recomendación 1610 (2003) migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución, y la Recomendación 1611 (2003) tráfico de órganos en Europa; la Recomendación 1663 (2004) esclavitud doméstica; servidumbre, personas <<au pair>> y esposas compradas por correspondencia;

²¹² Art. 4 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 2005.

²¹³ Art. 4 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 2005.

delincuencia organizada²¹⁴. Por ello, este instrumento mejora la propuesta de Naciones Unidas mediante la redefinición del fenómeno en atención a las políticas de igualdad de género, a la protección de los derechos humanos de las víctimas y a la cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra dicho fenómeno²¹⁵. En este sentido, especialmente destacables resultan ciertos capítulos del Convenio de Varsovia como el capítulo II, dirigido a la prevención y cooperación, el capítulo III del mismo instrumento, que recoge ciertas medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad de género, así como el capítulo VI sobre la cooperación internacional y cooperación con la sociedad civil.

El informe explicativo del Convenio de Varsovia recoge una serie de aclaraciones que permiten reformular ciertos aspectos emanados en un primer momento del Protocolo de Palermo:

- La trata puede darse por medio de un cruce de fronteras legal y a nivel nacional²¹⁶.
- El abuso de vulnerabilidad: por lo que recoge el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia, abarca los supuestos de cualquier estado de dificultad en el que un ser humano es impulsado a aceptar ser explotado, incluyendo la inseguridad económica o la pobreza de un adulto que tenga la esperanza de mejorar su situación o la de su familia²¹⁷.

²¹⁴ Art. 2 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 2005.

²¹⁵ ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012, p. 112.

²¹⁶ Informe Explicativo Convenio de Varsovia, párr. 80.

²¹⁷ Informe Explicativo Convenio de Varsovia, párr. 83.

- No es necesario que se produzca la explotación para la consumación de la trata de seres humanos, aunque sí que exista dicho objetivo, siempre que la acción se ejecute con el uso de los medios comisivos requeridos por la trata de seres humanos²¹⁸.
- Aunque el Convenio no haga referencia a las adopciones ilegales, se considerará trata de seres humanos si se prueba el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad como en la esclavitud, una vez analizado el caso²¹⁹.
- Aunque una persona haya aceptado ejercer la prostitución no significa que acepte ser explotada²²⁰.

A continuación, destacaremos aquellas diferencias existentes en la definición emanada del Convenio de Varsovia y el Protocolo de Palermo, con el fin de favorecer una mejor interpretación y comprensión de la trata de seres humanos. Aunque la definición contenida en el instrumento del Consejo de Europa viene a reflejar exactamente lo dispuesto por el Protocolo de Palermo²²¹, hay que destacar algunas diferencias terminológicas que se observan en las traducciones al español de ambos instrumentos. Las definiciones de trata de seres humanos recogidas tanto en el art. 3 del Protocolo de Palermo²²²”, como en el art. 4 del Convenio de Varsovia²²³ en los

²¹⁸ Informe Explicativo Convenio de Varsovia, párr. 87.

²¹⁹ Informe Explicativo Convenio de Varsovia, párr. 94.

²²⁰ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, párrafo 97.

²²¹ GALLAGHER, A. T., *The international law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 115.

²²² Art. 3 Protocolo de Palermo “*Trafficking in persons*” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs”

²²³ Art. 4 del Convenio de Varsovia “*Trafficking in human beings*” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or

textos originales son idénticas, alejándose, dicha interpretación de la traducción al español de los mismos.

2.1.1 La Acción

Por lo que respecta a la acción, el Convenio de Varsovia, recoge que la misma requiere la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida.

A pesar de que, en el Convenio de Varsovia, “recruitment” se traduzca como “contratación”, el Protocolo de Palermo, siendo la definición precedente y modelo, lo traduce como “captación”. El informe explicativo del Convenio de Varsovia recoge la “contratación” como proceso para atraer a una persona, pudiéndose realizar mediante cualquier instrumento o forma; oral o a través de las nuevas tecnologías, como internet²²⁴. Por consiguiente, a pesar de que en el Convenio parezca otra modalidad de acción, “contratación” es sinónimo de “captación” debiéndose la confusión a la traducción al español del propio instrumento.

Por su parte, con el “transporte” se refleja el movimiento de la persona tratada, pudiendo ser un movimiento nacional o transnacional²²⁵. El “traslado” también se considera sinónimo de esta acción, dado que el informe explicativo del Convenio de Varsovia tampoco realiza distinciones entre los términos “transportation” y

receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs”.

²²⁴ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p.38.

²²⁵ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p.38.

“transfer”. Ahora bien, podemos encontrarnos ante el supuesto de una errónea traducción, como ocurría en el Protocolo de Palermo; esto es, la acción de “trasladar” puede referirse al traslado o transferencia del dominio sobre la persona a otra, dado que el “traslado”, en la fuente original, se recoge como “transfer”, tal y como también ocurría en el Protocolo de Palermo.

Respecto a las acciones de “alojar” o “acoger”, el informe explicativo del Convenio de Varsovia se limita a nombrarlos asumiendo que no existe dificultad interpretativa alguna sobre dichos términos, por lo que entendemos que se trata de una mera repetición.

Por todo ello, según lo dispuesto en el Convenio de Varsovia sobre la acción de la trata de seres humanos, señalando lo más relevante, entendemos que “contratación” es sinónimo de “captación” tratándose de la acción que da comienzo a dicho fenómeno. Ahora bien, tal y como ocurre con la definición emanada del Protocolo de Palermo, las acciones de “transporte” y “traslado” aparentan ser meros sinónimos cuando quizás nos encontremos ante un problema de traducción de los instrumentos. Por su parte, a nuestro modo de ver, resulta innecesaria la repetición terminológica y conceptual de las acciones de alojar y acoger, dado que hacen referencia a los mismos supuestos de recibir a una persona y darle refugio, en el que acoger puede asumir las dos conductas.

2.1.2. Medios comisivos

Por lo que respecta a los medios comisivos en la trata de seres humanos, son los medios exigidos para ejecutar las acciones mencionadas: *“amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño,*

abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”, los mismos medios comisivos se recogen en el Protocolo de Palermo.

No obstante, existe una diferencia terminológica en lo que respecta al abuso de autoridad, previsto como abuso de poder en el primer instrumento referente en materia de trata; a pesar de que el Convenio de Varsovia lo denomine como “de autoridad”, también se entiende como abuso de poder, aunque ello pueda conllevar a una doble interpretación del aspecto público como privado²²⁶. Por consiguiente, hubiera sido más adecuado mantener el “abuso de poder”, dado que puede interpretarse junto al ejercicio de un cargo público. A nuestro modo de ver, todo ello se debe a un error de traducción dado que, en su idioma original, tanto el Protocolo de Palermo como el Convenio de Varsovia recogen dicho medio comisivo como “*abuse of power*”: abuso de poder. Por consiguiente, no puede tratarse de algo distinto a lo expuesto anteriormente.

Por lo que respecta al abuso de vulnerabilidad, el informe explicativo del Convenio de Varsovia²²⁷ indica que es cualquier situación en la que la persona víctima no tiene ninguna otra alternativa aceptable que ser abusada. Esta vulnerabilidad puede ser psicológica, emocional, familiar, social o económica. El abuso de la situación de vulnerabilidad se dará cuando las personas abusen de los derechos humanos de las víctimas y las mismas no tengan oportunidad de resistirse²²⁸. A modo de ejemplo, el informe explicativo del Convenio de Varsovia expone que la estancia irregular

²²⁶ SANTANA VEGA, D. M., “La directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, 2011, pp. 211-226.

²²⁷ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 38.

²²⁸ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 38.

de la persona en el territorio del país de destino podría ser ya una circunstancia que condujera a dicha situación de vulnerabilidad, o el padecimiento de dificultades económicas²²⁹.

Tal y como se ha podido comprobar, los medios comisivos no difieren sustancialmente de lo previsto por el Protocolo de Palermo y las diferencias existentes son fruto de un problema de traducción de las fuentes originales al castellano, dado que, en las versiones originales, los dos instrumentos recogen, exactamente, la misma definición.

La finalidad de explotación constituye el tercer elemento de la trata de seres humanos. Tal y como se dicta en el informe explicativo del Convenio de Varsovia, no es necesaria la ejecución de la explotación para la consumación del delito de trata de seres humanos²³⁰. Según lo dispuesto por el Convenio de Varsovia dichas formas de explotación serán, como mínimo “*la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*”.

Tal y como puede observarse, los instrumentos no contienen diferencias sustanciales por lo que respecta a la definición del fenómeno. Siguiendo lo expuesto por GRETA, grupo creado para monitorizar la aplicación del Convenio en los Estados parte, no hay diferencias notorias en comparación con el Protocolo de Palermo; y se insiste en que se deben aplicar los tres elementos de la definición del Derecho internacional de la trata²³¹: la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación.

²²⁹ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 38.

²³⁰ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 39.

²³¹ Fourth general Report on GRETA's Activities, CoE, 2014, p. 36.

En lo que concierne a la modalidad de la trata con fines de explotación laboral -esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado- el informe explicativo del Convenio de Varsovia recoge que, a pesar de que dicho instrumento no aporta las definiciones correspondientes sobre dichos fenómenos, se debe acudir a la Convención N° 29 de la OIT, a la Convención de la abolición de la esclavitud de 1926, a la Convención suplementaria de 1956 de la anterior, así como a las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para dotar de contenido a los mismos²³², que son objeto de estudio del siguiente epígrafe.

2.2.1. Especial consideración de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el art. 4 del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de dichos conceptos en cuanto finalidades de la trata de seres humanos

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, comúnmente conocido como el Convenio Europeo de Derechos Humanos²³³, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Como característica distintiva del CEDH debe destacarse la referencia a la *“garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”*²³⁴, siendo el fin garantizar

²³² Informe Explicativo del Convenio de Varsovia, párr. 39.

²³³ En adelante CEDH

²³⁴ Preámbulo del Convenio de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 1950.

el respeto efectivo de las obligaciones asumidas por los Estados parte y, además, se pone de manifiesto que el Convenio no es un instrumento definitivo, sino que es un punto de partida en el desarrollo del reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos²³⁵.

El CEDH, en su art. 4, recoge la prohibición de someter a una persona a esclavitud o servidumbre, así como ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. Con el fin de comprender el alcance de esta prohibición, se requiere conocer el significado de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio. Ahora bien, el CEDH se limita a prohibir estas prácticas sin aportar ninguna definición, por lo que es necesario acudir a la normativa internacional anteriormente mencionada -Convención N.º 29 de la OIT, la Convención para abolir la esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria de esta última de 1956- y al TEDH con el fin de delimitar dichos conceptos mediante la evolución interpretativa de los mismos a la vista de las nuevas realidades que se van produciendo.

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, entendemos que la trata de seres humanos y la esclavitud son dos fenómenos conexos, a pesar de sus divergencias terminológicas en sus respectivas definiciones, por lo que la prohibición de la trata de seres humanos, aun no encontrándose recogida expresamente en dicho art. 4 CEDH, puede interpretarse incurso en el contenido de dicho precepto tal y como veremos a continuación tal y como veremos a continuación.

²³⁵ Prueba de ello son los Protocolos subsiguientes sobre el propio CEDH: Protocolo adicional n.º 1 de 1952 hasta el Protocolo adicional n.º 13 firmado en 2002, relativo a la pena de muerte. Estos Protocolos, ocho son adicionales, y el número 1, 4, 6, 7, 12, y 13 amplían el catálogo de derechos reconocidos en 1950. Los Protocolos 3, 5, 8, y 11 recogen lo referente a la organización del mecanismo de garantía y sus competencias.

2.2.1.1. El trabajo forzoso u obligatorio según lo dispuesto por el art. 4 del CEDH y el TEDH

En primer lugar, por lo que respecta al trabajo forzoso u obligatorio, según recoge el Convenio N.º 29 de la OIT, es el trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una penalidad y para el que esa persona no se ha ofrecido voluntariamente²³⁶. El TEDH además del CEDH, prevé necesaria la aplicación de la legislación del Convenio N.º 29 de la OIT a la hora de delimitar el alcance del trabajo forzado u obligatorio²³⁷.

Por lo que respecta al significado del trabajo “forzado” u “obligatorio”, el TEDH ha determinado que el primero manifiesta una coacción física o psicológica²³⁸, mientras que la obligación no puede suponer una obligación jurídica; en estos supuestos lo determinante es que el trabajo realizado sea bajo la amenaza de una pena cualquiera y en contra de la voluntad de la persona²³⁹. El requerimiento para realizar el trabajo debe ser injustificado, ajeno a la voluntad de la persona, opresivo y debe implicar una privación evitable²⁴⁰. Por ello, no se consideran trabajos forzados aquellas actividades que constituyen obligaciones normales de una profesión por su contenido²⁴¹, cuando la cantidad de trabajo a realizar no es

²³⁶ Art. 2.1 del Convenio 29 de la OIT.

²³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Siliadin contra Francia (n.º 73316/2001), sentencia de 26 de julio de 2005, pp. 34-35.

²³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Van der Mussele v. Belgium (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 35.

²³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Van der Mussele v. Belgium (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 34.

²⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Van der Mussele v. Belgium (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 36.

²⁴¹ Decisión de la Comisión de 1 de abril de 1974, *X v. Netherlands*, de 3 de mayo de 1983, Req. Núm. 9322/81, D.R. vol. 32, p. 186.

excesiva²⁴². No obstante, el consentimiento inicial del sujeto pasivo no descarta la existencia del trabajo forzado u obligatorio ya que puede suceder que, mediando consentimiento previo, una situación se considere trabajo forzado u obligatorio por tener carácter injusto u opresivo²⁴³. Además, la remuneración del trabajo será independiente a su consideración como forzado u obligatorio²⁴⁴.

A pesar de que el art. 4 del CEDH no incluya los servicios forzados, el TEDH entiende que quedan incursos en su ámbito de aplicación, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Convenio N.º 29 de la OIT, por lo que el término “trabajo” debe ser entendido en sentido amplio²⁴⁵.

2.2.1.2. La servidumbre y la esclavitud según lo dispuesto por el art. 4 del CEDH y el TEDH

Junto al concepto de trabajo forzado, con el fin de comprender el alcance de la prohibición que contiene el art. 4.1, se requiere también delimitar el significado de la “servidumbre” y la “esclavitud”. Según lo dispuesto por el art. 4.1 del CEDH son conceptos relacionados, debiendo acudir a lo expuesto por la Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y la Convención suplementaria de Ginebra de 1956, sobre la abolición

²⁴² SARASOLA GORRITI, S. & LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Zizur Menor, 2015, p. 103.

²⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Mussele v. Belgium* (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 35.

²⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Zhelyazkov v. Bulgaria*, (App.11332/04), 09 de octubre de 2012, párr. 36.

²⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Mussele v. Belgium* (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 33.

de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud²⁴⁶.

Por su parte, en varias ocasiones ha sido objeto de denuncia la violación del art. 4 CEDH por la imposición de la servidumbre sobre personas en detención, aunque ninguna ha obtenido resultados con éxito, como por ejemplo el caso *Van Droogenbroeck v. Bélgica* de 1982²⁴⁷, donde una persona que alegaba haber sufrido una situación de servidumbre, fue puesta bajo el control de las autoridades administrativas para prestar trabajo en régimen de semi-detención. Sin embargo, el TEDH consideró que no se vulneró lo dispuesto por el art. 4.1 por no constituir una forma particularmente grave de privación de libertad²⁴⁸. Por consiguiente, se interpreta que la existencia de la servidumbre debe reflejarse mediante una forma particularmente grave de denegación de la libertad del sujeto pasivo.

Otro de los casos interesantes en la materia sobre la prohibición de la esclavitud es el supuesto de hecho del caso *Sijakova y otros v. Macedonia* de 2003. Se trataba de un reglamento de una orden monacal, que ponía a los demandantes en una situación de dependencia absoluta del superior monástico, teniendo que trabajar en la propiedad de la iglesia y sin posibilidad de modificar dicha situación ya que abandonar implicaba ser excomulgado²⁴⁹. A pesar de que el tribunal declarara improcedente la demanda por falta de agotamiento de los recursos internos, no

²⁴⁶ En adelante la Convención suplementaria de 1956

²⁴⁷ Tribunal Europeo de derechos humanos, caso *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, sentencia no. 7906/77, de 24 de junio de 1982.

²⁴⁸ Tribunal Europeo de derechos humanos, caso *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, (App. 7906/77), de 24 de junio de 1982, párr. 58, “... *it could have been regarded as servitude only if it involved a “particularly serious” form of denial of freedom (...), which was not so in the present case*”.

²⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sijakova y otros v. Macedonia*, (App. 67914/01), 6 de marzo de 2003, párr. 6.

rechazó la posibilidad de que existiera una vulneración del art. 4.1 considerando la demanda “prematura”, pero no infundada²⁵⁰.

Ahora bien, el primer pronunciamiento de vulneración del art. 4.1 CEDH llegó con el caso *Siliadin v. Francia*²⁵¹, asunto fundamental para la jurisprudencia en materia de esclavitud y servidumbre²⁵², así como, a nuestro modo de ver, para la delimitación del fenómeno de la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico.

El presente supuesto trata sobre una menor de 15 años togolesa que acuerda ir a trabajar con una familia con el fin de realizar tareas domésticas bajo las promesas de regularizar su situación administrativa, ser escolarizada y, mediante el trabajo realizado en el servicio doméstico, pagar la deuda contraída por su viaje. La misma es obligada a realizar jornadas laborales de 15 horas diarias los siete días de la semana, sin remuneración alguna y sin que lo prometido se cumpla²⁵³.

Según los hechos probados, la joven debía trabajar en la casa y en la tienda de dicha familia, hasta poder pagar la deuda contraída por el viaje realizado²⁵⁴. Sin embargo, la situación administrativa de la misma no se regularizó y tampoco le facilitaron su escolarización, confiscando su pasaporte en cuanto llegó a Francia. Trabajó con esa familia por un semestre y después fue “cedida” a un matrimonio, siendo la menor sometida a jornadas de 15 horas diarias realizando tareas domésticas, el cuidado de los cuatro hijos del matrimonio y

²⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sidakova y otros v. Macedonia*, sentencia no. 67914/01, 6 de marzo de 2003, párr. 4.

²⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005.

²⁵² ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, p. 160.

²⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005 párrs. 109-110

²⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 11.

limpiar la oficina anexa a la casa²⁵⁵. La víctima no recibía compensación económica alguna por sus labores y tampoco tenía condiciones adecuadas de alojamiento: dormía en el suelo de la habitación del hijo menor del matrimonio recién nacido, por lo que de noche también debía hacerse cargo del mismo.

Al cabo de un año consiguió huir con la ayuda de otra persona, que le ofreció alojamiento a cambio del trabajo en su casa para el cuidado de sus dos hijos²⁵⁶. Sin embargo, después de haber trabajado durante seis meses en esta última residencia, fue obligada a volver con la familia anterior, bajo la promesa de que se iba a proceder a su regulación administrativa y su escolarización. Aun así, la situación de Siliadin no cambió, y tras casi cuatro años en esta situación un vecino de la familia denunció el caso al “*Comité contre l’esclavage moderne*”, que inició acciones judiciales contra dicho matrimonio, y fueron procesados por tres presuntos delitos: a) sometimiento por medio del abuso de su situación de vulnerabilidad o de dependencia, por el beneficio del trabajo no remunerado o por la retribución desproporcionada al trabajo realizado; b) sometimiento de la persona, abusando de su vulnerabilidad o dependencia, a condiciones de trabajo y de alojamiento incompatibles con la dignidad humana; c) contratación y sometimiento de la persona a sus servicios sin autorización de trabajo²⁵⁷.

La demandante alegaba que las disposiciones penales aplicables en Francia no le proporcionaron una protección suficiente y efectiva contra la servidumbre, la esclavitud o el trabajo forzoso al

²⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Siliadin v. Francia (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 14.

²⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Siliadin v. Francia (App. 73316/01), 26 julio 2005, Parr. 16.

²⁵⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Siliadin v. Francia (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 20.

que fue sometida, siguiendo lo dispuesto por el art 4 del CEDH, una vez agotada la vía interna.

El TEDH afirma que no le garantizaron una protección suficiente y efectiva frente a la condición de servidumbre y trabajos forzosos a las que fue sometida, habida cuenta de la ausencia de la tipificación de esta clase de supuestos en el Código Penal francés, en contra de las exigencias de armonización internacional y europea²⁵⁸. Por ello, Francia estaba vulnerando los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa²⁵⁹.

El TEDH analizó si el artículo 4 había sido vulnerado en su prohibición de trabajo forzoso, asumiendo que, al no definirse los conceptos de servidumbre y trabajo forzoso en la CEDH, se debe recurrir a la normativa internacional y europea –Convenio N.º 29 de la OIT, la Convención de 1926 sobre la esclavitud así como a la Convención suplementaria de 1956 de esta última– con el fin de comprobar si el caso concreto debía considerarse esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso relacionado con la trata de seres humanos²⁶⁰.

Según el TEDH, a la víctima se le retuvo su documentación, su trabajo no fue remunerado, sufrió aislamiento, una situación que se alargó en el tiempo y que, con ello, se limitaba su libertad, encontrándose en una situación precaria y de irregularidad administrativa que le causaba temor de ser arrestada y deportada. Por todo ello, el TEDH confirmó que el caso se trataba de un supuesto de lo que puede considerarse como esclavitud

²⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 89

²⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 82, 141, 144, 148.

²⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 91.

contemporánea, que se caracteriza por cuatro elementos: a) la explotación del trabajo sin remunerar; b) el ejercicio de control sobre la vida de la persona; c) la restricción o la libertad de movimiento de la persona y el grado del control del mismo; y d) la limitación de tomar libremente decisiones²⁶¹.

El TEDH afirmó que, a pesar de que la esclavitud fuera abolida, todavía se sigue ejerciendo en todo el mundo, y para combatirla, así como la servidumbre o el trabajo forzoso, además del CEDH, son necesarios otros instrumentos internacionales, tanto como la adopción por parte de los Estados de medidas legislativas internas necesarias para la protección y salvaguarda de los derechos de las víctimas²⁶².

En dicho caso, el TEDH recurrió al Convenio N.º 29 de la OIT con el fin de comparar el caso con lo dispuesto en dicho instrumento²⁶³. Así, al considerar la coacción física y moral realizada a la víctima y la involuntariedad, el TEDH dictaminó que la demandante se encontraba bajo la amenaza de un castigo, siendo esta la detención policial y el descubrimiento de su situación administrativa irregular, por lo que el trabajo realizado se exigió bajo amenaza. En segundo lugar, también confirma la falta de voluntad del sujeto pasivo al valorar que la demandante no tenía elección a oponerse al trabajo impuesto, por lo que la demandante fue sometida a trabajo forzoso, vulnerando el artículo 4 de la CEDH²⁶⁴.

²⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 93-96.

²⁶² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 112.

²⁶³ Art. 2.1 define el trabajo forzoso como lo siguiente: “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”.

²⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párrs.116-120.

Por su parte, el TEDH también quiso examinar si la demandante fue víctima de servidumbre o esclavitud y, para ello, acudió a la definición de esclavitud recogida en la Convención sobre la esclavitud de 1926²⁶⁵. El TEDH dictaminó que, aunque la demandante fue privada de su libertad, ello no implicaba que se encontrase en una situación de esclavitud en sentido estricto, dado que el matrimonio que la sometía a trabajar en dichas condiciones no ejercía los atributos de un derecho de propiedad auténtico sobre ella, o no la había reducido al concepto de objeto²⁶⁶.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, el TEDH realizó una interpretación sumamente restrictiva del concepto de “esclavitud”, al limitarse a valorar únicamente el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, tal y como se definía dicho fenómeno en 1926, obviando el contexto de propiedad en el que, desde nuestra perspectiva, se desarrollaba dicha “relación laboral”. Efectivamente, otros órganos jurisdiccionales al margen del ámbito de actuación del TEDH, ya se habían pronunciado sobre el actual contexto de la esclavitud; a modo de ejemplo, el caso *Prosecutor v. Kunarac*, por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

En dicho caso se realizó una interpretación evolutiva de la conceptualización del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad se dictaminando que, el control ejercido sobre un ser humano, su movimiento, entorno físico o control psicológico, la adopción de medidas orientadas a disuadir la fuga del sujeto, como por ejemplo, la amenaza, la coacción o la fuerza, entre otras, se asemejaba a los poderes atribuidos al derecho de propiedad que no llegarían al grado de “propiedad del bien mueble”, pero ello no

²⁶⁵ Art. 1.1 Convención sobre la esclavitud de 1926: “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

²⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 121.

significa que no se trate de esclavitud²⁶⁷. Esto es, la forma contemporánea de esclavitud no puede concebirse a través del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad *de iure*, sino que basta que el control ejercido sobre un ser humano sea asimilable al ejercicio de facultades propias del derecho de propiedad.

Por lo que respecta a la servidumbre, el TEDH utiliza la definición aportada por la Convención Suplementaria de 1956 mencionada anteriormente, y entiende que la servidumbre constituye una obligación de prestar servicios bajo coacción y está relacionada con la esclavitud²⁶⁸. Siguiendo los hechos del caso Siliadin de no disponer de tiempo libre ni remuneración por el trabajo realizado, ni tampoco libertad de movimientos y la confiscación de su documentación, el TEDH afirmó que la demandante fue sometida a trabajos forzosos, teniendo en cuenta que en el momento de los hechos el sujeto pasivo era una menor de edad, y a servidumbre bajo el art. 4 de la CEDH²⁶⁹, pero no a esclavitud por las razones mencionadas.

Así, el TEDH estima que la esclavitud y la servidumbre son dos prácticas vinculadas, ya que ambas aluden a un estado de dominación y control sobre una persona. Ahora bien, se diferencian por una cuestión de grado o intensidad, ya que la servidumbre no implica el ejercicio de los poderes o atributos del derecho de propiedad sobre una persona²⁷⁰. El TEDH señala que la servidumbre

²⁶⁷ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, núm. IT 96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, p. 117.

²⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005 párr. 122. Donde se cita el caso *Seguin c. France* (déc), no 42400/98, 7 mars 2000).

²⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 129.

²⁷⁰ SARASOLA GORRITI, S. & LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Zizur Menor, 2015, p. 99.

es una forma especialmente grave de negación de libertad, descrita como la obligación de prestar servicios bajo coacción²⁷¹, relacionada estrechamente con la esclavitud, que comprende, además, la obligación de prestar determinados servicios estando obligado a vivir en la propiedad de los demás sin poder cambiar su condición²⁷². En el caso *C.N. y V. contra Francia*, muy parecido al caso *Siliadin*, el TEDH fue más allá y afirmó que la servidumbre es una forma de trabajo forzoso u obligatorio, constituyendo la servidumbre un trabajo forzoso agravado²⁷³.

No obstante, ello dificulta la delimitación de las figuras de explotación descritas; el TEDH dictaminó que la servidumbre es una práctica asimilada a la esclavitud, así como que la servidumbre es una forma de trabajo forzoso agravada, y de este modo, el TEDH asimilaba el trabajo forzoso a la esclavitud, dificultando la diferenciación de dichas formas de explotación. Ahora bien, en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*, el TEDH no consideró necesario clasificar el concreto tratamiento recibido por la víctima y recogido en la denuncia como esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso²⁷⁴, limitándose a considerarlo como un caso de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Por consiguiente, el propio TEDH expresa la innecesaria diferenciación de estas finalidades de explotación por la dificultad que ello presenta, dado que, a pesar de que el caso *Siliadin v. Francia* es un ejemplo paradigmático de la delimitación de los términos “trabajo forzoso”, “esclavitud” y “servidumbre”, este mismo órgano fue consciente de que en el caso

²⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005, párr. 122. Donde se cita el caso *Seguin c. France* (déc), no 42400/98, 7 mars 2000).

²⁷² Tribunal Europeo de derechos humanos, caso *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, sentencia no. 7906/77, de 24 de junio de 1982, párr. 79.

²⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *C.N. y V. contra Francia*, n.º 67724/09, 11 de octubre de 2012, párr. 92-94.

²⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v. Chipre & Rusia* (App. 25965/04), 07 de enero de 2010, párr. 290.

Siliadin no configuró de forma correcta el alcance y naturaleza del art. 4, siendo esta la explotación humana²⁷⁵.

En dicho caso, el órgano no se pronunció sobre si el caso era una manifestación del fenómeno de la trata de seres humanos, a pesar de que del supuesto de hecho pudiera deducirse la existencia de ello²⁷⁶. La ausencia de un pronunciamiento al respecto no sorprende, habida cuenta de que la prohibición de la trata de seres humanos no se contempla expresamente en el CEDH.

A pesar de ello, la tendencia jurisprudencial del TEDH cambió con la decisión del 7 de enero de 2010 sobre el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* mencionado anteriormente, donde dictaminó que el CEDH debe ser un instrumento vivo que se adapte a las condiciones actuales, y teniendo en cuenta que la trata de seres humanos es un fenómeno global creciente en los últimos años en Europa, tiene perfecta cabida en el ámbito de aplicación del art. 4 CEDH²⁷⁷.

En dicho caso, tal y como recoge ALLAIN, el Tribunal realizó una errónea interpretación del alcance y naturaleza del art. 4²⁷⁸ y estimó innecesario identificar si el tratamiento de la denuncia constituía esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso²⁷⁹. El Tribunal dispuso que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y objetivo de explotación, se basa en el ejercicio de poderes vinculados

²⁷⁵ ALLAIN, J., “Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, 2010, p. 551.

²⁷⁶ SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 141.

²⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v. Chipre & Rusia* (App. 25965/04), 07 de enero de 2010, párr. 276-277. Siendo este el primero de los casos por los que comprende la trata de seres humanos bajo la protección del art. 4 ha valorado en los siguientes casos la existencia de una vulneración del art. 4 por trata de seres humanos: *L.E. v. Greece* (no. 71545/12), 21 January 2016; *J. and Others v. Austria* (no. 58216/12), 17 January 2017; *Choudury and Others v. Greece*, 30 March 2017; *T.I. and Others v. Greece* (no. 40311/10), 18 July 2019.

²⁷⁸ ALLAIN, J., “Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, 2010, p. 551.

²⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v. Chipre & Rusia* (App. 25965/04), 07 de enero de 2010, párr. 290.

al derecho de propiedad²⁸⁰. Así, el TEDH entiende que, por su propia naturaleza y finalidad de explotación, la trata de seres humanos se basa en el ejercicio de poderes asimilados al derecho de propiedad, por el hecho de reducir a objeto a la persona y tratarla como mercancía con el fin de explotarla, configurándose como la forma moderna de la trata de esclavos²⁸¹.

En efecto, el caso *Rantsev* se convierte en ejemplo paradigmático al equiparar la esclavitud con la trata de seres humanos, a la vista de la interpretación extensiva con la que el órgano jurisdiccional dota al fenómeno de la esclavitud: esto es, por medio del control y restricción de los derechos se evidencia que “de hecho” se están ejerciendo las facultades propias del derecho de propiedad sobre la víctima.

Contrariamente a lo manifestado, ALLAIN argumenta que, en dicho caso, al equiparar esclavitud y trata de seres humanos el TEDH obvió las características esenciales de este último fenómeno, esto es, las acciones, los medios comisivos y la explotación posterior. El mismo argumenta que la definición emanada de la Convención de 1926 no contiene dichos requisitos, por lo que, a su modo de ver, resultan dos fenómenos diferenciados²⁸².

Si bien las definiciones y los rasgos fundamentales de la esclavitud y la trata de seres humanos parecen distanciarlos, a nuestro modo de ver, tal y como destaca el TEDH en el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia*, se trata de dos fenómenos que, independientemente de las modalidades de comisión que presenten,

²⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v. Chipre & Rusia* (App. 25965/04), 07 de enero de 2010, párr. 282.

²⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v. Chipre & Rusia* (App. 25965/04), 07 de enero de 2010, párr. 66-67.

²⁸² ALLAIN, J., “*Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*”, *Human Rights Law Review*, 2010, p. 553.

resultan análogos en cuanto a la instrumentalización del sujeto pasivo²⁸³.

En efecto, conviniendo con ALLAIN en que la definición de la esclavitud recogida en la Convención de 1926 parece alejarse del fenómeno de la trata de seres humanos²⁸⁴, en tanto que no está condicionada por la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación propios de la trata de seres humanos, lo cierto es que tanto la esclavitud, la trata de esclavos, como la trata de seres humanos pueden reconducirse a la idea de la instrumentalización del ser humano, en tanto que se cosifica, se instrumentaliza, se priva de la libertad a la persona y en última instancia, se la reduce a mero objeto, asimilable al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. Ahora bien, VILLACAMPA ESTIARTE, así como MAQUEDA ABREU no defienden dicha equiparación de fenómenos, conviniendo con ALLAIN en que la trata sería asimilable a la “trata de esclavos” más que a la propia esclavitud que resulta ser la propia finalidad de la trata de seres humanos²⁸⁵.

A nuestro modo de ver, estamos ante dos fenómenos diferenciados dado que la trata de seres humanos es medio para llegar a la esclavitud, pero considerando la definición de la esclavitud, no se define ninguna forma de explotación, sino el mero hecho de ejercer los atributos del derecho de propiedad sobre una persona. Por consiguiente, no convenimos tampoco con los autores anteriormente mencionados por las siguientes dos razones: en

²⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rantsev v. Chipre & Rusia (App. 25965/04), 07 de enero de 2010, párr. 282.

²⁸⁴ Art. 1, Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

²⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 57 y siguientes; MAQUEDA ABREU, M. L., “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?”, en J. M. SUÁREZ LÓPEZ/J. BARQUÍN SANZ, I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR/M.J. JIMÉNEZ DÍAZ/J.E. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (Coords.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251-1264.

primer lugar, porque el esclavo es aquella persona sobre la que se ejercen algunos o todos los atributos del derecho de propiedad, que, siguiendo lo dispuesto por el TEDH, se reflejan mediante el control absoluto o cuasi absoluto ejercido sobre el sujeto pasivo, que también se manifiestan en la trata de seres humanos -la pérdida de libertad del sujeto pasivo mediante su reducción a mero objeto con el fin de explotarlo-; y, en segundo lugar, porque, a pesar de que la trata sea el proceso para llegar a la explotación posterior, asimilable a la trata de esclavos definida en el apartado segundo del art. 1 de la Convención de 1926, la “trata de esclavos” refleja la captura, cesión, compra-venta e incluso traslado de personas que han sido reducidas a “esclavos”, lo que supone la pérdida de su libertad por el control ejercido sobre las mismas, así como su reducción a objeto mercantil. Por consiguiente, la propia trata de esclavos es esclavitud. Así, consideramos que, si bien la trata es el inicio del proceso de esclavización, ambos fenómenos (trata y esclavitud) resultan análogos, a la vista de que las características esenciales de la esclavitud se dan también en la trata de seres humanos.

Resulta importante traer a colación el anteriormente mencionado caso de la Corte Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, donde dicho Tribunal también se basa en la Convención de 1926 para definir la esclavitud. En el mismo, el Tribunal especial para la antigua Yugoslavia previó ciertos indicadores para la esclavitud: elementos de control y propiedad, la restricción o el control sobre la autonomía, libertad de decisión y movimiento sobre el individuo y a menudo la acumulación de ciertas ganancias para la persona que ejerce dichos derechos sobre la persona en estado servil; no existe el consentimiento o la libre voluntad de la víctima, y si la hubiere, se vuelve irrelevante por las amenazas o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el miedo a la violencia, engaño, o falsas promesas; el abuso de poder, la vulnerabilidad de la víctima,

la cautividad, opresión psicológica o condiciones socioeconómicas; la imposición del trabajo o servicio forzoso, normalmente sin que esté remunerado, sexo y prostitución forzada, así como la trata de seres humanos son reflejo de la esclavitud²⁸⁶.

Siguiendo estos indicadores internacionales, deducimos que, si la propiedad es la característica distintiva de la esclavitud, la característica principal la misma reside en tener el control sobre una persona; un control que priva a la misma de forma muy significativa de su libertad y de su autonomía, que supone la negación misma de la condición de persona, lo cual también sucede en la trata de seres humanos.

Por consiguiente, si bien el TEDH en el caso *Siliadin v. Francia* mantuvo una conceptualización restrictiva de la esclavitud, limitándola al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona en sentido estricto, entendiendo que lejos de producirse una situación de esclavitud, dicho caso era un ejemplo de servidumbre y trabajo forzoso en tanto que la víctima jurídicamente no había sido objeto de un derecho de propiedad auténtico²⁸⁷, en el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* acogió un giro jurisprudencial, dictaminando la innecesaria distinción de dichos fenómenos de explotación por la dificultad que presentan la conceptualización de los mismos, siendo el fin último del art. 4 CEDH la explotación humana.

²⁸⁶ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, núm. IT 96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, p. 193.

²⁸⁷ DRAGHICI, C., “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 4: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en C. ZANGHI (ed.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El tribunal europeo y la Corte interamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 298.

2.2. Conclusiones: la trata de seres humanos con fines de explotación laboral desde la perspectiva del Consejo de Europa

A la vista de todo lo mencionado, por lo que respecta al Consejo de Europa, entre los diversos instrumentos emanados por dicho órgano, debe destacarse el comúnmente llamado Convenio de Varsovia, por su perspectiva amplia ante la lucha contra la trata de seres humanos.

Ahora bien, la definición que emana dicho instrumento resulta parecida a la del Protocolo de Palermo de Naciones Unidas, aunque, en castellano, contenga ciertas diferencias terminológicas, debido, a nuestro modo de ver, a la traducción pues los instrumentos en su versión original recogen la misma definición del fenómeno.

Igualmente, los dos instrumentos prevén las mismas formas de explotación laboral: el trabajo forzoso, la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre. A pesar de que en el ámbito del Consejo de Europa priman las definiciones emanadas de las Convenciones anteriormente mencionadas -como la Convención sobre la esclavitud de 1926 o su Convención suplementaria de 1956 así como el Convenio N.º 29 de la OIT-, resulta pertinente analizar la jurisprudencia del TEDH siendo órgano jurisdiccional de aplicación del CEDH, que en su art. 4 recoge la prohibición de la servidumbre y la esclavitud, así como el trabajo forzoso.

Por lo que respecta al trabajo o servicio forzoso, para el TEDH es el trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una penalidad y para el que esa persona no se ha ofrecido voluntariamente, mediante coacción física o psicológica, por lo que se convierte en obligatorio, siendo el requerimiento para realizar el trabajo injustificado, ajeno a la voluntad de la persona, opresivo y

debe implicar una privación evitable. Por ello, no se consideran trabajos forzados aquellas actividades que constituyen obligaciones normales de una profesión por su contenido, cuando la cantidad de trabajo a realizar no es excesiva. No obstante, el consentimiento inicial del sujeto pasivo no descarta la existencia del trabajo forzado u obligatorio ya que puede suceder que, mediando consentimiento previo, una situación se considere trabajo forzado u obligatorio por tener carácter injusto u opresivo. Además, la remuneración del trabajo será independiente a su consideración como forzado u obligatorio.

En cuanto a la servidumbre, a pesar de que la Convención suplementaria de 1956 recoja dos formas de la misma -de la gleba y por deudas- el TEDH ha definido el concepto de servidumbre como una forma especialmente grave de negación de libertad, descrita como la obligación de prestar servicios bajo coacción, relacionada estrechamente con la esclavitud, que comprende, además, la obligación de prestar determinados servicios estando el sujeto obligado a vivir en la propiedad de los demás sin poder cambiar su condición, constituyendo una forma agravada de trabajo forzoso u obligatorio.

Por su parte, la esclavitud difiere de los fenómenos de explotación anteriormente mencionados, dado que es aquel estado de una persona sobre la cual se ejercen verdaderos o jurídicos atributos del derecho de propiedad, reduciendo la misma a objeto, según lo dictaminado en el caso *Siliadin contra Francia*.

Por último y, en cuarto lugar, el TEDH en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia* se pronunció sobre la trata de seres humanos, refutando lo dispuesto en el caso *Siliadin*, dado que no configuró de forma correcta el alcance y naturaleza del art. 4, siendo esta la explotación humana. Por ello, en el caso *Rantsev* el TEDH consideró

innecesario identificar si el tratamiento de la denuncia constituía esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, dado que entendió que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y objetivo de explotación, se basa en el ejercicio de poderes vinculados al derecho de propiedad, al contemplar al ser humano como mercancía con el fin de explotarlo, configurándose como la forma moderna de la trata de esclavos.

Por todo ello, si bien convenimos con ALLAIN, así como VILLACAMPA ESTIARTE o MAQUEDA ABREU en que la trata de seres humanos es un proceso para llegar a la futura explotación, asimilable a la trata de esclavos, a nuestro juicio, estamos ante fenómenos análogos: si la esclavitud se diferencia de las anteriores figuras descritas por la carencia del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre un ser humano, -sea para que preste servicios, o para que se desplace de un lugar a otro-, resulta importante destacar el ejercicio del control sobre el sujeto pasivo, dado que evidencia que “de hecho” se están ejerciendo sobre una víctima las facultades equiparables a las propias del derecho de propiedad, que también se ejerce en la trata de seres humanos. Además, es destacable que la trata de esclavos también es una práctica de la esclavitud. Igualmente, resulta difícil la distinción entre la servidumbre de la esclavitud, teniendo en cuenta que la línea que separa las dos formas de explotación es realmente difusa; con la prohibición absoluta de ejercer el derecho de propiedad sobre una persona, este se entiende que se manifiesta por medio del control omnímodo desempeñado sobre el sujeto pasivo explotado. Por consiguiente, considerando la definición de la servidumbre, entendemos que son dos formas de explotación que no pueden ser distinguidas y, por ello, análogas.

El caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*, el TEDH evidencia la dificultad y la innecesaridad de proceder a la diferenciación de estas

figuras de explotación descritas, teniendo en cuenta que la finalidad de las mismas es la explotación humana, sea cual sea el grado de control ejercido sobre el sujeto pasivo, de derecho de propiedad auténtico, o asimilable al mismo. Así, convenimos con lo dictaminado en dicho caso, dado que, a nuestro modo de ver, lo que recoge el apartado a) de la definición de la trata de seres humanos es la explotación laboral (tanto en su vertiente de trabajos o servicios) de la persona.

IV. INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

La Unión Europea, influida por los Convenios internacionales adoptados en el seno de diversas organizaciones internacionales, ha priorizado la lucha contra la trata de seres humanos en la última década. Tal y como afirma la Unión Europea, la trata de seres humanos constituye una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona y de la dignidad humana²⁸⁸, reflejando su claro compromiso de seguir enfocando su política en materia de trata de seres humanos en la salvaguarda de los derechos humanos.

2. Aproximación a la evolución normativa sobre la trata de seres humanos en la Unión Europea

El Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles fronterizos comunes y su posterior Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, reflejan el inicio de una importante cooperación en materia de extranjería, otorgando a los Estados un marco significativo de colaboración entre Partes bajo la existencia de la Comunidad Europea. Con la adopción del Acuerdo Schengen²⁸⁹, se buscaban los siguientes objetivos:

- Abolir las fronteras internas y crear una sola frontera externa.
- Definir reglas comunes para el cruce de la frontera externa.

²⁸⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo. Lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, Bruselas, 22 de diciembre de 2000, COM (2000) 854 final, p.14.

²⁸⁹ Convención que implementa el Acuerdo Schengen del 14 de Junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, La República Federal Alemana y la República Francesa en la gradual abolición de las fronteras comunes, 2000, *OJ L239/19*.

- La cooperación entre las fuerzas policiales nacionales, aduanas y cuerpos judiciales.
- Definir reglas comunes para la determinación del Estado responsable de examinar las solicitudes de asilo.
- Establecer el derecho de vigilancia y persecución de un Estado miembro a otro.
- Crear un Sistema de Información Schengen para el intercambio de datos sobre personas y bienes perdidos o robados.

La Unión Europea se institucionalizó en el Tratado Maastricht de 1992 y la iniciativa de lucha contra la trata de seres humanos comenzó en Viena en 1996, donde tuvo lugar la primera conferencia sobre la trata de seres humanos²⁹⁰, entendiéndose la trata de personas como todo “*acto ilegal de quien directa o indirectamente, favorece la entrada o la estancia de un ciudadano procedente de un tercer país con el fin de explotarle valiéndose de engaños o de cualquier otra forma de constricción o abusando de una situación vulnerable o de incertidumbre administrativa*”²⁹¹.

Así, toma especial importancia la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños, para su consolidación como delito en el ámbito de la Unión Europea²⁹². En la misma, la trata de seres humanos es definida como cualquier “*conducta que facilite la entrada, el tránsito, la residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines*

²⁹⁰ Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la trata de blancas con fines de explotación sexual.

²⁹¹ Resolución sobre la trata de personas, *Diario Oficial* n.º C 032 de 05/02/1996 p. 0088. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51995IP0326&from=ES>

²⁹² SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 173.

lucrativos, para la explotación sexual o los abusos sexuales”²⁹³. Como podemos comprobar, en las definiciones aportadas hasta ese momento existe una confusión, al identificar la trata, por un lado, con las conductas de facilitación de la entrada, el tránsito, la residencia o la del territorio de un Estado miembro y, por otro, enfocando la trata únicamente a la finalidad sexual.

La definición de la trata de seres humanos siguió en proceso de constante cambio. La Comunicación sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres²⁹⁴, se entendía el delito de trata de mujeres como transportar, de forma ilegal o legal con fines de explotación sexual a mujeres de terceros países de la Unión Europea. En dicha definición observamos que la misma acoge una perspectiva de género, relacionando la trata, únicamente, con las mujeres; vemos también que no se recoge ningún medio comisivo que anule la voluntad de la víctima.

En el marco de la cooperación intergubernamental de la Unión Europea, surge el Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (EUROPOL)²⁹⁵, siendo la trata de seres humanos uno de sus objetivos a perseguir²⁹⁶. Dicha Oficina Europea Policial, relaciona la trata con el *“acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños. Estas*

²⁹³ Acción común contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, 97/154/JAI, de 24 febrero de 1997. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:133072>

²⁹⁴ Comunicación de la Comisión de 9 de noviembre de 1998 al Consejo y al Parlamento europeo sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres.

²⁹⁵ Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998, Convenio EUROPOL (1999 C 26/05).

²⁹⁶ Artículo 2 del Convenio EUROPOL.

*formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil*²⁹⁷. Resulta relevante la ausencia de referencias a conductas como la captación, el traslado o la recepción de las personas, vinculándose la trata únicamente a la finalidad de explotación sexual. Ahora bien, esta definición abarca todas las víctimas sometidas mediante el uso de la violencia, las amenazas, el abuso de una relación de autoridad o el engaño. Por todo ello, entendemos que la Unión Europea desvincula la trata de seres humanos del tráfico ilícito de personas e identifica la primera con una grave y flagrante violación de los derechos fundamentales de las personas y de la dignidad humana²⁹⁸.

Pese a todo ello, la definición de la trata de seres humanos de mayor desarrollo no se genera hasta la Decisión marco 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos²⁹⁹ cuyo art. 1 recoge lo siguiente: *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o se recurra al engaño o fraude, o haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra*

²⁹⁷ Artículo 1 de la citada Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998.

²⁹⁸ SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 178; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ/I. RIAÑO BRUN/M. POELEMANS (Coords.), *Estudio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 52-53; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:4.

²⁹⁹ En adelante “Decisión marco”

persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía”.

Esta Decisión marco definió la trata de personas de forma autónoma, desvinculándola del tráfico ilícito de personas, y también de la exclusiva finalidad de explotación sexual. La definición emanada de este instrumento resultaba prácticamente idéntica a la del Protocolo de Palermo, aunque no incluía la finalidad de tráfico de órganos. Con la Decisión marco, los Estados miembros se comprometieron a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos de captación, transporte, traslado, acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso de control sobre la misma y cuando concurriesen determinadas modalidades comisivas que disminuyesen o anulasen la voluntad de la persona víctima.

Entre estas circunstancias o medios comisivos, -coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, el engaño o fraude o abuso de autoridad, concesión o recibimiento de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona- la situación de vulnerabilidad es la que puede reflejar mayor indeterminación; se identificaba, como en el Protocolo de Palermo o el Convenio de Varsovia, con la situación de una persona que no tenga ninguna otra alternativa real y aceptable excepto su sometimiento al abuso³⁰⁰. Por otra parte, se realizaba una mención específica al consentimiento de la víctima de la trata de seres humanos, estableciendo que el consentimiento sería

³⁰⁰ Artículo 1 c) Decisión Marco 2002/629/JAI.

irrelevante cuando fuese un menor de edad o en un adulto se ejecutarán las modalidades comisivas descritas³⁰¹.

Resulta de importancia mencionar que en los considerandos de la Decisión marco 2002/629/JAI se especificaba que el objeto último de la misma era la armonización de las legislaciones en materia penal, consiguiendo así mayor eficacia en la lucha contra la trata de seres humanos, igual que en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la explotación sexual de niños y la pornografía infantil, donde se preveía que los Estados miembros adoptasen las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la captación de un niño para su prostitución o espectáculos sexuales³⁰².

Siguiendo la misma conceptualización de la trata de seres humanos, la Unión Europea adoptó en 2004 la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes³⁰³.

Por último, en 2011 la Unión Europea aprueba la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que será objeto de estudio del siguiente epígrafe.

³⁰¹ Apartado 2 del artículo 1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI.

³⁰² Artículo 2 b) de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

³⁰³ Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004.

3. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo: definición de la trata de seres humanos

La Directiva 2011/36/UE define en su artículo 1 la trata de seres humanos como *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza y otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”*.

La propia Comisión europea reconoce que la Directiva se basa en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y sigue el mismo enfoque global, con lo cual viene a ser lógico que la definición sea parecida a las recogidas en otros instrumentos internacionales. La misma contiene, como podemos comprobar, los tres elementos que caracterizan a la trata de seres humanos: la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación, incluyendo también tanto la trata internacional como la interna. A diferencia del Protocolo de Palermo, no prevé como elemento necesario la participación de una organización delictiva, sino que esta se considera un subtipo agravado, al igual que en el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa.

Tanto las acciones como los medios comisivos son casi idénticos a los recogidos en el Convenio de Varsovia y el Protocolo de Palermo. Aunque se añade una modalidad nueva de acción,

siendo esta “el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas”. Con dicha inclusión se entiende que el legislador europeo ha querido despejar las dudas sobre el concepto de “*transfer*”, traducido como “traslado” en la versión española de los instrumentos. Por consiguiente, se entiende que dicho intercambio o transferencia podrá producirse tanto al inicio de la trata de seres humanos, en la captación, como durante el desplazamiento del sujeto pasivo, utilizado como mercancía, con ánimo de lucro o sin él, ya que se realizará por medio del intercambio de otras personas o por otros bienes o contraprestaciones como drogas, armas, etc. o incluso servicios. El intercambio implica la cesión de una persona, con o sin precio³⁰⁴. La “transferencia” es sinónimo de “intercambio” y hace referencia a la cesión del dominio del sujeto pasivo que adquiere el tratante³⁰⁵.

Por su parte, la Directiva, al igual que la Decisión marco, establece lo que debe entenderse por situación de vulnerabilidad³⁰⁶: esta supone aquella situación en la que la víctima no tenga otra alternativa real y aceptable que la de someterse a la situación de abuso³⁰⁷.

³⁰⁴ SANTANA VEGA, D. M., “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO & S. MIR PUIG (dirs.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 655.

³⁰⁵ BUSTOS RUBIO, M., “La esclavitud del siglo XXI: el delito de trata de seres humanos” *III Congreso de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Criminalidad Organizada Transnacional*, Sevilla, 2015, p. 14.

³⁰⁶ En la definición del Protocolo de Palermo no se explica qué supone la situación de vulnerabilidad, aunque podemos encontrar su explicación en los *Travaux préparatoires*, de las negociaciones para la elaboración de la Convención sobre delincuencia organizada y sus Protocolos, donde se entiende que la situación de vulnerabilidad se refiere a *toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso*.

ONU, *Travaux préparatoire de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*, p. 366.

³⁰⁷ Artículo 2.2 de la Directiva 2011/36UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres

En comparación con la Decisión marco, se conforma un concepto más amplio de trata de seres humanos, puesto que incluye un mayor número de formas de explotación. En efecto, junto a la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la mendicidad, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, también se introduce la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

Resulta de interés mencionar el Considerando 11 de la propia Directiva donde se refiere a la adopción ilegal o a los matrimonios forzados como conductas que pueden propiciar la explotación de la persona³⁰⁸, aunque finalmente no estén recogidas en la definición aportada por la Directiva. Con ello, entendemos que las finalidades recogidas no componen un *numerus clausus*, sino que se trata de una lista abierta, a modo de ejemplo, para permitir a los Estados miembros incluir en la tipificación penal otro tipo de conductas de explotación³⁰⁹.

Centrando la atención en la modalidad de explotación que nos concierne en este trabajo, las figuras delictivas previstas para el apartado llamado genéricamente “explotación laboral”, se conceptualizan y delimitan por los instrumentos internacionales anteriormente mencionados y analizados. Ahora bien, tal y como también ocurría en el ámbito del Consejo de Europa con el CEDH, resulta necesario acudir a la Carta de los Derechos Fundamentales

humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

³⁰⁸ Considerando 11 de la Directiva 2011/36UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

³⁰⁹ ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012, p. 132.

de la Unión Europea para delimitar y entender las finalidades de explotación de la trata con fines de explotación laboral, así como la inclusión del fenómeno de la trata en su art. 5.

4. Artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000, Niza

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 5 prevé que “1. *Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre; 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio; 3. Se prohíbe la trata de seres humanos*”.

La mayoría de los textos internacionales universales o regionales de protección de los derechos humanos recogen el derecho de toda persona a no verse sometida a esclavitud ni a trabajo forzado. A pesar de que la prohibición de la esclavitud sea de casi un siglo atrás, nuevas formas emergen, siendo miles de personas tratadas como esclavas a nivel mundial y en Europa³¹⁰; el artículo incluye expresamente la prohibición de la trata de seres humanos.

Esta resulta la diferencia más significativa en comparación al CEDH y su artículo 4: la inclusión de la trata de seres humanos, junto con la exclusión de las excepciones del trabajo forzoso que sí contiene el art. 4.3 del CEDH.

Por lo que respecta al alcance y delimitación de la esclavitud, la servidumbre o el trabajo forzoso, la Carta no contiene definición alguna de las mismas, por lo que hay que acudir a los convenios internacionales adoptados en esta materia, así como a la

³¹⁰ SOBRINO HEREDIA, J. M., “Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en A. MANGAS MARTÍN (Dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (Coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, p. 179.

jurisprudencia del TEDH, dado que, con arreglo al apartado 3 del art. 52 de la Carta, tienen el mismo sentido y alcance que lo recogido en los apartados 1 y 2 del art. 4 del CEDH³¹¹.

Teniendo en cuenta las similitudes que presenta la trata en comparación a las demás finalidades previstas, se entiende que causan un perjuicio muy grave al orden público y a la seguridad pública³¹². Por todo lo cual, la prevención y la represión de la trata de seres humanos representa una de las preocupaciones de la Unión Europea, demostrándolo mediante distintos instrumentos en contra de dicho fenómeno delictivo, en los que se prohíben conductas, como en el art. 5, que vulneran la propia condición del ser humano y en cuanto elemento fundamental de las sociedades democráticas³¹³.

5. Conclusiones

Los instrumentos tanto internacionales como europeos analizados recogen definiciones casi idénticas de la trata de seres humanos. Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, entendemos que el propio fenómeno de trata de seres humanos comparte características esenciales de la esclavitud, aun no siendo un mismo fenómeno, dado que la esclavitud hace

³¹¹ Art. 52.3. “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#), su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³¹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-303/05, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, apartado 57.

³¹³ *Irlanda v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párr. 163; *Soering v. United Kingdom*, 7 de julio de 1989, párr. 88; *Selmouni v. Francia*, 28 de julio de 1999, párr. 79.

referencia a la explotación posterior y la trata al proceso para llegar a ello.

Por lo que respecta a la modalidad de explotación que nos concierne, parece que tanto la esclavitud, el trabajo forzoso o las prácticas análogas a la esclavitud, son fenómenos diferenciados, suponiendo la esclavitud la forma más grave de violación de los derechos humanos. Ahora bien, la semejanza, a nuestro modo de ver, no resulta nada clara; el TEDH, como rasgo delimitador de la servidumbre y la esclavitud, prevé que en la servidumbre el individuo no se limita a la realización obligatoria de cierto trabajo, sino que la misma influye en las condiciones de su vida, sin que haya posibilidad de cambiar dicha condición. Así, en el caso *Siliadin v. Francia* el TEDH dictaminó que en la esclavitud debían ejercerse los atributos auténticos del derecho de propiedad sobre la persona, y la servidumbre se limitaba a la grave negación de libertad del sujeto pasivo. Sin embargo, a nuestro modo de ver, esta diferencia resulta ilusoria y poco práctica, dado que, teniendo en cuenta el rechazo absoluto de tener la propiedad de un ser humano, se reflejará mediante otros signos de control, por lo que carece de sentido diferenciar la servidumbre de la esclavitud, porque dicho control equiparable o asimilable al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad puede darse en ambas formas de explotación, así como en ciertos supuestos de trabajo forzoso u obligatorio.

En lo concerniente al trabajo forzoso u obligatorio, la diferencia entre estas dos prácticas no reside en que la esclavitud es un estado de sometimiento, mientras que el trabajo forzado es una forma de realizar el trabajo mediante imposición y en contra de la voluntad de la persona³¹⁴; sino que, tal y como expone Naciones

³¹⁴ SARASOLA GORRITI, S., “Prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Aranzadi, Zizur Menor, 2009, p. 84.

Unidas, el trabajo o servicio forzoso debe entenderse como la mutación de la esclavitud, constituyendo una manifestación de la esclavitud del siglo XIX.

Por lo que respecta a la unión entre la trata de seres humanos y la trata de esclavos, resulta muy evidente, dado que las dos prácticas necesitan movimiento organizado de personas, que crucen fronteras internacionales con el fin de explotar a las mismas; dado que la trata de esclavos es en sí misma una manifestación de la esclavitud, cierta parte de la doctrina percibe la trata de seres humanos como “nueva esclavitud”. En principio, la definición de la trata de seres humanos no parece que sea equivalente a la de la esclavitud, dado que esta última se incluye como una de las finalidades de la trata. No obstante, la referencia a la esclavitud y las prácticas similares a la misma en un texto que concierne únicamente a la trata de seres humanos refleja la unión entre dichos conceptos.

Con ello, podemos interpretar que existe un vínculo conceptual entre la trata de seres humanos con la esclavitud, habida cuenta de lo recogido en el Informe explicativo del Convenio de Varsovia del Consejo de Europa, -que relaciona la trata con la esclavitud, expresando que la trata puede conducir a la esclavitud de las víctimas-, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 5, dentro de la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso, incluye la prohibición de la trata de seres humanos.

La esclavitud “nunca ha desaparecido, sino que ha cambiado de forma”³¹⁵ y es signo de desigualdad y reflejo de la deshumanización, cambiante según espacio temporal³¹⁶. Se crean formas de esclavitud que cubran las nuevas necesidades actuales, como, por ejemplo, la tan polémica maternidad subrogada forzada, convertida ya en una nueva forma de explotación de personas³¹⁷.

En la trata de seres humanos, las personas pueden hallarse en condiciones semejantes a la esclavitud, ya que se les trata como “cosa” de la que se puede obtener beneficios por medio de su explotación. Entendemos que la propia esclavitud hace referencia a dicha explotación, aunque, considerando el contenido de la definición de “esclavo” así como la realidad de la trata de seres humanos, la deshumanización resulta equivalente en los dos fenómenos.

Como hemos mencionado anteriormente, la trata de seres humanos, en sí misma, es un proceso que tiene como objetivo explotar a una persona, siendo análoga a la trata de esclavos prevista en la Convención de 1926. No obstante, aunque compartamos que no sea el objeto de explotación en sí misma considerada y sea la vía para llegar a ello, la trata de esclavos es también un acto de esclavitud, dado que se intenta intercambiar, vender, comprar o trasladar a una persona sobre la que se ejerce un control absoluto o cuasi absoluto equiparable a los atributos del derecho de propiedad.

Por consiguiente, aun no encontrándonos todavía en la fase de explotación del sujeto pasivo, mediante el ejercicio de control

³¹⁵ BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 13.

³¹⁶ ESTERCI, N., *Escravos da desigualdade: Um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje*, CEDI/KOINOMIA, Rio de Janeiro, 1994, p. 45.

³¹⁷ Como el caso que relata dicha noticia <https://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-sh/surrogates>

absoluto o cuasi absoluto sobre el sujeto pasivo, nos encontramos ante una situación equiparable a las condiciones en las que se desarrolla la propia esclavitud, por lo que, a nuestro modo de ver, no puede tratarse de una modalidad de explotación del fenómeno de la trata, así como la servidumbre, por la dificultad de diferenciar dichas formas de explotación. Habida cuenta de lo determinado por el TEDH en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*, el art. 4 CEDH debe entenderse como la explotación del propio ser humano. En el contexto de la trata de seres humanos las formas de explotación del apartado a) de la definición que emanan los instrumentos internacionales y europeos referencian la explotación de naturaleza laboral o equiparable del ser humano, dado que, si dicho apartado englobase la explotación humana, todas las finalidades de explotación podrían subsumirse en el mismo.

En el siguiente capítulo del trabajo será estudiado en profundidad tanto la definición de la trata de seres humanos adoptado por el ordenamiento jurídico español, así como lo dispuesto por el art. 177 bis CP sobre la finalidad de explotación laboral del mismo.

CAPÍTULO II

**LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ESPECIAL ATENCIÓN A
LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO
DEL SERVICIO DOMÉSTICO**

I. INTRODUCCIÓN: LA INCLUSIÓN DEL NUEVO TÍTULO VII BIS EN EL CÓDIGO PENAL

La incriminación del delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español no llega hasta la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se introduce entonces en el Código Penal un nuevo Título VII bis en el libro II con la rúbrica “*De la trata de seres humanos*”.

Como se ha podido constatar en el apartado anterior del trabajo en el que se ha analizado la normativa internacional y europea en materia de trata de seres humanos, existe desde hace más de una década un claro consenso respecto a la conceptualización de este fenómeno criminal y España tenía obligación de incriminar la trata de seres humanos, como consecuencia de los compromisos asumidos. Ahora bien, regular la trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español ha supuesto una larga tarea³¹⁸. La normativa penal sobre la trata de seres humanos ha sido fruto de la improvisación y de una política legislativa errante, siendo prueba de ello el proceso de continuas reformas sufridas por el Código Penal³¹⁹.

La LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, contaba con una protección muy parcial frente a la trata de seres humanos³²⁰, situada en el Título XV del Libro II, relativo a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. El Código Penal de 1973³²¹, aunque no hiciera referencia específica a la trata de seres

³¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 25.

³¹⁹ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 208.

³²⁰ DE LEÓN VILLALBA, F. J., *El tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 205.

³²¹ 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.

humanos, contenía conductas relacionadas con la inmigración irregular: justamente, el apartado 3º del artículo 499 bis, precepto comprensivo de ciertas conductas delictivas relacionadas con la inmigración, tipificaba como delito el tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas³²².

La situación cambió parcialmente con la entrada en vigor de la LO 11/99, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, y la inclusión de la trata con fines de explotación sexual en el art. 188.2 CP; también el ya suprimido delito del art. 313.1 CP castigaba la inmigración clandestina de trabajadores a España.

A finales de 2000, se aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre el crimen organizado transnacional, así como sus dos Protocolos adicionales sobre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes. A raíz de ello, la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, introduce en el art. 318 bis CP un nuevo párrafo donde se asociaba la inmigración ilegal con la explotación sexual³²³, con el fin de trasponer el Protocolo de Palermo y llegar a una armonización con Europa: en la exposición de motivos de la misma ley se justificaba la reforma fundamentalmente por exigencias de la Unión Europea, con miras a establecer un marco común contra la trata de seres humanos y la lucha contra la inmigración ilegal³²⁴.

No obstante, esto agravó la dificultad de diferenciar los fenómenos mencionados, dado que estaban vinculados al fenómeno

³²² Se encontraba dentro del capítulo VIII denominado como “Delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo”. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 99.

³²³ LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica o integración social de los extranjeros.

³²⁴ Exposición de motivos, IV, 2º, LO 11/2003, de 29 de septiembre.

migratorio³²⁵. A mayor abundamiento, se mantuvo el delito del artículo 188.2 CP que castigaba la transferencia de personas con fines de explotación sexual. Por consiguiente, había una reiteración de normas, que, además, no reconocían la independencia del delito de trata de seres humanos del delito de tráfico de personas³²⁶. Por ello, el Estado español no cumplía con sus compromisos supranacionales.

Vista la evolución del Código Penal en cuanto a la trata de seres humanos se refiere, así como su insuficiencia, era necesaria una reforma que acogiese las recomendaciones y obligaciones supranacionales.

Finalmente, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó por primera vez de forma clara y autónoma el delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis. Asimismo, se eliminó el apartado de trata del artículo 318bis, dejando en el mismo el delito de tráfico ilegal.

El artículo 177 bis del Código Penal tiene su origen en el Anteproyecto de Ley Orgánica de fecha 23 de julio de 2009³²⁷, y de acuerdo con la memoria justificativa del mismo, quiere responder a los compromisos supranacionales de la Unión Europea, como la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, y adecuar la legislación española de acuerdo a los instrumentos internacionales que España había ratificado, como el Convenio del Consejo de Europa, Convenio de Varsovia³²⁸.

³²⁵ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 208.

³²⁶ Boletín oficial de las Cortes Generales Senado, IX Legislatura, serie II: Proyectos de Ley, 6 de mayo de 2010, p. 6.

³²⁷ BOGC. Congreso de los Diputados, núm. 52, 27 de noviembre de 2009.

³²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 37.

El tipo básico del art. 177 bis fue redactado de la siguiente forma:

“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) La extracción de sus órganos corporales.”*

La definición de trata de seres humanos incluye la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación, añadiendo la pornografía, dado que el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia exigen que la definición, por lo menos contenga la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual. La reforma del CP operada por la LO 5/2010 incluye también como forma de explotación la mendicidad, que consiste en el acto o acción de mendigar o pedir limosna³²⁹.

Sin embargo, la incorporación del delito de trata de seres humanos tampoco quedó ausente de polémica y el artículo fue reformado por la Ley Orgánica 1/2015.

³²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010, p. 837.

El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, indicaba que *“aunque la reforma del año 2010 tuvo en cuenta el proyecto que finalmente se materializó en la citada Directiva, existen varias cuestiones que no fueron reflejadas en la redacción actual y que es preciso incluir para una completa transposición de la normativa europea”*³³⁰. Con todo ello, el tipo básico del delito de trata de seres humanos se redefine así:

“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, 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.*

³³⁰ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, p. 2.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Por lo que respecta a los cambios introducidos, en la acción típica de la trata de seres humanos se incluye el intercambio y la transferencia de control sobre las personas. Esta modalidad de acción ya se recogía en el Protocolo de Palermo y no había sido recogida en la versión del año 2010. Por su parte, dicho intercambio o transferencia podía interpretarse también con el verbo “traslado”³³¹, el cual no solo engloba el traslado físico ya previsto en el “transporte” de la víctima, sino también el dominio sobre una persona³³².

Al igual que se incluía una nueva conducta en la acción, también se suprimió otra, el verbo “alojar”. La razón de esta supresión la encontramos en que los instrumentos supranacionales de referencia en la materia no recogen ese verbo en la acción típica. Sin embargo, puesto que ya se dispone de los verbos “acoger” y “recibir”, no se genera ninguna laguna con la desaparición del término “alojar”³³³.

Finalmente, en relación con las modificaciones relativas a las modalidades de explotación, se incorporaron dos nuevas formas: la explotación para realizar actividades delictivas (177bis 1.c) y la trata para la celebración de matrimonios forzados (177bis 1.e). La primera

³³¹ Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, Tissues and cells and trafficking in human beings*. 2009, p. 78.

³³² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 422-424; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, en el cual también adoptan dicha interpretación del verbo “trasladar”.

³³³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, 2015.

forma de explotación expuesta no se encuentra en ningún instrumento internacional que vincule a España hasta la llegada de la Directiva 2011/36/UE, que la recoge en su artículo 2.2; sin embargo, según la interpretación de la doctrina esta podía encontrar cabida dentro del trabajo o servicio forzado³³⁴.

Ocurre algo parecido respecto de la modalidad de trata para la celebración de matrimonios forzados, puesto que se había venido incluyendo en la trata para explotación sexual³³⁵. Sin embargo, se ha introducido un nuevo delito de matrimonios forzados en el artículo 172 bis, puesto que no todos los matrimonios forzados tienen por qué integrar ninguna de las conductas previstas en el artículo 177 bis; ahora bien, puede que nos encontremos ante un ejemplo de trata tipificado al margen del delito contemplado en el artículo 177 bis que puede generar distorsiones³³⁶.

En cualquier caso y al margen de sus errores³³⁷, el Estado español ha cumplido correctamente los requerimientos

³³⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 435-436; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:15.

³³⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 66 y p. 439.

³³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, 2015.

³³⁷ Es de mencionar que el legislador español no haya suprimido el sentido de la territorialidad del artículo 177bis, “en territorio español o con destino a la misma”, cuando ningún instrumento internacional hace referencia a la misma y además lo podemos interpretar como que no es sólo para afirmar la competencia de los tribunales españoles sino para tipificar la conducta, demostrando falta de interés por aquellos supuestos de trata que no tengan relación con el estado español. En, PÉREZ ALONSO, E., “La trata de seres humanos en el derecho penal español”, en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, pp. 93-112; LAUREZON COPELLO, P., POMARES CINTAS, E., PÉREZ ALONSO, E. & MRODRÍGUEZ MESA, M. J., “Inmigración clandestina”, *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), J. GOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 863-886.

supranacionales de persecución del delito de trata de seres humanos, tal y como veremos en los siguientes epígrafes.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

1. Introducción

La trata de seres humanos es un fenómeno delictivo complejo que incide en los derechos humanos, por lo que las opiniones doctrinales sobre la concreción del bien jurídico protegido son diversas.

El Preámbulo de la LO 5/2010 alude de forma expresa a la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos³³⁸, al igual que el Convenio sobre la trata de seres humanos del Consejo de Europa donde se refleja que la trata es un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano³³⁹. Ahora bien, el Protocolo de Palermo y la Directiva 2011/26/UE no se refieren a la dignidad como objeto de protección de la trata de seres humanos, sino que expresan la grave violación de los derechos humanos que implica este delito³⁴⁰.

Por lo que respecta a la doctrina, pueden apreciarse distintas posturas: la corriente que identifica “la dignidad” como bien jurídico

³³⁸ XII Preámbulo de la LO 5/2015 “prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”.

³³⁹ Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 16 de mayo de 2005.

³⁴⁰ Preámbulo del 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: “(...) sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Considerando (1) de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: “La trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Evitar y combatir la trata de seres humanos es una prioridad para la Unión y los Estados miembros”.

protegido en el delito de trata³⁴¹ y la vertiente que defiende que en este delito se atenta contra la integridad moral³⁴². Además, parte de la doctrina califica la trata como un delito pluriofensivo en el que se menoscaban la libertad y la integridad moral o la dignidad de los sujetos pasivos³⁴³. Asimismo, junto al menoscabo a la libertad y a la integridad moral o dignidad humana, cierta corriente doctrinal mantiene que se genera un peligro para los bienes jurídicos implicados en la explotación, como la libertad sexual, los derechos laborales o la integridad física³⁴⁴, entre otros.

A continuación, pasaremos a abordar la cuestión del concepto y funciones del bien jurídico-penal en Derecho Penal, al que corresponde la prevención exclusiva de las conductas que

³⁴¹ Entre otros VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 396 ss.; LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres humanos”, en F. J. BOIX REIG (coord.), *Derecho penal. Parte especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, 2016, p. 297; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, p. 77.

³⁴² POMARES CINTAS E., “Trata de personas”, en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA/A. VENTURA PÜSCHEL (Coord.), F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), pp. 131-143; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 100.

³⁴³ MUÑOZ CONDE F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 184; BOLAÑOS VÁSQUEZ, H. J., “Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, p. 189.

³⁴⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, pp. 77-78; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 84.; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 139; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 6; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 535.

representan un menoscabo de los bienes esenciales para la convivencia³⁴⁵.

2. La delimitación de un concepto material del bien jurídico-penal

El Derecho Penal, desde una perspectiva objetiva, es entendido como el sector del ordenamiento jurídico que regula el poder punitivo del Estado; también define los comportamientos delictivos y sus consecuencias jurídicas³⁴⁶. Se rige por principios inspiradores que actúan de limitadores de ese poder jurídico que es el “*ius puniendi*” estatal (Derecho penal en sentido subjetivo), dado que el poder punitivo está sujeto al Derecho y está sometido a la ley³⁴⁷. Así mismo, deben destacarse los principios de necesidad, legalidad, imputación subjetiva, culpabilidad y humanidad³⁴⁸. De los mismos deviene una serie de exigencias como la subsidiaridad, la intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho Penal, la supremacía de la ley, la taxatividad y la garantía penal, procesal y ejecutiva, la prohibición de la responsabilidad por el resultado, la responsabilidad personal, así como la responsabilidad compartida socialmente con el delincuente³⁴⁹.

³⁴⁵ TERRADILLOS BASOCO, J., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *RFDUC*, 1981, p. 125, MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 65; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 91.

³⁴⁶ BERISTAIN, A., *Crisis del Derecho represivo (Orientaciones de organismos nacionales e internacionales)*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1977, p. 235.

³⁴⁷ STAMPA BRAUN, J. M., *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, pp. 35 y ss.

³⁴⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 24.

³⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 24.

Aunque la sociedad también articula sistemas de control social que derivan de normas sociales, -imprescindibles para la vida en comunidad³⁵⁰-, el Derecho Penal como instrumento de control social, es el más formalizado de todos ellos, y se dirige a garantizar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico³⁵¹ y a asegurar el orden social mediante normas, sanciones, centrando su intervención en aquellos comportamientos que contrarían los presupuestos imprescindibles para el mantenimiento del orden social³⁵², y actuando como “*última instancia*”³⁵³, por ser el instrumento sancionatorio más radical y contundente del cual dispone el Estado de Derecho³⁵⁴. Así, el Derecho Penal interviene cuando no se disponga de ningún otro medio para responder a un ataque de desorganización social; es entonces cuando se justifica la necesidad de este instrumento de “*ultima ratio*” o último recurso³⁵⁵, con el fin de garantizar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico³⁵⁶.

Ahora bien, el Derecho Penal no interviene ante cualquier desorden de la vida social, dado que actúa solo como última instancia ante los casos más graves que atenten contra bienes jurídicos relevantes; la fragmentariedad se refleja en el

³⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, p. 116.

³⁵¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 89.

³⁵² DÍEZ RIPOLLEZ, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, p. 11.

³⁵³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 26.

³⁵⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido en la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991, p. 13; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 91; MUÑOZ CONDE, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal”, en G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, p. 561.

³⁵⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 89; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *JD*, 1997, p. 12.

³⁵⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 26.

constreñimiento del Derecho Penal a la tutela de bienes jurídicos frente a los ataques de mayor intensidad y de especial gravedad, cuando efectivamente, otros medios ajenos al Derecho Penal resulten insuficientes para su salvaguarda³⁵⁷. Resulta por ello preciso concretar el concepto de bien jurídico, con el fin de destacar lo que es merecedor de una tutela penal³⁵⁸.

Según DE LA CUESTA ARZAMENDI y DÍEZ RIPOLLÉS debe advertirse que todo bien jurídico tiene, como concepto, un componente ideal, así como una realidad material³⁵⁹. La noción ideal parte de la valoración global de realidades sociales, dignas, necesitadas y susceptibles de protección por parte del Derecho Penal³⁶⁰, que deben reflejar condiciones fundamentales de convivencia. De estas realidades sociales se desprende el “*sustrato*” del bien jurídico, que surge de la abstracción de las concretas formas de manifestación de dichas realidades sociales³⁶¹. Para MIR PUIG el bien jurídico debe construirse a partir de los fundamentos o condiciones de la participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social³⁶², lo que sirve para evitar que el

³⁵⁷ POLAINO NAVARRETE, M., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura: sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *Revista del poder judicial*, 2003, p. 335; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 92; MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius Puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1989-1990, p. 209; TERRADILLOS BASOCO, J., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *RFDUC*, 1981, p. 140.

³⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 60; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, p. 36.

³⁵⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 30; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *JD*, 1997, p. 17.

³⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *JD*, 1997, p. 17.

³⁶¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 29; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *JD*, 1997, p. 17.

³⁶² MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2º edición, IBdef, Buenos Aires, 2003, p. 122.

Derecho Penal solo tome en cuenta las necesidades impersonales del funcionamiento del sistema³⁶³.

Habida cuenta de la complejidad de nuestras estructuras sociales, las opciones son múltiples a la hora de la selección de los bienes jurídicos dignos, merecedores, necesitados y susceptibles de protección penal. Por ello, para dicha selección el texto constitucional se presenta por razones jurídicas y políticas como la referencia apropiada para determinar los bienes jurídicos constitucionalmente integrados e integrables³⁶⁴, sobre la base del concepto sustancial indicado³⁶⁵, dado que, en las sociedades democráticas dotadas por una Constitución, se plasma en la misma el contenido básico del acuerdo social al que se ha llegado históricamente para ejercer el poder³⁶⁶.

Con ello, no debe deducirse que todo lo contenido en la Carta Magna deba adquirir la categoría de bien jurídico, sino que el reconocimiento constitucional de un bien supone un argumento válido para justificar la intervención jurídico-penal³⁶⁷.

Una vez realizada esta aproximación al concepto del bien jurídico, pasaremos a continuación a la concreción del bien necesitado de tutela jurídico penal en el delito de trata de seres humanos.

³⁶³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 29; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *JD*, 1997, p. 17.

³⁶⁴ ARROYO ZAPATERO, L. “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, p. 101; MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 65.

³⁶⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 30.

³⁶⁶ DÍEZ RIPOLLEZ, J. L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, p. 10.

³⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal”, en G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, p. 561 y ss.

3. Bien jurídico protegido “dignidad”

Una de las corrientes doctrinales sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos mantiene que la dignidad del ser humano es el bien único amparado. Sin embargo, con el fin de determinar si el bien jurídico protegido es la dignidad, se deben clarificar varias cuestiones, como su conceptualización y su reconocimiento como objeto de tutela penal.

3.1. Aproximación al concepto de dignidad: art. 10 de la Constitución Española

El art. 10.1 de la Constitución Española recoge el siguiente tenor literal: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Su protección consagra el reconocimiento del primer valor fundamental sin cuya concepción, no podrían regirse los demás derechos de la persona³⁶⁸, el cual se presenta como fundamento del orden político y el principio rector del Ordenamiento Jurídico³⁶⁹.

La posición del art. 10.1 ubica a la dignidad entre los valores superiores del Estado, aunque la ausencia de una definición dificulta su reconocimiento, obligando a la doctrina a determinar sus elementos característicos³⁷⁰.

³⁶⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 30.

³⁶⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 1996, p. 17.

³⁷⁰ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Comentario al artículo 10”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978, Tomo II*, Madrid, 1984, p. 68.

No se ha llegado a establecer un concepto totalmente satisfactorio de dignidad humana desde la doctrina jurídico-constitucional³⁷¹; a la dignidad se le atribuye la condición de fuente de derechos iguales e inalienables que son inherentes a cada persona³⁷². Así, a cada ser humano se le reconoce la dignidad y supone su libertad, su capacidad de elección, así como voluntad de autodeterminación³⁷³. Por lo tanto, la dignidad se verá vulnerada con el menoscabo de las características mencionadas. A tenor de lo dispuesto, la definición de la dignidad humana se concreta en torno al respeto que se le debe a toda persona, prohibiendo cualquier conducta que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales³⁷⁴.

Podemos observar que la dignidad está unida a ciertas características; en primer lugar, la dignidad establece límites al poder estatal que, por consiguiente, no podrá imponer a las personas ninguna conducta que atente contra la dignidad que estas ostentan por el propio hecho de serlo³⁷⁵. Por consiguiente, la dignidad representa un límite del poder estatal por el que se prohíbe cualquier norma o actuación que degrade a una persona y la reduzca a objeto y no se le trate como sujeto con derechos³⁷⁶.

³⁷¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en M BALADO RUIZ-GALLEGOS, J. A. GARCÍA REGUEIRO/M. J. DE LA FUENTE Y DE LA CALLE (Coords.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, 1998, p. 406.

³⁷² FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “La declaración de 1948: dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo”, *Cuadernos de derecho judicial*, 1998, p. 228.

³⁷³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en M BALADO RUIZ-GALLEGOS, J. A. GARCÍA REGUEIRO/M. J. DE LA FUENTE Y DE LA CALLE (Coords.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, 1998, p. 406.

³⁷⁴ DE ESTEBAN, J. & GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994, p. 25.

³⁷⁵ OTERO PARGA, M, “El valor dignidad”, *Dereito*, 2003, p. 124

³⁷⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Dignidad de la persona”, *Enciclopedia jurídica básica*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 2490.

En segundo lugar, la dignidad está vinculada a la libertad, la racionalidad y la igualdad, unidas también a la naturaleza del ser humano, dado que solo el ser humano puede ser libre por ser poseedor de la capacidad para elegir y ser responsable de dicha elección, representando la imprescindible oportunidad de realización de sus derechos fundamentales por igual³⁷⁷.

Así, junto a la dignidad humana en el art. 10.1 de la Constitución Española se reconocen los denominados derechos inviolables inherentes a la persona, identificados con los derechos fundamentales, en cuya base se encuentra aquella³⁷⁸.

En suma, la dignidad humana, desde el punto de vista constitucional, es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico, siendo un límite del Estado, que imposibilita cualquier norma o actuación que degrade a la persona y sea tratada sin sus derechos. Por consiguiente, la dignidad humana se encuentra en el núcleo de los propios derechos fundamentales, representando un valor superior.

³⁷⁷ OTERO PARGA, M, “El valor dignidad”, *Dereito*, 2003, pp. 115-151. P. 124

³⁷⁸ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de las personas”, *Revista general de derecho*, 1995, p. 194; ALONSO ÁLAMO, M., “Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor”, en F. MORALES PRATS/G. QUINTERO OLIVARES(Coords.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, p. 912; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en M BALADO RUIZ-GALLEGOS, J. A. GARCÍA REGUEIRO/M. J. DE LA FUENTE Y DE LA CALLE (Coords.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, 1998, p. 404.

3.2. La difícil configuración de la dignidad humana como bien jurídico-penal

A la vista de lo mencionado, la dignidad humana es un valor que se reconoce a las personas por su razón de ser y existir, entendiendo que el ser humano debe ser respetado y merecedor de protección por el hecho de serlo³⁷⁹.

El ordenamiento jurídico español, más concretamente, el Código Penal no recoge en ninguna rúbrica la dignidad como bien jurídico-penal tutelado. Tal y como se ha mencionado anteriormente, la ubicación sistemática de la dignidad en la Constitución española la sitúa como valor superior del propio ordenamiento jurídico.

Contrariamente a lo expuesto, otro sector doctrinal defiende que la dignidad debe protegerse de forma directa desde el Derecho penal, sin que pueda ser identificada ni confundida con los derechos en los que se concreta, negando que sea una suma de los derechos que emanan de la misma³⁸⁰. Ahora bien, debe protegerse lo específicamente humano, que es el menoscabo causado a la dignidad, con independencia de atentar a la vida y otros bienes personalísimos en los que se ve afectada la dignidad, aunque sea indirectamente³⁸¹.

Cierta corriente doctrinal, opuesta a la concepción de la dignidad como bien jurídico penal, entiende que el concepto de

³⁷⁹ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, p. 153-154.

³⁸⁰ ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, p. 5.

³⁸¹ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, pp. 150 y ss.

dignidad previsto en la Constitución trasciende al ordenamiento jurídico penal, por tratarse de un valor superior³⁸². Esto es, a pesar de realizarse una evocación expresa en el artículo 10 de la Constitución, se contempla indirectamente en el ámbito penal por medio del reconocimiento de los bienes jurídicos de la personalidad, base sobre la que se asienta todo el ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho y democrático³⁸³. Así, el conjunto de bienes jurídicos personalísimos como el derecho al honor, a la vida, a la libertad e igualdad, a la libertad ideológica y religiosa, etc., que se caracterizan por proteger determinados atributos de la personalidad misma³⁸⁴, representarían la protección de la dignidad humana en el ámbito del ordenamiento jurídico penal.

Como destaca DE LA CUESTA AGUADO, la dignidad hace referencia al principio de igualdad de trato, por lo que, basándonos en la dignidad de toda persona con independencia de sus circunstancias, a la misma se le deben reconocer los derechos y deberes propios de la persona³⁸⁵. Así, comparte con GRACIA MARTÍN que la dignidad no puede ser objeto directo de protección penal, ya que se trata del estatuto básico del ser humano que sirve

³⁸² PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, p. 153; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Persona, dignidad y derecho penal”, en A. NIETO MARTÍN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, Volumen I*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, p. 210; ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, p. 154.

³⁸³ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, p. 154.

³⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 41.

³⁸⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Persona, dignidad y derecho penal”, en A. NIETO MARTÍN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, Volumen I*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, p. 226.

de guía para delimitar los bienes jurídicos que sí deberán ser objeto directo de protección³⁸⁶.

Coincidimos con la corriente doctrinal crítica, que mantiene que la dignidad de la persona es el símbolo del estatuto básico del ser humano³⁸⁷ que puede servirnos de guía³⁸⁸, pero no puede ser un bien jurídico del que pueda deducirse “*el contenido de injusto específico de un comportamiento punible*”³⁸⁹. Todo bien jurídico que sea de carácter personalísimo como la vida, la integridad física, libertad o el honor, encuentra como fundamento la dignidad de la persona. Esto es, la dignidad no es un derecho por sí mismo, sino un principio predicado por todos los derechos personalísimos protegidos jurídico-penalmente. En este sentido, GRACIA MARTÍN afirma que la dignidad humana es “*una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana*”³⁹⁰. Por ello, no cumple con las características necesarias para ser directamente un objeto de protección penal³⁹¹. Apoyan esta idea PERIS RIERA y GARCÍA GONZÁLEZ³⁹², no considerando

³⁸⁶ GRACIA MARTÍN, L., “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad penal*, 1996, p. 581-582; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Persona, dignidad y derecho penal”, en A. NIETO MARTÍN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, Volumen I*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, p. 227.

³⁸⁷ RUIZ-GIMENEZ CORTES, J., “Comentario al artículo 10”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid, 1984, pp. 50 y ss.; PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, pp. 150 y ss.

³⁸⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Persona, dignidad y derecho penal”, en A. NIETO MARTÍN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, Volumen I*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, p. 227.

³⁸⁹ GRACIA MARTÍN, L., “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad penal*, 1996, p. 581.

³⁹⁰ GRACIA MARTÍN, L. “El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996, p. 581.

³⁹¹ DÍEZ RIPOLLES, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en J. L. DÍEZ RIPOLLÉS (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Colección Estudios de derecho judicial, 1999, p. 242.

³⁹² PERIS RIERA, J. M. & GARCÍA GONZÁLEZ, J., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”, en I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR/L. MORILLAS CUEVA/L. PERIS RIERA (Dirs.), *Estudios*

adecuada la protección de la dignidad como bien jurídico: cualquier delito que lesiona un interés de la persona afecta también a su dignidad, por lo que, al proteger, por ejemplo, el bien jurídico “vida”, también se protege la dignidad. Por consiguiente, la protección jurídico-penal directa de la dignidad conllevaría a una configuración indeseable de bienes jurídicos difusos e indeterminados, conclusión que también comparte PÉREZ MACHÍO³⁹³.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce que la dignidad es el fundamento genérico de los derechos, considerando a la misma un valor jurídico fundamental que, junto con los derechos, conforma los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero³⁹⁴, siendo imposible acudir al amparo constitucional ante conductas que atenten contra la dignidad según el art. 53.2 CE. Así, el Auto 149/1999 del Alto Tribunal establece que la dignidad humana no es un derecho fundamental que opera de forma autónoma e independiente, reconociéndose en la Constitución como fundamento del orden político y la paz social³⁹⁵. Por ello, los diferentes derechos inherentes de la persona que son identificados como derechos fundamentales serán concretas manifestaciones de la dignidad, garantizándose así la tutela y protección penal de la misma³⁹⁶. Por ende, se ha vinculado la dignidad con derechos fundamentales concretos, como, por ejemplo, con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral del

jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005, p. 116.

³⁹³ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, p. 153.

³⁹⁴ Entre otras: TC, sentencia núm. 337/94, F.J. 12º; TC, sentencia núm. 5/81 de 13 febrero, F. J. 19; TC, sentencia núm. 64/88, de 12 abril, F.J.1.

³⁹⁵ ATC, Sección 1ª, 149/1999, de 14 junio de 1999, F. J. 2º.

³⁹⁶ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, p. 157; FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP*, 1996, pp. 30-32; GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 187.

art. 15 CE, la libertad de ideas y creencias del art. 16 CE, el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen del art. 18.1 CE. Tal y como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, la referencia a la dignidad debe vincularse a intereses y bienes concretos³⁹⁷, porque de lo contrario resulta de difícil y difusa aprehensión³⁹⁸.

Por todo ello, siguiendo a ROXIN, compartimos que la “*vulneración de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico*”³⁹⁹, en tanto en cuanto esta representa el valor superior de todos los bienes jurídicos personalísimos, protegiéndose penalmente mediante la tutela de todos ellos.

3.3. La dignidad como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos

Contrariamente al planteamiento ahora mencionado, gran parte de la doctrina que analiza la trata de seres humanos considera que en dicho delito se protege la dignidad del sujeto pasivo⁴⁰⁰. Dicha

³⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de política criminal*, 1986, p.635 y ss.

³⁹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1998, p. 71; DÍAZ PITA, M^a M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1997, p. 69.

³⁹⁹ ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, p. 11.

⁴⁰⁰ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 2; LLORIA GARCÍA, P. “Lección XI. Trata de seres humanos”, en J. BOIX REIG (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, p. 297; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 77; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 52, 2016*, p. 38; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 172; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 396-409; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 208; RODRÍGUEZ

tesis sostiene que, una vez que se lleva a cabo la conducta prevista en el art. 177 bis, el sujeto pasivo carece de capacidad de decidir sobre sus derechos y, por ende, se le niega su condición de ser humano⁴⁰¹.

La principal valedora de esta corriente doctrinal es VILLACAMPA ESTIARTE que señala a la dignidad humana como único bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos, excluyendo la libertad, ya que, a su modo de ver, la libertad de obrar también se integra dentro de la dignidad, y también los demás bienes jurídicos que pueden acabar lesionados por la situación de explotación⁴⁰². Según dicha autora, “*el proceso de trata implica un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona*”⁴⁰³. Por ello, concluye que no puede ser ningún otro el bien jurídico protegido en el delito de trata que no sea la dignidad.

FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I- ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 73; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2018, p. 365; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudio Penales y Criminológicos*, 2011, p. 374; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Comares, Madrid, 2013, pp. 73-81; CUGAT MAURI, M., “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 (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Zizur Menor, 2010, p. 160

⁴⁰¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 172; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 197.

⁴⁰² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011p. 405-407.

⁴⁰³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 404.

En el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO defiende que, en la trata de seres humanos, al reducir a objeto a la persona, se le niega su humanidad por tratarla como si no tuviera dignidad⁴⁰⁴.

QUINTERO OLIVARES también se pronuncia en esta misma línea, declarando que “*nada impide a su consideración de bien jurídico protegido en el delito de trata, pues no debe olvidarse que el mismo no viene constituido por un acto singular, sino que describe un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal*”⁴⁰⁵.

Esta corriente doctrinal estima que se atenta contra la dignidad humana al negar al sujeto pasivo su condición de ser humano⁴⁰⁶. Además, con el fin de defender dicha postura, argumentan la acertada ubicación del tipo en el Título VII bis, situado como único precepto incriminador después de los delitos contra la libertad y los delitos de torturas y contra la integridad moral⁴⁰⁷, puesto que -continúan-, al perfilarse el delito de trata de seres humanos como delito internacional, el tipo penal recogido en el Código Penal español no puede limitarse a tutelar un bien jurídico tan “excesivamente local” como la integridad moral⁴⁰⁸. Según la presente corriente doctrinal, aunque el contenido material de la dignidad como bien jurídico protegido no difiere sustancialmente de

⁴⁰⁴ ALONSO ÁLAMO, M., “Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad y a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2011, p. 42.

⁴⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. 5ª edición*, Aranzadi, Zizur Menor, 2005, p. 283.

⁴⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 197.

⁴⁰⁷ MARAVER GÓMEZ, M., “La trata de seres humanos”, en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por las Lo 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 317; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Capítulo 10. Trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 226.

⁴⁰⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 397.

la integridad moral, se pretende evitar el uso de este último término -integridad moral- por entenderse que su protección solo se hace extensible a nivel nacional, no llegando a abarcar el desvalor de la trata de seres humanos por ser un fenómeno que “*debe articularse sobre la base de conceptos universales reconocidos, como la dignidad humana*”⁴⁰⁹.

Ahora bien, para PÉREZ MACHÍO⁴¹⁰, la presente interpretación doctrinal no solo obvia la dimensión internacional de la tutela de la integridad moral (a modo de ejemplo: el contenido del art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, del art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del art. 5 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, del art. 1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1975, del art. 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, entre otros), sino que concluye en una incomprensible identificación entre la dignidad humana e integridad moral, por lo que no resulta una argumentación coherente la referencia a la escasa internacionalización del concepto de “integridad moral” para descartar el mismo como bien jurídico-penal tutelado en el delito de trata de seres humanos.

En efecto, a nuestro modo de ver, entender que la instrumentalización del sujeto pasivo equivale a la lesión de la dignidad supone vaciar absolutamente de contenido al bien jurídico

⁴⁰⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 397.

⁴¹⁰ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, p. 135.

“integridad moral”. Resulta oportuno traer a colación lo expuesto por GRACIA MARTÍN: “la dignidad es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana”, “todo bien jurídico de carácter personalísimo como la vida, la integridad física, moral, salud personal, libertad, honor..., es reconducido finalmente a la dignidad de la persona, pero esta no puede ser un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un determinado comportamiento punible”⁴¹¹. Por consiguiente, convenimos con DÍEZ RIPOLLÉS que la dignidad de la persona no puede caracterizar un bien jurídico⁴¹² ya que es el valor central del que emanan derechos básicos de la persona, por lo que estos se convierten en valores que dan legitimidad a todos los derechos⁴¹³ y, por consiguiente, a su tutela penal.

En última instancia, si la dignidad humana no puede ser considerada como bien jurídico, la misma abarcará una dimensión diferente y un contenido esencial distinto al que se atribuye, como veremos en el siguiente epígrafe, a la integridad moral.

⁴¹¹ GRACIA MARTÍN, L. “El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996, p. 581; así como TAMARIT SUMALLA, J. M., “Problemática derivada de la liberación de la prostitución voluntaria entre adultos en el Código Penal de 1995”, F. MORALES PRATS/G. QUINTERO OLIVARES (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, p. 1838.

⁴¹² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en J. L. DÍEZ RIPOLLÉS (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Colección Estudios de derecho judicial, 1999, p. 242.

⁴¹³ GRACIA MARTÍN, L. “El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996, p. 581; PERIS RIERA, J. M. & GARCÍA GONZÁLEZ, J., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”, en I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR/L. MORILLAS CUEVA/L. PERIS RIERA (Dir.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 116.

4. Bien jurídico-penal integridad moral

A la vista de lo manifestado, la aceptación de la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de trata resulta imposible por dos razones: en primer lugar, porque la dignidad es el valor superior situado en la base de todos los bienes jurídicos personalísimos; y, en segundo lugar, porque el posicionamiento sobre el concepto de dignidad incide, naturalmente, en la delimitación del contenido esencial del bien jurídico “integridad moral”, tal y como trataremos de demostrar a continuación.

4.1. Aproximación a la delimitación conceptual de la integridad moral

Como indica ALONSO ÁLAMO, “con el reconocimiento del derecho a la integridad moral se está concretando el núcleo esencial, el último reducto, de la dignidad”⁴¹⁴. Ahora bien, tal y como defiende PÉREZ MACHÍO, no puede establecerse una relación de equivalencia entre la dignidad y la integridad moral que impida su diferenciación y conceptualización autónoma⁴¹⁵.

Con el fin de aproximarnos al concepto de “integridad moral”, debemos partir del art. 15 de la Constitución Española, donde junto al derecho a la vida se reconoce el derecho a la integridad física y moral, prohibiendo el sometimiento a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes: “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser*

⁴¹⁴ ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, p. 6.

⁴¹⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, p. 161.

sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

También se hace referencia a la integridad física, por lo que es preciso distinguir entre dichos conceptos. Obviamente, la integridad moral, a la que alude en el art. 15 de la Constitución, abarca un derecho diferenciado e independiente de la integridad física⁴¹⁶, tal y como se diferencian en el propio artículo. La integridad física se entiende como salud en general, en coexistencia con la salud tanto física como psíquica, y su lesión supone el menoscabo del cuerpo o aspecto externo provocando dolencias, enfermedades o deficiencias de carácter psíquico⁴¹⁷. Por ello, se interpreta que la salud, que engloba también la psíquica, alude a la salud en general, por lo que la integridad moral no se puede identificar con la integridad psíquica o mental⁴¹⁸.

Tal y como acertadamente mantiene GARCÍA ARÁN, lesionar la integridad moral no implica el menoscabo de la salud psíquica; ello acarrearía el problema de negar la protección penal de la integridad moral en aquellos casos en que, por la resistencia psicológica de la persona, pueda soportar con menor afectación psíquica tratos degradantes sin que peligre su salud mental⁴¹⁹.

Una vez diferenciada la integridad moral de la integridad física y psíquica, debemos ocuparnos de la delimitación conceptual de la integridad moral. Sobre ello, resulta necesario traer a colación las

⁴¹⁶ VALLDECABRES ORTIZ, I., “El proyecto de reforma del Código Penal”, *Estudios de derecho judicial*, 2007, p. 5.

⁴¹⁷ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 155.

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000, p. 165.

⁴¹⁹ GARCÍA ARÁN, M., “La protección penal de la integridad moral”, en J. L. DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, p. 1245.

referencias jurisprudenciales, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo: el primero ha establecido que la integridad moral es el *“derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos”*⁴²⁰.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha definido la integridad moral como la *“manifestación directa de la dignidad humana”* que *“comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano”*⁴²¹. Así, *“se puede hablar de un valor humano, con autonomía propia independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad”*⁴²².

DE LA CUESTA ARZAMENDI y DÍAZ PITA entienden que la lesión al bien jurídico “integridad moral” se produce no solo mediante un tratamiento de instrumentalización o cosificación del sujeto pasivo, sino que también debe incidir en la libertad de

⁴²⁰ TC sentencia núm. 120/1990 de 2 de julio.

⁴²¹ Entre otras, TS sentencia núm. 485/2013 de 5 junio. R.J. 2013\3996. F.D. 6º; sentencia núm. 1061/2009 de 29 octubre, RJ 2010\112; sentencia núm. 629/2008 de 10 octubre, RJ 2008\5711; sentencia núm. 38/2007 de 31 enero, RJ 2007\1651; sentencia núm. 819/2002 de 8 mayo, RJ 2002\6709;

⁴²² TS sentencia núm. 7040/2004, de 2 noviembre. RJ 2004\641, F.D. 3º.

voluntad del sujeto pasivo, mediante la obligación de hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada⁴²³.

Por su parte, PÉREZ MACHÍO defiende que la “integridad moral” debe configurarse como categoría conceptual propia, alejada del bien jurídico penalmente protegido “libertad”, puesto que, si no fuese así, nos encontraríamos ante una reiteración innecesaria del reconocimiento de la libertad, por lo que carecería de sentido la protección de la integridad moral⁴²⁴.

MUÑOZ CONDE configura la integridad moral como el derecho de la persona a ser tratada sin ser humillada o vejada, acorde a su dignidad⁴²⁵; por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO identifica la integridad moral con el derecho de las personas a ser respetadas y no ser degradadas a una condición inferior⁴²⁶.

Por lo que respecta a la conceptualización autónoma y delimitación de la integridad moral, resulta imprescindible traer a colación el posicionamiento de PÉREZ MACHIO, que realiza un análisis exhaustivo del bien jurídico-penal en cuestión. En primer lugar, señala que, siendo la integridad moral expresión de la dignidad humana, no puede establecerse una relación de equivalencia entre ambas que impida su diferenciación y conceptualización autónoma⁴²⁷. En segundo lugar, prevé que la

⁴²³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1998, p. 71; DÍAZ PITA, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1997, p. 84.

⁴²⁴ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 159.

⁴²⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.186.

⁴²⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la Constitución: su tutela penal”, *Diario La Ley* 1996, p. 1669.

⁴²⁷ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 161.

integridad moral debe alejarse de su vinculación tanto de la integridad psíquica y de la libertad, identificando la integridad moral con conductas tendentes a humillar y degradar a la persona, dado que dicho derecho se consagra como fundamental en la Constitución⁴²⁸. Por consiguiente, ello no debe impedir la configuración autónoma del derecho a la integridad moral y concretar su contenido esencial.

Compartimos la postura defendida por la autora mencionada, en cuanto que el contenido esencial del derecho a la integridad moral se configura como la inviolabilidad del espíritu, cuya lesión se relaciona directamente con la humillación y envilecimiento de la persona, siendo ajena a los derechos “libertad” e “integridad física” -tanto física como psíquica-. Ello consagra a la integridad moral como derecho autónomo e independiente en el que se manifiesta uno de los aspectos esenciales de la dignidad humana⁴²⁹. Ciertamente, tanto lo expresado por PÉREZ MACHÍO como DE LA CUESTA ARZAMENDI o DÍAZ PITA, alude a la deshumanización de la persona cuando se lesiona su integridad moral, aunque, a nuestro modo de ver, dicha lesión a la integridad moral no afecta a la voluntad o capacidad de determinación del sujeto pasivo. Así, la integridad moral se define como el derecho a no someter a una persona a comportamientos que se dirigen a humillar y a degradar a la misma y la utilicen como mero instrumento⁴³⁰.

⁴²⁸ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 161.

⁴²⁹ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 162.

⁴³⁰ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 230.

4.2. La integridad moral como bien jurídico protegido en la trata de seres humanos

A pesar de que el delito de trata de seres humanos se encuentra en un título independiente del Código Penal, su cercanía al bien jurídico-penal “integridad moral” resulta innegable, ya que se sitúa a continuación del Título VII dedicado a los delitos contra la integridad moral. Así, cierta parte de la doctrina sostiene que el bien jurídico-penal tutelado en el delito de trata de seres humanos es la integridad moral⁴³¹. Esta corriente doctrinal defiende la integridad moral como bien jurídico tutelado en el delito de trata de seres humanos por la instrumentalización de los sujetos pasivos con fines mercantilistas, que supone la anulación de dichas personas.

Así, partiendo de la configuración autónoma de la integridad moral, que se configura como la inviolabilidad del espíritu, relacionado directamente con la humillación y envilecimiento de la persona ⁴³², la trata de seres humanos supone un atentado contra la integridad moral, en cuanto implica la instrumentalización del

⁴³¹ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.100; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Capítulo 10. Trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 227-228; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p.6; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”; *Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos Penales José María Lidón*, Deusto, Bilbao, 2009, p. 138-139; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 141; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., “Trata de seres humanos y trabajos forzados”, *Revista Penal*, 2019, p. 182; NIETO GARCÍA, A. J., “Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”, *Diario La Ley*, 2012, p. 11; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Capítulo 10. Trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 227-228.

⁴³² PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 162.

sujeto pasivo para los fines previstos en el tipo⁴³³, encontrándose íntimamente ligada a la dignidad humana⁴³⁴. Se entiende que, por las razones expuestas anteriormente, la dignidad humana no puede configurarse como un bien jurídico-penal autónomo, puesto que es un valor universal y absoluto, por lo que se protege mediante el reconocimiento del bien jurídico de “integridad moral”⁴³⁵.

No obstante, de forma contraria a lo mencionado, cierta corriente doctrinal sostiene que los atentados contra la integridad moral implican la realización de conductas humillantes y degradantes de la persona, pero que no tiene por qué ocurrir en todos los supuestos de trata de seres humanos⁴³⁶. Además, tal y como se ha mencionado anteriormente, se critica la imposibilidad que presenta dicho bien jurídico a la hora de abarcar en su totalidad el desvalor que supone la trata de seres humanos: según dicha corriente, el concepto de integridad moral es insuficiente por ser un concepto excesivamente local, por lo que identificar la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de trata resulta más acorde con lo dispuesto en la normativa internacional, teniendo en cuenta también la transnacionalidad que el delito de trata implica⁴³⁷. Ahora bien, tal y como hemos mencionado anteriormente, referirse a la

⁴³³ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 6.

⁴³⁴ AP Barcelona, sentencia 9/2013 de 6 de febrero “la protección del bien jurídico en la trata de seres humanos se vincula a la afectación a la dignidad humana y por lo tanto a la integridad moral”

⁴³⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 153-154; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 530.

⁴³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español”, en A. LARA AGUADO (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 391.

⁴³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español”, en A. LARA AGUADO (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 397.

integridad moral como un interés excesivamente protegido a nivel del ordenamiento jurídico interno y obviar la dimensión de la tutela internacional del mismo, es resultado de una interpretación errónea a la vista de la tutela que internacionalmente dispone la integridad moral⁴³⁸.

Además, tal y como hemos mencionado anteriormente, la integridad moral es un derecho fundamental consagrado que se relaciona con la inviolabilidad del espíritu, lesionándose la misma como consecuencia de comportamientos dirigidos a humillar y envilecer a la persona, tratando a la misma como si fuese un mero objeto⁴³⁹. Por lo tanto, desde esta perspectiva, llama poderosamente la atención la identificación que la presente corriente doctrinal lleva a cabo entre cosificación o instrumentalización del sujeto pasivo en el delito de trata y lesión a su dignidad⁴⁴⁰. A nuestro modo de ver,

⁴³⁸ Entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos 1950, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos 1966, la Convención Americana de Derechos Humanos 1969, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000.

⁴³⁹ PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2003, p. 230.

⁴⁴⁰ ALONSO ÁLAMO, M., “Derecho penal y dignidad humana: de la no intervención contraria a la dignidad y a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2011, p. 42; BAUCCELLS LLADÓS, J., “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en M. L. RODRÍGUEZ MESA & L. R. RUIZ RODRÍGUEZ, *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el s. XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 181; IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP”, en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), A. MATALLÍN EVANGELIO, E. GÓRRIZ ROYO (Coords.), *Comentarios a la reforma el Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 599; LLORIA GARCÍA, P. “Lección XI. Trata de seres humanos”, en J. BOIX REIG (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, p. 297; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 208; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 2; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 77; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 52*, 2016, p. 38; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 172; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 396-409; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Trata de seres

una interpretación de esta naturaleza vacía absolutamente de contenido el bien jurídico “integridad moral”.

Por todo ello, identificamos la integridad moral como bien tutelado en el delito de trata de seres humanos, con la humillación y envilecimiento causado a los sujetos pasivos, al tratarlos como meros objetos.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, la integridad moral no es el único bien jurídico protegido en el tipo, a la vista de la complejidad de las conductas que constituyen el delito de trata de seres humanos. Por ello, en el siguiente epígrafe del trabajo estudiaremos la corriente doctrinal que prevé la libertad como único bien jurídico protegido para pasar posteriormente a un análisis de la pluriofensividad de este fenómeno delictivo.

5. La libertad como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos

En contra de las posturas mencionadas, se encuentra la corriente que mantiene que la libertad es el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos. Antes de adentrarnos en el estudio de dicha corriente doctrinal, centraremos la atención en realizar una aproximación para delimitar el bien jurídico “libertad”.

humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2018, p. 365; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudio Penales y Criminológicos*, 2011, p. 374.

5.1. Delimitación del bien jurídico “libertad”

Tal y como sucede con la dignidad humana, la libertad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico⁴⁴¹. Resulta teóricamente de gran dificultad conceptualizarlo por su naturaleza mudable o cambiante⁴⁴².

A la vista de lo mencionado por CAMAÑO ROSA, la libertad se articula bajo dos aspectos, siendo el primero el que se refiere a la propia personalidad individual, como requisito esencial e inalienable del ser humano, y, en segundo lugar, a las manifestaciones de dicha libertad⁴⁴³. Así, se protegen aspectos concretos de la libertad, como, por ejemplo, la libertad ambulatoria, la libertad de decisión, la libertad de obrar, la libertad religiosa o la libertad sexual, etc.⁴⁴⁴

Teniendo en cuenta el delito concreto analizado en este trabajo, realizaremos una aproximación a los aspectos concretos que pueden incidir en el tipo de trata de seres humanos: la libertad ambulatoria, la libertad de decisión y la libertad de obrar.

En primer lugar, por lo que respecta a la “libertad ambulatoria”, sería el bien jurídico protegido en los delitos de detención ilegal, siendo una de “las libertades básicas de la persona” de la que se ve privado el sujeto pasivo ante la actuación del sujeto activo, cuando se le obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado (“encierro”) o se le impide moverse en un

⁴⁴¹ GARCÍA ARÁN, M., “Esclavitud y tráfico de personas”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/M. GURDIEL SIERRA/E. CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 377.

⁴⁴² CAMAÑO ROSA, A. “Delitos contra la libertad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1967, p. 69.

⁴⁴³ CAMAÑO ROSA, A. “Delitos contra la libertad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1967, p. 68.

⁴⁴⁴ CAMAÑO ROSA, A. “Delitos contra la libertad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1967.

espacio abierto (“detención”)⁴⁴⁵, consagrada también en el art. 17.1 de la Constitución Española⁴⁴⁶.

En segundo lugar, la libertad de decisión se ve vulnerada cuando “*se atiende a las motivaciones del sujeto pasivo y esquemas intelectivos y éticos, formando y decidiendo libremente el sentido de su voluntad y actuando o ejecutando en concreto el contenido de la misma. Al constreñirse tales estadios psíquicos por la fuerza compresora de unos motivos extraños, la voluntad del sujeto pasivo se halla bloqueada y compelida, anulada en la facultad de autodeterminación, y doblegada y oprimida en sus expresiones o exteriorizaciones más espontáneas, por lo que se priva de la autonomía privada de la voluntad*”⁴⁴⁷. Por tanto, la libertad de voluntad o decisión se reconduce a la libre voluntad de autodeterminación de la persona, unida estrechamente a la tercera esfera de la “libertad” que nos concierne, la libertad de obrar. Dado que una vez se encuentra viciada la libertad de decisión, la libertad de obrar estará constreñida por la primera. Dicho bien jurídico es lesionado en los delitos de coacciones, donde se despoja a la víctima del ejercicio libre de tomar las decisiones que quisiera, incidiendo sobre la voluntad y determinación libre del sujeto pasivo⁴⁴⁸, impidiéndole efectuar un acto lícito u obligándole a realizar algo que no quiera⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Entre otras muchas; TS, sentencia núm. 2/2003 de 9 enero. RJ 2003\661, F.D. 2º; sentencia núm. 1627/2002 de 8 octubre. R.J. 2002\9160, F.D. 6º; sentencia núm. 627/1996 de 3 octubre. RJ 1996\7046; sentencia núm. 799/1997 de 6 junio. RJ 1997\4594; sentencia núm. 801/1999 de 12 mayo. RJ. 1999\5389.

⁴⁴⁶ Artículo 17.1. de la Constitución Española: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”.

⁴⁴⁷ TS, sentencia núm. 271/1994 de 15 febrero. RJ 1994\925, F.D. 2º.

⁴⁴⁸ AP de Granada, sentencia núm. 503/2002 de 18 julio. ARP 2002\522, F.J. 4º.

⁴⁴⁹ TS, sentencia núm. 271/1994 de 15 febrero. RJ 1994\925, F.D. 2º.

A la vista de todo lo mencionado, la libertad en su triple dimensión -de decisión, libertad ambulatoria y libertad de obrar-, serían bienes jurídicos a considerar en los delitos de trata de seres humanos⁴⁵⁰.

5.2. La libertad como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos

A pesar de ser una excepción, resulta relevante resaltar lo defendido por BEDMAR CARRILLO, que mantiene que la libertad es el único bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos⁴⁵¹, argumentando que esta posee características que la integridad moral y la dignidad carecen para erigirse como bien jurídico penalmente protegible; además se incluye en todos los textos internacionales y comunitarios específicos de trata⁴⁵². Dicho autor sostiene que se ampara la libertad por *“la defensa de cualquier resquicio en que la persona sea privada de su propia autonomía y de su propia toma de decisiones”*⁴⁵³, aludiendo concretamente a la

⁴⁵⁰ MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532.

⁴⁵¹ BEDMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La Ley Penal*, 2012, p.90; otros autores consideran que no es el único bien jurídico tutelado en el delito de trata de seres humanos: MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; SANTANA VEGA, D., “El nuevo delito de trata de seres humanos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, p. 84; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101.

⁴⁵² BEDMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La Ley Penal*, 2012, p. 89.

⁴⁵³ BEDMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La Ley Penal*, 2012, pp. 91-92.

libertad ambulatoria⁴⁵⁴, a la libertad de decisión⁴⁵⁵ y a la libertad de obrar⁴⁵⁶.

No obstante, la corriente doctrinal mayoritaria que defiende la libertad como bien jurídico protegido en el tipo, mantiene que no es el único bien jurídico vulnerado⁴⁵⁷. Dicha corriente sostiene que la

⁴⁵⁴ Bien jurídico protegido en los delitos de detención ilegal, siendo una de “las libertades básicas de la persona” de la que se ve privado el sujeto pasivo ante la actuación del sujeto activo, cuando se le obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado (“encierro”) o se le impide moverse en un espacio abierto (“detención”), consagrada también en el art. 17.1 de la Constitución Española. Entre otras muchas; TS, sentencia núm. 2/2003 de 9 enero. RJ 2003\661, F.D:2º; sentencia núm. 1627/2002 de 8 octubre. R.J. 2002\9160, F.D. 6º; sentencia núm. 627/1996 de 3 octubre. RJ 1996\7046; sentencia núm. 799/1997 de 6 junio. RJ 1997\4594; sentencia núm. 801/1999 de 12 mayo. RJ. 1999\5389.

⁴⁵⁵TS, sentencia núm. 271/1994 de 15 febrero. RJ 1994\925, F.D. 2º: “se atiende a las motivaciones del sujeto pasivo y esquemas intelectivos y éticos, formando y decidiendo libremente el sentido de su voluntad y actuando o ejecutando en concreto el contenido de la misma. Al constreñirse tales estadios psíquicos por la fuerza compresora de unos motivos extraños, la voluntad del sujeto pasivo se halla bloqueada y compelida, anulada en la facultad de autodeterminación, y doblegada y oprimida en sus expresiones o exteriorizaciones más espontáneas, por lo que se priva de la autonomía privada de la voluntad”.

⁴⁵⁶ Ello ocurre en los delitos de coacciones, donde se despoja a la víctima del ejercicio libre de tomar las decisiones que quisiera, que se consigue mediante el ejercicio de fuerza física o presión moral o intimidación incidiendo sobre la voluntad y determinación libre del sujeto pasivo, impidiéndole efectuar un acto lícito u obligándole a realizar algo que no quiera. AP de Granada, sentencia núm. 503/2002 de 18 julio. ARP 2002\522, F.J. 4º; TS, sentencia núm. 271/1994 de 15 febrero. RJ 1994\925, F.D. 2º.

⁴⁵⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, pp. 79-108, p. 84; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería núm. 42/2016 parte Estudios*, 2016, p. 157; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1561; SANTANA VEGA, D. M., “Artículo 177 bis del Código penal”, en J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 194; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2016, pp. 36-51, p38; RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 216; IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 262; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, pp. 77-78; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis

trata de seres humanos va más allá que los ataques a la libertad, dado que, conviniendo con DAUNIS RODRÍGUEZ, las conductas de trata de seres humanos conllevan una instrumentalización del sujeto pasivo que no se encuentra presente en los ataques contra la libertad de la persona⁴⁵⁸.

A nuestro modo de ver, la libertad no puede erigirse como único bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos porque es insuficiente para proteger todo lo que el específico injusto penal supone; si bien opinamos que la voluntad de decisión del sujeto pasivo es anulada en la trata de seres humanos, así como la libertad de decisión y la ambulatoria, no podemos olvidar la cosificación degradante que sufre y, por ende, la lesión de su integridad moral. Por consiguiente, si bien la libertad es amparada en el delito de trata de seres humanos, la libertad es lesionada en el delito junto a la integridad moral de la persona.

El delito de trata de seres humanos se configura, por tanto, como un delito pluriofensivo en el que se protege la integridad moral junto con la libertad de decisión, de obrar y ambulatoria del sujeto pasivo⁴⁵⁹.

del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532; PÉREZ ALONSO, E., “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUÍZ SUTIL (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 377.

⁴⁵⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, pp. 77-78.

⁴⁵⁹ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532; PÉREZ ALONSO, E., “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUÍZ SUTIL (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 377. Aunque en opinión de

6. La trata de seres humanos como delito pluriofensivo

Tal y como ha sido mencionado, una vez delimitado el bien jurídico “integridad moral” del valor superior “dignidad humana”, sobre la base de la imposibilidad de considerar a esta última como bien jurídico necesitado de tutela penal, opinamos que no es el único bien jurídico tutelado en el delito de trata de seres humanos, sino que en este también se protege la libertad.

En todo caso, son múltiples las corrientes que defienden la pluriofensividad. Así, hay quien defiende que, junto a la integridad moral⁴⁶⁰ o la dignidad⁴⁶¹ y la libertad, la trata también protege la

cierta parte de la doctrina, así como la Fiscalía General del Estado junto a la dignidad: RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 42/2016 parte Estudios, 2016, p. 157; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1561; SANTANA VEGA, D. M., “Artículo 177 bis del Código penal”, en J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 194; SÁNCHEZ-COSIVA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2016, p. 38; RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 216; IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 262; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, pp. 77-78.

⁴⁶⁰ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532; PÉREZ ALONSO, E., “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUÍZ SUTIL (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 377.

⁴⁶¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 42/2016 parte Estudios, 2016, p. 157; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1561; SANTANA VEGA, D. M., “Artículo 177 bis del Código penal”, en J. S. VERA

puesta en peligro de los bienes jurídicos que serán lesionados en la explotación posterior, los cuales, a través del delito de trata, resultan ya puestos en peligro.

6.1. La libertad unida a la integridad moral o la dignidad junto a la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la explotación posterior como bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de seres humanos

Esta corriente sostiene que en el delito de trata de seres humanos se protege la integridad moral de las personas por la instrumentalización de las víctimas -o su dignidad-, así como la libertad del sujeto pasivo, y que, además este delito supone la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por los delitos constitutivos de la explotación perseguida, como son los derechos de los trabajadores, la libertad sexual, la integridad, la salud física, etc.⁴⁶²

SÁNCHEZ (Coord.), M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 194; SÁNCHEZ-COSIVA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2016, p. 38; RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 216; IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 262.

⁴⁶² POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:06; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 84.; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 139; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 535.

Ahora bien, contrariamente a lo defendido por esta corriente, aunque en el delito de trata de seres humanos sea necesario el objetivo de explotación, el delito no requiere su ejecución. Esto es, el delito de trata de seres humanos es un delito permanente que extiende su carácter lesivo a todo un proceso, por lo que la mera realización de cualquier conducta recogida en el tipo bajo alguno de los medios comisivos establecidos supone la realización del delito de trata de seres humanos⁴⁶³, no siendo necesaria la producción de la explotación, aunque sí la concurrencia del elemento subjetivo de la misma.

A nuestro modo de ver, el bien jurídico protegido en los delitos de trata de seres humanos debe ser independiente de los que puedan ser afectados por la explotación posterior por tres razones: en primer lugar, porque lo contrario causaría la indeterminación del bien jurídico protegido en el delito y estaríamos negando la autonomía al delito de trata respecto al posterior delito de explotación⁴⁶⁴; en segundo lugar, porque la explotación se presenta como elemento subjetivo, sin que sea necesario su logro para la realización del delito de trata de seres humanos⁴⁶⁵; y, en tercer lugar, porque admitir la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la explotación posterior supone en última instancia un adelantamiento de la barrera punitiva que no está prevista en los delitos que nos afecta⁴⁶⁶.

⁴⁶³ MARTÍN ANCIN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 261.

⁴⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 408.

⁴⁶⁵ REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 34.

⁴⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 417; Conviniendo con DAUNIS RODRÍGUEZ, en la práctica ello presenta una difícil operatividad, dado que la

6.2. La libertad junto a la integridad moral o la dignidad como bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de seres humanos

Tal y como hemos venido adelantando, el delito de trata de seres humanos protege la libertad y la integridad moral. Otra postura doctrinal defiende la pluriofensividad de la trata por proteger la libertad y la dignidad del sujeto pasivo⁴⁶⁷.

Uno de los argumentos que se utiliza a tal efecto es que la Exposición de motivos de la LO 1/2015 realiza una mención expresa tanto de la protección de la dignidad como de la libertad: “*el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren*”⁴⁶⁸.

Siguiendo con un posicionamiento dual de bienes jurídicos en los cuales se incluye la libertad, se defiende que los medios comisivos necesarios para la realización del tipo inciden

realidad criminológica demuestra que la trata de seres humanos se descubre una vez el delito se encuentra consumado y el sujeto pasivo está siendo objeto de la explotación posterior. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 91.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 42/2016 parte Estudios, 2016, p. 157; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1561; SANTANA VEGA, D., “Titulo VII BIS de la trata de seres humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dir.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 658; SÁNCHEZ-COSIVA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2016, p. 38; RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 216; IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 262; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, pp. 77-78; MARAVER GÓMEZ, M., “Trata de seres humanos”, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 1013.

⁴⁶⁸ XXI Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

directamente en la libertad de la víctima, pero que a la vez afectan a “su dignidad y con ello a su integridad moral”⁴⁶⁹.

Contra este planteamiento, VILLACAMPA ESTIARTE apuesta por la tutela única de la dignidad humana en el delito de trata de seres humanos, y entiende que la protección de la libertad en el mencionado precepto queda integrada a través de la protección de la dignidad humana, bien exclusivamente tutelado en este delito⁴⁷⁰.

Por su parte, MUÑOZ CONDE, ALONSO ÁLAMO o GARCÍA SEDANO⁴⁷¹ defienden que, en el delito de trata de seres humanos, aunque se lesione de diversas formas la libertad, esta vulneración se lleva a cabo mediante la lesión de la dignidad y la integridad moral⁴⁷². Por consiguiente, en cierta medida se prevé también la lesión a la libertad, aunque quede subsumida en el menoscabo de la dignidad y la integridad moral.

⁴⁶⁹ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532.

⁴⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 406.

⁴⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 207; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 2; ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, p. 6.

⁴⁷² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 207; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 2; ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, p. 6.

6.3. El interés administrativo de control de los flujos migratorios como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos junto con la integridad moral y la libertad

En su concepto tradicional, la trata de seres humanos cubre los supuestos en los que el sujeto pasivo se encuentre en tránsito o con destino a España. En este sentido, y siempre que, técnicamente, pueda considerarse un bien jurídico digno y merecedor de protección penal (lo cual resulta cuanto menos dudoso), el “interés administrativo del control de los flujos migratorios”⁴⁷³ -bien jurídico protegido por el art. 318 bis CP que castiga el tráfico ilegal de personas-, puede verse afectado por esta modalidad delictiva cuando alguna de las acciones típicas recogidas en el precepto penal se realice a nivel transnacional con destino a España. Esto es, no se exige que la persona captada, trasladada, acogida, intercambiada o transferida a través de ciertos medios comisivos sea nacional. Por consiguiente, el delito de trata de seres humanos podría verse, como entienden algunos, como una modalidad de tráfico de personas⁴⁷⁴. En todo caso, a nuestro modo de ver, atendiendo al concepto y fenomenología tradicional de la trata el interés administrativo de control de los flujos migratorios debe entenderse comprendido entre los objetos de protección del delito de trata de seres humanos.

⁴⁷³ TS, sentencia núm. 178/2016 de 3 junio, R. J. 2016\2748, F.D. 6º.

⁴⁷⁴ MAYORDOMO RODRIGO, V., “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 93.

7. Toma de postura

A modo de resumen, tal y como ha sido desarrollado en este apartado del trabajo, un amplio sector de la doctrina opina que en la trata de seres humanos se amparan simultáneamente diversos bienes jurídicos⁴⁷⁵.

En primer lugar, siendo la interpretación defendida en este trabajo, el delito de trata de seres humanos tutela la integridad moral, por el uso mercantilista del sujeto pasivo y la humillación que supone para este y, a su vez, también protege la libertad, puesto que con los medios comisivos se doblega la voluntad de la víctima con el fin de alcanzar el objetivo de explotación⁴⁷⁶.

En segundo lugar, otro planteamiento concreta dicha pluriofensividad en la tutela de la libertad y la dignidad humana⁴⁷⁷:

⁴⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 169; SANTANA VEGA, D. M., “Artículo 177 bis del Código penal”, en J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 198; MARAVER GÓMEZ, M., “Trata de seres humanos”, F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 944; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 29; OLAIZOLA NOGALES, I., “A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas”, en J.G. FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 472; CANO PAÑOS, M. A., “De la trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 423.

⁴⁷⁶ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532; PÉREZ ALONSO, E., “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUÍZ SUTIL (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 377.

⁴⁷⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista*

entiende que se protege la dignidad de la persona sin discriminación alguna, así como la libertad. No obstante, tal y como hemos señalado, la dignidad humana no puede constituirse como objeto de protección directo por tratarse de un valor superior que informa al ordenamiento jurídico y que, además, se tutela mediante los bienes jurídicos personalísimos. Por consiguiente, defendemos que es la integridad moral junto con la libertad de obrar, de decisión y de ambulatoria lo que dicho precepto penal protege.

Autores como MUÑOZ CONDE, ALONSO ÁLAMO o GARCÍA SEDANO, apuestan por un bien jurídico doble: “dignidad e integridad moral”. Estos autores, subrayan que, si la hubiera, la línea entre la dignidad y la integridad moral sería extremadamente fina por lo que su incriminación autónoma como delito tiene que ver con la dignidad e integridad moral, puesto que, al reconocer el derecho a la integridad moral, se está concretando el núcleo esencial de la dignidad⁴⁷⁸. A su modo de ver, aunque también se lesione la libertad, esta se subsume en el ataque de la dignidad humana e integridad moral de la persona⁴⁷⁹.

de Derecho Migratorio y Extranjería núm. 42/2016 parte Estudios, 2016, p. 157; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1561; SANTANA VEGA, D. M., “Artículo 177 bis del Código penal”, en J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 194; SÁNCHEZ-COSIVA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2016, p. 38; RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 216; IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 262; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, pp. 77-78.

⁴⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 207; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 2; ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, p. 6.

⁴⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 207.

Existe además otra corriente doctrinal que defiende la pluriofensividad en el delito de trata de seres humanos y, tomando como base la tutela de la dignidad⁴⁸⁰ o la integridad moral⁴⁸¹ - también la libertad unida a la dignidad⁴⁸² o a la integridad moral⁴⁸³ - , explica que se protegen otros bienes jurídico-penales puestos en peligro por la explotación perseguida⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/M. C. GORJÓN BARRANCO/J. FERNÁNDEZ GARCÍA (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 154; REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 51.

⁴⁸¹ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 84.; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 139; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:06; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 535.

⁴⁸² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/M. C. GORJÓN BARRANCO/J. FERNÁNDEZ GARCÍA (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 130.

⁴⁸³ MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 6.

⁴⁸⁴ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 84.; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 139; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 51; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:06; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/M. C. GORJÓN BARRANCO/J. FERNÁNDEZ GARCÍA (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 130.

Como podemos comprobar, la divergencia de opiniones en la doctrina resulta incluso esquizofrénica a la vista de los posicionamientos tan dispares.

A nuestro modo de ver, atendido el tenor literal del tipo penal y habida cuenta de la ubicación sistemática del delito de trata de seres humanos en el Código penal, tras los delitos contra la integridad moral y anterior a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se tutelan varios bienes jurídicos simultáneamente. En el delito de trata de seres humanos es significativa la instrumentalización del ser humano, dado que la finalidad debe ser la explotación, elemento teleológico este que implica una situación de humillación para el sujeto pasivo. Ahora bien, igualmente consideramos, que la lesión de la integridad moral coexiste junto al ataque a la libertad, porque se doblega la voluntad del sujeto pasivo para alcanzar dichos fines⁴⁸⁵.

DE LA CUESTA ARZAMENDI define los tratos degradantes según lo dispuesto por el art. 173 CP como *“los comportamientos incidentes en la esfera corporal o psíquica de otros, dirigidos a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima -mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situación de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño- a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la*

⁴⁸⁵ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 2012, p.101; MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, p. 532; PÉREZ ALONSO, E., “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUÍZ SUTIL (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 377.

*víctima*⁴⁸⁶. Alude así a comportamientos dirigidos a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y a la vejación del mismo. A pesar de que diferenciamos la libertad de la conceptualización de la integridad moral, vemos que en la trata de seres humanos se protegen estos dos bienes jurídicos.

La trata de seres humanos es un delito dirigido a doblegar la voluntad del sujeto pasivo mediante el uso de medios comisivos dirigidos a la explotación y, a la vez, un proceso de cosificación del ser humano por parte del tratante, donde el sujeto activo es el dominante de una relación asimilable a los atributos del derecho de propiedad del sujeto pasivo⁴⁸⁷; y es esta la singularidad del fenómeno de trata de seres humanos que justifica la autonomía del delito⁴⁸⁸.

Además, por el carácter transnacional tradicionalmente propio de este fenómeno delictivo, entendemos que el interés administrativo de control de los flujos migratorios, también se encuentra necesariamente cubierto por el delito de trata de seres humanos.

A la vista de la delimitación realizada sobre los bienes jurídicos que se plantean como intereses protegidos consideramos que estos se circunscriben a la integridad moral, la libertad y el interés de controlar los flujos migratorios. Sin intención de resultar

⁴⁸⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Torturas y atentados contra la integridad moral", *Estudios penales y criminológicos*, 1998, pp. 82 y ss.

⁴⁸⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 78; PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 117; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., "El delito de trata de seres humanos", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2017, p. 38, dicho autor recoge, aunque sin realizar una comparativa explícita, la defensa del ser humano por el hecho de serlo, dado que "no es posible imaginar una condición más indigna que la esclavitud", igualando la esclavitud con la trata de seres humanos.

⁴⁸⁸ MOYA GUILLEM, C., "Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales", *Política Criminal*, 2016, p. 535

reiterativos, las razones que nos llevan a esta conclusión son las siguientes:

En primer lugar, descartamos la dignidad como bien jurídico porque no puede articularse autónomamente como tal, por ser un valor superior que informa a todo el ordenamiento jurídico, ésta ya se protege en el ámbito penal a través de la tutela de los bienes jurídicos personalísimos y porque identificar los supuestos de humillación y degradación humana con la dignidad humana supone vaciar de contenido al bien jurídico “integridad moral”. Así, teniendo en cuenta que la dignidad humana es un principio material de la justicia⁴⁸⁹ y una síntesis de la totalidad de dimensiones tanto físicas como psíquicas de la persona⁴⁹⁰, no puede cumplir los fines del bien jurídico protegido⁴⁹¹; por consiguiente, descartamos que sea la dignidad el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos. La imposibilidad de acudir a la dignidad humana como interés necesitado de tutela penal, hace que nos posicionemos por la “integridad moral” como bien jurídico protegido en los supuestos de instrumentalización de la víctima. De hecho, resulta ejemplo de ello la trata abusiva -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- donde es clara la instrumentalización del sujeto pasivo y su cosificación.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que el tipo de trata se erige como un proceso en el que, a través del uso necesario de los medios comisivos la víctima pierde su voluntad, también se debe

⁴⁸⁹ CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, 6º ed., Madrid, p. 20.

⁴⁹⁰ GRACIA MARTÍN, L. “El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996, p. 581.

⁴⁹¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p.49.

considerar la “libertad” como bien jurídico protegido, ya que se anula o, cuanto menos, se limita gravemente la libertad del sujeto pasivo. Ello no solo en la trata forzada -esto es, con empleo de violencia o intimidación-⁴⁹²; los casos de trata fraudulenta también inciden en la limitación de la libertad de autodeterminación de la víctima, así como la trata abusiva. Además, vemos que la libertad ambulatoria también se lesiona por el hecho de que la persona tratada se vea privada de su libertad de movimiento durante el proceso de trata de seres humanos.

Por último, consideramos que la protección del interés administrativo de control de los flujos migratorios también se da en este delito por el carácter transnacional históricamente propio de este fenómeno y que refleja el tipo penal.

A pesar de que este delito constituye el antecedente respecto a la explotación posterior⁴⁹³, a nuestro modo de ver, con la trata de seres humanos, no se está dando comienzo a la conducta de explotación, siendo la trata de seres humanos merecedora de un tratamiento jurídico-penal autónomo por la conversión a objeto mercantil de la persona víctima, que le hace gozar al sujeto activo de esta como si fuera propietario de la misma, de forma humillante, tratada como objeto y envilecida, privándola de su libertad, para decidir y obrar por sí misma, así como moverse libremente.

⁴⁹² Entre otras sentencias: TS, sentencia núm. 305/2006 de 15 marzo, R.J. 2004\1705; sentencia núm. 726/2010 de 22 julio. R.J. 2010\166; sentencia 626/2007 de 5 julio. R.J. 2006\1277; sentencia 1070/2000 de 19 junio. R.J. 1999\2868; sentencia 632/2013 de 17 julio. R.J. 2012\2253; sentencia 1523/2000 de 7 octubre. R.J. 1998\4614

⁴⁹³ MARTÍN ANCIN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 263.

III. ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO DEL ART. 177.1 BIS

El tipo de trata de seres humanos se incorpora, como ya se ha mencionado, en el artículo 177bis CP, que prevé una pena de prisión de cinco a ocho años:

“Artículo 177 bis

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, 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.”

En los siguientes epígrafes del trabajo analizaremos el tipo objetivo y subjetivo del tipo básico del delito recogido en

el art. 177 bis CP, sin que profundicemos en los tipos agravados del mismo teniendo en cuenta que el objetivo del trabajo se centra en un análisis victimocéntrico del fenómeno delictivo.

1. Tipo objetivo

Este tipo delictivo es un tipo mixto alternativo que se consuma con el ejercicio de una de las conductas típicas mencionadas mediante el uso de los medios comisivos indicados, sin necesidad de que se produzca la explotación posterior⁴⁹⁴.

El “sujeto pasivo” puede ser cualquier persona, nacional o extranjera⁴⁹⁵. El delito de trata de seres humanos no exige un desplazamiento transnacional de la víctima, pudiéndose cometer dentro del “territorio español”. A pesar de que la conducta pueda tener carácter transnacional, debe cometerse desde España, con destino a España, o en tránsito. Por ello, entendemos que no se perseguirán aquellos delitos cometidos en el extranjero, salvo que se produzcan con destino o en tránsito a España.

La “conducta típica” se caracteriza por la contención de ciertas fases ejecutadas a través de unos medios comisivos y todo ello, persiguiendo una finalidad de explotación. La primera fase, denominada como “acción”, supone la captación, transporte, traslado, acogida o recepción, y/o el intercambio o transferencia.

La conjunción de conductas que contiene la “acción”, representa las fases que pueden darse en el transcurso de la

⁴⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016, p. 285.

⁴⁹⁵ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p.103.

ejecución del delito. Deben llevarse a cabo empleando ciertos “medios comisivos” que están dirigidos a dominar la voluntad del sujeto pasivo: la violencia, intimidación engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad y la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que tenga el control sobre la víctima.

Por último, todo lo anterior tendrá como fin “la explotación” del sujeto pasivo, siendo la misma de distintas modalidades: explotación laboral y mendicidad, explotación sexual, explotación para realizar actividades delictivas, extraer órganos corporales o celebrar matrimonios forzados.

1.1. Conducta típica

A la vista de lo mencionado, la descripción de la conducta típica se construye sobre la base de tres elementos: la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación, aunque no es requerimiento que la explotación se lleve a cabo para la consumación del delito de trata de seres humanos.

1.1.1.La acción típica

En el art. 177 bis CP, la acción del delito de trata comprende los siguientes verbos nucleares: captar, transportar, trasladar, acoger o recibir e intercambiar o transferir el control sobre los sujetos pasivos.

Tal y como se ha podido comprobar al estudiar la definición derivada de la perspectiva internacional y europea, se ha optado por

la inclusión de una terminología amplia. El objetivo de ello es tipificar todas y cada una de las fases de la trata de seres humanos para que no quede impune ninguna conducta potencialmente injusta. Las conductas tipificadas se configuran como alternativas, aunque pueden aparecer como parte de un proceso⁴⁹⁶.

No obstante, la multiplicidad de verbos empleados puede generar problemas interpretativos como consecuencia de la reiteración innecesaria o la ausencia de especificación de los mismos en lo que respecta a su delimitación.

A continuación, procederemos al análisis doctrinal y jurisprudencial de cada término integrante del tipo objetivo de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español.

1.1.1.1. Captar

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, consiste en atraer o ganar el afecto de una persona⁴⁹⁷. Por lo que respecta a la trata de seres humanos, la captación tiene como fin el reclutamiento de la víctima, atraerla para controlar su voluntad⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ MARAVER GÓMEZ, M., “Trata de seres humanos”, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 1014; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 34; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 209.

⁴⁹⁷ Disponible en <http://dle.rae.es/?id=7M88XDA>

⁴⁹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, p. 76; BENITEZ PÉREZ-FAJARDO, F. G., “El delito de trata de personas”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2011, p. 189.

para su explotación posterior, siendo esta la finalidad típica perseguida por el tratante⁴⁹⁹.

La captación se llevará a cabo mediante la identificación y contacto con las víctimas, con el fin de conseguir la atracción del sujeto pasivo⁵⁰⁰, efectuándose normalmente en el lugar de residencia habitual del mismo⁵⁰¹. Ello puede realizarse mediante anuncios, agencias de viaje con promesas de trabajo, o por medio de alguna persona cercana⁵⁰².

Algunos autores han considerado la captación como una herramienta tendente a ganar la voluntad de la víctima con la violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que tenga el control sobre la víctima⁵⁰³. Esto es, la acción

⁴⁹⁹ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 80; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 104.

⁵⁰⁰ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 85; GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, núm. 52-2016, 2016, p. 16; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:08; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 104; LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres humanos”, en F. J. BOIX REIG (coord.), *Derecho penal. Parte especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2016, p. 229.

⁵⁰¹ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 193; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 9.

⁵⁰² CASTRO RODRÍGUEZ, “La trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo”, *Documentos de trabajo social: Revistas de trabajo y acción social*, 2012, p. 448; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:08; ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, Madrid, 2006, p. 78.

⁵⁰³ LLORIA GARCÍA, P. “Lección XI. Trata de seres humanos”, en J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los*

de “captar” se conceptualiza unida al empleo de los medios comisivos, ya que se entiende que, sin el uso de estos, sería inconcebible que una persona mayor de edad pudiese aceptar someterse a lo exigido por este delito⁵⁰⁴. Obviamente, aunque para la consumación del delito sea necesario el uso de los medios comisivos, a nuestro modo de ver, la captación se debe conceptualizar al margen de estos, dado que se trata de una acción independiente dirigida a conseguir la voluntad de la víctima, siendo la acción que determina la introducción de la persona tratada en el dominio del tratante⁵⁰⁵.

intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, p. 300; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, p. 330; ABOSO, G. E., *La trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, IBdeF, Buenos Aires, 2013, p.74-75; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 40. Pp. 36-51.

⁵⁰⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, p. 330.

⁵⁰⁵ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 87; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 17; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.416-417; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016, p. 84; BENITEZ PÉREZ-FAJARDO, F. G., “El delito de trata de personas”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2011, p. 190; MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 202; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 4. y “La reforma del Código Penal español motivada por la transposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2013, p. 122; SANTA RITA TAMÉS, G., “Los modelos de imputación en el delito de trata de seres humanos y su vínculo con el terrorismo organizado: tipificación problemática”, *Revista da Direitos e Garantias Fundamentais*, 2016, p. 149; GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, núm. 52-2016, 2016, p. 16-17; BUSTOS RUBIO, M., “La esclavitud del siglo XXI: el delito de trata de seres humanos” *III Congreso de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Criminalidad Organizada*

Por ello, la captación se conceptualiza como el acto de acercamiento del tratante a la futura víctima con el fin de ganarse su voluntad para su inserción en un proceso de trata de seres humanos.

Tal y como acertadamente manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE, la acción de captar no puede resumirse en un simple acercamiento del tratante a la víctima, sino que exige que, en este acto, la víctima asuma cierto compromiso⁵⁰⁶ sobre lo propuesto por el captor⁵⁰⁷. A pesar de parecernos excesiva la exigencia de contraer un “compromiso” por parte del sujeto pasivo, entendemos lo expuesto por dicha autora como una respuesta positiva viciada que da la víctima a lo manifestado por el sujeto pasivo. Esto es, deberá crearse un vínculo entre el tratante y la persona víctima de trata por el que esta última se verá involucrada en un proceso de trata de seres humanos. Esto, por ejemplo, podría consistir en la aceptación de un contrato de trabajo falso. Ahora bien, dicha respuesta positiva será posible en los casos de ciertos medios comisivos, excluyendo la violencia o la intimidación como medio para la captación, dado que, con el uso de los mismos, difícilmente podrá darse una respuesta positiva por parte de la víctima.

En el sentido mencionado, es habitual que la primera fase sea realizada mediante el uso del engaño, siendo uno de los medios

Transnacional, Sevilla, 2015, p. 13; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 104; MAYORDOMO RODRÍGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios penales y criminológicos*, 2011, p. 353 (pp. 325-390).

⁵⁰⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 417.

⁵⁰⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.416-417. “La captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo (...)”

comisivos más utilizados en la fase de la captación, junto con el uso de la fuerza o la intimidación⁵⁰⁸.

Ahora bien, la propia acción de “captar” no implica el uso del engaño, la intimidación, la violencia, el abuso de una situación de superioridad, necesidad, vulnerabilidad o la recepción u oferta de pagos para conseguir a la víctima; sino que la captación será aquella acción orientada a la sustracción de la víctima de su entorno para ser objeto de trata que comienza mediante un primer acercamiento del tratante. En el caso de que sea el engaño el medio comisivo empleado para dicha labor, el sujeto pasivo dará una respuesta positiva a lo propuesto por el sujeto activo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 177 bis 3: *“el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”*.

Concluimos que la captación consistirá en aquella acción orientada a la sustracción de la víctima de su entorno para ser objeto de trata que comienza mediante un primer acercamiento del tratante a la víctima, por el que esta se encontrará dentro de un proceso de trata de seres humanos, al margen de los medios comisivos utilizados en dicha fase.

⁵⁰⁸ Entre otras: Sentencia núm. 786/2016 de 20 octubre. RJ 2016\4944, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 270/2016 de 5 de abril. RJ 2016\3058, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 298/2015 de 13 de mayo. RJ 2015\1878. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 309/2016 de 18 julio. ARP 2018\648, Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) sentencia núm. 806/2016 de 27 de octubre. RJ 2016\5089, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 515/2015 de 2 diciembre. ARP 2016\85, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), Sentencia núm. 178/2016, de 3 marzo de 2016, R. J. 2014\10848.

1.1.1.2. Transporte y traslado

En segundo lugar, el art. 177 bis CP se refiere a los conceptos del “*transporte*” y “*traslado*”.

A primera vista, los dos términos parecen sinónimos, si bien antes de la reforma del 2015 del CP, una parte de la doctrina⁵⁰⁹ optó por dotar de un contenido distinto al término “trasladar”, diferenciado del cambio de ubicación del sujeto pasivo, como veremos en adelante. A pesar de que después de la reforma de 2015 dicha interpretación carezca de sentido, los dos términos contienen diferencias terminológicas, por lo que trataremos de identificar las diversas interpretaciones y posicionarnos ante las mismas.

A. Transporte

En lo que respecta al “transporte”, para la Real Academia de la Lengua Española supone “llevar a alguien o algo de un lugar a otro”⁵¹⁰. En la trata de seres humanos, el transporte refleja la segunda fase de la trata de personas, en la que la víctima, después de ser captada, es transportada a otro lugar, con el fin de que sea explotada.

El “transporte” no implica necesariamente un cruce de fronteras, pero sí supone un movimiento o cambio de ubicación del sujeto pasivo. Según la doctrina mayoritaria, el transporte se considera, siguiendo lo dispuesto en la definición mencionada, una

⁵⁰⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.420; HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 26; ABOSO, G. E., *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, IBdeF, Buenos Aires, 2013, p. 76.

⁵¹⁰ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aMgmTGw>

acción de desplazamiento o cambio de ubicación de la víctima⁵¹¹. Por su parte, ciertos autores consideran el cambio de ubicación una forma de mantener el control sobre el sujeto pasivo⁵¹².

Otra de las interpretaciones surgidas desde la doctrina diferencia el “transporte” del “traslado” por el hecho de que el primero hace referencia al método o instrumento utilizado para el cambio de ubicación⁵¹³. En este sentido, jurisprudencialmente se hace uso del término “transporte” para hacer referencia al instrumento con el que se realiza el desplazamiento y el coste de este. Así lo mantienen tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales en los siguientes ejemplos: “Para dicho transporte los acusados utilizaban el vehículo marca Mercedes E 270

⁵¹¹ SANTA RITA TAMÉS, G., “Los modelos de imputación en el delito de trata de seres humanos y su vínculo con el terrorismo organizado: tipificación problemática”, *Revista da Direitos e Garantias Fundamentais*, 2016, p. 149; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 3 y “La reforma del Código Penal español motivada por la transposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2013, p. 122; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 40; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 104; también la Fiscalía en FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1562; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, p. 330; SANTANA VEGA, D. M., “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dirs.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 655; MAYORDOMO RODRÍGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios penales y criminológicos*, 2011, p. 354.

⁵¹² MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 202-203; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 417-418.

⁵¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 52.

CD1...” TS, Sentencia núm. 827/2015⁵¹⁴, “(...)para pagar el transporte desde Parla a Madrid (...)” TS, Sentencia núm. 861/2015⁵¹⁵, “El que, además, realizara labores de transporte como servicio de taxi” TS, Sentencia núm. 167/2017⁵¹⁶, “(...)ofreciéndole trabajo como cajera de un supermercado y le organizó a cambio de dinero el **transporte** a territorio español(...)” AP Las Palmas, sentencia núm. 57/2015⁵¹⁷, “(...)unas personas que le prestaron dinero para el transporte(...)”⁵¹⁸, entre otras sentencias.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, ello se debe a la connotación que aporta la propia palabra “transporte”; el transporte -como el traslado- será la conducta que facilite el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro. Ahora bien, intrínsecamente podríamos diferenciar el transporte del traslado por la connotación que aporta el propio término; esto es, el transporte podría reflejar también la cosificación del sujeto pasivo: el transporte de la víctima en cuanto objeto de mercancía.

A nuestro juicio, a pesar de que los dos términos impliquen un desplazamiento de lugar, “transportar” refleja la cosificación del ser humano⁵¹⁹. A mayor abundamiento, por lo que respecta a la trata de esclavos, el artículo primero de la Convención sobre la abolición de la esclavitud de 1926 también hace uso de este mismo término para referirse al cambio de lugar o desplazamiento de los

⁵¹⁴ TS, Sentencia núm. 827/2015, 15 de diciembre 2015, RJ 2015\10542, H.P.

⁵¹⁵ TS, Sentencia núm. 861/2015, 20 de diciembre 2015, RJ 2015\10403, H.P.

⁵¹⁶ TS, Sentencia núm. 167/2017, 15 de marzo 2017, RJ 2016\10648, F. J. 14º.

⁵¹⁷ AP Las Palmas, sentencia núm. 57/2015, 25 de septiembre 2015, RJ 2015\41, H. P.

⁵¹⁸ Auto Tribunal Supremo, Sala 2ª, núm. 1305/2017, de 28 de septiembre 2017, RJ 2107\10209, H. P.

⁵¹⁹ PALMA HERRERA, J. M., “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, en L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 400.

esclavos⁵²⁰, pudiendo ser un claro reflejo de la idea de la desvalorización humana⁵²¹.

En realidad, el “transporte”, además del desplazamiento que supone, refleja terminológicamente la cosificación del ser humano equiparándolo a un objeto de mercancía. Ahora bien, tanto el “traslado” como el “transporte” tienen el mismo significado y hacen referencia a una misma acción: el cambio de lugar de residencia o un movimiento dentro de un mismo país, provincia o ciudad, que tienen como fin el desarraigo de la víctima de su entorno natural⁵²², por lo que nos encontramos ante una misma acción, que, a pesar de reflejar terminológicamente dicha cosificación del ser humano característica de la trata de seres humanos, se refiere al desplazamiento o cambio de ubicación del sujeto pasivo. En el caso de que concurra un mayor desvalor como la puesta en peligro de la vida, la integridad física o psíquica del sujeto pasivo, deberá aplicarse el subtipo agravado.

B. Traslado

A tenor del art. 177 bis, se prevé también el “traslado” como forma de cambio de ubicación del sujeto pasivo lo que, según la Real Academia de la Lengua Española, también significa llevar a alguien o algo de un lugar a otro⁵²³.

⁵²⁰ La trata de esclavos “comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y en general, todo acto de comercio o transporte de esclavos” (art. 1).

⁵²¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento experto. Reforma penal*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 78.

⁵²² DAUNIS RODRIGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 83.

⁵²³ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aRIZFZd>

Siguiendo la doctrina mayoritaria tanto el “traslado” como el “transporte” supondrían el cambio de lugar y movimiento del sujeto pasivo, sin que haya distinciones entre ambos términos⁵²⁴. No obstante, una de las interpretaciones realizadas por la doctrina con el fin de diferenciar dichas acciones es que el “traslado” supone el cambio de lugar de alojamiento del sujeto pasivo antes de llegar al lugar de explotación, y el “transporte” implica el desplazamiento del alojamiento temporal al lugar donde se ejecutará el objetivo de dicho transporte, esto es, la explotación⁵²⁵.

Esta interpretación carece de lógica y resulta un tanto excesiva y forzada. Desde el punto de vista de la RAE, resultan meros sinónimos, a pesar de que, como hemos mencionado anteriormente, son dos modalidades de desplazamiento ejecutadas de distinta forma, por tratarse el “transporte” de un desplazamiento que refleja la cosificación del ser humano. Por ello, la diferenciación referida al momento del desplazamiento resulta innecesaria para la concreción de los verbos nucleares “transportar” y “trasladar” del tipo de trata de seres humanos.

⁵²⁴ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 4 y “La reforma del Código Penal español motivada por la transposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2013, p. 121; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 87; DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 139; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 184; MAYORDOMO RODRÍGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios penales y criminológicos*, 2011, p. 354; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, P. 52; LLORIA GARCÍA, P. “Lección XI. Trata de seres humanos”, en J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2010, p. 300.

⁵²⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 78.

A la vista de las dificultades surgidas a la hora de diferenciar los términos “transporte” y “traslado”, es conveniente traer a colación la redacción que se recogía con anterioridad a la reforma del 2015 del Código Penal en el ámbito del art. 177 bis: “*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, la captare, transportare, trasladare, acogiére, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes...*”.

El tenor literal del precepto anterior a la reforma del 2015 llevaba a que tanto cierta parte de la doctrina⁵²⁶ como la Fiscalía General del Estado⁵²⁷ interpretase el “traslado” con una conceptualización equiparable al “intercambio o transferencia del control del sujeto pasivo”. Ello pudo deberse a que “*transfer*”⁵²⁸ - transferencia- es el término utilizado en las fuentes internacionales y comunitarias, y el legislador lo tradujo como “trasladar”, sinónimo de “transferir”, según la RAE⁵²⁹. Dicha definición de “trasladar” se ceñiría al traslado del dominio sobre la persona, ya que “trasladar” y “transferir” también son sinónimos en el diccionario de la Real

⁵²⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 420; HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 26; ABOSO, G. E., *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, IBdeF, Buenos Aires, 2013, p. 76.

⁵²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1562-1563.

⁵²⁸ “*Trafficking in persons*” shall mean the recruitment, transportation, **transfer**, harbouring or receipt of persons(...)” Art. 3 Protocolo de Palermo Naciones Unidas; “*Trafficking in human beings*” shall mean the recruitment, transportation, **transfer**, harbouring or receipt of persons(...)” art. 2 Convenio de Varsovia, Consejo de Europa; “*The recruitment, transportation, transfer, harbouring or reception of persons(...)*” art. 2, Directiva 2011/36 Unión Europea.

⁵²⁹ Disponible en: <https://dle.rae.es/traslado>

Academia Española de la Lengua⁵³⁰. Mediante esta interpretación, no era necesario el traslado físico de la víctima, ya que se transfería la posesión de esta⁵³¹.

En realidad, antes de la reforma del CP del 2015 resultaba lógica dicha conceptualización del verbo típico “trasladar”, ya que suplía la carencia del verbo típico “transferir” que se preveía en los textos internacionales y comunitarios. Sin embargo, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, con el objetivo de cumplir con los compromisos supranacionales como la Directiva 2011/36/UE, introdujo tanto “la transferencia como el intercambio de control” como acciones típicas, por lo que esta interpretación perdió sentido.

Aun así, no toda la doctrina apoyaba dicho posicionamiento antes de la reforma de 2015, ya que resultaba una interpretación “excesivamente forzada y extensiva” del verbo “trasladar”, no existiendo en el tipo penal elementos que permitiesen interpretar el “traslado” como una acción equiparable al traspaso de control sobre una persona⁵³².

Esta interpretación resultaba necesaria en aras de cubrir alguna laguna de punibilidad y también para que el legislador español cumpliera con las obligaciones internacionales y europeas contraídas sobre la trata de seres humanos. Así, se suplía la

⁵³⁰ Disponibles en: <http://dle.rae.es/?id=aRIZFZd> y <http://dle.rae.es/?id=aJH8a9T>

⁵³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p.420; HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 26; ABOSO, G. E., *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, IBdeF, Buenos Aires, 2013, p. 76; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

⁵³² DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 139.

carencia terminológica en el tipo para referenciar el traspaso de control sobre una persona⁵³³. Ahora bien, una vez introducida en el precepto “la transferencia o intercambio de control”, este entendimiento del verbo “trasladar” resulta excesiva y además tautológico.

Por lo tanto, no pudiendo equiparar la conceptualización de intercambio o transferencia al “traslado”, después de la reforma operada por la LO 1/2015 del CP, el “traslado” supone un cambio de ubicación del sujeto pasivo⁵³⁴ y, en lo que respecta al “transporte”, se diferenciará del anterior, por ser realizado de forma inhumana⁵³⁵.

Además, a la vista de los ejemplos jurisprudenciales parece mucho más común el uso del término “trasladar” para referirse al

⁵³³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 418; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 83.

⁵³⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 72.

⁵³⁵ PALMA HERRERA, J. M., “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, en L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 400.

movimiento del lugar del sujeto pasivo⁵³⁶ que transportar⁵³⁷, con el que se alude al medio de transporte utilizado para el desplazamiento⁵³⁸.

C. Recapitulación

A tenor de todo lo manifestado, el “traslado” y el “transporte” deben entenderse como el cambio de ubicación del sujeto pasivo⁵³⁹, a pesar de que el transporte, según la forma en la que se ejecute, pueda diferenciarse por reflejar con mayor claridad la cosificación y mercantilización de la víctima. Sin embargo, no supone un aumento del marco punitivo del tipo básico, a menos que incurra en un mayor desvalor y pueda aplicarse el subtipo agravado dispuesto en el

⁵³⁶ “...quienes acto seguido la trasladaron a la mencionada vivienda de la TRAVESIA000...”, Sentencia núm. 786/2016 de 20 octubre. RJ 2016\4944, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sección antecedentes; “...en los hechos probados se recoge una conducta de transportar y trasladar a las menores con un fin de explotación sexual”, Sentencia núm. 270/2016 de 5 de abril. RJ 2016\3058, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), F.J. 2º; “...después, el acusado la trasladó hasta el Hotel Ibis de la Av. San Martín...”, Sentencia núm. 298/2015 de 13 de mayo. RJ 2015\1878. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), F.J.1º; “...consiguió que Tania viajara desde Rumanía a España, trasladándola ella personalmente y acogiéndola en su domicilio...”, Sentencia núm. 309/2016 de 18 julio. ARP 2018\648, Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), F. J. 2º; “...trasladaron a Esmeralda hasta el domicilio sito en la CALLE...”, Sentencia núm. 806/2016 de 27 de octubre. RJ 2016\5089, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), A. 1º; “...consta plenamente acreditada su intervención en el traslado posterior de las chicas desde Madrid a Tenerife...”, Sentencia núm. 515/2015 de 2 diciembre. ARP 2016\85, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), F. J. 2ª, entre otras.

⁵³⁷ “la captación de mujeres jóvenes en Nigeria para su transporte a España por múltiples vías para su posterior explotación sexual”, TS, Sentencia núm. 178/2016, de 3 marzo de 2016, R. J. 2014\10848, F. J. 1º.

⁵³⁸ Entre otras, TS, Sentencia núm. 108/2018 de 6 marzo. RJ 2018\1703: “viajando siempre de noche en diversos medios de transporte...”; sentencia núm. 538/2016 de 17 junio. RJ 2016\3332: “transportaba consigo los billetes de avión y los pasaportes que luego se utilizaron para el viaje...”; sentencia núm. 132/2018 de 20 marzo. RJ 2018\1629: “la menor cree en el ofrecimiento de los acusados y acepta irse con ellos a España para lo cual Miguel organiza el transporte de Fermina...oculta en microbuses hasta su llegada a Madrid...”.

⁵³⁹ AP de Castellón, sentencia núm. 269/2014 de 7 julio. ARP 2015\918, F.D. 2º: “Tanto transportar como trasladar suponen llevar o conducir a una persona o grupo de ellas de un sitio a otro, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado”

número 4 y apartado a) del art. 177 bis⁵⁴⁰. Por todo ello, consideramos que, al tratarse de terminología sinónima, la eliminación de una de las dos acciones sería adecuada, ya que ambas reflejan lo mismo: el cambio de ubicación de la víctima.

1.1.1.3. Acoger y recibir

Cada una de las acciones previstas en el tipo ha de ser realizada como parte de un proceso y, por consiguiente, los términos “acoger” y “recibir” conforman la siguiente fase de la acción en el tipo de trata de seres humanos.

En primer lugar, por lo que respecta a la conducta de “acoger”, para la Real Academia de la Lengua Española consiste en “*servir de refugio o albergue a alguien, proteger o amparar*”⁵⁴¹. En el delito de trata de seres humanos, esta acción típica se realizará dando refugio, albergue al sujeto pasivo de trata, tanto en el desplazamiento de un lugar a otro, como en el lugar de explotación⁵⁴².

En segundo lugar, la acción de “recibir” se define como el hecho de “*tomar lo que le dan o le envían o hacerse cargo de ello*”⁵⁴³. En este caso, se ejecutará dicha acción al hacerse cargo del sujeto pasivo⁵⁴⁴. A pesar de las dificultades de delimitación que suponen

⁵⁴⁰ Art. 177 bis 4. Se impondrá 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

⁵⁴¹ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=0VxZMOR>

⁵⁴² GÓMEZ LÓPEZ, M. I. & MUÑOZ SÁNCHEZ, E. “Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, III. Época II, 2017, p. 229. Pp. 213-246.

⁵⁴³ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=VQtl8Xn>

⁵⁴⁴ QUERAL JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 6º edición, Atelier, Barcelona, 2010, p.184.

ambos términos, el concepto de “recibir” incide en un alojamiento de menor duración⁵⁴⁵.

Por ello, cierta parte de la doctrina toma como referencia otra definición emanada de la RAE que limita el verbo “recibir” a “*salir a encontrarse con alguien para agasajarle cuando viene de fuera*”⁵⁴⁶. Según esta interpretación la recepción se produce con el hecho de salir al encuentro del sujeto pasivo, quedando el recibimiento absorbido por medio de la acción de “acoger”⁵⁴⁷.

Para esta corriente doctrinal, la “recepción” se refiere a las entregas en tránsito del sujeto pasivo entre distintos traficantes, mientras que el “acogimiento” resulta ser el comportamiento de refugiar a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde, ulteriormente, se pretende explotarlas⁵⁴⁸.

Por otro lado, contrariamente a lo dispuesto por la corriente doctrinal anterior, la acción de “acoger” se identifica con un hospedaje eventual, por ejemplo, un acogimiento temporal en España antes de proceder a la entrega en un país extranjero, siendo

⁵⁴⁵ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 209.

⁵⁴⁶ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=VQtl8Xn>

⁵⁴⁷ SANTANA VEGA, D. M., “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dir.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 655; “La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, 2011, p. 214; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 4.

⁵⁴⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I- ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 78-79; MAYORDOMO RODRÍGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios penales y criminológicos*, 2011, p. 354; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 146.

la recepción ejecutada en dicho país⁵⁴⁹. La acción de “acoger” sería aquí la ejercida en tránsito y esta terminaría con la recepción final donde el sujeto pasivo sería explotado.

En definitiva, las dos corrientes prevén que una de las dos acciones resulte de menor duración o en tránsito, mientras que la otra sería permanente, suponiendo el inicio del *iter* de la explotación.

A nuestro modo de ver, nos encontramos ante planteamientos doctrinales contradictorios en los que se entrecruzan las distintas definiciones, pero, en última instancia, hay una cierta connotación asociada a la duración de cada una de las acciones que, siguiendo las definiciones emanadas por la Real Academia de la Lengua Española permite distinguirlas.

En este caso, convenimos que el verbo nuclear “recibir” supone una estancia o acogimiento de menor duración. No obstante, consideramos que el verbo “acoger” puede amparar las dos conductas: tanto un acogimiento de menor como de mayor transcurso temporal, por lo que no quedarían impunes aquellas personas que participen en dichos actos, entendiéndose que el fin último del legislador al introducir estos verbos nucleares tautológicos en el tipo es evitar que queden precisamente impunes determinadas conductas de sujetos activos que no participan en fases anteriores. Esto es, en el tipo de trata de seres humanos puede haber determinados sujetos que se limiten a recibir a los sujetos pasivos en tránsito con el fin de seguir trasladando o transportándolos al lugar de explotación posterior. Sin embargo, atendiendo a las definiciones asociadas al verbo “acoger” -como son “admitir en su casa o compañía a alguien”, “servir de refugio o albergue a alguien”, “recibir con un sentimiento o manifestación

⁵⁴⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, p. 330.

especial la aparición de personas o de hechos”, la acción de “acoger y recibir” podría ser subsumida en el propio verbo de “acoger” aunque dicho acogimiento sea de mayor o menor durabilidad, ya que, en definitiva, es un conjunto terminológico que vendría a expresar un mismo concepto⁵⁵⁰.

Como bien señala también la Fiscalía General del Estado, tanto “acoger”, “recibir” o el verbo ya suprimido “alojar”, hacen referencia a las conductas de quienes, ya sea con carácter provisional o definitivo, den refugio a las víctimas tratadas en el lugar de destino o en tránsito, a donde se espera explotarlas⁵⁵¹.

Por todo ello, opinamos que el verbo “acoger” puede amparar tanto la conducta de un acogimiento temporal como uno más prolongado en el tiempo. A la vista de esta interpretación, consideramos que lo recomendable en este supuesto sería la eliminación del verbo nuclear “recibir” en tanto que resulta reiterativo.

En el sentido manifestado, con anterioridad a la reforma del 2015 del CP, entre los verbos típicos se encontraba el verbo “alojar” que el legislador omitió del art. 177 bis CP, ya que resultaba

⁵⁵⁰ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 208; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2016, p. 152; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 41; BUSTOS RUBIO, M., “La esclavitud del siglo XXI: el delito de trata de seres humanos” *III Congreso de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Criminalidad Organizada Transnacional*, Sevilla, 2015, p. 14; BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F., “La trata de seres humanos”, *Jornadas XXXII de la Abogacía General del Estado. El nuevo Código Penal*, Madrid, 2010, p. 5.

⁵⁵¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1563.

innecesario mantener una acción que englobara los verbos nucleares ya previstos “recibir” y “acoger”⁵⁵².

Así, el único elemento que objetivamente se prevé para diferenciar una u otra conducta es la duración de dichas acciones y, puesto que el concepto de “acoger” se define como “*servir de refugio o albergue a alguien*”, la duplicación de dos conceptos que incorporan connotaciones similares carece de toda lógica jurídico-penal. Desde esa perspectiva, consideramos que es suficiente con que el tipo recoja el término “acoger”, en tanto en cuanto dicho concepto subsume la acción de “recibir”. Por lo tanto, en la acción de la trata la conducta de “acoger” abarcaría tanto una estancia temporal como una estancia de mayor durabilidad en el tiempo, siendo suficiente dicho término para entender estas dos acciones que resultan redundantes.

1.1.1.4. Intercambio o transferencia de control

Por último, según el tenor del art. 177 bis 1 CP, el delito de la trata de seres humanos comprende el “intercambio o transferencia del control” del sujeto pasivo que abarca las conductas que reflejan el proceso de cosificación y comercialización al que se somete al mismo⁵⁵³.

Estos términos se incluyen con ocasión de la reforma 1/2015 del Código Penal, con el fin de cumplir con los mandatos comunitarios: la Directiva 2011/36/UE.

⁵⁵² Sentencia nº 861/2015 de TS, Sala 2ª de lo Penal, 20 de Diciembre de 2015, F.D. 3º; IGLÉSÍAS

⁵⁵³ MARAVER GÓMEZ, M., “Trata de seres humanos”, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 1015.

Por “intercambio” se debe entender el hecho de “*hacer cambio recíproco de una cosa o persona por otra u otras*”⁵⁵⁴. En la trata de seres humanos, esta acción podrá producirse tanto al inicio en la captación, como durante el desplazamiento del sujeto pasivo, utilizado como mercancía, con ánimo de lucro o sin él, ya que se realizará por el intercambio de otras personas o por otros bienes o contraprestaciones como drogas, armas, etc. o incluso servicios. Por ello, el intercambio implicaría la cesión de una persona, con o sin precio⁵⁵⁵: por ejemplo, el cambio de un sujeto pasivo por otro entre tratantes.

En lo que respecta al término “transferencia”, según la Real Academia de la Lengua española supone “*pasar o llevar algo desde un lugar a otro*”, o “*ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo*”⁵⁵⁶. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el tipo coexisten dos términos -traslado y transporte- vinculados a la primera definición expresada, la “transferencia” resultaría un sinónimo del “intercambio” y hace referencia a la cesión del dominio del sujeto pasivo que adquiere el tratante⁵⁵⁷.

Cabe recordar, como hemos mencionado anteriormente, que la introducción de estos términos impide identificar el “traslado” con el “intercambio o transferencia de control” del sujeto pasivo⁵⁵⁸. Así,

⁵⁵⁴ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Lsc0igT>

⁵⁵⁵ SANTANA VEGA, D. M., “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dir.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 655.

⁵⁵⁶ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aJH8a9T>

⁵⁵⁷ BUSTOS RUBIO, M., “La esclavitud del siglo XXI: el delito de trata de seres humanos” *III Congreso de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Criminalidad Organizada Transnacional*, Sevilla, 2015, p. 14;

⁵⁵⁸ HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 26; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 41; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M.

el intercambio o la transferencia de control sobre el sujeto pasivo ha de referirse a la acción del traspaso del dominio o control sobre la víctima⁵⁵⁹.

A modo de conclusión, se podría decir que tanto el “intercambio” como la “transferencia” de control sobre el sujeto pasivo se refieren a los supuestos que comprenden casos como la venta, permuta o alquiler de las víctimas de trata de seres humanos⁵⁶⁰.

Desde esta perspectiva, la transferencia o el intercambio de la víctima evidencian la cosificación y comercialización de los sujetos pasivos en la trata de seres humanos; y no requieren la transmisión del dominio físico sobre la víctima, siendo suficiente la cesión de un instrumento con el que se pueda controlar a la víctima, como su documentación en un país extranjero⁵⁶¹.

RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 147; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 405; IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP”, en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), A. MATALLÍN EVANGELIO, E. GÓRRIZ ROYO (Coords.), *Comentarios a la reforma el Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 598.

⁵⁵⁹ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 88-89.

⁵⁶⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 464; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 52*, 2016, p. 41; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2016, p. 159.

⁵⁶¹ CILLERUELO, A., “Trata de personas para su explotación”, *La Ley*, 2008-D, p. 781.

1.1.1.5. Síntesis de la terminología típica relativa a las “acciones” del delito de trata de seres humanos

Resulta significativa la diversidad de posiciones de la doctrina sobre los verbos nucleares que conforman la acción del tipo objetivo de trata de seres humanos. Centrándonos en las conductas, entendemos que la “captación” es un elemento necesario: con él se inicia el proceso de trata, mediante un acercamiento del tratante y una asunción de compromiso del sujeto pasivo.

En términos generales tanto el “transporte” como el “traslado” vienen a conceptualizar una misma conducta -desplazar de un lugar a otro al sujeto pasivo-, siendo innecesaria la repetición sinonímica de una misma acción.

Lo mismo ocurre con las conductas típicas de “acoger” y “recibir”. A pesar de los esfuerzos doctrinales para diferenciar dichas acciones, a nuestro modo de ver, vienen a constituir un mismo concepto: dar refugio o alojamiento y hacerse cargo del sujeto pasivo. Por consiguiente, ambas conductas quedan abarcadas en la acción de “acoger”, pudiéndose suprimir el verbo nuclear “recibir” por comprenderse dentro de la acción anteriormente mencionada.

Por último, el tipo objetivo queda conformado con las acciones típicas “intercambio” y “transferencia” del control del sujeto pasivo. La acción reside en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre la víctima manifestado en el control desempeñado sobre esta.

Con anterioridad a la reforma del 2015 del CP, tanto una parte de la doctrina como la Fiscalía General del Estado, dotaba de un contenido más amplio al verbo “trasladar”, con el fin de suplir la falta de mención a las acciones de “intercambio o transferencia del control” sobre el sujeto pasivo. No obstante, una vez incluidas en el

tipo, carece de sentido mantener dicha interpretación amplia, por lo que resulta contraproducente equiparar el “transporte” y el “traslado” con el “intercambio o la transferencia de control”. A nuestro modo de ver, se deben entender de forma diferenciada, puesto que, en otro caso, su inclusión en el tipo carecería de sentido. Sin embargo, con la introducción de uno de estos verbos típicos sería suficiente para no sobrecargar el tipo con repeticiones de conceptos innecesarios.

Teniendo en cuenta que la última reforma operada ha omitido el verbo “alojar”, por tratarse de una modalidad de acoger, se debería haber realizado una simplificación de las conductas típicas en cuanto a la terminología que resulta redundante.

En suma, a pesar de que la inclusión de dicha extensa terminología se deba a evitar espacios de impunidad, varias acciones pueden encontrarse incursas en otras, y ello, a nuestro juicio, induce a error. Por ejemplo, la conducta de “recibir”, comprendemos que se encuentra incorporada por el verbo típico “acoger”, que abarca la práctica anterior. Lo mismo sucede con los verbos típicos que recogen las acciones del desplazamiento de la víctima. Tal y como ha sido mencionado, terminológicamente parece que se diferencian porque el “transporte” refleja deshumanización y la reducción a objeto del sujeto pasivo con mayor claridad que la conducta de “trasladar”. Ahora bien, no existen diferencias sustantivas entre dichas acciones que, a nuestro modo de ver, evidencian una misma conducta. Por consiguiente, sería suficiente con que el tipo previera una de estas, siendo “trasladar” el término adecuado para ello, dado que abarca las dos acciones y resulta, a nuestro juicio, más humano.

1.1.2. Medios comisivos

Los verbos típicos analizados en el epígrafe anterior, conforman la denominada “acción” del tipo objetivo de trata de seres humanos, aunque la conducta no se considerará típica sin que dichas acciones sean realizadas mediante el uso de ciertos medios comisivos, por ser un delito de medios determinados: el empleo “*de violencia, intimidación, 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*”.

Los medios comisivos de la trata de seres humanos se clasifican en tres grandes grupos⁵⁶²: la “violencia” y la “intimidación” conforman la denominada trata forzada; el empleo del “engaño” constituye la trata fraudulenta y, por último, se encuentra la trata abusiva, que se caracteriza por “abusar de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”⁵⁶³.

⁵⁶²PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 328.

⁵⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p.422; PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 328; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2016, p. 158-159; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I- ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 1017; BUSTOS RUBÍO, M., “La esclavitud del siglo XXI: el delito de trata de seres humanos” *III Congreso de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Criminalidad Organizada Transnacional*, Sevilla, 2015, p. 15.

La LO 1/2015 incorporó un nuevo medio comisivo al ámbito de la trata abusiva: “la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”. Esta modalidad de trata abusiva se incluía en el Protocolo de Palermo, en el Convenio de Varsovia y en la Directiva 2011/36/UE, por lo que su omisión en el ordenamiento jurídico español carecía de lógica alguna⁵⁶⁴.

Antes de entrar a analizar cada medio comisivo, es importante recordar que el objetivo de todos ellos reside en lograr la captación, el transporte, el traslado, la recepción, la acogida, la transferencia o el intercambio de control de la víctima para su explotación final. Las acciones analizadas anteriormente carecerán de relevancia jurídica si se ejecutan sin estos medios comisivos. Ahora bien, ello no será aplicable en el caso de los menores de edad, entendiendo que los menores carecen de capacidad para consentir el acto, por lo que el consentimiento otorgado por el menor siempre se considerará inválido aun no obteniéndose por los medios comisivos tipificados⁵⁶⁵.

A mayor abundamiento, el delito de trata debe entenderse como un proceso⁵⁶⁶, por lo que para integrar este delito será

⁵⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 422-424; BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, “El delito de trata de personas”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2011, p.192-193; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 405.

⁵⁶⁵ LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres humanos”, en F. J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho penal. Parte especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2016, p. 297.

⁵⁶⁶ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 216; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011,

suficiente con el uso de un medio comisivo previsto en el tipo, pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso⁵⁶⁷. Por ejemplo, se podrá captar a un sujeto pasivo mediante engaño y trasladarlo por medio de coacciones⁵⁶⁸.

A continuación, pasaremos al estudio de los medios comisivos tipificados en el delito de trata de seres humanos siguiendo el esquema mencionado anteriormente: la trata forzada, fraudulenta y abusiva.

1.1.2.1. Trata forzada: empleo de violencia e intimidación

El primero de los medios comisivos previstos es la “violencia”. La doctrina es unánime, al considerar que, en el delito de trata de seres humanos, la violencia equivaldrá a la *vis física* ejercida sobre la víctima o dirigida a crearle un estado de miedo a sufrir malos tratos en un futuro, con el fin de doblegar la voluntad de esta⁵⁶⁹. La

p. 421; GARCÍA ARÁN, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 233.

⁵⁶⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1564.

⁵⁶⁸ STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 806/2016 de 27 de octubre. RJ 2016\5089, hechos probados.

⁵⁶⁹ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 218; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1564; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 463; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 41; DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 146; DE LEÓN VILLALBA, F. J., *El tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 266; SANTANA VEGA, D., “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO & S. MIR PUIG (Dirs.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 656; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La

violencia empleada deberá tener entidad suficiente para anular o limitar seriamente su libertad de acción y decisión⁵⁷⁰. La misma puede producirse en cualquiera de las fases recogidas en la acción típica del delito, como, por ejemplo, en la captación, en el traslado de la víctima, para acogerla o con el fin de que la transfieran o intercambien⁵⁷¹.

La “violencia” recogida en el art. 177 bis CP debe identificarse con lo exigido por el art. 172 CP para el delito de coacciones⁵⁷². En la trata de seres humanos se requiere que la violencia se dirija a las acciones previstas anteriormente, no siendo necesario ponderar la resistencia ejercida por la víctima con el fin de valorar el alcance de la violencia⁵⁷³. La misma incluye únicamente el uso de la fuerza

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*, 2016, p. 158; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:10.

⁵⁷⁰ Entre otros, TS, sentencia núm. 1367/2004, F.D. 12º; TS, sentencia núm. 1425/2005, F.D. 4º; TS, sentencia núm. 1425/2005, F.J. 4º; TS, sentencia núm. 1367/2004 F.J., 12º.

⁵⁷¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 93.

⁵⁷² AP de Barcelona, sentencia núm. 947/2015 de 23 de noviembre. JUR 2016\177222, F.D. 2º, TS, sentencia núm. 15/2008, Sala 2ª, de lo Penal, F.D. 1º; TS, Sala 2ª de lo Penal, núm. 33/2010, F.J.1º; TS, sentencia núm. 896/2004, F.D. 4º, entre otros; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 104; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.423-424; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1564; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 90; DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 147.

⁵⁷³ REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 37; PALOMO DEL ARCO, A., “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, p. 184; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 309

física o material sobre la persona, sin que se incluya en esta la fuerza moral e intimidatoria, con el fin de no vaciar de contenido el siguiente medio comisivo, esto es, la “intimidación”.

Esta violencia no se vincula con ninguna finalidad de agresión ulterior a otro bien jurídico protegido, como son la vida, la integridad física o psíquica, lesionando el derecho a la libertad de obrar del sujeto pasivo⁵⁷⁴. Las coacciones atentan contra la exteriorización física de lo que la persona quiere o no quiere hacer, considerándose la propia retención del pasaporte una modalidad coactiva⁵⁷⁵. En el caso de la puesta en peligro de bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la psíquica se debe acudir al supuesto agravatorio del número 4 a) del art. 177 bis CP “a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito”. Entendemos que dicho supuesto se dirige a aquellos casos en que el *modus operandi* ha sido especialmente peligroso, como, por ejemplo, el transporte de las víctimas en dobles fondos de vehículos o embarcaciones peligrosas⁵⁷⁶.

La violencia no solo podrá apreciarse por el uso de fuerza física, sino que debe tener entidad suficiente para que, desde una contemplación objetiva que debe abarcar las condiciones de la víctima, pueda vencerse la voluntad contraria del sujeto pasivo⁵⁷⁷. La característica de dicha violencia reside en la inmediatez, ya que la violencia remitida a un futuro se encuentra dentro del ámbito del

⁵⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 56; VENTAS SASTRE, R., “Delito de amenazas, coacciones y realización arbitraria del propio derecho: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección décimo-séptima), de 14 de julio de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 25/2009, Aranzadi, Zizur Menor, 2009, p. 302.

⁵⁷⁵ TS, Sala de lo Penal, sentencia núm. 1367/2004 de 29 noviembre. RJ 2005\23. F.D. 12.

⁵⁷⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94.

⁵⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “Delito de coacciones”, en *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.

delito de amenazas o lo que entendemos como “intimidación”⁵⁷⁸, teniendo la intensidad suficiente como para que el autor consiga su objetivo⁵⁷⁹.

Por lo que respecta a la “intimidación”, se corresponde con el constreñimiento psicológico o amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo al sujeto pasivo⁵⁸⁰. La intimidación implícita es aquella ejercida sin uso de armas ni palabras, siendo suficiente que se genere en la víctima un estado de sobrecogimiento y tensión psicológica que la amedrente, como puede ser insinuar con un gesto la posibilidad de recurrir a un arma o instrumento peligroso⁵⁸¹.

La intimidación estará dirigida a crear en el sujeto pasivo un estado de desasosiego o aprensión que le impedirá actuar con autodeterminación, imposibilitándolo para tomar otra decisión

⁵⁷⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.

⁵⁷⁹ AP Zaragoza, Sección 1º, sentencia núm. 186/2001 de 26 abril. ARP 2001\137.

⁵⁸⁰ PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de inmigración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004, p. 266; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 102; GUARDIOLA LAGO M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi, Zizur Menor, 2007, p. 355; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 87.

⁵⁸¹ Por todas, AP Vizcaya, Sentencia núm. 433/2010 de 5 mayo. JUR 2010\407939, F. J. 4º; TS, Sala de lo penal. Sentencia núm. 439/2004 de 25 marzo, RJ 2004\3692, F. D. 1º; TS, Sala de lo Penal. Sección 1º, Sentencia núm. 605/2007, 26 de junio, F.J. 3º; TS, Sentencia núm. 190/2001, de 14 de febrero 2001, R. J. 2001\1259, F. D. 2º; así como los siguientes: DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, p. 170; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 423; MAQUEDA ABREU, M. L., *Delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 56; MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 219; PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de inmigración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004, p. 266.

distinta a la que le imponga el autor de la intimidación⁵⁸². Esta deberá ser idónea para lograr el efecto buscado, por lo que deberá valorarse si la intimidación ejercida es capaz de vencer la voluntad de la víctima con criterios objetivos; desde la perspectiva de un espectador imparcial y teniendo en cuenta las características intelectuales y sociales del sujeto pasivo⁵⁸³.

También se incluye en el supuesto de intimidación la violencia ejercida sobre las personas que no sean el sujeto pasivo, como por ejemplo sus allegados⁵⁸⁴. Es importante diferenciar las amenazas de las coacciones, ya que la amenaza sería aquel ataque al proceso de formación de la voluntad, mientras que la coacción incide en la propia ejecución de la voluntad del sujeto pasivo. Como, por ejemplo, en el caso de que un tratante exhiba una navaja a un sujeto pasivo para que entre en un vehículo a motor para ser trasladado, la coacción no se habrá consumado hasta la entrada al vehículo de este, pero sí la amenaza e intimidación.

Atendiendo a la trata de seres humanos, el sujeto pasivo se halla en una situación de control ejercido por el tratante, reducido a objeto, por lo que bastará con las amenazas implícitas para

⁵⁸² MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 220; SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 87; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 41;

⁵⁸³ GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, p. 356.

⁵⁸⁴ De esta opinión, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, 2011, p. 1564; PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de inmigración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004, 2004, p. 266; GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, p. 356; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2016, p. 158.

cumplir con el requisito típico de la intimidación⁵⁸⁵: el ejercicio de una presión psicológica que tenga entidad suficiente para causar un temor sobre la persona y terminar sometiendo a la víctima a los actos de la trata a causa de dicha presión⁵⁸⁶. Por ello, entendemos que en el delito de trata de seres humanos la concurrencia del delito leve de amenazas previsto en el art. 171 CP⁵⁸⁷, tiene entidad suficiente para anular la voluntad de obrar del sujeto pasivo⁵⁸⁸. A modo de ejemplo, observamos que en la práctica las amenazas ejercidas se apoyan sobre ciertas creencias, como el vudú⁵⁸⁹.

La intimidación o *vis compulsiva* se identifica con el anuncio de un mal inmediato que le sucederá al sujeto pasivo a menos que no cumpla con las pretensiones del sujeto activo. Esta tendrá que ser eficaz y suficiente para producir un sentimiento de aprensión o desasosiego en el sujeto pasivo, lo que impedirá que actúe con autodeterminación⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 425.

⁵⁸⁶ DAUNIS RODRIGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94.

⁵⁸⁷ Art. 620 CP: Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: **1.º** Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito; **2.º** Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito (...)

⁵⁸⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, p. 172; BAUCCELLS LLADOS, “El tráfico de personas para su explotación sexual”, p.199; por ejemplo, el siguiente artículo resulta realmente útil como ejemplo: DOLS GARCÍA, A., “El vudú como elemento de coacción en el delito de trata”, *Revista General de Derecho Penal*, 18, 2012, pp. 1-27. STS núm. 861/2015, Sala 2º de lo Penal, hechos probados: “Antes de emprender el viaje, se sometió a las testigos a un ritual de vudú, en el que les quitaron pelo de la cabeza, vello del pubis, les cortaron las uñas, y tuvieron que jurar que no iban a denunciar a la policía, que iban a pagar la deuda y que no iban a escapar, pues en caso contrario las matarían a ellas y a sus familias”.

⁵⁸⁹ TS, Sentencia núm. 1229/2017, de 29 de marzo 2017. R. J.2016\1222; TS, Sentencia núm. 10403/2015, de 20 de diciembre 2015. R. J. 2015\861.

⁵⁹⁰ TS, Sala de lo Penal. Sección 1ª, Sentencia núm. 439/2004, antecedentes; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 583/2016 de 17 junio. RJ 2016\3332, H. P..

A modo de conclusión, entendemos que, por lo que respecta a la intimidación, tendrá entidad suficiente el delito leve de amenazas para la consumación de la intimidación en el delito de trata de seres humanos. Ahora bien, la intimidación deberá tener eficacia para doblegar la voluntad de la víctima, siendo esto valorado con criterios objetivos y subjetivos; respecto a lo primero, deberá ser apto para generar miedo o angustia y, en cuanto a los criterios subjetivos, se valorarán las circunstancias personales y singularidades específicas del sujeto pasivo como las creencias religiosas o educación⁵⁹¹.

En ambos casos se exige que la conducta sea idónea, esto es, apta para conseguir que el sujeto pasivo no ejerza su derecho de autodeterminación; la idoneidad dependerá del caso concreto, dado que además del análisis de las características de la conducta del sujeto activo, será necesario relacionarlas con las circunstancias que rodean su acción.

Por su parte, debe apreciarse una situación de fuerza física o intimidante suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo: en primer lugar, atendiendo a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan; y en segundo lugar, considerando las circunstancias personales de la víctima. A pesar de que el sujeto pasivo muestre su negativa a la acción, no es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, bastando con que sea idónea según las circunstancias del caso⁵⁹².

⁵⁹¹ GARCÍA SEDANO, T., “La reforma del Código Penal español motivada por la transposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2013, p. 126.

⁵⁹² AP de Lleida, Sección 1º, sentencia núm. 160/2017 de 19 abril. ARP 2017\990. F.D. 1º.

Estos medios comisivos podrán ser empleados en cualquier fase de trata de seres humanos, como, por ejemplo, para que se dé la captación de la víctima o en el transporte o traslado de la misma, así como en su intercambio o transferencia⁵⁹³.

1.1.2.2. Trata fraudulenta: engaño

El “engaño” da lugar a la llamada trata fraudulenta. Se define por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas⁵⁹⁴. Trasladando dicha idea a la trata de seres humanos, constituye “*toda maquinación (...) de la que se vale el infractor para (...) viciar el consentimiento*”⁵⁹⁵ del sujeto pasivo.

El engaño será toda maquinación, falacia o reclamo del que se valdrá el infractor para inducir a error a la víctima, teniendo que ser suficiente como para conseguir su consentimiento⁵⁹⁶. Al igual que se exige en el delito de estafa, donde ha sido ampliamente estudiado el engaño, este deberá ser bastante, o idóneo en términos de imputación objetiva, para determinar la captación, traslado, acogida, etc.⁵⁹⁷ Si pudiera detectarse sin esfuerzo y no pudiera

⁵⁹³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 425; MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 221.

⁵⁹⁴ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=FLBt4CJ>

⁵⁹⁵ GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, p. 355.

⁵⁹⁶ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 103.

⁵⁹⁷ GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, p. 358.

falsear la realidad del sujeto pasivo no podría apreciarse este medio comisivo⁵⁹⁸.

La idoneidad supondrá que el engaño tendrá suficiencia y proporcionalidad para la efectiva consumación del fin propuesto, como medio capaz de determinar el sometimiento de la víctima de la trata de seres humanos⁵⁹⁹. Por lo tanto, la idoneidad del engaño debe establecerse a la vista de criterios objetivos –los usos sociales vigentes– y criterios subjetivos –las circunstancias específicas de las personas destinatarias de la maquinación–⁶⁰⁰.

El engaño es el medio comisivo más habitual en la etapa de captación⁶⁰¹, mediante el uso de ofertas de trabajo o contratación simulada, para así permitir el traslado y completar la captación de la misma⁶⁰². Además, es subrayable que el engaño ejecutado en fase de captación a veces suele llevarse a cabo mediante la red social e

⁵⁹⁸ STS de 16 julio de 2003, RJ 2003\6112; STS de 21 de julio de 2009, RJ 2009\4609; STS de 15 de julio 2004, RJ 2004\4130; STS de 26 de junio 2000, RJ 2000\5794; STS 11 de julio 2000, RJ 2000\6909; STS, 2 de enero 2003, RJ 2003\1122; STS, 23 de octubre 2007, RJ 2007\6964, entre otras.

⁵⁹⁹ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 226.

⁶⁰⁰ TS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 1243/2000, de 11 julio. RJ 2000\6909, F. D.; TS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 2202/2002 de 2 enero. RJ 2003\1122, F. D. 2º; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 837/2007 de 23 octubre. RJ 2007\6964, F. J., 2º; AP Guipúzcoa, Sección 1ª, Sentencia núm. 341/2009 de 27 octubre. ARP 2010\1355, F. D. 2º.

⁶⁰¹ LLORIA GARCÍA, P. “Lección XI. Trata de seres humanos”, en J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2010, p. 300; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, p. 330; ABOSO, G. E., *La trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, IBdeF, Buenos Aires, 2013, p.74-75; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 40. Pp. 36-51.

⁶⁰² Entre otras, TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 827/2015 de 15 diciembre. RJ 2015\6624; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 214/2017 de 29 marzo. RJ 2017\1936; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 786/2016 de 20 octubre. RJ 2016\4944; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, auto núm. 1054/2016 de 9 junio. RJ 2016\6354; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 17/2014 de 28 enero. RJ 2013\7718.

incluso familiar del sujeto pasivo, que aporta una mayor credibilidad⁶⁰³.

Por lo que respecta a la red social, la seducción amorosa suele utilizarse como método engañoso (*lover boy*)⁶⁰⁴ por medio del que los captores seducen a la futura víctima, y mantienen una relación sentimental engañosa con esta para su explotación posterior⁶⁰⁵.

La discusión doctrinal sobre el engaño se centra en la fase a la que se dirige; esto es, si el engaño debe solo afectar a las acciones

⁶⁰³ AP Valencia, sentencia núm. 770/2016 de 2 diciembre. ARP 2016\1476, H. P. “(...)Ana María, conocía a Mónica del instituto y del Barrio del pueblo donde ambas convivían(...)ofreció ayuda para que pudiera desplazarse desde Rumanía a España a fin de poder buscar o encontrarse con su madre, a la que Mónica no veía desde pequeña por haber abandonado aquella el domicilio familiar , a lo que Mónica finalmente accedió, tras ser engañada, mediante la treta de llegar a ponerle al teléfono a una mujer que simuló ser su madre y que le dijo que acompañara a Ana María a España(...)Una vez en la vivienda le hicieron saber que tenía que ejercer la prostitución y entregarles las ganancias a ellos, si no quería que hicieran daño a su familia en Rumania(...)”

⁶⁰⁴ EUROPOL, *Trafficking in Human Beings in the European Union*, Europol, 2011, p.10.

⁶⁰⁵ AP Zaragoza, sentencia núm. 6/2016 de 15. ARP 2016\622 “(...) conocieron a Maite (nacida el NUM010 -1996) en la fiesta del decimoctavo cumpleaños de ésta, y Vidal entabló con ella una relación sentimental, proponiéndole a finales de junio irse a vivir juntos, accediendo a ello Maite que en ese momento se encontraba atravesando una situación personal complicada, y esta circunstancia fue aprovechada por Vidal que al día siguiente de iniciar la convivencia retiró el teléfono móvil de Maite , y a la semana siguiente la inició en el ejercicio de la prostitución para su enriquecimiento propio, abusando de la juventud, desvalimiento y necesidad de la joven, a quien indicaba que de no acceder a la práctica de esta actividad mataría a toda su familia(...)jemprendieron viaje con ella hasta la ciudad de Zaragoza, siendo custodiada en todo momento durante el viaje por los dos hermanos acusados(...)”; TS, Sala de lo penal, Auto núm. 2172/2013 de 14 noviembre. JUR 2013\367237, R. J. 1º “el acusado se valió de la circunstancia de que la menor no tenía familia, su madre le abandonó y no conoció a su padre. Por ello se aprovechó de esta situación carencial, consiguiendo tener una relación sentimental con ella y ganarse su confianza para convencerla que se fuera con él a España a pasar unas vacaciones. Sin embargo, lo que pretendía el acusado realmente, era obligarla a ejercer la prostitución para lucrarse de los beneficios que obtuviera con tal práctica”; AP Valladolid, sentencia núm. 80/2015 de 27 marzo. ARP 2015\371, H. P. 3º “(...) de común acuerdo con Adoración, con la que mantenía una relación sentimental y de convivencia, habían concebido la idea de trasladar a la menor desde Rumanía a España con la finalidad de explotarla sexualmente”.

anteriormente analizadas o puede extenderse también al trabajo a realizar y a las condiciones de este último.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, por ejemplo, defiende que el uso de este medio comisivo deberá recaer necesariamente sobre las distintas acciones previstas anteriormente, como, por ejemplo, el hecho del desplazamiento –las condiciones, si la trata es internacional o nacional, etc.–. Esta corriente doctrinal niega la idoneidad del engaño que recae sobre las condiciones de la oferta de trabajo, ya que el mismo debe conectarse con el bien jurídico protegido. En definitiva, afirman que la persona que ha aceptado un trabajo, pero que posteriormente resulta engañada no ha sufrido una lesión en el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos⁶⁰⁶.

Sin embargo, no podemos compartir dicha opinión dado que, si este medio comisivo ha de ligarse solo a las acciones, únicamente podrían considerarse por ejemplo trata de seres humanos aquellos casos en los cuales el sujeto activo contacta con la víctima para tomar algo en un bar y, en vez de eso, es introducida en un coche y trasladada para su explotación.

Por el contrario, compartimos con la corriente doctrinal mayoritaria, que el engaño puede recaer sobre la actividad a realizar a la hora de captar al sujeto pasivo⁶⁰⁷. Esto es, también cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal el engaño que recae sobre el

⁶⁰⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual*, en P. LAURENZO COPELLO (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 247.

⁶⁰⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 426; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010, p. 175; MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 227; GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, p. 358.

ofrecimiento de una prestación laboral, si en el lugar de destino no se cumple con lo prometido⁶⁰⁸.

En este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ⁶⁰⁹ va más allá defendiendo que no sólo se debe considerar como válido el engaño que afecta a la actividad a realizar en sí, sino que puede extenderse a las condiciones de explotación. A modo de ejemplo, a un sujeto pasivo se le ofrece trabajo en el servicio doméstico en un domicilio español, pero al llegar al lugar de explotación las condiciones son realmente distintas a las prometidas por el tratante⁶¹⁰.

Entendemos que el engaño puede recaer tanto sobre la actividad a realizar, como sobre las condiciones en las que va a desarrollarse⁶¹¹.

Según los casos recogidos por la jurisprudencia⁶¹², las promesas de trabajo ficticias, como método de captación, son muy comunes en la trata de seres humanos⁶¹³, por lo que, si el engaño

⁶⁰⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 97.

⁶⁰⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 97.

⁶¹⁰ AP de Logroño, sentencia núm. 314/2019 de 12 junio. ARP 2019\294.

⁶¹¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 97; COLOMBO, M. L. & MÁNGANO, M. A., “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, 2007, p. 19; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*, p. 360-361.

⁶¹² Entre otras, TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 827/2015 de 15 diciembre. RJ 2015\6624; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 214/2017 de 29 marzo. RJ 2017\1936; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 786/2016 de 20 octubre. RJ 2016\4944; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, auto núm. 1054/2016 de 9 junio. RJ 2016\6354; TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 17/2014 de 28 enero. RJ 2013\7718; AP Zaragoza, Sección 1ª, Sentencia núm. 6/2016 de 15. ARP 2016\622; AP Valladolid, Sección 2ª, sentencia núm. 80/2015 de 27 marzo. ARP 2015\371.

⁶¹³ TS sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo. RJ 2018\1365, F. DDD. 4º. Dicha sentencia afirma que el engaño es el medio comisivo más habitual en la fase de captación o reclutamiento.

no abarcara la explotación posterior, se debería plantear la inexistencia de la trata en dichos casos.

Ahora bien, tal y como señala VILLACAMPA ESTIARTE⁶¹⁴, el engaño efectivamente puede abarcar las condiciones de trabajo, pero no podrá consistir en unas mínimas limitaciones de los derechos de los trabajadores, sino que deberán establecerse ciertos factores que bajo su cumplimiento evidencien la existencia de la explotación. Esto es, el engaño ejercido sobre las condiciones a realizar el trabajo debe ser sustancial y trascendental para que la víctima acepte el mismo, habiéndolo rechazado si hubiera conocido realmente las condiciones del trabajo ejercido⁶¹⁵.

Siendo el engaño idóneo, se crearán las condiciones necesarias para el sometimiento de la víctima⁶¹⁶. Será engaño “bastante” la simulación de un propósito de contratar a alguien, pero que en realidad sólo se querrá aprovechar del cumplimiento de la parte contraria y de su propio incumplimiento⁶¹⁷, lo que ocurre en la trata de seres humanos con las promesas de ciertos trabajos.

En resumen, a nuestro modo de ver, el engaño no debe limitarse únicamente a las acciones típicas que recoge el art. 177 bis CP. A pesar de que para la consumación del delito de trata no sea necesario que se ejecute la explotación, sí lo es la existencia de dicho objetivo. Por ello, el medio comisivo “engaño” puede recaer tanto

⁶¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 427.

⁶¹⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 97.

⁶¹⁶ GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007 p. 358.

⁶¹⁷ AP Guipúzcoa, Sección 1ª, Sentencia núm. 341/2009 de 27 octubre. ARP 2010\1355, F. D. 2º;

sobre la prestación a realizar -trabajadora doméstica, peluquera- como sobre las condiciones del ejercicio de esta.

1.1.2.3. Trata abusiva: abuso de la situación de superioridad, o de necesidad o de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima

Finalmente, el tipo de trata de seres humanos contempla la denominada “trata abusiva”⁶¹⁸, que se refiere a distintas modalidades de abuso –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–.

Estos supuestos muestran una relación específica del sujeto activo con el pasivo y el aprovechamiento de las especiales condiciones que sufre la víctima para su captación, traslado, acogida o intercambio o transferencia⁶¹⁹. Aquí, se generan diversas situaciones de difícil delimitación conceptual⁶²⁰; además el subtipo agravado situado en el párrafo 4 b) del art. 177 bis CP recoge casuísticas similares: “*la víctima sea especialmente vulnerable por*

⁶¹⁸ PEREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico internacional y jurídico-penal)*, p. 329.

⁶¹⁹ COLOMBO, M. L & MÁNGANO M. A., “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público. Jornadas en La Plaza sobre Trata de Personas en nuestro País*, Buenos Aires, 2010, p. 20.

⁶²⁰ PEREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico internacional y jurídico-penal)*, p. 329; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 427.

razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”.

A. Abuso de una situación de superioridad

En primer lugar, debemos determinar cuándo nos encontramos ante una “situación de superioridad”. Esta surgirá cuando, independientemente de las causas que la generan, hay posibilidad de constatar la existencia de un desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo, donde el primero se encuentra en una situación privilegiada de poder y control, y la víctima en una situación de dependencia de este⁶²¹.

El abuso de superioridad ha sido ampliamente estudiado como circunstancia agravante del art. 22 CP por la jurisprudencia, reiterando el Tribunal Supremo que para su apreciación se exigen tres requisitos: en primer lugar, debe existir un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido; en segundo lugar, esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido; y, por último, el tercer requisito: a los anteriores elementos objetivos se le añade otro de naturaleza subjetiva, que consisten en la existencia de un abuso de esa superioridad; esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para la realización del delito⁶²².

⁶²¹ COLOMBO, M. L & MÁNGANO M. A., “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público. Jornadas en La Plaza sobre Trata de Personas en nuestro País*, Buenos Aires, 2010, p. 21; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 464.

⁶²² Entre otras muchas: TS, Sentencia núm. 844/2013 de 4 octubre. R. J. 2013\7453; sentencia núm. 1157/2006, de 10 noviembre. R. J. 2006\9070;

Siguiendo lo mencionado por el Tribunal Supremo y trasladando el abuso de superioridad al delito de trata de seres humanos, se comprenderán aquellos supuestos en los que el autor se aprovecha de una especial posición de superioridad sobre el sujeto pasivo para así lograr su consentimiento⁶²³. No solo se tendrá en cuenta la superioridad física o la cantidad de los tratantes, sino que esta situación de superioridad recoge el desequilibrio fáctico entre el autor y la víctima⁶²⁴. Además, estos casos no solo comprenderán el prevalimiento de parientes, cónyuge, patriarca o líder comunitario que todavía se producen en determinadas culturas⁶²⁵, sino también abarcarán los casos de revictimización, en los que la víctima de un proceso de trata anterior vuelva a ser objeto de trata⁶²⁶. Aun no existiendo violencia física alguna, la propia posición del sujeto activo permitirá el acceso a la explotación,

sentencia núm. 732/2006 de 3 julio. R. J: 2006\3985; sentencia núm. 58/2015 de 10 febrero. R. J. 2015\531; sentencia núm. 147/2007 de 19 febrero. R. J. 2007\3593; sentencia núm. 856/2014 de 26 diciembre. R.J. 2015\89; auto núm. 127/2014 de 20 febrero. R. J. 2014\1652; sentencia núm. 1022/2013 de 11 diciembre. R.J. 2013\8182; sentencia núm. 989/2010 de 10 noviembre. R.J. 2010\8851; sentencia núm. 1630/2003 de 28 noviembre. R.J. 2003\9393; sentencia núm. 1589/2003 de 20 noviembre. R.J. 2004\727.

⁶²³ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 238; RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 11; GARCÍA SEDANO, T., “¿Sería subsumible el delito de trata de seres humanos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre? *La Ley Digital*, 2016, p. 4.

⁶²⁴ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 92; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 151.

⁶²⁵ TS, Sentencia núm. 855/2016 de 11 noviembre. R.J. 2016\5450: la condición de pastor del recurrente de la Iglesia Evangélica Apostólica del Nombre de Jesus, congregación a la que pertenecía la víctima y su familia.

⁶²⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1564; TS, Sentencia núm. 1536/2004 de 20 diciembre. R.J. 2005\1087, F.D. 9º; sentencia núm. 1257/2005 de 31 octubre R.J. 2005\7523, F.D. 6º.

empleando coactivamente la relación de ambos, por lo que el consentimiento carecerá de toda validez⁶²⁷.

El desequilibrio puede residir en diversas causas, como, por ejemplo, dependencia jerárquica, docente, laboral, incluso dependencia económica, convivencia, parentesco etc. entre otras⁶²⁸. La casuística anteriormente mencionada de “*lover boy*” también se contempla dentro del abuso de superioridad, siempre que se produzca una dependencia emocional que dé lugar a esa desestabilidad fáctica del tratante y tratado⁶²⁹.

Por lo tanto, a la vista de lo mencionado, el abuso de una situación de superioridad quedará delimitado a aquellos casos en los que exista una relación de cierta jerarquía, en la que el sujeto activo ocupa una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo. Así, se comprenderán aquellos supuestos en los que el sujeto activo, aprovechándose de esta situación de poder, logra el consentimiento del sujeto pasivo, pese a la inexistencia de violencia o intimidación - casos que quedarían dentro de los medios comisivos ya analizados-. Dicha posición privilegiada será suficiente para que el sujeto pasivo acceda al desempeño de la explotación asignada para el mismo⁶³⁰. Por todo ello, aun habiendo consentimiento, carecerá de toda validez.

⁶²⁷ D’ALESSIO A. J. & DIVITO M., *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, artículos 79 a 306*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 193.

⁶²⁸ MAQUEDA ABREU, M. L., *Tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 54; GARCÍA SEDANO, T., “¿Sería subsumible el delito de trata de seres humanos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre? *La Ley Digital*, 2016, p.4; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016, p. 86.

⁶²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 428.

⁶³⁰ D’ALESSIO A. J. & DIVITO M., *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, artículos 79 a 306*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 193.

B. Abuso de una situación de vulnerabilidad

Antes de centrarnos en el análisis de la situación de vulnerabilidad debemos aclarar que, a pesar de que en el art. 177 bis CP, en primer lugar, se sitúa el abuso de una situación de necesidad y, después, la vulnerabilidad, procedemos a un análisis alterado de dichos medios comisivos por comprender que la delimitación del abuso de una situación de vulnerabilidad nos permitirá comprender el alcance del abuso de necesidad.

Por su parte, el “abuso de una situación de vulnerabilidad” se incluye tanto en la Directiva de 2011 de la Unión Europea, como en el Convenio de Varsovia, que fueron precedidos por el Protocolo de Palermo de las Naciones Unidas, identificándola con toda situación en la que una persona no tenga alternativa real y aceptable excepto someterse al abuso⁶³¹.

Sin embargo, se ha puesto de manifiesto la vaguedad de la expresión⁶³², por lo que la delimitación resulta necesaria para no incurrir en una grave inseguridad jurídica, al no especificar los límites de este medio comisivo⁶³³. Para ello, será necesaria la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso para valorar la existencia de una situación de vulnerabilidad⁶³⁴.

⁶³¹ En los *Travaux Préparatoires* de las negociaciones para la elaboración de la Convención sobre la delincuencia organizada y sus Protocolos, se entendía el abuso de una situación de vulnerabilidad como toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso.

⁶³² ORTS BERENGUER, E. & SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.234; DE LEÓN VILLALVA, F. J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, p. 369; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”, *Estudios penales y criminológicos*, 2018, p. 365. pp. 361-408.

⁶³³ GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*, p. 366-367.

⁶³⁴ OTERO GONZÁLEZ, P., “El delito de acoso sexual en Derecho Penal Español”, en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Derecho Penal Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 630.

Una “situación de vulnerabilidad” se define como el aprovechamiento de las especiales circunstancias de la víctima que la colocan en un estado inferior al sujeto activo, pudiendo ser una situación de pobreza o una particular condición personal⁶³⁵, como la situación administrativa irregular⁶³⁶. Trayendo a colación el informe explicativo del Consejo de Europa, instrumento referente en el ámbito de la trata de seres humanos en la legislación española, este identificaba la situación de vulnerabilidad con la situación administrativa ilegal, la dependencia económica o el estado de salud⁶³⁷.

La jurisprudencia ha considerado como supuestos de situaciones de vulnerabilidad en el delito de trata la suma de algunas de las siguientes circunstancias: una situación administrativa irregular⁶³⁸, tener menores a su cargo, la inexistencia de un entorno social que pudiera ayudar al sujeto pasivo⁶³⁹ o no conocer el idioma del país⁶⁴⁰.

La situación de vulnerabilidad engloba pues, los supuestos de condición de migrante, un contexto de pobreza o problemáticas

⁶³⁵ ROMERO DÍAZ, F., *Trata de personas con fines de Explotación*, Lernes, Córdoba, 2009, p. 91.

⁶³⁶ CONSEJO DE EUROPA, Resolution May 19, 2000, (OJ C 59), p. 307.

⁶³⁷ CONSEJO DE EUROPA, *Informe explicativo sobre la Convención del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos de 2005*, Estrasburgo, 2005, párr. 83.

⁶³⁸ AP de Las Palmas, sentencia núm. 352/2018 de 17 octubre. ARP 2019\356: *vulnerabilidad en que se encontraba, con un bebe recién nacido, alejada de los suyos, sin relaciones, en situación irregular que le impedía acceder a un trabajo o a prestaciones de índole social. En definitiva, sin otra posibilidad de solventar su situación que la que con insistencia se le proponía y facilitaba la recurrente, a la que se vio así abocada.*

⁶³⁹ AP de Las Palmas, sentencia núm. 352/2018 de 17 octubre. ARP 2019\356: *vulnerabilidad en que se encontraba, con un bebe recién nacido, alejada de los suyos, sin relaciones, en situación irregular que le impedía acceder a un trabajo o a prestaciones de índole social. En definitiva, sin otra posibilidad de solventar su situación que la que con insistencia se le proponía y facilitaba la recurrente, a la que se vio así abocada.*

⁶⁴⁰ AP de Madrid, sentencia núm. 333/2015 de 19 mayo. ARP 2015\1085. F. J. 2º: *“una persona especialmente vulnerable porque lo es una niña de 14 años que es llevada a un país extranjero del que no conoce el idioma, donde no se la escolariza ni se permite otra relación que la propia con su familia”*

familiares y sociales⁶⁴¹. A modo de ejemplo, utilizando la amenaza de la expulsión del país a una persona que se encuentra en una situación de irregularidad administrativa, dicho sujeto activo se estaría aprovechando del miedo de la víctima como forma de abuso de su vulnerabilidad⁶⁴².

Además de dicha situación de indefensión que puede crear la irregularidad administrativa, el desamparo o desarraigo, la marginación social, los conflictos armados, o la persecución por una condición religiosa, política y sexual también caben en los supuestos de “situación de vulnerabilidad”⁶⁴³, sin que estos incidan en el tipo agravado⁶⁴⁴. La revictimización también se incluye dentro del abuso de una situación de vulnerabilidad, cuando una víctima es sometida a un nuevo proceso de trata⁶⁴⁵.

Aun así, no será suficiente que la víctima se encuentre en una de las situaciones mencionadas, sino que será necesario abusar de las mismas para que exista abuso de la vulnerabilidad de la

⁶⁴¹ COLOMBO, M. L & MÁNGANO M. A., “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público. Jornadas en La Plaza sobre Trata de Personas en nuestro País*, Buenos Aires, 2010, p. 26.

⁶⁴² Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 38. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglish&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD8C864&BackColorLogged=FDC864>

⁶⁴³ TS, sentencia núm. 1425/2005, 5 de diciembre, F.J. 4º; TS, sentencia núm. 191/2015.

⁶⁴⁴ A pesar de no adentrarnos en el análisis del subtipo agravado del tipo, vemos que siguiendo lo dispuesto por la sentencia núm. 333/2015 de 19 mayo de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo la única sentencia con un pronunciamiento sobre un caso de especial vulnerabilidad de la víctima, este supuesto se refiere a “una niña de 14 años que es llevada a un país extranjero del que no conoce el idioma, donde no se la escolariza ni se permite otra relación que la propia con su familia y con los clientes de la explotación sexual”. Por consiguiente, a pesar de que la minoría de edad no incurra en el subtipo agravado de especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, se entiende que dicha minoría de edad pronunciada sí se considera una situación de especial vulnerabilidad.

⁶⁴⁵ REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 39.

víctima, así como en el caso de la situación de necesidad⁶⁴⁶, como veremos a continuación.

C. Abuso de una situación de necesidad

El “abuso de una situación de necesidad” como medio comisivo del delito de trata de seres humanos no se prevé en ninguno de los instrumentos internacionales ni comunitarios vinculantes de referencia, por lo que no existía obligación de incluirlo⁶⁴⁷, cuando los supuestos de “situación de necesidad” podrían quedar perfectamente abarcados con la “situación de vulnerabilidad”⁶⁴⁸. De hecho, el art. 177 bis realiza una aclaración sobre el significado de ambos medios comisivos, que se identifican con que la víctima no tenga “*otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*”.

⁶⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010, pp. 821.

⁶⁴⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 98; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos para la explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución”, en C. VILLACAMPA ESTIARTE/J. R. BARBERÀ GOMIS (Coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 255.

⁶⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 406; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 152; MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 238-239; NUÑO GÓMEZ, L., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 2017, p. 167.

El abuso de una situación de necesidad resulta de difícil aprehensión, por constituir un concepto jurídico indeterminado⁶⁴⁹, que puede colisionar con el abuso de una situación de vulnerabilidad⁶⁵⁰, ya que las “situaciones de necesidad” pueden subsumirse en los supuestos de abuso de vulnerabilidad⁶⁵¹.

Según la Real Academia de la Lengua Española⁶⁵², “necesidad” se define como el “*impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido*”⁶⁵³. Siguiendo lo expuesto por SANTANA VEGA, dicha situación abarca tanto la necesidad económica de la víctima, como la necesidad afectiva o asistencial de la misma, siendo esta menor o persona incapaz⁶⁵⁴.

Fuera del objeto del presente trabajo de investigación, el abuso de una situación de necesidad ya ha sido recogido en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores. La jurisprudencia interpreta dicho medio comisivo como “*cualquier clase de aprovechamiento, o de hacer uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, imponiendo el empresario, en su propio beneficio, condiciones laborales ilegales, recordando la Jurisprudencia que se trata de supuestos en que la imposición de condiciones abusivas determina una situación de privación de derechos esenciales y casi de explotación como sucede en los supuestos de imposición de jornadas*”

⁶⁴⁹ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 43.

⁶⁵⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 406.

⁶⁵¹ GARCÍA SEDANO, T., “¿Sería subsumible el delito de trata de seres humanos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre? *La Ley Digital*, 2016, p. 4.

⁶⁵² Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=QKN8J5J>

⁶⁵³ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=QKN8J5J>

⁶⁵⁴ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 92.

*excesivas de trabajo, respecto a personas que están necesitadas a las que se les priva de sus derechos básicos*⁶⁵⁵.

Esto es, el autor de los hechos se aprovecha de forma excesiva de una persona, o de una facultad o cualidad de alguien en beneficio propio. Se exige que el autor conozca la situación de la víctima y se aproveche de esta para que la víctima acepte unas condiciones que, de no concurrir dicha situación, no aceptaría⁶⁵⁶. En estos supuestos la situación de necesidad se centra en la penuria económica, por lo que el empleador, conociendo la misma, abusa de ello en su propio beneficio⁶⁵⁷.

Por consiguiente, tal y como acertadamente contempla VILLACAMPA ESTIARTE, interpretación también compartida por cierta parte de la doctrina⁶⁵⁸, el abuso de una situación de necesidad engloba la situación económica precaria de la víctima, por lo que el tratante abusa de esta situación para introducirla en un proceso de trata. Aun así, tal y como ha sido mencionado, dicha situación ya se podía prever dentro del abuso de una situación de vulnerabilidad⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ TS, sentencia núm. 270/2016 de 5 abril. R.J. 2016\3058, F.D. 5º.

⁶⁵⁶ TS, sentencia núm. 639/2017 de 28 de septiembre

⁶⁵⁷ TS, Sentencia núm. 1536/2004 de 20 diciembre. R.J. 2005\1087; 639/2017 de 28 septiembre.

⁶⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 406; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 151; MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 238-239; NUÑO GÓMEZ, L., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas, *UNED. Revista de Derecho Político*, 2017, p. 167.

⁶⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 429.

Resulta evidente la indeterminación de este medio comisivo por lo que se suscitan dificultades a la hora de delimitar los supuestos que se engloban en una “situación de necesidad”. Teniendo en cuenta que han sido incluidos en el tipo diferenciadamente, la “situación de necesidad” engloba supuestos ajenos a la “situación de vulnerabilidad”. Así, aunque la precariedad económica se podía ya contemplar dentro de la vulnerabilidad del sujeto pasivo, entendemos que la situación de necesidad hace referencia a dichos supuestos⁶⁶⁰.

Defendiendo la posición señalada por DAUNIS RODRÍGUEZ y VILLACAMPA ESTIARTE, la mención del medio comisivo de “abuso de una situación de necesidad” resulta innecesario, dado que abarca los mismos supuestos que una situación de vulnerabilidad o situaciones que puede incluir dicho medio comisivo⁶⁶¹.

A la vista de lo mencionado, no hay motivos para mantener la referencia a un medio comisivo que pueda ser subsumido por otro, ya que el “abuso de una situación de vulnerabilidad” puede abarcar los casos de “abuso de una situación de necesidad”.

D. Recapitulación

El abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad comprende situaciones de prevalimiento del sujeto activo sobre la víctima como la indefensión del sujeto pasivo por ciertas causas. Así, el autor de los hechos se vale de dicho poder o

⁶⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 429-430.

⁶⁶¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 42; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.98.

del conocimiento de dicha indefensión para abusar de esta desigualdad que favorece la trata de seres humanos.

Conforme a lo establecido en los instrumentos referentes, al abusar de dicha indefensión, la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable que someterse al abuso. Por ello, el consentimiento otorgado por la víctima se considerará nulo, tal y como se dispone en el número 3 del art. 177 bis CP: *“el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”*.

Sin embargo, dada la amplitud que presentan dichos medios comisivos, en la práctica, ello puede derivar en dificultades probatorias tanto en el abuso de una situación de necesidad como de vulnerabilidad⁶⁶².

Por ello, se debería suprimir el medio comisivo “situación de necesidad” teniendo en cuenta que los supuestos que se entienden dentro de dicha situación se comprenden también en las “situaciones de vulnerabilidad”.

No obstante, debemos traer a colación lo indicado por la Fiscalía General del Estado en sus memorias anuales, donde recoge que resulta difícil obtener sentencias condenatorias cuando el medio comisivo empleado es el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima mayor de edad, por las dificultades que ello genera a la hora de probar dicha situación⁶⁶³.

⁶⁶² SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humano-+s. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 43.

⁶⁶³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria anual 2013*, Madrid, 2014, p. 382.

E. La oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra

En último lugar, “la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”, completa los medios comisivos previstos.

La inclusión de este medio comisivo fue tardía, puesto que, si bien se mencionaba tanto en el Protocolo de Palermo, la Decisión marco 2002/629/JAI, como en la Directiva 2011/36/UE, en el ordenamiento jurídico español no se introdujo hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015.

La oferta o aceptación de pagos o ventajas para lograr el consentimiento de la persona que tenga autoridad sobre la víctima es la materialización del ánimo de lucro, por medio de la entrega de un precio, la recepción de pago o beneficios, con el fin de lograr el consentimiento de la persona que posea el control sobre la víctima⁶⁶⁴. Siempre que se dé este medio comisivo, la víctima se encuentra en un estado de sometimiento al igual que en una situación de abuso de superioridad⁶⁶⁵. Ahora bien, siguiendo lo dispuesto por SÁNCHEZ COVISA, compartimos que dicho medio comisivo va más allá de una situación de superioridad; lo relevante resulta la existencia de una situación de control de la víctima por un tercero, como si este fuera un objeto, ejerciendo sobre la misma

⁶⁶⁴ GARCÍA SEDANO, T., “La reforma del Código Penal español motivada por la transposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2013, pp. 119-142.

⁶⁶⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I- ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 1018.

facultades similares a las propias del derecho de propiedad⁶⁶⁶. En estos casos no solo se criminaliza al sujeto activo que transfiere el poder del sujeto pasivo, sino también a la otra parte, que para conseguir el dominio de la víctima entrega pagos o beneficios⁶⁶⁷.

Con el uso de este medio comisivo, lo que se persigue es el consentimiento del que tiene el poder sobre la víctima, lo que refleja el traspaso u obtención de la propiedad de la víctima⁶⁶⁸.

Por su parte, es necesario mencionar que, cuando el sujeto pasivo del delito sea menor de edad, no será necesaria la concurrencia de ningún medio comisivo específico para que la conducta sea constitutiva del delito de trata de seres humanos, tal y como dispone el art. 177 bis 2 CP.

1.1.1.4. CONCLUSIONES

En relación a los elementos integrantes del tipo objetivo del delito de trata de seres humanos -tanto las conductas típicas como los medios empleados para la ejecución de éstas- bastará con la realización de una de las conductas típicas analizadas anteriormente mediante el uso de un medio comisivo, por ser este un tipo mixto alternativo, en el que, con el uso de más de un medio comisivo, o la realización de más de una acción, no se incurrirá en

⁶⁶⁶ SÁNCHEZ COVISA, J. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis”, p. 43.

⁶⁶⁷ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017, p. 241.

⁶⁶⁸ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “Trata de seres humanos. Art. 177 bis CP”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 622.

más de un delito de trata de seres humanos, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo⁶⁶⁹.

Siguiendo con lo mencionado sobre los verbos típicos que conforman la acción típica de trata de seres humanos, vemos que el tipo de lo injusto contiene repeticiones tautológicas como “trasladar” y “transportar”, o “acoger” y “recibir”. Como hemos mencionado el “*transporte*” puede hacer referencia a la forma en la que se lleva a cabo el traslado de la víctima; sin embargo, al no preverse una respuesta punitiva mayor para el “transporte” que para el “traslado”, entendemos que son meros sinónimos, por lo que sería suficiente con una acción que hiciera referencia al desplazamiento del sujeto pasivo.

En el mismo sentido, por lo que respecta a los verbos típicos “acoger” y “recibir”, el único elemento que objetivamente se prevé para diferenciar una u otra conducta es su duración. A la vista de que “acoger” se define como “*servir de refugio o albergue a alguien*”, a nuestro modo de ver, la duplicidad de dos conceptos que incorporan connotaciones similares carece de toda lógica jurídico-penal. Desde esa perspectiva, consideramos que es suficiente con la previsión en el tipo básico del art. 177 bis CP del término “acoger”, en tanto en cuanto dicho concepto subsume “recibir”. Por lo tanto, en la trata la acción de “acoger” abarcaría tanto una estancia temporal como una estancia de mayor duración en el tiempo, siendo suficiente con dicho término para abarcar esta acción.

En cuanto a los medios comisivos, ha sido reflejada la disconformidad manifiesta en la doctrina sobre los límites del “engaño”. A nuestro modo de ver, este no se limita únicamente a las

⁶⁶⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 432.

acciones típicas previstas en el art. 177 bis CP y puede afectar tanto a la finalidad, como a las condiciones de esta siempre.

Por último, tal y como se ha mencionado en el apartado correspondiente a la “situación de necesidad” y “vulnerabilidad”, los supuestos de una “situación de necesidad” pueden subsumirse en las “situaciones de vulnerabilidad”. Ningún instrumento internacional ni comunitario referente en la materia incluye dicha “situación de necesidad”, en la que la doctrina prevé supuestos de penurias económicas, en un intento de diferenciar dichos supuestos de las “situaciones de vulnerabilidad”. Sin embargo, tal y como ha sido mencionado, estas últimas comprenden estas situaciones.

2. Tipo subjetivo: la finalidad perseguida por la trata de seres humanos

2.1. Introducción

La acción y los medios comisivos se miden por criterios objetivos, mientras que la finalidad de explotación es de carácter subjetivo. Así, debe ser subrayado que el delito de trata de seres humanos es un delito doloso, siendo imposible su comisión imprudente⁶⁷⁰.

En el Código Penal español, el delito de trata de seres persigue alguna de las distintas modalidades de explotación previstas en el tipo:

⁶⁷⁰ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 111.

- 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 órganos corporales;
- e) la celebración de matrimonios forzados.

Las finalidades expuestas en el art. 177 bis CP conforman el elemento subjetivo del injusto⁶⁷¹, un *numerus clausus* en el que no pueden incluirse otros fines distintos a los expresamente previstos⁶⁷². No obstante, debe recordarse⁶⁷³ que la trata es un delito de intención que tiene como objetivo la explotación posterior del sujeto pasivo, siendo un proceso para llegar a esta, sin que sea necesaria la materialización de la explotación para la consumación⁶⁷³.

Teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo, esto es, el análisis de la finalidad denominada genéricamente como explotación laboral, el epígrafe que a continuación se desarrolla se centra en dicha modalidad, aunque no sin antes realizar una aproximación al resto de finalidades de explotación contempladas en el delito.

⁶⁷¹ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:12.

⁶⁷² LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres humanos”, en F. J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho penal. Parte especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2016, p. 302; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 211.

⁶⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 186; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:13.

2.2. Modalidades de explotación contempladas en el art. 177 bis

2.2.1. La explotación sexual

La explotación sexual incluida la pornografía constituye una de las principales finalidades de la trata de seres humanos en España según las diligencias de seguimiento del delito de trata de seres humanos de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado⁶⁷⁴.

El concepto de explotación sexual resulta ser más amplio que el de prostitución, por lo tanto, en esta finalidad no sólo han de incluirse las prestaciones sexuales a cambio de dinero, sino distintas actividades de naturaleza sexual⁶⁷⁵: por ejemplo, la explotación sexual abarcará los supuestos de pornografía, realizados con o sin consentimiento de la víctima⁶⁷⁶. Aun así, generalmente este tipo de conductas se identifican con la prostitución forzada, así como con cualquier otra actividad asociada a esta, como la imposición de realizar masajes eróticos, exhibiciones en espectáculos eróticos o la pornografía expresamente referenciada en el precepto⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado, EXCMA. Sra. Doña María José Segarra Crespo*, Madrid, 2019, p. 1235.

⁶⁷⁵ MORÓN LERMA, E., GARCÍA ARÁN, M. & JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en M. GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 230-231.

⁶⁷⁶ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 10; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 440.

⁶⁷⁷ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 45.

Este tipo de explotación implica que las víctimas se vean obligadas a la exposición de sus cuerpos para satisfacer deseos ajenos, siendo esta la fuente de los ingresos económicos de los tratantes⁶⁷⁸. Además, a pesar de que el objetivo de la explotación comúnmente se identifique con el beneficio económico de dicha actividad, la finalidad de explotación sexual abarca también aquellos casos en los que no exista beneficio económico alguno, bastando con la existencia de un beneficio personal o el reporte de cualquier otro tipo de beneficio⁶⁷⁹.

2.2.2. La realización de actividades delictivas como modalidad de explotación de la trata de seres humanos

La modalidad de explotación que se configura como la realización de actividades delictivas se incorpora en el cuerpo normativo -como consecuencia de la Directiva 2011/36- por medio de la LO 1/2015, aunque la doctrina entendía que podía contemplarse dentro del amplio concepto de “servicios forzados”⁶⁸⁰ por englobar “ajenidad y productividad en sentido amplio”⁶⁸¹.

Según el párrafo 11 del Preámbulo de la Directiva 2011/36/UE, los casos más habituales en los que se plasma dicha actividad de explotación de la trata de seres humanos son el “*carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras*

⁶⁷⁸ SEBASTIAN LUCIANO, D., *Trata de personas y otros delitos relacionados*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 37.

⁶⁷⁹ GUARDIOLA LAGO, M. J., *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*, p. 336; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, p. 10.

⁶⁸⁰ CALVO VINAGRE, V. & GARCÍA DOMÍNGUEZ, P., “El delito de trata de seres humanos”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, N.º 52, 2016, p. 56; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016, p. 135.

⁶⁸¹ POMARES CINTAS, E. *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 133.

actividades que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”. No obstante, la aclaración interpretativa resulta de poca utilidad para delimitar con precisión esta modalidad⁶⁸², por ello, se considera que puede abarcar distintos supuestos, que deberán valorarse en cada caso concreto según las circunstancias y los medios empleados para su realización.

Sin embargo, los problemas interpretativos residirán en establecer las pautas de exclusión de la responsabilidad criminal que debe serle reconocida a la víctima conforme a lo dispuesto por el número 11 del artículo 177 bis del CP.

2.2.3. La extracción de órganos como modalidad de explotación de la trata de seres humanos

La tercera modalidad de explotación reside en la extracción de órganos. El éxito de la terapia de trasplante ha generado un notable incremento de la demanda y, por ello, el número de órganos disponibles para trasplantar es insuficiente⁶⁸³. El ordenamiento jurídico español prevé en su art. 156 bis CP entre los delitos de lesiones el delito de tráfico de órganos. Tanto en este delito como en el de trata de seres humanos, se realiza expresa referencia a los órganos corporales, sin que estos puedan englobar distintas prácticas como la extracción de sangre y/o sus componentes, así como la extracción de tejidos o células⁶⁸⁴, por lo que según algunos autores⁶⁸⁵, estas últimas podían encauzarse a través de la

⁶⁸² RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2016, p. 156.

⁶⁸³ Dato del Observatorio Global sobre Donaciones y Trasplantes (2010).

⁶⁸⁴ ROMEO CASABONA, C. M., “Xenotrasplante ¿alternativa de futuro?”, *Revista de la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica*, 2002, p. 20.

⁶⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 445.

servidumbre prevista en la letra a) del art. 177 bis CP. A nuestro modo de ver, la letra a) del art. 177 bis CP, denominada genéricamente como “explotación laboral”, está dirigida a la explotación de servicios y trabajo del sujeto pasivo, por lo que la extracción de órganos no se podría entender dentro de esta finalidad objeto de este trabajo.

2.2.4.La celebración de matrimonios forzados

Antes de centrar la atención en la finalidad objeto de estudio de esta tesis doctoral, conviene aproximarnos a la última finalidad prevista en el tipo: la celebración de matrimonios forzados.

Ninguno de los textos internacionales y regionales de referencia incluye expresamente dicha finalidad, aunque la Directiva 2011/36/UE se refiere a los matrimonios forzados como fin de la trata de seres humanos en el Considerando 11, si bien después no lo incluye en su art. 2, donde define el alcance de la trata.

Por su parte, la LO 1/2015 también añadió el art. 172 bis con el fin de tipificar la coacción al matrimonio.

El concepto de “matrimonios forzados” englobará los supuestos de matrimonios precoces, serviles, arreglados, matrimonios como indemnización o como transacción, temporales y matrimonios con fines de procreación⁶⁸⁶. Esta finalidad de trata, como tendremos ocasión de comprobar, se contemplaba bajo el alcance de las “prácticas análogas a la esclavitud”; ahora bien, la distinción actual puede deberse a querer separar estos supuestos de

⁶⁸⁶ Manual de trata de seres humanos de Naciones Unidas para Parlamentarios, p. 42.

la trata dirigida a la explotación de servicios y de trabajo, que se contempla en el apartado a) del art. 177 bis 1, CP⁶⁸⁷.

2.3. Especial atención a la finalidad de explotación laboral de la trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español: delimitación de los conceptos jurídicos “trabajos o servicios forzados”, “esclavitud o prácticas similares a la esclavitud”, “prácticas similares a la servidumbre” y “prácticas similares a la mendicidad”

2.3.1. Introducción

Aunque se resuma genéricamente como la trata con fines de explotación laboral, con ello no se recoge específicamente todo el contenido del precepto, dado que, en esta modalidad de trata, la explotación reside en *la imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad*. Estas conductas implican el sometimiento de la víctima a condiciones laborales degradantes que supongan una vulneración de los derechos laborales y de los derechos fundamentales de la persona⁶⁸⁸.

Aparentemente, las modalidades de explotación previstas en el apartado a) del art. 177 bis CP no se contemplan de modo

⁶⁸⁷ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 15:22. Tal y como ocurre también en ese mismo apartado con la mendicidad, que, aunque se podría contemplar dentro de unos servicios forzados, por la falta de su naturaleza laboral, el legislador quiso diferenciarlo de las finalidades previstas en dicho apartado.

⁶⁸⁸ SANTANA VEGA, D. M., “La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, 2011, p. 220.

específico en ningún tipo delictivo propio del Código Penal, porque no hay ningún artículo en el ámbito de este que recoja de forma explícita estas graves conductas⁶⁸⁹. Parece que el legislador optó por una mención precisa para cumplir con las obligaciones internacionales y europeas, evitando la simple remisión a las conductas conocidas como delitos contra los derechos de los trabajadores⁶⁹⁰.

En lo que respecta a la ausencia de tipificación autónoma de las formas de explotación reconocidas como “explotación laboral” en el delito de trata de seres humanos, el ordenamiento jurídico español incluye una mención expresa a la esclavitud únicamente en el delito de lesa humanidad, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de la misma –art. 607 bis–, añadiendo la utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad en el art. 232 CP.

Para dotar de contenido a las modalidades de explotación previstas en la definición de trata, se deberá acudir al derecho internacional, donde distintos instrumentos precisan el alcance y delimitan las conductas que forman el sometimiento a esclavitud a una persona, las prácticas análogas a la misma, la imposición de trabajos forzados o la servidumbre.

⁶⁸⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, RODRÍGUEZ PADRÓN, C., *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, 20 de noviembre de 2008, p. 94.

⁶⁹⁰ CAÑO PAÑOS, M. A., “De la trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *El Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 425-426.

2.3.2. Definición de las formas de “explotación laboral” vinculadas al delito de trata

Tal y como se ha mencionado, el legislador español se limitó en su momento a trasladar los conceptos de los mandatos internacionales y regionales, pero sin delimitar típicamente las figuras que tienen encaje en el apartado a) del art. 177 bis.

Los conceptos de *trabajo y servicio forzado, esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y servidumbre*, que son anteriores tanto al fenómeno criminológico de la trata de seres humanos, como a su inclusión como tipo penal autónomo en el ordenamiento jurídico español, no han sido definidos en instrumentos referidos a la trata de seres humanos.

Todas las formas de explotación incluidas en el apartado a) del art. 177 bis CP comparten la cosificación del ser humano por la imposición de un trabajo o de condiciones de trabajo degradantes, en contra de la voluntad del sujeto pasivo y la negación de todos o los derechos más básicos que ostenta un trabajador libre⁶⁹¹.

2.3.2.1. La imposición de trabajo o servicios forzados

La primera forma de explotación prevista en este apartado hace referencia a “la imposición de servicios o trabajos forzados”, que también se considera una manifestación de las prácticas análogas a la esclavitud⁶⁹².

⁶⁹¹ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 128.

⁶⁹² OHCHR, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 12; PEREZ ALONSO, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 97; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres

A pesar de la adopción del Convenio N.º 105 de 1957 OIT, así como del Protocolo de 2014 y su Recomendación, la definición de estos conceptos se encuentra en el art. 2.1 del Convenio N.º 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso de 1930, que incide en lo siguiente: “*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*”.

En esta definición se integran tanto el trabajo como el servicio forzado, englobando la productividad ajena en sentido amplio y donde el individuo no se ofrece voluntariamente para su ejecución. Por tanto, el trabajo o servicio debe tener naturaleza laboral o asemejada, siempre que se den “*las notas de ajenidad y productividad*”⁶⁹³. Esto es, el trabajo forzado abarca cualquier tipo de actividad económica laboral, aunque los supuestos que carecen de naturaleza laboral, en sentido estricto, se puedan englobar dentro de los servicios forzados, como, por ejemplo, la mendicidad⁶⁹⁴.

En efecto, a pesar de que el legislador español haya decidido mencionar la mendicidad dentro del apartado de explotación laboral de forma independiente, nada impide comprender también dicha figura dentro de los servicios forzados⁶⁹⁵. Lo mismo ocurre con la

humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:21.

⁶⁹³ TS, sentencia núm. 208/2010, de 18 marzo.

⁶⁹⁴ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 82; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p.15:21; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 435.

⁶⁹⁵ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 82; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:21; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 435.

realización de actividades delictivas, finalidad de explotación autónoma a partir de la reforma de la LO 1/2015 del Código Penal que, con anterioridad a la misma, podía estar subsumida dentro de la relativa a los servicios forzados.

Ahora bien, nos encontramos ante figuras delictivas de gran complejidad cuya delimitación no es una tarea sencilla, porque en la realidad criminológica pueden entrelazarse distintas finalidades de explotación previstas en el apartado a) del art. 177 bis CP: por ejemplo, muchas veces los trabajos o servicios forzados se unen a la llamada servidumbre por deudas, por lo que, en la práctica, no es clara la distinción entre ambas figuras, dado que se persigue imponer el trabajo forzado bajo amenazas o violencia con el fin de saldar una deuda que no se sabe cuándo se terminará de pagar⁶⁹⁶.

A nuestro modo de ver, desde un punto de vista contemporáneo el Código penal español ya castiga la imposición del trabajo o servicio forzado, comportamientos delictivos que encuentran cabida en los art. 311.1 CP y 312.2 CP, constituyendo en realidad los supuestos de mayor gravedad de supresión y restricción de los derechos de los trabajadores; esto con independencia de que, para la plena cobertura del injusto específico del trabajo o servicio forzado, pueda en su caso requerirse la aplicación en concurso ideal de otras figuras delictivas que cubran las eventuales agresiones a bienes jurídicos no contemplados por los artículos mencionados.

Pues bien, tanto el trabajo, como el servicio forzado deben delimitarse sobre la base de la Convención n.º 29 de la OIT de 1930, Convención N.º 105 de la OIT de 1957, el Protocolo y la

⁶⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 435; ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, Madrid 2006, p. 35.

Recomendación de 2014, lo expuesto por el TEDH, así como el ordenamiento jurídico español.

Trayendo a colación lo mencionado en el capítulo anterior sobre el trabajo o servicio forzoso, el trabajo o servicio exigido debe ser injustificado, ajeno a la voluntad de la persona, opresivo y debe implicar una privación evitable⁶⁹⁷. Por ello, no se consideran trabajos forzosos aquellas actividades que constituyen obligaciones normales de una profesión por su contenido⁶⁹⁸, cuando la cantidad de trabajo a realizar no es excesiva⁶⁹⁹. El consentimiento inicial del sujeto pasivo no descarta la existencia del trabajo forzado u obligatorio ya que puede suceder que, mediando consentimiento previo, una situación se considere trabajo forzado u obligatorio por tener carácter injusto u opresivo⁷⁰⁰. Además, la remuneración del trabajo será independiente a su consideración como forzado u obligatorio⁷⁰¹.

Así, por ejemplo, la imposición de continuar en un empleo mediante la amenaza es uno de los supuestos del trabajo forzoso que lesiona el derecho a la libre elección del empleo⁷⁰² o, también, la restricción grave de derechos a causa de rehusar la realización de ciertas tareas dentro del empleo⁷⁰³.

Recordemos que ciertas situaciones pueden resultar un caldo de cultivo en lo que respecta al consentimiento viciado, como, por

⁶⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle v. Belgium* (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 36.

⁶⁹⁸ Decisión de la Comisión de 1 de abril de 1974, *X v. Netherlands*, de 3 de mayo de 1983, Req. Núm. 9322/81, D.R. vol. 32, p. 186.

⁶⁹⁹ SARASOLA GORRITI, S. & LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, Zizur Menor, 2015, p. 103.

⁷⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle v. Belgium* (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 35.

⁷⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Zhelyazkov v. Bulgaria*, (App.11332/04), 09 de octubre de 2012, párr. 36.

⁷⁰² General Survey 1968, n. 29, p. 187.

⁷⁰³ General Survey 2007, n. 44, p. 20.

ejemplo, la estancia en irregularidad administrativa; las personas en esta situación resultan fáciles de engañar mediante promesas de conseguir los permisos necesarios para residir legalmente en el país, etc.; y ello también es una conducta que vulnera los Convenios mencionados de la OIT⁷⁰⁴.

Partiremos de las conductas que pueden tener encaje en los tipos penales de los art. 311.1 CP y 312.2 CP para entender los supuestos que abarcan la imposición de trabajos y servicios forzados, dado que, a la vista de la situación actual del mundo laboral, el concepto del trabajo o servicio forzado tiene mucho que ver la interpretación que se haga de las conductas sancionadas en esos dos preceptos.

2.3.2.2. Tipos penales vinculados a la explotación laboral en cuanto finalidad característica, entre otras, del delito de trata de seres humanos: arts. 311.1 y 312.2 CP

En el ordenamiento jurídico español el trabajo o servicio forzado se identifican como los casos de mayor gravedad tipificados por los artículos 311.1 CP o 312.2 CP: estos castigan con gran amplitud los supuestos que infringen la normativa laboral mediante la imposición de condiciones de trabajo ilícitas; si bien en opinión de POMARES CINTAS se refieren al establecimiento de conductas contrarias a la normativa laboral, pero no a la imposición de las prestaciones⁷⁰⁵.

Los arts. 311.1 CP y el 312.2 CP contemplan la imposición a los trabajadores de condiciones laborales “*que perjudiquen,*

⁷⁰⁴ General Survey 2007, n. 44, p. 20.

⁷⁰⁵ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violación en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.139.

supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Esto es, no sólo se recoge el perjuicio de los derechos laborales, sino que también se pretende proteger la supresión y eliminación de sus derechos. Con ello, a pesar de que el art. 311.1 CP no mencione la imposición bajo coacción que el trabajo o servicio forzado exige, es a través de este precepto (en concurso ideal, en su caso, con los que proceda) que deben encauzarse penalmente las prácticas de explotación laboral contempladas entre las finalidades del art. 177 bis CP: y es que la imposición de condiciones laborales que supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores no deja de ser, a nuestro modo de ver, una manifestación contemporánea de la esclavitud laboral.

A. La imposición de condiciones laborales abusivas: artículo 311.1 CP

El art. 311 del Código Penal castiga tres conductas diferenciadas, aunque, teniendo presente el objetivo de este trabajo, nuestro estudio se ceñirá a la conducta del párrafo primero del mismo que sanciona lo siguiente: *“serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1. 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”*.

En primer lugar, debemos delimitar el bien jurídico protegido en este tipo delictivo que es el respeto de los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores en materia laboral y de Seguridad

Social⁷⁰⁶. Dicha protección se extiende a todos los trabajadores y trabajadoras independientemente de la regularidad o no de su situación administrativa. Por ende, entendemos que el concepto de “trabajador” engloba a cualquier persona que tenga una relación asimilable a la jurídico-laboral, sin que incida la irregularidad o regularidad administrativa para determinar la condición de víctima de dicho delito. De hecho, el Tribunal Supremo subraya que excluir de la condición de víctima de este delito a las personas que se encuentren en situación irregular es claramente incompatible con un Estado social -artículo primero de la Constitución española- y añade que la afirmación de que los inmigrantes en situación irregular no tienen derecho al trabajo y, por consiguiente, no pueden ser víctimas de procedimientos que les perjudiquen en sus derechos laborales porque carecen de los mismos por su condición de ilegal, “*constituye una invitación a los empleadores a la contratación de emigrantes ilegales en cualquier condición porque no están sujetos a ninguna normativa*”⁷⁰⁷. Así, el sujeto pasivo es el “trabajador”, con independencia de su situación administrativa en España.

Siguiendo lo previsto por el art. 311.1, el elemento nuclear de la acción reside en la “imposición” de condiciones de trabajo o de Seguridad Social que *perjudiquen, supriman o restrinjan* sus derechos como trabajadores. El tipo se consuma siempre que el empleador, con el fin de imponer ciertas condiciones de trabajo, haga uso del engaño o abuse de la situación de necesidad del sujeto pasivo⁷⁰⁸, afectando a los derechos reconocidos por las leyes, los convenios colectivos o el contrato individual del sujeto pasivo⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., “El delito laboral (art. 311.1° CP) y la STS 247/2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2017, 2017, p. 17.

⁷⁰⁷ TS, sentencia núm. 5351/2000, de 30 junio, RJ 3947/1998, F.D. 1°.

⁷⁰⁸ MUÑOZ CUESTA, F. J., “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018, 2018, p. 16.

⁷⁰⁹ ARROYO ZAPATERO, L. “Los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista española de derecho del trabajo*, 1983, p. 366.

Tal y como ha sido mencionado, la imposición deberá realizarse a través de dos medios comisivos: el engaño o el abuso de una situación de necesidad, como ocurre en la trata de seres humanos; y conviene recordar que, por lo que respecta al trabajo forzoso dicha imposición implica la amenaza de una pena cualquiera que según expresa ALLAIN debe entenderse como “*la pérdida de derechos o privilegios*”⁷¹⁰.

Por “engaño” debemos entender cualquier estrategia idónea por parte del sujeto activo para inducir a error a la víctima para la imposición de condiciones de trabajo contrarias al respeto de los derechos que el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social les reconoce⁷¹¹. En caso de inexistencia del engaño, para que concurra el tipo, la víctima se debe encontrar en una “*situación de necesidad*” que le obliga a permanecer en el ejercicio de dicho trabajo a pesar de las condiciones laborales negativas⁷¹².

El abuso de esta situación deberá suponer la cosificación de la víctima⁷¹³. La situación de necesidad de la que se abusa no puede ser la genérica necesidad de trabajar, propia de la mayoría de las personas, sino que debe tratarse de una necesidad singular⁷¹⁴. Por ello, la relación abusiva existirá cuando la persona en cuestión no

⁷¹⁰ ALLAIN, J., “125 Años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), P. MERCADO PACHECO/S. OLARTE ENCABO/A. LARA AGUADO/I. RAMOS TAPIA/E. POMARES CINTAS/P. ESQUINAS VALVERDE, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 147-182.

⁷¹¹ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 70; SEMPERE NAVARRO, A. V., “El delito laboral (art. 311.1º CP) y la STS 247/2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2017, 2017, p. 17; AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 2ª, sentencia núm. 164/2002 de 15 febrero. ARP 2002\355, F.D. 3º.

⁷¹² MUÑOZ CUESTA, F. J., “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018, 2018, p. 16.

⁷¹³ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 70.

⁷¹⁴ AP de Guipúzcoa, sección 1ª, sentencia núm. 52/2018 de 22 febrero. ARP 2018\743, F.D. 1º.

tenga otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso; en abstracto, siempre existirá la alternativa de negarse al abuso, denunciar, resistirse, oponerse, etc. pero en dichos casos debe valorarse en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima una alternativa distinta a la aceptación resignada de las condiciones que se le imponen injustamente. Por lo tanto, no se podrán tomar en cuenta aquellas posibles alternativas si no resultan viables, atendiendo en cada caso a las circunstancias de los hechos y a la víctima concreta⁷¹⁵.

Para que el comportamiento se distinga de la sanción administrativa, el Código Penal anuda un desvalor en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador⁷¹⁶. La “*imposición*” se corresponde con el acto del sujeto activo que contraría la voluntad de la persona trabajadora, prescindiendo de su consentimiento⁷¹⁷, tal y como sucede en el trabajo o servicio forzoso. Dicha imposición será típica si se lleva a cabo por el empleador mediante los comportamientos ya señalados anteriormente⁷¹⁸. Así, lo valorable a efectos punitivos son las condiciones impuestas al trabajador: si el trabajo se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, los convenios colectivos y el contrato, no podrá ser un delito de explotación en el trabajo del art. 311.1 CP o 312.2 CP⁷¹⁹.

⁷¹⁵ AP de Guipúzcoa, sección 1ª, sentencia núm. 52/2018 de 22 febrero. ARP 2018\743, F.D. 2º; AP de Madrid, sección 16ª, sentencia núm. 122/2016 de 3 marzo. ARP 2016\519, F.D. 2º, un paro generalizado podrá suponer una situación de necesidad, siendo la situación española en los años 2010 y 2011.

⁷¹⁶ AP de Madrid, sección 1ª, sentencia núm. 542/2016 de 24 noviembre. JUR 2017\7045. F.D. 1º.

⁷¹⁷ PÉREZ MANZANO, M., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *Revista La Ley, Relaciones Laborales*, 1997, p. 270.

⁷¹⁸ AP de Madrid, sección 16ª, sentencia núm. 122/2016 de 3 marzo. ARP 2016\519, F.D. 2º.

⁷¹⁹ AP de Madrid, sección 1ª, sentencia núm. 542/2016 de 24 noviembre. JUR 2017\7045. F.D. 1º.

A mayor abundamiento, resulta necesario estudiar el significado de “perjudicar”, “suprimir” y “restringir” con el fin de valorar las conductas de cada caso y la limitación de derechos de cada supuesto.

“Perjudicar” supone ocasionar daño o menoscabo material o moral. Así, se entiende que no requiere una supresión de los derechos ni un constreñimiento de los mismos como puede evidenciar la restricción de estos⁷²⁰. Solo en los casos en los que el trabajador no vaya a recibir las prestaciones que le correspondan o cuando vaya a sufrir un perjuicio directo por el incumplimiento del empresario se considerará sancionable la conducta, siempre que se lesione un bien jurídico del trabajador⁷²¹.

En segundo lugar, la “supresión”, definida como “*hacer cesar, hacer desaparecer*”⁷²², refleja la eliminación de todo derecho como, por ejemplo, la inexistencia de condiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo, que los trabajadores estén sometidos a estricto control en las salidas del taller, obligados a comer y pernoctar en el lugar de trabajo, etc.⁷²³

En tercer lugar, la “restricción” supondría “*reducir a menores límites, apretar o constreñir*”⁷²⁴, entendiéndose como grave limitación de los derechos del trabajador. Por lo que respecta a la “restricción” de los derechos puede ejemplificarse con jornadas diarias de duración de 15 horas, ausencia de descanso dominical y vacaciones

⁷²⁰ AP de Valencia, sección 2ª, sentencia núm. 509/2004 de 23 julio. ARP 2004\808, F.D. 3º.

⁷²¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “El delito laboral (art. 311.1º CP) y la STS 247/2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2017, 2017, p. 17.

⁷²² <https://dle.rae.es/?id=YmZMvmQ>

⁷²³ AP Barcelona, sección 7º, sentencia núm. 890/2015 de 27 noviembre ARP2015\1473, H.P.

⁷²⁴ <https://dle.rae.es/?id=WEmOSsB>

y falta de retribución en caso de enfermedad⁷²⁵. Así, la “restricción” supondría el constreñimiento de los derechos básicos reconocidos por el Estatuto de los Trabajadores y/o por los convenios colectivos.

Por su parte, todo lo que suponga un control absoluto o cuasi absoluto ejercido sobre la libertad del sujeto pasivo, como su control de movimiento, sería asimilable a la situación de ejercicio del derecho de propiedad, que es lo que tradicionalmente constituía lo propio de la esclavitud.

A la vista de lo mencionado, para que exista explotación en el trabajo las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador⁷²⁶ por lo que habrán de ponderarse la extensión y límites de denegación o restricción de los derechos. A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 25 marzo 2010 prevé como “*clara explotación 12 horas diarias de trabajo, incluyendo sábados y domingos, carecer de descanso semanal y todo por un total de 700 euros mensuales, estar obligados a comer dentro de la empresa en menos de media hora, carecer de asistencia sanitaria o prestación en caso de enfermedad*”⁷²⁷.

⁷²⁵ TS, Sala de lo Penal, sección 1º, sentencia núm. 348/2017 de 17 mayo. RJ 2017\3416. F.D. 3º; AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 2ª, sentencia núm. 338/2013 de 8 julio. JUR 2013\318989, H.P; AP de Córdoba, sección 2ª, sentencia núm. 117/2016 de 11 marzo. ARP 2018\421, F.D. 5º.

⁷²⁶ AP de Valencia, sección 3ª, sentencia núm. 193/2012 de 12, marzo. JUR 2012\245985; TS sentencia 372/2005, de 17 marzo; TS, sentencia núm. 1471/2005, de 12 diciembre.

⁷²⁷ AP de Barcelona, sección 6ª, sentencia de 25 marzo 2010. JUR 2010\244195, F.D. 1º.

B. La recluta ilegal de trabajadores del artículo 312.2 del Código Penal

El art. 312.2 CP sanciona a “*quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”.

Por lo que respecta al objeto de tutela, se protege al trabajador en situación irregular que no cuenta con el permiso de trabajo, sometido a condiciones inferiores a las que están los trabajadores en situación administrativa regular⁷²⁸.

A primera vista, se prevén dos conductas típicas: la primera reside tanto en la recluta como en la determinación de personas a abandonar un puesto de trabajo de “*ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas*”. Se tipifica la recluta del trabajador, mediante el ofrecimiento de un puesto de trabajo inexistente o distinto a lo prometido⁷²⁹. En cuanto al engaño, este podrá abarcar tanto la actividad a realizar, como las condiciones de esta como los horarios, el sueldo, etc.⁷³⁰

El segundo supuesto castiga, de manera similar al art. 311.1 CP estudiado con anterioridad, a “*quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por*

⁷²⁸ MUÑOZ CUESTA, F. J., “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018, 2018, p. 17; TS, sentencia núm. 525/2012, de 19 junio.

⁷²⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 947.

⁷³⁰ TS, sentencia núm. 3058/2009, de 22 abril. RJ.

disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Ahora bien, el art. 312.2 CP se dirige exclusivamente a personas que carezcan de un permiso de trabajo, por ello, la redacción del precepto resulta muy criticable: atendiendo al tenor literal no se corresponde con el modelo constitucional mencionado anteriormente en el art. 311.1 CP; la desprotección del trabajador extranjero sin permiso de trabajo es mayor que la del trabajador nacional⁷³¹ por la situación especialmente precaria y de desprotección que ello supone⁷³².

En lo referente al sujeto pasivo, el art. 312.2 CP lo identifica con los "súbditos extranjeros". Siguiendo a DE VICENTE MARTÍNEZ el legislador pretende evitar la polémica que pueda causar considerar o no a los extranjeros sin permiso de trabajo como trabajadores⁷³³. Por consiguiente, entendemos que el precepto penal se refiere a los extranjeros sin permiso de trabajo que no pueden trabajar legalmente en España, y el sujeto pasivo del art. 311.1 CP se corresponde con trabajadores nacionales y extranjeros que cuenten con el permiso de trabajo.

El tipo carece de la mención expresa a la Seguridad Social recogida en el art. 311.1 CP dado que, a menos de que se tenga un permiso de trabajo, no podrá darse de alta al empleado⁷³⁴. Resulta también llamativa la carencia del verbo "imponer" o la falta de mención del uso de los medios comisivos necesarios para el art. 311.1 CP. Dicha ausencia se puede interpretar de dos formas: por un lado, a la vista de la redacción, se sobreentiende que el extranjero

⁷³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros", *XXIX Jornadas de estudio: Derecho, inmigración e integración*, Abogacía del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 220.

⁷³² AP de Zaragoza, sentencia núm. 77/2004 de 24 febrero. JUR 2004\83630, F.D. 2º.

⁷³³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 313.

⁷³⁴ MUÑOZ CUESTA, F. J., "Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018, 2018, p. 17.

que se encuentra en dicha situación ya evidencia el abuso de una situación de necesidad⁷³⁵, siendo además una acción contraria a la legislación de extranjería con posibilidad de expulsión del territorio⁷³⁶. Ahora bien, por otro lado, también concurre el interés estatal de controlar la presencia en España del extranjero-trabajador-ilegal⁷³⁷. No obstante, el inmigrante ilegal que carece de permiso de trabajo y de residencia en España no está incluido en el art. 35 de la Constitución, donde se reconoce el deber de trabajar y el derecho al mismo, sin que pueda constituir tal condición una vía de impunidad ante los que contratan a los migrantes en situación irregular⁷³⁸. La OIT también reconoce como situación de necesidad la situación de irregularidad administrativa, lo cual facilita el engaño a estas personas siendo un supuesto que vulnera los Convenios mencionados de la OIT⁷³⁹.

En este sentido, los tribunales españoles interpretan la irregularidad administrativa como situación de necesidad, considerándose, por ejemplo, situación de verdadera explotación que las víctimas no reciban remuneración alguna del salario prometido por el aprovechamiento por parte del empleador de su situación de irregularidad administrativa⁷⁴⁰.

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, la diferenciación se debe a la evidencia de la situación de necesidad sufrida por dichos

⁷³⁵ AP de Zaragoza, sentencia núm. 77/2004 de 24 febrero. JUR 2004\83630, F.D. 2º.

⁷³⁶ “Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”, Art. 53.1. b) de la LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España para su integración social.

⁷³⁷ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 95.

⁷³⁸ AP de Barcelona, Sentencia núm. 1046/2011 de 10 noviembre. JUR 2015\652, F.D.

⁷³⁹ General Survey 2007, n. 44, p. 20.

⁷⁴⁰ AP de Granada, sección 2ª, sentencia núm. 599/2008 de 17 octubre. JUR 2009\203032, F.D. 2º.

sujetos pasivos, por la propia condición administrativa irregular de los mismos.

En realidad, lo dispuesto en este artículo podría subsumirse en el art. 311.1 CP para evitar la diferenciación de la persona trabajadora según su situación administrativa.

Por su parte, la supresión, perjuicio o restricción de los derechos hace referencia a los derechos reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Aun así, remitiéndonos a la LO 4/2000, el art. 36.5 dispone que *“la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”*. Entendemos que la incorporación al trabajo no será incompatible con la carencia de la autorización de residencia y de trabajo, aunque ello no modifique su situación administrativa. La conducta sancionada se ciñe, pues, al aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima mediante el incumplimiento de las condiciones mínimas y garantías laborales.

C. La asimilación del trabajo o servicio forzado a los casos más graves de los preceptos 311.1 y 312.2 CP

Por consiguiente, a la vista de lo mencionado la supresión y grave restricción de derechos básicos de los trabajadores, desde nuestra perspectiva, deben asimilarse figuras delictivas afines al trabajo o servicio forzoso. Además, si, junto a la supresión de derechos laborales, se ejercieran facultades similares a las propias del derecho de propiedad sobre el sujeto pasivo, evidenciado por medio del control absoluto del sujeto activo sobre el pasivo, nos encontraríamos ante un supuesto análogo a la esclavitud.

El trabajo o servicio forzoso es *“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”*. A pesar de que el art. 311.1 CP no recoja la coacción como medio empleado para imponer un trabajo o servicio a una persona, contempla el engaño o el abuso de una situación de necesidad que el empleador puede aprovechar para imponer o exigir un trabajo, suprimiendo o restringiendo de forma grave sus derechos como trabajador. Además, en lo que respecta al art. 312.2 CP, recordemos que la OIT también reconoce como situación de necesidad la situación de irregularidad administrativa, lo cual facilita el engaño a estas personas siendo un supuesto que vulnera los Convenios mencionados de la OIT⁷⁴¹. Por consiguiente, y sin perjuicio de que, en su caso, a la vista de los bienes jurídicos adicionales afectados, deban combinarse con otros delitos (en concurso ideal), entendemos que los supuestos más graves de los preceptos penales 311.1 CP y 312.2 CP dan cabida a lo reconocido a nivel internacional y europeo como trabajo o servicio forzoso.

⁷⁴¹ General Survey 2007, n. 44, p. 20.

En este sentido, en aquellos casos en los que además de la supresión grave de los derechos laborales, se lesionase la integridad moral y la libertad de la persona en el trabajo como, por ejemplo, en los supuestos donde el empleador tuviera control absoluto de la persona empleada, como si este fuese de su propiedad, estaremos ante una situación asimilada a la esclavitud. Esto puede darse, por ejemplo, como resultado de trata con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico, teniendo en cuenta la privacidad que supone un hogar familiar, la imposibilidad de salir del lugar, trabajar 15 horas diarias sin remuneración y además sin comodidad alguna para pernoctar o asearse⁷⁴².

En segundo lugar, conviene no descartar la “restricción” grave de derechos como característica del trabajo o servicio forzado, teniendo en cuenta la definición y delimitación emanada por los textos internacionales y tribunales europeos; el trabajo o servicio forzado se caracteriza por tener carácter injusto u opresivo⁷⁴³, por lo que la restricción grave de los derechos de la persona trabajadora, aun no llegando a la supresión de todo derecho laboral, debería asimilarse al trabajo o servicio forzoso.

2.3.2.3. La esclavitud en el ordenamiento jurídico español como forma de explotación laboral de la trata de seres humanos

Tal y como ha sido subrayado, la única mención a la esclavitud, en el ordenamiento jurídico español se encuentra en el

⁷⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), 26 julio 2005.

⁷⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle v. Belgium* (App. 8919/80), 23 de noviembre de 1983, párr. 35.

art. 607 bis 2, 10º, que impone la pena de prisión de 4 a 8 años a quien someta o mantenga a alguna persona como esclava, siempre y cuando dicha conducta sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella. El tenor literal de este tipo penal viene de la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926⁷⁴⁴ que se refiere a “*la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque*”.

La esclavitud es una situación en la que un individuo tiene el control sobre otra persona, como si fuera de su propiedad. A pesar de la necesidad del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad para que exista esclavitud, no se define en qué consiste tener la propiedad de una persona⁷⁴⁵. De ahí se deduce que en la trata de seres humanos el tratante necesita ejercer los atributos del derecho de propiedad sobre la víctima para que esté absolutamente a su disposición, en este caso, para la realización de cualquier trabajo o servicio requerido por el sujeto activo.

Una concepción contemporánea de la esclavitud debe identificar esta con el ejercicio de facultades similares a las propias del derecho de propiedad aludido en la Convención sobre esclavitud de Ginebra de 1926⁷⁴⁶. Esto, desde la sensibilidad actual, pues, a pesar de no ser exactamente el mismo fenómeno, debe ser tratado

⁷⁴⁴ Art. 1.1. la Convención sobre esclavitud de 1926: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

⁷⁴⁵ QUIRK, J., “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, 2006, *Human Rights Quarterly*, p. 568; BALES, K. & ROBBINS, P. T., “No one Shall Be Held in Slavery or Servitude: A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery”, *Human Rights Review* 18, p.21-33.

⁷⁴⁶ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 63-65; ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 329.

como tal por ser igualmente rechazable, en consecuencia, el control absoluto o cuasi absoluto del sujeto pasivo deberá considerarse un ejercicio de las facultades propias del derecho de propiedad sobre un ser humano.

2.3.2.4. Las prácticas similares a la esclavitud

Otra de las finalidades contempladas en el apartado a) del art. 177 bis CP referidas a la explotación laboral de la trata de seres humanos, son las “prácticas similares a la esclavitud”.

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud enumeró ciertas prácticas que se consideraban análogas a esta, como la servidumbre de la gleba, la servidumbre por deudas, el trabajo o servicio forzado, o el trabajo infantil. A nivel internacional, el matrimonio forzoso también se considera como práctica análoga a la esclavitud, aunque el legislador español, mediante la reforma de la LO 1/2015 distinguió dicha práctica de las modalidades asimiladas a lo laboral.

En el siguiente epígrafe analizaremos las prácticas similares a la esclavitud desde la perspectiva del art. 177 bis CP.

A. La servidumbre como práctica análoga a la esclavitud

Tal y como hemos comprobado en el apartado dirigido a la conceptualización internacional de esta forma de explotación, la Convención suplementaria de Ginebra, de 1956, sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud -que amplía el campo de aplicación de la Convención de 1926 referida a la persecución de las prácticas

similares a la esclavitud- identifica entre sus finalidades específicas dos prácticas de servidumbre: la servidumbre de la gleba y la servidumbre por deudas. La enumeración de ciertas prácticas no constituye un *numerus clausus* de supuestos, por lo que se entiende que puede haber más situaciones asimiladas a las formas de servidumbre⁷⁴⁷.

La “servidumbre de la gleba” constituye la situación en la que la persona se encuentra obligada por ley, por costumbre o por acuerdo, a vivir y trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, de modo remunerado o gratuitamente, determinados servicios, sin que tenga libertad para cambiar su condición⁷⁴⁸. A modo de ejemplo, dicha figura ha sido hasta hace pocas décadas parte de los caseríos del País Vasco⁷⁴⁹. El “*morroi*” o siervo era normalmente un hombre o niño, ya que esta servidumbre comenzaba ente los 10 y 14 años y duraba, en muchos casos, hasta la muerte⁷⁵⁰. A veces era considerado como uno más de la familia, comía, cenaba, con la familia, etc. No obstante, también estaban aquellos que no tenían relación afectiva alguna con los familiares, que solo comían las sobras de la comida, sin derecho a compartir mesa en compañía de la familia⁷⁵¹. Las condiciones de arreglo se realizaban entre el padre u otro miembro de la familia del chico y el

⁷⁴⁷ FISCHER, H., “The Suppression of Slavery in International Law-II”, en *The International Law Quarterly*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, p. 510.

⁷⁴⁸ WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 6.

⁷⁴⁹ GARMENDIA LARRAÑAGA, J., *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d’etudes Basques, Donostia, 2007, p. 25. Tal y como se relata en este trabajo, los criados o morroi son los sucesores de los esclavos, una vez que la esclavitud fue abolida.

⁷⁵⁰ GARMENDIA LARRAÑAGA, J., *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d’etudes Basques, Donostia, 2007, p. 26.

⁷⁵¹ GARMENDIA LARRAÑAGA, J., *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d’etudes Basques, Donostia, 2007, p. 26.

amo o patrono de la casa donde debía prestar el servicio. Estas prácticas perduraron hasta la década de los 60 en el País Vasco⁷⁵², cuando disminuyeron de forma considerable⁷⁵³. Tal y como recoge GARMENDIA LARRAÑAGA, compartimos que el siervo o el “*morroi*”, esto es, la servidumbre de la gleba fue la figura ulterior al anteriormente conocido como esclavitud, resultando común la venta de los siervos a otros dueños, “*como si se tratara de propiedades como casas o terrenos*”⁷⁵⁴.

En relación con las finalidades del delito de trata de seres humanos, esta modalidad de explotación sería un reflejo de lo que supone el intercambio o la transferencia del sujeto pasivo mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control sobre la víctima.

La “servidumbre por deudas”, tal y como lo recoge la Convención suplementaria de 1956, se define como “*el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios*”⁷⁵⁵.

⁷⁵² GARMENDIA LARRAÑAGA, J., *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d’etudes Basques, Donostia, 2007, p. 28.

⁷⁵³ Siguiendo al autor citado, se debió a “*la importancia del servicio del criado se debe a varias causas, como son la proliferación de los centros fabriles y la disminución consiguiente del número de caseríos, la evolución de los medios aperos de labranza, cada vez más cómodos y útiles, y la vida reglamentada que ha llegado a las puertas del medio rural, que incide en las cargas sociales, etc., sin olvidarme del modelo de las antañonas familias numerosas que, salvo excepciones, hoy hacen historia*”. Dicha “vida reglamentada” que recoge el autor, puede deberse a la abolición de dicha práctica análoga a la esclavitud por la Convención suplementaria de 1956 que derogó la servidumbre.

⁷⁵⁴ GARMENDIA LARRAÑAGA, J., *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d’etudes Basques, Donostia, 2007, p. 25.

⁷⁵⁵ Art. 1 Convención Suplementaria 1956.

La servidumbre por deudas es habitual en los supuestos de trata de seres humanos⁷⁵⁶. La deuda proviene normalmente de los gastos del traslado de la víctima, que la misma deberá pagar con el trabajo a realizar; su cuantía suele verse además artificialmente inflada y convirtiéndose en una deuda indeterminada⁷⁵⁷. Esto es, es una forma de coerción para el trabajo o servicio: a modo de ejemplo, obligar a trabajar a una ciudadana extranjera como trabajadora del hogar o limpieza de locales sin que el trabajo sea remunerado bajo la premisa de una deuda a pagar⁷⁵⁸.

No obstante, si la persona pagara con su trabajo la cuantía acordada, sin que esta incrementara -a pesar de poder ser una práctica abusiva e ilegal, al verse obligada la persona a prestar servicios a un concreto empleador y/o en condiciones contrarias a los derechos de los trabajadores-, no podría calificarse como servidumbre por deudas, dado que, como ha sido mencionado, la servidumbre por deudas se caracteriza por la indeterminada cuantía a pagar por el sujeto pasivo.

Al margen de lo dispuesto sobre la delimitación de las prácticas de servidumbre, la “servidumbre” no está definida como concepto, ni a nivel internacional ni en el ordenamiento jurídico español. ALLAIN entiende la servidumbre como una práctica de explotación que no alcanza el nivel de gravedad de la esclavitud, por carecer del ejercicio de las facultades del derecho de propiedad sobre el sujeto pasivo⁷⁵⁹. En sentido contrario a lo expuesto por este autor, entendemos que, en lo que respecta a la servidumbre de la gleba es, en efecto, una mutación de la esclavitud una vez esta fue abolida.

⁷⁵⁶ UNODC, *Global report on trafficking in persons*, New York, 2018, p. 40.

⁷⁵⁷ UNODC, *Global report on trafficking in persons*, New York, 2018, p. 40.

⁷⁵⁸ AP de Madrid, sentencia núm. 100/2002, de 13 diciembre.

⁷⁵⁹ ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 304.

A pesar de que las prácticas análogas a la esclavitud engloben la servidumbre, el apartado a) del art. 177 bis CP, tras referirse a la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, hace una referencia expresa a la servidumbre. También en este caso el legislador peca de una reiteración innecesaria, dado que la servidumbre ya se encontraba dentro de la finalidad de “prácticas similares a la esclavitud”, sin que hubiese necesidad de su incorporación diferenciada de las mismas.

B. Matrimonios forzados

Tal y como ha sido mencionado, también los matrimonios forzados forman parte de las finalidades de la trata: en particular, las referidas a las prácticas análogas a la esclavitud. En la Convención de 1956 suplementaria a la del 1926 que abole la esclavitud, los matrimonios forzados se definen como *“toda institución o práctica en virtud de la cual: (i) una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio o cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; (ii) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; (iii) la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.”*⁷⁶⁰

Con relación a la finalidad de explotación de trata de seres humanos, tal y como señala VILLACAMPA ESTIARTE nos encontramos ante una conducta que venía siendo considerada como una forma de trata para la explotación sexual, pero que también podía incriminarse a través de un concepto amplio de servicios

⁷⁶⁰ Art. 1 Convención suplementaria a la abolición de la esclavitud, 1956.

forzados⁷⁶¹, como ocurre con la mendicidad o la realización de actividades delictivas⁷⁶². No obstante, como recoge SÁNCHEZ-COVISA, con la inclusión independiente de esta finalidad de trata, el ámbito de aplicación se amplía tanto a mujeres como a niños y hombres⁷⁶³.

C. Explotación de niños y adolescentes

El art. 1 de la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, incluyó entre las prácticas similares a la esclavitud la siguiente: *“toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”*

Siguiendo lo expuesto en los informes de la Relatora Especial de la ONU, dicha explotación infantil suele darse en distintos sectores laborales como en las plantaciones de verduras y frutas, en las minas y también en el servicio doméstico en los hogares⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, 2015, pp. 6-7.

⁷⁶² VILLACAMPA ESTIARTE C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, 2015, pp. 6-7.

⁷⁶³ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 47.

⁷⁶⁴ UNODC, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, 2010, p. 7.

D. La imposición de trabajo o servicios forzados como práctica análoga a la esclavitud

Tal y como ocurre con la servidumbre, la imposición de trabajo o servicios forzados también se entiende dentro de las prácticas análogas a la esclavitud⁷⁶⁵. A pesar de que se haya pretendido distinguir de las anteriores prácticas, dado que, supuestamente, no supone una privación tan grave de los derechos humanos como la servidumbre o la esclavitud, el grado de restricciones de la libertad individual es equiparable⁷⁶⁶.

Por lo que respecta a su delimitación, la imposición de trabajo o servicios como práctica análoga a la esclavitud no difiere de la imposición o servicios forzados comprendida en la letra a) 177 bis CP, por lo que también en este caso nos hallamos ante una reiteración de finalidades de explotación ya que el tipo recoge, por un lado, la imposición de trabajo o servicios forzados y, por otro, las prácticas análogas a la esclavitud que también engloban dicha imposición.

2.3.2.5. Prácticas similares a la servidumbre

Estamos ante “*la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad*”, lo que puede interpretarse como la inclusión de “*la servidumbre*” como forma de explotación independiente.

⁷⁶⁵ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 132; PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 97.

⁷⁶⁶ OIT, *El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, Ginebra, 2009, pp. 42-43.

No existe definición alguna sobre el concepto en el ordenamiento jurídico español; a mayor abundamiento, es llamativa la incorporación de dicha modalidad de explotación, dado que la servidumbre ya está comprendida en el ámbito de las “prácticas análogas a la esclavitud”, previstas en el precepto a) del art. 177 bis, tal y como también ocurre con el trabajo o servicios forzados.

A nuestro modo de ver, su mención expresa puede responder al objetivo de abarcar todas las conductas posibles, como aquellas que no se ciñen estrictamente a las definiciones de las prácticas de servidumbre mencionadas anteriormente -de la gleba o por deudas-

No obstante, no deja de ser una reiteración innecesaria. Si bien ya era difícil la conceptualización autónoma del propio concepto de servidumbre, “las prácticas similares a la servidumbre” es un concepto jurídico indeterminado, que crea cierta inseguridad jurídica a la hora de delimitar los supuestos que pueden tener cabida en las mismas. Así, es confusa la decisión de incluir las “prácticas similares a la servidumbre” en el delito de trata, al margen de las “prácticas análogas a la esclavitud”.

Además, es innegable la relación entre la servidumbre, el trabajo o servicio forzado y la propia esclavitud, siendo la diferencia más relevante que el resto de las finalidades de explotación, las cuales *a priori* no implican el ejercicio *de facto*, sobre una persona, de las facultades o de los atributos inherentes al derecho de propiedad⁷⁶⁷.

⁷⁶⁷ MALINVERNI, G., “Article 4”, en PETTITI, L., DECAUX, E., IMBERT, P. (Dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, París, 1995, p. 180; SCHLOENHARDT, A. & JOLLY, J., “Honeymoon from hell: human trafficking and domestic servitude in Australia”, *Sydney law review*, 2010, p. 688; ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 304.

En su interpretación aproximativa entre la servidumbre y la esclavitud, a la vista de lo mencionado en el análisis internacional de este trabajo, el propio TEDH considera que la servidumbre es un *“tipo de negación particularmente grave de la libertad”*⁷⁶⁸ y también una agravación del trabajo forzoso y obligatorio⁷⁶⁹, que se encuentra estrechamente unida a la esclavitud⁷⁷⁰: esta práctica consiste en obligar al sujeto pasivo a *“realizar trabajos para otros, impuestos por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”*⁷⁷¹.

En definitiva, desde nuestra perspectiva, no era necesario recoger una forma de explotación que podía entenderse dentro de “las prácticas análogas a la esclavitud”. Además, es muy compleja la delimitación de los comportamientos que, por un lado, pueden tener cabida en el concepto de “prácticas similares a la servidumbre” de aquellos otros que pueden resultar intrínsecos al concepto de “prácticas similares a la esclavitud”.

A nuestro modo de ver, los fenómenos de servidumbre y esclavitud son difíciles de diferenciar, en la medida que en la servidumbre también se refleja la acción de someter a una persona al poder de otra, equivalente al ejercicio poder del derecho de propiedad sobre una persona, anulando su libertad individual y reduciéndola a mero objeto⁷⁷², supuestos que se producen en igual medida en los casos de esclavitud.

⁷⁶⁸ Caso Van Droogenbroeck v. Belgium, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de junio 1982, párrs. 78-80.

⁷⁶⁹ Caso C.N. et V. v. France, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de octubre 2012, párr. 91.

⁷⁷⁰ Caso Siliadin v. France, 26 de julio 2005, párr. 124.

⁷⁷¹ Caso Siliadin v. France, 26 de julio 2005, párr. 123.

⁷⁷² MARTÍN MORALES, R., “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, Valencia, 2017, p. 293.

Y es que, en realidad, la servidumbre de la gleba es el legado de la abolición de la esclavitud, que fue adoptando otras formas como esta⁷⁷³, el trabajo o servicio forzado, así como la trata de seres humanos como equivalente a la trata de esclavo.

2.3.2.6. La mendicidad como práctica análoga a la esclavitud

El ejercicio de la mendicidad no constaba como modalidad de trata de seres humanos hasta la Directiva 2011 de la Unión Europea. No obstante, la reforma penal de 2010 lo incluyó dentro de las actividades de explotación centradas o asimiladas al ámbito laboral.

A pesar de que el apartado a) del art. 177 bis CP se refiere a las finalidades de explotación de carácter laboral, se entiende que no solo deben residir en este apartado finalidades de naturaleza laboral en sentido material⁷⁷⁴, sino que manifestaciones de similar severidad dirigidas a la imposición de condiciones para la realización de servicios pueden encontrar cabida dentro del apartado a) del tipo de trata, como es el caso de la mendicidad. En dichos supuestos, la actividad de explotación perseguida por el sujeto activo de trata se debe entender como la exigencia de pedir limosna⁷⁷⁵.

⁷⁷³ ARMOND DIAS PAES, M., “La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña: un análisis desde la perspectiva de la historia del derecho”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, núm. 17, 2016, p. 8. pp. 6-34; GARMENDIA LARRAÑAGA, J., *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d’etudes Basques, Donostia, 2007, p. 26.

⁷⁷⁴ CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (art. 177 bis, 313, 318 bis)”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Zizur Menor, 2010, p. 159.

⁷⁷⁵ APC, Sentencia núm. 206/2013 de 28 de junio. JUR 201431319, HP: “debían de permanecer pidiendo dinero y donde aleatoriamente eran vigilados por los acusados para comprobar que seguían las instrucciones. Se les obligaba a realizar esta actividad por la mañana, desde las 9 horas hasta las 15 horas y vuelta por la

La mendicidad forzada sí se encuentra castigada de forma autónoma en el art. 232 del CP, aunque sólo en los casos en “*que se utilizaren o prestaren a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección...*”. No obstante, no se considerará este delito en los casos en los que un mayor de edad lleve consigo a sus hijos menores en el ejercicio de la mendicidad. El tipo se verá consumado al utilizar a dichos menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, para pedir limosna⁷⁷⁶. Esto es, cuando dichas personas vayan acompañadas de mayores de edad y sean estos últimos los encargados de pedir limosna, los hechos no serán constitutivos de este delito, dado que para la realización del mismo resulta necesario que sean los menores o las personas con discapacidad los que ejecuten la acción de pedir limosna. Además, se exigirá la continuidad de los actos⁷⁷⁷. Más allá de dicho artículo, el Código penal no prevé ningún precepto específico dirigido a sancionar la mendicidad forzada, por lo que los atentados a los bienes jurídicos deberán encauzarse en su caso por las figuras generales.

tarde, de 16 horas a 21 horas y, una vez acabada la jornada, no se les permitía quedarse con dinero alguno, debiéndose de entregar todo lo recaudado de tal forma”; APIB, Sentencia núm. 359/2017 de 1 septiembre. ARP 20171386, HP: “*le conminaron a ejercer la mendicidad de 9 a 21:30 y entregar la totalidad del dinero obtenido*”.

⁷⁷⁶ AP Lugo, Sentencia núm. 71/1999 de 25 febrero. ARP 1999\510; AP Sevilla, Sección 7^a, sentencia núm. 4/2001 de 10 de enero. ARP 2001\461; TS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 1731/2000 de 10 noviembre. RJ 2000\9290; AP Barcelona, Sección 6^a, sentencia de 29 marzo 2000, ARP 2000\633.

⁷⁷⁷ “El tipo delictivo requiere el conocimiento de la edad del menor y por utilización debe entenderse dedicarle a la mendicidad, para de esta forma obtener un beneficio de índole económica normalmente. Es decir que si no se requiere una habitualidad, sí al menos el precepto exige una cierta continuidad, sólo así se justificaría la inclusión de esta conducta dentro de los delitos de abandono de menores, ya que su explotación para los fines de la mendicidad supone el sustraerles de actividades propias de su edad como es la escolarización (...) Por ello no puede mantenerse de un solo acto”. AP Madrid, Sección 2^a, sentencia núm. 57/2000 de 2 febrero. ARP 2000\1456, F. J. 1^o.

Tal y como ha sido mencionado anteriormente en el apartado dirigido a los trabajos y servicios forzados, la mendicidad es una de las prácticas que se podría incluir dentro de los servicios forzados, como también ocurre con la imposición de realizar actividades delictivas. Además, el art. 2.3 de la Directiva 2011 lo incluye expresamente como modalidad de trabajo o servicios forzados⁷⁷⁸. Según la Directiva la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzado ateniéndonos a la definición emanada del Convenio núm. 29 de la OIT. Por ello, la finalidad de explotación de la mendicidad solo se incluye en el ámbito de la definición de la trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos de trabajo o servicio forzado⁷⁷⁹.

Así, atendiendo a las características de la mendicidad, no era necesaria su inclusión específica en el tipo, ya que podía encuadrarse dentro de los servicios forzados ya previstos. Ahora bien, comprendemos que la inclusión diferenciada de dicha finalidad se debe al objetivo de despejar dudas sobre la naturaleza de explotación laboral de la mendicidad⁷⁸⁰. Sin embargo, lo dispuesto en el apartado a) del art. 177 bis CP no solo se refiere a la mendicidad como forma de explotación, sino también a “las prácticas similares a la mendicidad”. Con ello, lejos de despejar las dudas sobre el

⁷⁷⁸ Art. 2,3, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 202/629/JAI del Consejo: “La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad...”

⁷⁷⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 199; BADIA MARTÍ A. M., *Recopilación normativa sobre la Trata de personas, especialmente mujeres y niñas*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2008, p. 74; SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 28; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 77.

⁷⁸⁰ PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 82: también prevé la mendicidad diferenciada de la explotación laboral y sexual.

significado de dicha explotación, a nuestro modo de ver, se crea una encrucijada entre los servicios forzados y las prácticas análogas a la mendicidad, modalidad de explotación que puede ser subsumida en “la imposición de servicios forzados”.

La mendicidad forzada en la trata de seres humanos debe manifestar severidad asemejada, como se prevé en el tipo, a una práctica análoga a la esclavitud, a la imposición de trabajos o servicios forzados o a la servidumbre, por lo que exige la disponibilidad absoluta del sujeto pasivo para realizar los servicios exigidos⁷⁸¹.

A modo de conclusión, consideramos que la inclusión independiente de la mendicidad en el propio apartado a) del art. 177 bis CP se debe a la razón de separar dicha práctica de las formas de “explotación laboral”.

Sin embargo, lo idóneo, en dicho caso, habría sido crear un apartado diferenciado que contemple a la “mendicidad forzada” como forma de explotación, tal y como el legislador español ha procedido con la “realización de actividades delictivas” o el “matrimonio forzado”. Así, el apartado primero donde se recogen las finalidades de explotación se reservaría exclusivamente los fines de explotación de naturaleza laboral.

⁷⁸¹ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violación en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.135.

3. Conclusiones: la trata de seres humanos y la finalidad de explotación de naturaleza laboral o asimilada. Necesaria reforma del art. 177 bis 1, a)

3.1. Introducción

A pesar de ser una práctica aberrante, la esclavitud sigue siendo una práctica actual, aunque haya mutado en otras formas. A la vista de lo expuesto por PÉREZ ALONSO, “*si despojamos al fantasma de su sábana para mostrar su verdadero rostro, siempre encontraremos a alguien que somete y explota a otra persona para obtener algún tipo de provecho, sobre todo, económico*”⁷⁸². Haciendo alusión a lo mencionado anteriormente, una de las características esenciales de la esclavitud era el ejercicio de facultades similares a las del derecho de propiedad ejercido sobre un ser humano. Ciertamente hoy esto es legalmente imposible y la prohibición de adquisición o mantenimiento de la propiedad de un ser humano se encuentra absolutamente prohibida; no obstante, la realidad pone de manifiesto cómo sigue habiendo personas sometidas al ejercicio por parte de otras de facultades similares a las propias del derecho de propiedad⁷⁸³.

La diferencia entre la antigua esclavitud y la de hoy reside en el modelo mundial de libre circulación de mercancías y capitales, que se contraponen a las restricciones a la libre circulación de personas. Desde esta perspectiva, la confrontación de libertades y prohibiciones se ha convertido en grave oportunidad para la trata de seres humanos ya que los tratantes se valen de dichas dificultades

⁷⁸² PÉREZ ALONSO, E., “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, Valencia, 2017, p. 333.

⁷⁸³ BORMANS, S., “Esclavitud moderna e ideología antigua”, 2010, disponible en: <http://psychanalyse-paris.com/Esclavitud-moderna-e-ideologia.html>

de entrada para después explotar a los sujetos pasivos⁷⁸⁴. Así, la trata de seres humanos constituye un negocio, incluso más rentable que la práctica de la trata de esclavos, siendo una manifestación de lo que se concibe como “*moderna esclavitud*”⁷⁸⁵.

Hoy en día las personas objeto de trata son captadas mediante engaño, violencia, intimidación y/o abusando de su vulnerabilidad, convirtiéndolas todavía en personas más vulnerables y menos necesarias, ya que siempre habrá quien quiera o necesite encontrar un trabajo. Así, la rentabilidad es mucho mayor en comparación a la esclavitud; los gastos de adquisición de la persona objeto de trata son mucho menores, al igual que su mantenimiento⁷⁸⁶, por lo que, en la finalidad de explotación que caracteriza, entre otras, a la trata de seres humanos, la situación se prolongará hasta que el sujeto pasivo deje de ser una fuente de ingresos.

Al igual que en la esclavitud o la trata de esclavos, en la trata de seres humanos, se sigue manteniendo la supremacía del tratante sobre la persona objeto de trata, conformándose como el dominio del “amo” de la antigua esclavitud⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 208.

⁷⁸⁵ Varios autores utilizan esta forma de renombrar la trata de seres humanos, entre otros: GARCÍA ARÁN, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 5-11; BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, p. 42; SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

⁷⁸⁶ RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 209.

⁷⁸⁷ PATTERSON, O., *La libertad. La libertad en la construcción de la cultura occidental*, Chile, 1993, pp. 39-42; CASTELAR Y RIPOLL, E., *La abolición de la esclavitud*, Linkgua, Barcelona, 2007, p. 15; PROUDHON, P. J., *¿Qué es la propiedad? (traducido por Rafael García Ormaechea)*, Orbis, Barcelona, 1985, p. 17.

3.2. Prohibición *de iure* de la esclavitud *versus* ejercicio *de facto* sobre seres humanos de facultades y poderes equiparables a los atributos del derecho de propiedad, y delito de trata de seres humanos

La esclavitud es una práctica abolida, ilegal y el ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona tiene un rechazo absoluto por parte del derecho al suponer la limitación o prohibición de la libertad individual de la persona⁷⁸⁸. Ahora bien, ello no impide que, desde el punto de vista práctico, existan circunstancias en las que *de facto* se estén ejerciendo sobre otra persona los atributos inherentes al derecho de propiedad, con la gravedad que ello implica. En la actualidad, esta realidad supone igualmente, como sucedía tradicionalmente durante el reconocimiento jurídico del derecho a la esclavitud, la disponibilidad absoluta de la persona, aniquilando su esencia, mediante la instrumentalización de la persona, como si de un objeto o cosa se tratase.

Desde esta perspectiva, compartimos con ALLAIN la existencia de supuestos que encajan dentro del ámbito de lo que tradicionalmente se venía considerando como esclavitud, cuya actual trascendencia y preocupación debe vincularse al ejercicio *de facto* sobre una persona de los atributos intrínsecos al derecho de propiedad⁷⁸⁹. La Convención de 1926, que reconocía el derecho a la

⁷⁸⁸ HICKEY, R., “Seeking to Understand the Definition of Slavery”, en JEAN ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: from the historical to the contemporary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 220; GARCÍA ARÁN, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 6; ALLAIN, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leirend-Boston, 2013, p. 122; PÉREZ ALONSO, E., “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, Valencia, 2017, p. 335; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derechos Penal y Criminología*, 2013, p. 315; GARCÍA ARÁN, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 5.

⁷⁸⁹ ALLAIN, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leirend-Boston, 2013, p. 121.

esclavitud, se refería al mismo como el ejercicio sobre una persona de las facultades inherentes al derecho de propiedad. Esta interpretación es perfectamente extensible a algunos de los supuestos que tienen encaje en la trata de seres humanos en los que *de facto* se está ejerciendo sobre una persona el derecho de propiedad, tal y como se reconocía en la Convención de 1926⁷⁹⁰.

En suma, si bien está prohibida la esclavitud, lo cierto es que la realidad evidencia que, al margen de su rechazo jurídico, esta se produce *de facto* y precisa de una respuesta jurídica contundente. En este sentido, resulta de interés traer a colación el caso *Tang* del Tribunal Supremo Australiano en el que se llega a la conclusión de que, si bien no existe *de iure* la condición de esclavo, puesto que el derecho a la esclavitud ha sido abolido hace décadas, existen, sin embargo, situaciones en las que se evidencia que “de hecho” se están ejerciendo sobre una víctima las facultades propias del derecho de propiedad, a pesar de la ausencia de todo reconocimiento legítimo del mismo⁷⁹¹. Por ello, en la medida en que se ejerzan poderes de control absoluto o cuasi absoluto sobre un sujeto pasivo, será posible concluir que, de hecho, se están ejerciendo facultades propias del derecho de propiedad, equivalentes a lo que implicaba el derecho a la esclavitud⁷⁹². Ahora bien, para probar que se ha ejercido *de facto* ese derecho de propiedad será necesario demostrar la intencionalidad del sujeto activo⁷⁹³.

En definitiva, tras la prohibición de la esclavitud, no deja de haber situaciones, en la actualidad de ejercicio sobre una persona de facultades inherentes al derecho de propiedad a la vista del dominio ejercido sobre esta que le priva de su libertad y de su

⁷⁹⁰ ALLAIN, J., *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leirend-Boston, 2013, p. 122.

⁷⁹¹ *Court of Australia in R v. Tang*, párr. 33.

⁷⁹² *Court of Australia in R v. Tang*, párr. 32.

⁷⁹³ *Court of Australia in R v. Tang*, párr. 42.

autonomía. Así, el “propietario” o controlador explota a esta persona en condición servil y suele mantenerla en esta situación mediante coerción o violencia⁷⁹⁴. Esta forma contemporánea de concebir la esclavitud implica un control sobre la persona, su cosificación y, en última instancia, refleja el dominio fáctico que el sujeto activo ejerce sobre el pasivo⁷⁹⁵.

Por su parte, tal y como ha sido adelantado anteriormente, lo mismo ocurre en la denominada “servidumbre de la gleba”, situación en la que una persona se encuentra gravemente privada de su libertad individual, obligada a trabajar en un lugar y vivir en el mismo, sin derecho a cambiar su estado. Esta forma de explotación resulta una mutación de la figura de esclavitud, ulterior a la prohibición de esta última, siendo innegable el ejercicio de los poderes inherentes del derecho de propiedad en dicha práctica.

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, resulta errónea la referencia a la finalidad de “esclavitud” en el delito de trata de seres humanos, pues, de hecho, el ejercicio del control absoluto que resulta asimilable al derecho de propiedad ejercido en la esclavitud caracteriza ya a todas las modalidades de explotación que, como finalidades típicas específicas, recoge el art. 177 bis CP⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013, p. 120.

⁷⁹⁵ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.65.

⁷⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derechos Penal y Criminología*, 2013, p. 316.

3.3. La trata de seres humanos como mutación de la trata de esclavos, y el trabajo forzoso como evolución de la esclavitud y la servidumbre

La práctica de la esclavitud requería de la compra de los esclavos, lo que resultaba costoso, a pesar de que después se compensara con la mano de obra gratuita. Aun así, el dueño debía hacerse cargo de su manutención y de su cuidado mínimo, ya que lo necesitaba en su beneficio propio.

PÉREZ ALONSO entiende que la esclavitud actual resulta más rentable, puesto que el valor de adquisición de los esclavos en la antigua esclavitud era mucho mayor; a día de hoy, no es necesario pagar por ellos, siendo captados mediante el uso de los medios comisivos previstos en el tipo de trata de seres humanos⁷⁹⁷. Así, por ejemplo, la servidumbre por deudas es reflejo de lo anterior, pues el sujeto pasivo, además de tener que pagar su desplazamiento como una deuda contraída con el tratante, también asume los gastos de su propia manutención y alojamiento: cuando el sujeto pasivo suponga más costes que beneficios, será fácil deshacerse del mismo y lograr que otro ocupe dicho puesto para seguir generando beneficios económicos⁷⁹⁸.

El tenor literal de los preceptos que se mencionan a continuación refleja las semejanzas apuntadas:

Según, el art. 1 de la Convención de 1926, esclavitud “*es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*. 2. *La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un*

⁷⁹⁷ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.64.

⁷⁹⁸ BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Méjico, 2000, p. 15.

individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

En idéntico sentido, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, dispone que “*esclavitud*” es “*el acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas*”.

En última instancia, el tenor literal del artículo 177bis CP, dispone lo siguiente: “*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: (...)*”

Según las definiciones ahora manejadas, podemos concluir que, por lo que respecta a la esclavitud y al delito de trata de personas, nos encontramos ante dos fenómenos donde la persona se encuentra privada de su condición de tal, reducida a objeto, persiguiéndose en la mayoría de los casos un objetivo económico – trata laboral, trata sexual, realización de actividades delictivas (hurtos, robos, venta de droga...), venta de órganos– y, en otros casos, un servicio –trata para el servicio doméstico, matrimonio forzoso–. Así, habría que entender que la trata de personas, heredera

de la trata de esclavos, no es sino una forma de manifestación, en el siglo XXI, del fenómeno de la esclavitud⁷⁹⁹.

En efecto, una vez abolida la esclavitud, esta ha adoptado otras formas de explotación del ser humano, como la servidumbre⁸⁰⁰; esta ha sido definida como una forma especialmente grave de negación de libertad, relacionada estrechamente con la esclavitud, que, a pesar de los intentos de diferenciar los fenómenos, deriva, a nuestro modo de ver, del hecho de que también en la servidumbre de la gleba se ejercen los atributos inherentes al derecho de propiedad. Ulteriormente, una vez rechazada de forma absoluta la servidumbre de la gleba, esta ha evolucionado como trabajo o servicios forzados en los que en muchos supuestos se emplea como forma de coacción el pago de una deuda.

A mayor abundamiento, en Brasil se ha comenzado a utilizar el término de *neoesclavitud*⁸⁰¹, con el fin de diferenciar las nuevas prácticas de esclavitud del esclavismo colonial de los siglos XVI a XIX. Ahora bien, el prefijo “neo” tampoco esclarece el análisis de las actuales condiciones histórico-sociales para renombrar las relaciones de trabajo dependientes y de explotación⁸⁰².

⁷⁹⁹ WILLIAMS, E., *Capitalismo y esclavitud*, Edición Traficantes de Sueños, Madrid, 2011, p. 26; MOULIER-BOUTANG, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, Akal, Madrid, 2006, nota 17.

⁸⁰⁰ ARMOND DIAS PAES, M., “La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña: un análisis desde la perspectiva de la historia del derecho”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, núm. 17, 2016, p. 8. pp. 6-34.

⁸⁰¹ GOMES JARDIM, P., *Neo-escravidao. As relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil*, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, 2007.

⁸⁰² NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., “¿Es Qatar un estado esclavista?”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), P. MERCADO PACHECO/S. OLARTE ENCABO/A. LARA AGUADO/I. RAMOS TAPIA/E. POMARES CINTAS/P. ESQUINARS VALVERDE (Coords.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 132.

Tanto la esclavitud, la trata de esclavos, como la trata de seres humanos se reconducen a la instrumentalización del ser humano, en tanto que se cosifica, se instrumentaliza, se priva de libertad a la persona y, en última instancia, se la reduce a mero objeto; situación ésta asimilable a la esclavitud, que implicaba, en el sentido manifestado, la aplicación, sobre una persona, de los atributos inherentes al derecho de propiedad.

A nuestro modo de ver, existen razones para mantener este posicionamiento, dado que el esclavo es aquella persona sobre la que se ejercen algunos o todos los atributos inherentes al derecho de propiedad, que, siguiendo lo dispuesto por el TEDH, implican el ejercicio del control absoluto o cuasi absoluto sobre el sujeto pasivo, comportamiento que caracteriza la trata de seres humanos, la cual supone la pérdida de libertad del sujeto pasivo y su reducción a mero objeto con el fin de explotarlo.

Por consiguiente, convenimos con SCARPA en que nos encontramos ante el mismo fenómeno⁸⁰³, eso sí, con distinto nombre y espacio temporal, para adaptarse a las exigencias políticas del mercado del momento en el que nos encontremos. Este nuevo fenómeno refleja la sumisión de una persona a condiciones degradantes, su reducción a la condición a objeto y su restricción de la libertad⁸⁰⁴, con independencia de que la trata sea el proceso para llegar a la explotación, dado que la propia trata de esclavos es un acto de esclavitud.

Por ello, entendemos que la esclavitud no debería figurar entre las finalidades de explotación que recoge el legislador en los objetivos

⁸⁰³ SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

⁸⁰⁴ ARMOND DIAS PAES, M., “La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña: un análisis desde la perspectiva de la historia del derecho”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, núm. 17, 2016, p. 11. pp. 6-34.

de la trata, en la medida en que la trata es una manifestación, en sí misma considerada, de la esclavitud. Y, teniendo en cuenta que la servidumbre es la mutación de dicho fenómeno, a nuestro modo de ver, tampoco debería ser recogida como modalidad de explotación en el art. 177 bis CP.

IV. LA RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS Y LA EXPLOTACIÓN LABORAL POSTERIOR

1. Introducción

Tal y como ha sido mencionado, la trata de seres humanos es un delito que exige la concurrencia de ciertos medios comisivos para su consumación, así como la finalidad de explotación posterior. Las relaciones concursales que se pueden dar son múltiples, dependiendo de las distintas fases del proceso típico, tanto en las fases previas de captación, traslado, acogimiento o intercambio o transferencia como en la ulterior etapa de explotación; además, en dichas fases previas a la explotación también podrán lesionarse bienes jurídicos de carácter individual como la salud o la vida misma.

Según lo dispuesto por el número 9 del artículo 177 bis: *“en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”*.

Así, cabe distinguir tres categorías de delito en relación concursal con el tipo de trata de seres humanos: a) el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis; b) los delitos vinculados a los medios comisivos previstos; y, por último, c) los delitos relativos a la explotación -laboral en nuestro caso-.

A pesar de ser múltiples las posibles concurrencias delictivas durante el proceso de trata de seres humanos, siendo el objetivo de nuestro trabajo el estudio de la trata con fines de explotación laboral (con especial atención a la práctica de esta en el servicio doméstico),

en los siguientes epígrafes trataremos de clarificar, a la vista de la regla impuesta en el art. 177 bis 9, tanto la concurrencia del tráfico ilegal y el tipo básico de la trata de seres humanos, como la de este con la explotación laboral posterior en el servicio doméstico del sujeto pasivo.

2. La trata de seres humanos y la inmigración ilegal

A la vista de lo previsto en el número 9 del art. 177 bis CP, esta situación, que se concreta en aquellos supuestos en los que el delito de trata de seres humanos se ve precedido de un comportamiento que implica la entrada ilegal en el territorio español del sujeto pasivo, debería ser encauzada a través de la aplicación del concurso de delitos⁸⁰⁵.

Las posiciones en cuanto a la modalidad concreta de concurso de delitos son diversas. Una corriente doctrinal entiende que se trata de un concurso real previsto en el art. 73 del CP⁸⁰⁶.

Por otro lado, también cierta corriente doctrinal entiende que, aun cuando la trata de seres humanos no exige un cruce de fronteras, al sancionarse exclusivamente esto por el art. 318 bis CP,

⁸⁰⁵ Entre otras, TS, sentencia núm. 3565/2017 de 5 octubre. R. J. 2017\10161; sentencia núm. 538/2016, 17 junio. R.J. 2016\10003; sentencia núm. 861/2015, 20 de diciembre. R.J. 2015\10403; sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo. R.J. 2017\10484; sentencia núm. 298/2015 de 13 mayo. R.J. 2015\1878.

⁸⁰⁶ SERRANO GÓMEZ, A. & SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 214; DELGADO SANCHO, C. D., “La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2017, 2017, p. 4; JUANES PECES, A. J., *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 50; BENITEZ PÉREZ-FAJARDO, F. G., “El delito de trata de personas”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2011, p. 193.

hay una unidad de hecho apreciando, por ello, un concurso ideal de delitos entre el delito de trata y el delito de tráfico ilegal⁸⁰⁷.

Por su parte, la doctrina mayoritaria, así como la Fiscalía General del Estado, interpretan que la regla prevista en el precepto que acabamos de mencionar responde a la específica del concurso medial⁸⁰⁸, dado que el tráfico ilegal de personas es delito medio imprescindible para posibilitar la comisión de la trata de seres humanos⁸⁰⁹. En idéntico sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 295/2016, de 8 abril, interpreta que, a pesar de que los bienes jurídicos protegidos sean distintos, la relación concursal establecida resulta en un exceso punitivo⁸¹⁰, por lo que lo más razonable sería la apreciación de un concurso medial en aplicación

⁸⁰⁷ SANTAN VEGA, D. M., “Título VII bis de la Trata de seres humanos”, en M. CORCOY, S. MIR (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo B p. 425; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 171.

⁸⁰⁸ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 45; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 2; DELGADO SANCHO, C. D., “La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2017 parte legislación, 2017, p. 256; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 168; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 174; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 99; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1568.

⁸⁰⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 120.

⁸¹⁰ “No suscita duda de esa forma el carácter desfavorable de la nueva legislación pues aboca al concurso de delitos y la consiguiente necesidad de incrementar el total de la penalidad”. TS, sentencia núm. 295/2016 de 8 abril. RJ 2016\1578, F.J. 13.

del art. 77 párrafo 1º del CP⁸¹¹, dado que la entrada ilegal es el medio para la consumación de la trata de seres humanos⁸¹².

La regla del concurso de delitos, que parece derivarse del párrafo 9 del art. 177 bis CP, se enfrenta, no obstante, con el hecho de que la conducta típica del delito de trata de seres humanos tradicionalmente incorpora un elemento transnacional, que el propio tipo penal cubre de manera expresa. La configuración del delito de trata como un delito transnacional permite subsumir en el mismo los supuestos de entrada ilegal en el Estado, en la medida en que podemos entender que el bien jurídico “*interés administrativo del control de los flujos migratorios*”⁸¹³ también está afectado por esta modalidad delictiva -a pesar de que el cruce ilegal de fronteras debería ser competencia del Derecho administrativo sancionado y no penal-.

Ahora bien, si la entrada ilegal opera en el ámbito de la acción del delito de trata, contrariamente a lo dispuesto en el número 9 del art. 177 bis CP, sería más correcto entender que nos encontramos ante un conflicto de normas y no ante un concurso de delitos⁸¹⁴.

En efecto, siguiendo a la descripción típica del art. 177 bis CP, la misma no excluye que el sujeto pasivo entre ilegalmente en España: “*sea desde España, en tránsito o con destino a ella*”. Por

⁸¹¹ MAYORDOMO RODRIGO, V., “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 96; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 186.

⁸¹² PÉREZ ALONSO, E., “La trata de seres humanos en el derecho penal español”, en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 104.

⁸¹³ TS, sentencia núm. 178/2016 de 3 junio, R. J. 2016\2748, F.D. 6º.

⁸¹⁴ HURTADO ADRIÁN, A., “Emigración ilegal”, en C. ALBA FIGUERO (Coord.), A. JUANES PECES (Dir.), *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2011, p. 287.

consiguiente, siguiendo a MAYORDOMO RODRIGO, el delito de trata de seres humanos puede verse como una modalidad de tráfico de personas⁸¹⁵, que puede considerarse incluido en el tipo de trata de seres humanos. A nuestro modo de ver, el desvalor de la trata de seres humanos transnacional abarca también la entrada ilegal del sujeto pasivo. Por consiguiente, tal y como se ha mencionado, lo adecuado en este caso es su tratamiento como conflicto de normas a resolverse por la vía de la consunción, a favor del delito de trata de seres humanos.

No obstante, la cláusula concursal del art. 177 bis CP realiza una referencia expresa al art. 318 bis y opta por el concurso de delitos, y no por el de normas. Hay que entender que la razón, para el legislador, será que los bienes jurídicos protegidos son distintos: mientras la trata tutela la integridad moral junto con la libertad del sujeto pasivo, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, el art. 318 bis CP protege, exclusivamente, un interés administrativo de control de los flujos migratorios. Ahora bien, en la medida en que la entrada ilegal tiene cabida en el ámbito de la acción del delito de trata de seres humanos también el bien jurídico vinculado al tráfico ilegal de personas, por lo que contrariamente a lo dispuesto en el número 9 del art. 177 bis CP, insistimos en que parece más correcto entender que nos encontramos ante un conflicto de normas y no ante un concurso de delitos.

Cabría, en todo caso, imaginar algún supuesto de concurso medial, si la entrada ilegal del sujeto pasivo es el medio necesario para la posterior trata de seres humanos. A modo de ejemplo, una persona que decide migrar a España siendo su objetivo residir y trabajar en esta sin los permisos correspondientes, llega por vía

⁸¹⁵ MAYORDOMO RODRIGO, V., “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 93.

aérea a España por medio de un contacto que recibe un pago por ello: se comete el delito tipificado por el art. 318 bis. La misma, al cabo de unos días es captada por los mismos sujetos mediante engaño, trasladada, acogida y explotada en el servicio doméstico en un domicilio -trata de seres humanos-, algo que en el momento de comisión del delito del art. 318 bis no se encontraba en modo alguno contemplado, pero que tiene lugar aprovechando las circunstancias y tras la incidencia de nuevos elementos o datos. En este supuesto, si puede que, para la ejecución posterior de la trata de seres humanos, fue medio decisivo el delito del art. 318 bis estaremos ante un concurso medial.

Al margen de lo expuesto, con carácter general, la entrada ilegal en el territorio del Estado debe considerarse incluida en el delito de trata de seres humanos, en su modalidad transnacional, por lo que debe mantenerse que estamos ante un conflicto de normas a resolver a favor del delito de trata de seres humanos.

3. Los delitos cometidos como plasmación de las finalidades de la trata de seres humanos: la explotación laboral y la mendicidad forzada

El número 9 del art. 177 bis también regula los supuestos de colisión entre la trata de seres humanos y los delitos cometidos como consecuencia de las finalidades de la trata, que reconduce igualmente a la regla del concurso de delitos⁸¹⁶.

El Tribunal Supremo expresó en 2014 que, teniendo en cuenta la relación entre el delito de trata de seres humanos y el posterior

⁸¹⁶ SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de política criminal*, 2011, p. 105

delito de explotación, entre ambos existe un concurso medial⁸¹⁷. Por ejemplo, en un caso de explotación sexual de trata de seres humanos, podrá apreciarse un concurso medial de delitos entre la trata y el delito de prostitución coactiva por entenderlo como agotamiento de la conducta de trata de seres humanos con fines de explotación sexual⁸¹⁸. La trata se configura, así, como una suerte de acción preparatoria para la explotación posterior, cuya consumación implica un agotamiento de la conducta de la trata, encontrándonos ante un delito-instrumento y un delito-fin, cuya concurrencia debe resolverse vía concurso medial⁸¹⁹.

A idéntica conclusión podemos llegar respecto del resto de finalidades previstas en el tipo de trata de seres humanos y, en concreto, en relación con la concurrencia de la finalidad de explotación laboral.

En efecto, en el sentido mencionado anteriormente, con la consumación de la trata con fines de explotación laboral, se producirá una concurrencia del artículo 177 bis con lo dispuesto en los arts. 311.1 o 312.2 CP, los cuales, como se ha dicho constituyen en Derecho español la sede de tipificación de la explotación laboral, abarcando por tanto a los hechos injustos en que se plasman las finalidades enunciadas en el apartado a) del art. 177 bis⁸²⁰: esclavitud, las prácticas similares a esta, las prácticas similares a la servidumbre y el servicio o trabajo forzoso. De aquí que la única vía

⁸¹⁷ TS, sentencia núm. 53/2014 de 4 febrero. RJ 2014\1851. Entre otras: sentencia núm. 191/2015, de 9 abril. RJ 2015\1185; sentencia núm. 295/2016 de 8 abril. RJ 2016\1578.

⁸¹⁸ OLAIZOLA NOGALES, I., “A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas”, en J.G. FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 488.

⁸¹⁹ AP Madrid, sentencia núm. 261/2014, de 12 junio. R.J.

⁸²⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1568.

para resolver los casos de concurrencia entre la trata de seres humanos y los delitos cometidos como consecuencia de la finalidad de explotación laboral sea el recurso al concurso medial de delitos entre la trata de seres humanos y los delitos dirigidos a la protección de los derechos de las personas trabajadoras, completados, en su caso, en concurso ideal, con aquellas figuras delictivas (contra la libertad y/o contra la integridad moral) protectoras de los bienes jurídicos que los arts. 311.1 o 312.2 (centrados en la protección de los derechos de los trabajadores) no alcanzan a cubrir.

3.1. La trata de seres humanos y la explotación laboral: concurso medial con los art. 311 CP y 312.2 CP

Por lo que respecta a la explotación posterior, tanto la doctrina mayoritaria⁸²¹ como la Fiscalía General del Estado⁸²² entienden que el delito de trata de seres humanos es instrumental para su producción, por lo que la concurrencia de ambas debe resolverse a través de la normativa del concurso medial.

⁸²¹ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 52, 2016*, p. 45; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 2; DELGADO SANCHO, C. D., “La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2017 parte legislación*, 2017, p. 256; LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 174; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 99.

⁸²² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1568.

Tanto el art. 311 como el 312.2 CP sancionan el perjuicio, supresión o restricción de las condiciones sociolaborales establecidas en el ordenamiento jurídico español. No obstante, la doctrina referente en materia de trata de seres humanos refleja cierta reticencia a equiparar las prácticas de la esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, con lo recogido por los delitos contra los derechos de los trabajadores, porque, según dicha corriente, estos delitos no reflejan el desvalor total de las conductas de explotación en las que encuentran plasmación las finalidades típicas que recoge el art. 177 bis CP⁸²³. Expresan que los arts. 311.1 CP y el 312.2 CP sancionan, únicamente, la imposición de condiciones sociolaborales por debajo del umbral establecido en el ordenamiento jurídico español, y que ello confronta con la naturaleza de las figuras delictivas que contempla el apartado a) del art. 177 bis 1 CP⁸²⁴. Por ello, entienden que los derechos contra los trabajadores no cubren el desvalor total propio de las conductas previstas en dicho apartado del art. 177 bis CP.

Cierta jurisprudencia avala dicho argumento, entendiendo que el delito de trata de seres humanos no integra determinados fines laborales como podría ser la realización de prestaciones sin percibir un salario suficiente u otras condiciones que vulneren

⁸²³ IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 599; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 479; POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 139; BOROTMAT TORMO, M., & GRIMA LIZANDRA, V., “La esclavitud y la servidumbre en el derecho español a propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“Siliadin c/ Francia): un caso de trabajo doméstico servil”, en J. C. CARBONELL MATEU/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC/E. ORTS BERENGUER/M. L. CUERDA ARNAU (Coords.), *Constitución derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvados Vives Antón)*, 2009, p. 284.

⁸²⁴ GARCÍA SEDANO, T., *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*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, 2017, p. 587.

determinados derechos básicos laborales⁸²⁵. A nuestro modo de ver, las modalidades delictivas que abarca la explotación laboral referida entre los fines de la trata de seres humanos han de asimilarse a la supresión y restricción de los derechos laborales, si bien cualquier perjuicio de derechos laborales no basta para afirmar la existencia de trabajo forzoso fenómeno que, en realidad, se corresponde sólo con los supuestos más graves englobados en los preceptos 311.1 y 312.2 CP.

Por su parte, la sentencia núm. 536/2015 de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Sevilla juzgó un supuesto de explotación laboral en el ámbito doméstico: según los hechos probados, a las víctimas se les prometió trabajar en la recogida de fruta por un salario de 700 euros, alojamiento y manutención, aunque el objetivo era el hurto de fruta y cables de cobre, así como la realización de tareas domésticas. Lejos de proporcionarles el trabajo prometido, los mantuvieron en viviendas en condiciones precarias, dándoles de comer una vez al día impidiéndoles salir al exterior. Les obligaban a realizar actividades domésticas como la limpieza de suelos y baños, o la sustracción de fruta en fincas próximas. El tribunal consideró la situación de las víctimas como *“una práctica muy similar a la esclavitud y la servidumbre, todo lo cual va más allá del eventual trato degradante que, alternativamente, aceptaba la defensa (y que demuestra que en realidad acepta el atentado a la integridad moral que, de alguna manera, forma parte de la trata de seres humanos)”*⁸²⁶. Sin embargo, lejos de aplicar los tipos penales relativos a los derechos de los trabajadores, se limitó a condenar a los acusados por el delito de trata de seres humanos. Dado que la trata es un delito medio para la explotación posterior,

⁸²⁵ AP Zaragoza, secc. 3^a, sentencia núm. 597/2008 de 11 noviembre; AP Madrid, secc. 7^a, sentencia núm. 908/2010, de 22 octubre.

⁸²⁶ Audiencia Provincial de Sevilla, sección 4^a, sentencia núm. 536/2015 de 20 octubre. ARP 2016\270. H.P. 4°.

dicha explotación quedó impune en esta sentencia, a pesar de quedar probado que las víctimas fueron obligadas a mantenerse en dicha situación durante diez días.

Tal y como ha sido manifestado en el apartado correspondiente a la explotación, a nuestro modo de ver, los arts. 311.1 CP o 312. 2 CP tipifican la explotación laboral, por lo que, una vez consumada esta, debería apreciarse el concurso medial entre el delito de trata de seres humanos y el de explotación correspondiente, a resolver mediante lo previsto en el art. 77.1 y 3 CP.

Así, cuando la trata de seres humanos tenga por finalidad la esclavitud, trabajo forzado o prácticas análogas a esta como la servidumbre o similares a esta última, concurrirá con alguno de los delitos previstos en contra de los derechos de los trabajadores, de los arts. 311.1 CP y 312.2 del CP; un delito contra los derechos de los trabajadores que, eventualmente, deberá apreciarse, por su parte, en concurso ideal con los preceptos tipificadores de los ataques a otros bienes jurídicos (libertad, integridad moral...) no cubiertos (suficientemente) por los arts. 311.1 CP o 312.2 CP.

La solución del concurso medial entre el delito de trata y el hecho tipificador de la explotación laboral es también la posición de la Fiscalía General del Estado y cierta corriente doctrinal, que se manifiestan a favor de identificar la explotación laboral con el contenido de los arts. 311.1 CP y 312.2 CP: ante la ausencia de tipificación autónoma de los hechos correspondientes a las finalidades enunciadas en el apartado a) del art. 177bis⁸²⁷,

⁸²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1568; SANTANA VEGA, D. M., “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dirs.), J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 661; MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres

entienden que los supuestos de colisión en estos casos deben ser resueltos a través de la regla del concurso medial, en tanto que la trata es un delito instrumental para conseguir la explotación posterior⁸²⁸.

En relación con la modalidad de explotación de mendicidad forzada, si la víctima fuera menor o incapaz, habrá concurso medial con el art. 232⁸²⁹ CP, teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado en el mismo es la seguridad del menor con el fin de proteger los derechos más elementales como la personalidad del mismo⁸³⁰.

Más complicada es la solución respecto de la concurrencia del delito de trata con el número segundo del art. 232 CP, el cual dispone: “*si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años*”. Y es que una lectura atenta del precepto pone de manifiesto las diferencias con el contenido del art. 232.1 y su cercanía con las conductas tipificadas por el delito de trata de seres humanos, que debería llevar a la apreciación de un conflicto de normas, como defienden NIETO

humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 111; SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 45; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, p. 2; MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, p. 57; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 1080.

⁸²⁸ SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 BIS CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 52, 2016, p. 45.

⁸²⁹ Art. 232.1: “Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si esta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

⁸³⁰ DÍEZ REVILLA, D. M., “La mendicidad infantil”, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, 2009, p. 8.

GARCÍA y la Fiscalía General del Estado⁸³¹. De hecho, al tratarse de menores de edad, el art. 177 bis no exige el uso de medios comisivos, por lo que, en dicho caso, sería aplicable el tipo agravado recogido en el número 4 del art. 177 bis siempre que “*se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito*” o “*la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad*”.

Por su parte, cuando la víctima sea una persona mayor de edad a la cual se le fuerza a ejercer la mendicidad, supuesto no específicamente tipificado por el Código, entiende VILLACAMPA ESTIARTE que es a través de los tratos degradantes como deberán castigarse dichas conductas, o en su defecto, como coacciones⁸³².

La jurisprudencia es escasa y no permite distinguir ninguna corriente, aunque resulta destacable que en la sentencia núm. 359/2017 de 1 septiembre de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en un caso de trata con fines de explotación en la mendicidad, los sujetos activos fueron condenados únicamente por el delito de trata y no por la explotación posterior: el tribunal apreció que las coacciones estaban implícitas en el delito de trata de seres humanos y no apreció esa explotación como hecho subsumible en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

⁸³¹ NIETO GARCÍA, J. A., “Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”, *La Ley*, 2012, p. 11; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, p. 173; SÁNCHEZ COVISA, J., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis”, p. 45; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 1569.

⁸³² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 480.

Sin embargo, al seguir esta interpretación el delito de explotación posterior de forzar a una persona a ejercer la mendicidad queda impune. Frente a ello si se considera la mendicidad forzada como situación asimilada al trabajo o servicio forzado, a pesar de que no tenga naturaleza jurídico-laboral, cabría inspirarse en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, en el que, en relación con la explotación de la prostitución ajena, se apreció concurso de delitos entre la prostitución impuesta y el delito laboral -311.1 o 312.2. CP-, por entender que, por un lado, se lesionó la integridad moral y la libertad de la persona y, por otro lado, los derechos sociolaborales básicos. Siguiendo esta posición, la solución podría ser la concurrencia ideal del delito laboral -311.1 o 312.2 CP- junto con el delito de coacciones en concurso medial con la trata de seres humanos.

En todo caso, parece oportuno insistir en la conveniencia de que la mendicidad forzada salga del apartado a) del art. 177 bis 1 CP, para constituir un apartado independiente que contemple la mendicidad forzada como forma de explotación autónoma, como se hizo ya con el matrimonio forzado o la realización de actividades delictivas, incursas también inicialmente en los servicios forzados.

3.2. Especial consideración de la concurrencia de explotación laboral y otros delitos por la lesión de bienes jurídicos una vez agotado el delito de trata de seres humanos

Como ya se ha indicado, cierta corriente doctrinal considera que en los supuestos de colisión entre la trata y la explotación laboral, el desvalor va más allá de los delitos que protegen los derechos de las personas trabajadoras, haciéndose extensivo al delito de trato degradante del art. 173 CP⁸³³. Desde esta perspectiva, se entiende que la explotación afecta a algo más que al aspecto laboral, llegando a la cosificación de la víctima⁸³⁴, por lo que, para cubrir el contenido del injusto, en ciertos supuestos es necesaria la concurrencia con el art. 173.1 CP.

Ejemplo de lo que ahora mencionamos es el supuesto de hecho de la sentencia 196/2017 del Tribunal Supremo. Según los hechos probados, los sujetos pasivos se encontraban obligados a trabajar en la casa, como trabajadores domésticos, así como a trabajar en las ferias, la recogida de cartones, o a realizar determinados trabajos como la recogida de leña, o escombros y la mendicidad forzada, sin remuneración alguna⁸³⁵.

⁸³³ RUBIO LARA, P. A., “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 11; POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15:26-15:27; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 488.

⁸³⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 80.

⁸³⁵ “Obligados a trabajar en la casa del acusado, en las ferias o en la recogida de cartones, sin recibir a cambio ninguna remuneración”, “realizar determinados trabajos como acarrear leña y escombros para los acusados, sin obtener a cambio remuneración alguna”, “le obligaron a realizar trabajos tales como cargar leña y hierros, limpiar, agricultura...”. AP de A Coruña, sentencia núm. 473/2016 de 29 julio. JUR 2016\207064, H.P; TS, sentencia núm. 196/2017 de 24 marzo. RJ 2017\1657, F.D. 7°.

A la vista de los hechos probados, el Tribunal Supremo entendió que en el caso se daban *“unas condiciones de vida absolutamente precarias y carentes de la mínima dignidad para lograr así doblegar la voluntad de estas personas”*⁸³⁶.

A nuestro modo de ver, en estos supuestos, la afectación de la integridad moral es doble: por un lado, con ocasión de la comisión del delito de trata de seres humanos; pero también se produce una violación del art. 173.1 CP, por menoscabo grave a la integridad moral de la persona, en tanto que, con posterioridad a la consumación de la trata y de forma autónoma e independiente de la explotación laboral en sí misma, se inflige un trato degradante que menoscaba gravemente integridad moral, lo que, sin perjuicio del concurso medial entre trata y explotación debería resolverse apreciando esta segunda violación de la integridad moral en concurso ideal con la explotación misma.

Sin embargo, no hay pronunciamientos jurisdiccionales suficientes para determinar cuál es la tendencia jurisprudencial en una materia tan compleja, como la que ahora analizamos. Ahora bien, el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Supremo 196/2017 que acabamos de mencionar, resulta especialmente relevante para entender la necesidad de acudir al concurso de delitos en los supuestos en los que, junto a la afectación a los derechos de las personas trabajadoras, la explotación laboral, concurre un trato degradante autónomo e independiente que menoscabe gravemente la integridad moral de la persona, lo que merece que una consideración independiente de la afectación que dicho bien jurídico sufra como consecuencia de la consumación del delito de trata.

⁸³⁶ TS, sentencia núm. 196/2017 de 24 marzo. RJ 2017\1657, F.D. 7º: duchas de agua fría con mangueras, despojo de ropas, sometimiento a dormir en la caja de un camión, insultos.

En la presente sentencia el Alto Tribunal condenó a los autores por los delitos de trata de seis víctimas en concurso real con el art. 173.1 CP por imposición de tratos degradantes, habida cuenta de las condiciones indignas en las que se encontraban las víctimas⁸³⁷. Los hechos probados reflejan el envilecimiento y la humillación sufridos por las víctimas, además de la explotación laboral⁸³⁸. El Tribunal Supremo, admite en dicho caso la consumación de la explotación laboral, objetivo final de la trata de seres humanos, bajo la imposición de trabajos forzados próximos a la esclavitud. Ahora bien, únicamente condena a los acusados por los tratos degradantes sufridos en la consumación de la explotación, omitiendo la calificación jurídica del Ministerio Fiscal que, en el presente caso, proponía además del delito de trato degradante del art. 173.1 CP, la concurrencia de la trata de seres humanos con fines de servicios y trabajos forzados en concurso medial con seis delitos de imposición de condiciones laborales abusivas del art. 311.1 CP⁸³⁹.

⁸³⁷ “Dormir en cajas de camiones en galpones, sin acceso a un cuarto de baño, no disponiendo de agua caliente para lavarse”, “dormía en una sala de herramientas con perros, sólo tenía una silla. Refiere que no comió durante su estancia y que bebía a escondidas de un bidón”. AP de A Coruña, sentencia núm. 473/2016 de 29 julio. JUR 2016\207064, H.P.

⁸³⁸ *“El cauce procesal esgrimido exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en ellos se describen conductas, que en unos casos con violencia y en todo caso con abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas, por las que les impusieron trabajos forzados próximos a la esclavitud, conductas que se subsumen sin duda en el delito de trata de seres humanos, correctamente aplicado por el Tribunal de instancia.”* TS, sentencia núm. 196/2017 de 24 marzo. RJ 2017\1657, F.D. 6º.

⁸³⁹ *“El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de 6 delitos de imposición de tratos degradantes del artículo 173.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , 6 delitos de trata de seres humanos con fines de servicios y trabajos forzados concurriendo la circunstancia de ser la víctima especialmente vulnerable, del artículo 177 bis a 177 bis 1.4 b) del Código Penal en concurso medial con 6 delitos de imposición de condiciones laborales abusivas del artículo 311.1 del Código Penal (...); “Obligados a trabajar en la casa del acusado, en las ferias o en la recogida de cartones, sin recibir a cambio ninguna remuneración”, “realizar determinados trabajos como acarrear leña y escombros para los acusados, sin obtener a cambio remuneración alguna”, “le obligaron a realizar trabajos tales como cargar leña y hierros, limpiar,*

Por consiguiente, de nuevo, como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla mencionada anteriormente, la explotación laboral quedó impune. La Audiencia Provincial de A Coruña consideró que el verdadero propósito de los acusados era tener el control de esas personas tanto para la realización de tareas, como para el robo de sus pensiones *“generando para ello un ambiente de agresividad, tanto física como verbal, y de hostigamiento, con unas condiciones de vida absolutamente precarias y carentes de la mínima dignidad (teniendo que dormir en cajas de camiones o en galpones, sin acceso a un cuarto de baño, no disponiendo de agua caliente para lavarse), para lograr así doblegar la voluntad de estas personas”*⁸⁴⁰. Esto es, además de las coacciones y amenazas que pudieran ejercer los acusados para que las víctimas siguieran siendo explotadas laboralmente, se les vejaba y humillaba como medio para mantenerles en la realización de tareas. Por consiguiente, en dicho caso, debería haberse apreciado un concurso ideal entre el delito de explotación laboral y los tratos degradantes recogido en el art. 173.1 CP.

Lo mismo debería aplicarse en los supuestos asimilables a la esclavitud o servidumbre de la gleba, donde es preciso acudir al concurso ideal de delitos, modalidad en la que no solo quedan afectados los derechos laborales básicos, como en toda explotación,

agricultura...”. AP de A Coruña, sentencia núm. 473/2016 de 29 julio. JUR 2016\207064, H.P.

⁸⁴⁰ *“tener a su exclusiva disposición a estas personas, no solo para realizar para ellos, sin recibir a cambio ninguna remuneración, estas tareas, sino también para lucrarse en su propio beneficio de las pensiones o ayudas sociales de las que fueran o pudieran ser beneficiarios, generando para ello un ambiente de agresividad, tanto física como verbal, y de hostigamiento, con unas condiciones de vida absolutamente precarias y carentes de la mínima dignidad (teniendo que dormir en cajas de camiones o en galpones, sin acceso a un cuarto de baño, no disponiendo de agua caliente para lavarse), para lograr así doblegar la voluntad de estas personas, generando en ellas una situación de miedo que les impedía no sólo negarse a realizar las tareas que les encomendaba sino también tomar la decisión de marcharse, ante el temor a las represalias que podrían sufrir de hacerlo”*. AP de A Coruña, sentencia núm. 473/2016 de 29 julio. JUR 2016\207064, H.P.

sino igualmente la integridad moral dada la instrumentalización de los sujetos pasivos; incluso en ciertos casos de esclavitud y servidumbre de la gleba, cabrá también apreciar una afectación de la libertad ambulatoria, lo que llevaría a la concurrencia ideal del delito de detención ilegal con los afectados por la explotación; todo ello con independencia de la relación medial que con ellos presente el delito de trata.

A la vista de lo mencionado, entendemos que si bien los supuestos de trabajo o servicio forzado se encuentran entre los casos más graves de explotación laboral recogidos en los arts. 311.1 CP y 312.2 CP, frecuentemente no bastará con estos preceptos para dar cobertura a la totalidad de su injusto específico. En los casos asimilados a la esclavitud se ven, en efecto, lesionados otros bienes jurídicos ajenos a los derechos de los trabajadores, como su libertad ambulatoria o su integridad moral, que deberían apreciarse, en principio, en concurso ideal, salvo que, por aplicarse como medio para mantener en los sujetos en la situación de explotación, merezcan ser tratados en concurso medial. Esto resulta de especial importancia en los supuestos que especialmente interesan en esta investigación: los que dicen relación con explotación de los sujetos pasivos en el servicio doméstico, donde en razón de las características del lugar donde se lleva a cabo dicha explotación (ámbito familiar privado) el sujeto pasivo puede verse fácilmente privado de su libertad ambulatoria, así como de otros derechos, al tiempo que se desconocen sus derechos como trabajador. Más aun, en ciertos supuestos se ha comprobado que además de dichos bienes jurídicos afectados, se lesiona la integridad moral de la persona por el envilecimiento sufrido a raíz de las condiciones inhumanas en las que vive.

V. PROPUESTA DE LEGE FERENDA DEL ARTÍCULO 177 BIS CP

A la vista de todo lo mencionado, parece oportuno caminar hacia una reformulación del apartado a) del art. 177 bis CP que contemple de manera más apropiada la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, evitando las reiteraciones y solapamientos de conceptos detectados.

La trata de seres humanos viene a ser una forma moderna de manifestación de lo que históricamente fue la trata de esclavos⁸⁴¹. Y siendo esto así, como nueva forma de esclavitud, cabe cuestionarse si la finalidad de “esclavitud” -tal cual se recoge en el art. 177 bis 1. a)- debe ser o no una finalidad específica a mencionar a la hora de la tipificación de delito de trata, lo que a nuestro juicio debe responderse en sentido negativo. Por ello proponemos la supresión en el seno del art. 177 bis de la mención de la finalidad de “esclavitud”.

Algo similar ocurre con la servidumbre, dado que esta no deja de ser una modalidad de explotación, mutada, de la esclavitud. Ambas implican en la práctica un ejercicio *de facto* del derecho de propiedad sobre una persona.

Además, el empleo de términos tan diversos como son las prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre, induce a error dado que, a la postre, constituyen prácticas que se solapan por su similitud, al tiempo que resultan merecedoras de un tratamiento semejante por la afectación de los bienes jurídicos implicados. A mayor abundamiento, resulta necesario traer a colación las diferencias más relevantes de los fenómenos delictivos mencionado

⁸⁴¹ WILLIAMS, E., *Capitalismo y esclavitud*, Edición Traficantes de Sueños, Madrid, 2011, p. 26; MOULIER-BOUTANG, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, Akal, Madrid, 2006, nota 17.

como defensa de este posicionamiento: en primer lugar, porque, supuestamente, dichos fenómenos difieren de la esclavitud por carecer del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre la víctima⁸⁴²: la servidumbre es un “*tipo de denegación particularmente grave de la libertad*”⁸⁴³ y también una manifestación agravada del trabajo forzoso y obligatorio⁸⁴⁴, que se encuentra estrechamente unida al concepto de esclavitud⁸⁴⁵. Dicha práctica consiste en obligar al sujeto pasivo a “*realizar trabajos para otros, impuestos por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición*”⁸⁴⁶.

En realidad, todo lo que suponga un control absoluto ejercido sobre la libertad del sujeto pasivo, como su control de movimientos, la exigencia de disponibilidad absoluta y, por consiguiente, su reducción a objeto de producción o de servicio, supone el ejercicio de facultades asimilables a los atributos del derecho de propiedad, que es lo propio de la esclavitud.

A nuestro modo de ver, para superar el error al que induce la terminología que conforma el apartado a) del art. 177 bis, es preciso partir de una adecuada delimitación del concepto de explotación, que, en el tipo de trata de seres humanos, se introdujo con la aprobación del Protocolo de Palermo. No obstante, sigue pendiente

⁸⁴² MALINVERNI, G., “Article 4”, en PETTITI, L., DECAUX, E., IMBERT, P. (Dir.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, París, 1995, p. 180; SCHLOENHARDT, A. & JOLLY, J., “Honeymoon from hell: human trafficking and domestic servitude in Australia”, *Sydney law review*, 2010, p. 688; ALLAIN, J., “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, p. 304.

⁸⁴³ Caso Van Droogenbroeck v. Belgium, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de junio 1982, párrs. 78-80.

⁸⁴⁴ Caso C.N. et V. v. France, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de octubre 2012, párr. 91.

⁸⁴⁵ Caso Siliadin v. France, 26 de julio 2005, párr. 124.

⁸⁴⁶ Caso Siliadin v. France, 26 de julio 2005, párr. 123.

su correcta conceptualización internacional y regional, lo cual lleva a que haya de resolverse a nivel nacional⁸⁴⁷.

No son pocos los autores los que, con objeto de llegar a su apropiada definición, han profundizado en el concepto de explotación, resaltando la importancia que los valores morales y la injusticia han de alcanzar a la hora de evaluar si una conducta es explotadora o no⁸⁴⁸. También ha de subrayarse la opinión de que las injusticias socioeconómicas en el sistema actual producen relaciones de explotación⁸⁴⁹, corriente defendida por PÉREZ MACHÍO, quien advierte que la globalización en la que está sumergido el mundo crea situaciones propicias para que se dé dicha explotación laboral, además, necesaria para el mantenimiento de las diferencias sociales actuales, explicado desde el punto de vista de la criminología actuarial⁸⁵⁰. En esta línea, algunos autores proponen que la explotación se entienda como el aprovechamiento de una persona en una situación de trabajo, donde el elemento de “injusticia” se establezca en comparación con un punto de referencia instaurado por ley⁸⁵¹, teniendo a la persona por explotada cuando se hayan aprovechado ilegal e injustamente de ella, imponiendo excesivas horas de trabajo, sobrepasando las horas legales establecidas en el país, sin remuneración alguna, etc.⁸⁵². Ello, a

⁸⁴⁷ UNODC, *The Concept of Exploitation in the Trafficking in Persons Protocol*, UNODC Issue Paper, 2015.

⁸⁴⁸ WERTHEIMER, A., *Exploitation*, Princeton University Press, 1996, p. 5-6; WERTHEIMER, A., “Remarks on Coercion and Exploitation”, *Denver University Law Review*, 74 (4), 2003, p. 889; FEINBERG, J., *The Moral Limits of Criminal Law Volume 4: Harmless Wronging*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 219.

⁸⁴⁹ MARKS, S., “Exploitation as an International Legal Concept”, en MARKS, S. (Ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 283.

⁸⁵⁰ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, pp. 371-446.

⁸⁵¹ ALLAIN, J., CRANE, A., LEBRARON, G. & BEHBAHANI, L., *Forced Labour's Business Models and Supply Chains*, Joseph Rowntree Foundation, 2013, p. 11.

⁸⁵² ALLAIN, J., CRANE, A., LEBRARON, G. & BEHBAHANI, L., *Forced Labour's Business Models and Supply Chains*, Joseph Rowntree Foundation, 2013, p. 11.

nuestro modo de ver, permite fundamentar la identificación de la explotación, en el plano laboral, con la imposición de trabajos o servicios en grave lesión de los derechos de los trabajadores, lo que (sin perjuicio de que la afectación simultánea, en ciertos casos, de libertad y/o integridad moral pueda exigir su aplicación en concurso ideal con otras figuras), se reconduce en el ordenamiento jurídico español a los tipos penales de los arts. 311 y 312 CP: artículos específicamente dirigidos en Derecho español al castigo de la “explotación laboral”, siendo la esclavitud y/o el trabajo o servicio forzado los casos más graves de supresión o restricción de los derechos de los trabajadores que pueden encontrar cobertura penal (si no completa, si al menos de forma genérica) en ellos. Los tipos penales de los artículos 311.1 y 312.2 CP son, en efecto, los que han de servir de referencia a la hora de la tipificación de la explotación laboral, pues en ellos se contempla aquella violación de los derechos de los trabajadores consistente en su supresión y restricción grave, siendo precisamente la libertad de acceso al trabajo uno de los primeros de ellos. Esto permite, como se acaba de decir, dar cabida en su seno al trabajo o servicio forzoso y similares, manifestaciones actuales de la esclavitud laboral, así como aquellos otros supuestos en los que las condiciones impuestas sean notoriamente perjudiciales para el trabajador, dando origen a situaciones de explotación en el trabajo⁸⁵³.

A la luz de lo anterior, planteamos una propuesta de reforma del art. 177.1 que, además de recoger las propuestas realizadas en el análisis del tipo básico del delito de trata de seres humanos, centre en particular el contenido de la letra a) en la referencia a la “explotación laboral”.

⁸⁵³ AP de Valencia, sección 3ª, sentencia núm. 193/2012 de 12, marzo. JUR 2012\245985; TS sentencia 372/2005, de 17 marzo; TS, sentencia núm. 1471/2005, de 12 diciembre.

Ahora bien, conscientes de que, como ocurre en la explotación de la prostitución, puede haber otros casos de explotación a la hora de la realización de obras o prestación de servicios que no resulten fácil de calificar como de naturaleza laboral estricta, proponemos, asimismo, ampliar la referencia del apartado a) del art. 177 bis CP a otros supuestos de prestación de obras o servicios de cualquier naturaleza, que merecen asimilarse en su tratamiento a los casos de explotación laboral entendida en sentido estricto.

De otra parte, y puesto que, dentro de este entendimiento de la “explotación laboral”, tendría difícil cabida la mendicidad forzada, proponemos abrir una referencia independiente a la misma.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA. ARTÍCULO 177 BIS 1

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de 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, trasladare, o acogiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La explotación laboral o relativa a la prestación de obras o servicios de cualquier naturaleza*
- 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.*
- f) La mendicidad forzada.”*

CAPÍTULO III

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO. LAGUNAS PROPICIADORAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL

I. INTRODUCCIÓN

A la vista de lo manifestado hasta el momento, la explotación laboral de la trata de seres humanos ha de ser identificada, con la supresión o restricción grave de los derechos laborales.

El presente apartado busca realizar una aproximación a la regulación laboral especial del servicio doméstico con el fin de detectar posibles lagunas que puedan generar supuestos de trata con fines de explotación laboral en dicho sector.

En primer lugar, centraremos la atención en lo dispuesto por Organización Internacional del Trabajo para a continuación, aproximarnos a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico español, con el fin de focalizar los vacíos favorecedores del fenómeno de la trata de seres humanos en este sector laboral.

II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

1. Introducción

Si bien es cierto que, hasta fechas recientes no existía ningún instrumento que regulase el trabajo doméstico, en la 100ª sesión del 16 de junio de 2011⁸⁵⁴ tuvo lugar la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, en la que se adoptó el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, así como la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que implementa la primera.

El hecho de adoptar medidas para este sector de trabajo ha supuesto un gran hito, tanto para las personas trabajadoras de este ámbito laboral, como por ser la primera vez que un documento legal acoge derechos y obligaciones para este sector⁸⁵⁵. Hasta ese momento se desarrolló una escasa actividad en cuanto a la garantía de sus derechos, siendo ello factor propiciador para la existencia de situaciones de abusos y trata en este sector laboral⁸⁵⁶.

Estos dos instrumentos tienen como finalidad dignificar esta modalidad de empleo que se ha relacionado históricamente con el género femenino y la inmigración⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ Ambos instrumentos adoptados en el 100ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo celebrado el 16 de junio de 2011. Dichos textos entraron en vigor el 5 de septiembre de 2013.

⁸⁵⁵ MUÑOZ AUNIÓN, A., “El trabajo doméstico, ¿último eslabón en la cadena de los derechos humanos de los trabajadores? Su regulación en el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista Gaceta Laboral*, 2014, p.4.

⁸⁵⁶ ILO, *Decent work for domestic workers. Report IV (1)*, International Labour Conference, 99th Session, 2010, ILO, Geneva, 2010, pp. 11 y ss.

⁸⁵⁷ LAMELAS CASTELLANOS, N., “Inmigración y feminización del servicio doméstico español”, en A. J. LÓPEZ DÍAZ/ A. GONZÁLEZ PENÍN/ E. AGUAYO LORENZO (eds.), *II Xornada Universitaria Galega en Xénero, XUGeX: roles de xénero nun mundo globalizado*, Universidade da Coruña, 2014, p. 177.

Con dichos instrumentos, la OIT pretende enfatizar que los derechos de las personas trabajadoras del hogar son universales, ya que el propio sector potencia ciertas desventajas para la persona trabajadora doméstica, siendo una regulación específica necesaria para reconocer este sector de trabajo como otro cualquiera⁸⁵⁸.

2. Convenio 189 OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos o del hogar

Esta norma internacional resulta de gran importancia por lo que respecta al ámbito social, dado que con ello se introduce como empleo una profesión que, tanto por carecer de valor productivo como por el carácter servil de la misma, se ha considerado como una actividad “degradante”, de escasa relevancia y, consecuentemente, ha dado lugar a situaciones de explotación⁸⁵⁹.

Según lo dispuesto por el Preámbulo del Convenio n.º 189 OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, así como en el capítulo anterior del trabajo, es un sector laboral en el que prima el género femenino, muchas de ellas inmigrantes, especialmente vulnerables a la discriminación por lo que respecta a las condiciones laborales, por los abusos de los derechos humanos que pueden darse⁸⁶⁰, convirtiéndose en espacio ideal para la comisión de delitos como la trata de seres humanos⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ ALBIL, E. & MANTOUVALOU, V., “The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light”, *Industrial Law Journal*, 2012, p. 1.

⁸⁵⁹ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 3.

⁸⁶⁰ Preámbulo del Convenio n.º 189 OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

⁸⁶¹ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 3.

A pesar de que dicha regulación no se haya adoptado hasta el año 2011, el interés de la OIT sobre las personas trabajadoras del hogar emerge desde la Conferencia Internacional del Trabajo 20ª (1936) cuando se preguntó sobre la posibilidad de regular en el ámbito internacional las condiciones de los trabajadores remunerados del hogar⁸⁶²; también en la Conferencia 49ª se señaló la necesidad de que los gobiernos debían ofrecer regulación a dichos trabajadores, por lo menos, con una protección mínima⁸⁶³. Por su parte, tanto el Convenio 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso y Obligatorio de 1930⁸⁶⁴, como el Convenio 105 de la OIT sobre la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957, comprometen a los países a suprimir el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas⁸⁶⁵.

El Derecho internacional posee otros instrumentos para combatir el trabajo forzoso como la Convención de las Naciones Unidas sobre Esclavitud de 1926⁸⁶⁶, el Protocolo de 1953⁸⁶⁷ y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud de 1956⁸⁶⁸, que establecen el compromiso de abolir la esclavitud en todas sus formas.

Por otro lado, también cabe mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990⁸⁶⁹, cuyo

⁸⁶² OIT, *Un trabajo decente para los trabajadores domésticos*, 2007, p.5.

⁸⁶³ OIT, *Un trabajo decente para los trabajadores domésticos*, 2007, p.11.

⁸⁶⁴ OIT. Convenio 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio. Adoptado el 28 de junio de 1930.

⁸⁶⁵ OIT. Convenio 105 relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso. Adoptado el 25 de junio de 1957.

⁸⁶⁶ ONU. Convención sobre la Esclavitud. Adoptada el 5 de septiembre de 1926.

⁸⁶⁷ ONU. Protocolo para Modificar la Convención sobre la Esclavitud. Adoptado el 23 de octubre de 1953.

⁸⁶⁸ ONU. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. Adoptado el 7 de septiembre de 1956.

⁸⁶⁹ ONU. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

Preámbulo reconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran con frecuencia las personas trabajadoras del hogar migrantes.

Sin embargo, hasta la adopción del Convenio 189 de la OIT no ha existido normativa específica que reconociera a la persona trabajadora doméstica un conjunto básico de derechos fundamentales⁸⁷⁰ –como la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso y la erradicación del trabajo infantil, la protección de los trabajadores migrantes y sobre discriminación en el empleo y en la remuneración del trabajo–. En este sentido, el Convenio 189 representa un núcleo esencial de derechos de carácter universal, como conjunto de normas mínimas para estas personas trabajadoras⁸⁷¹. Dicha norma pretende proteger tanto los derechos humanos de estas personas trabajadoras, la prestación de servicios en condiciones de libertad, igualdad seguridad y dignidad humana, como diseñar un régimen laboral aplicable a la persona trabajadora doméstica. Sin embargo, el Convenio resulta complejo y en cierto modo ambiguo, ya que intenta integrar medidas muy concretas de carácter laboral con la protección de los derechos humanos, pero sin profundizar en las diferencias que puede crear esta modalidad de trabajo en comparación al régimen laboral del trabajo ordinario⁸⁷².

Aun así, no se le debe restar importancia, dado que se trata de una norma mínima para los Estados que la ratifiquen, debiendo

⁸⁷⁰ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 3.

⁸⁷¹ OLIVEIRA DO PRADO, R., “El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, p.126.

⁸⁷² QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 5.

ser considerada de indudable garantía en este tipo de trabajo, a pesar de que la misma ignore otros muchos aspectos que deberán ser abordados por la normativa interna de cada Estado. Así, por el carácter especial de dicha relación laboral, cada Estado deberá regular, por ejemplo, tanto la extinción del contrato de trabajo doméstico, como los despidos o las garantías del salario en caso de impago o de cambio de titularidad en el hogar familiar⁸⁷³.

El Convenio 189 ha sido ratificado por un total de veinticinco países, siendo en Europa únicamente ratificado por Alemania, Italia, Bélgica, Portugal, Suiza y Finlandia, lo que resulta indicativo del menor nivel de derechos reconocidos a las personas trabajadoras en el ámbito doméstico en muchas normas internas⁸⁷⁴.

Por lo que respecta a su ratificación por el Estado español, a finales de febrero de 2020 la ministra de Igualdad, Irene Montero, anunció la ratificación del Convenio 189 con el fin de ampliar los derechos de las trabajadoras domésticas. No obstante, téngase en cuenta que dicha afirmación llega junto con la pandemia mundial que ha supuesto el COVID-19, por lo que entendemos que la equiparación de derechos de las trabajadoras del hogar sufrirá postergaciones⁸⁷⁵.

⁸⁷³ BAPTISTA CANEDO, R., *Análisis comparativo de Ley n.º 2450 del Trabajo Asalariado del Hogar y el Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos o del hogar*, FES-ILDIS, La Paz Bolivia, 2011, p. 7.

⁸⁷⁴ ROMERO MIRET, P., *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016 p. 68.

⁸⁷⁵ <https://amecopress.net/El-Gobierno-anuncia-que-Espana-ratificara-el-convenio-189-de-la-OIT>; https://www.eldiario.es/economia/Gobierno-ratificar-OIT-trabajadoras-domesticas_0_786021530.html; <http://www.izquierdadiario.es/La-ratificacion-del-convenio-189-de-la-OIT-acabara-con-la-precariedad-de-las-empleadas-del-hogar>

2.1. Definición del trabajo doméstico y el empleado según el Convenio 189

Según lo dispuesto por el art. 2 del Convenio 189 de la OIT, el “trabajo doméstico” se define como aquel que “se realiza en un hogar y hogares o para los mismos”. El hogar familiar será aquel espacio interior de una organización de carácter familiar donde la persona empleada llevará a cabo funciones que satisfagan las necesidades personales y exigencias de vida de los miembros de dicho colectivo⁸⁷⁶. Por lo que respecta a la persona trabajadora, el art. 1 recoge que el “trabajador doméstico” será “la persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo”.

En este sentido, el hogar familiar constituirá “una unidad de consumo” y no “una unidad de producción”, siendo el empleado ajeno a todo propósito productivo del empleador⁸⁷⁷. No obstante, se entiende que el Convenio 189 no abarca las relaciones laborales concertadas por personas jurídicas, aunque el objeto de prestación sean los servicios domésticos, debiendo ser siempre el empleador una persona física y remite esta labor de exclusión o acuerdo a las legislaciones nacionales⁸⁷⁸.

El trabajo doméstico prestado debe ser habitual, por lo que quedarán fuera del alcance del Convenio los servicios prestados de forma ocasional. Así, la persona trabajadora en el servicio doméstico será aquella persona que, mediante un contrato laboral, presta

⁸⁷⁶ DE LA VILLA GIL, L. E., *La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en Las relaciones especiales de trabajo*, n.º monográfico, Documentación laboral, 1986, p. 203.

⁸⁷⁷ DE LA VILLA GIL, L. E., *La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en Las relaciones especiales de trabajo*, n.º monográfico, Documentación laboral, 1986, p. 204.

⁸⁷⁸ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 8.

libremente sus servicios a un hogar familiar, siendo el contratante una persona física, a cambio de una remuneración. Estos servicios podrán corresponder a tareas domésticas habituales, así como a aquellas tareas dirigidas al cuidado de personas, tanto mayores como niños, y también destinadas al cuidado del jardín u otros servicios como la conducción de vehículos, etc.

Ahora bien, a pesar de la exigencia de un contrato laboral entre las partes, siendo el espacio de trabajo privado, tal y como ha sido mencionado, resulta un sector laboral donde se puede fácilmente incumplir dicho mandato⁸⁷⁹.

2.2. La exclusión de ciertos trabajadores del Convenio 189

El trabajo doméstico supone introducir a una persona ajena de la familia dentro de la esfera privada del hogar, pudiendo ello “afectar” a la intimidad y libertad de las dos partes, especialmente cuando la persona contratada reside en el hogar. Por ello, es importante recordar que el ámbito donde se desarrolla es también donde se ejercen ciertos derechos fundamentales como el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, así como la inviolabilidad del domicilio, por lo que la confianza será un elemento predominante en el ejercicio del trabajo⁸⁸⁰. El empleador podrá exigir ciertas cualidades personales y morales en la persona trabajadora del hogar, que, a pesar de ser irrelevantes para

⁸⁷⁹ En España por ejemplo se calcula que el 40% de las personas trabajadoras domésticas lo hacen sin contrato: https://cronicaglobal.elespanol.com/business/empleadas-hogar-sin-contrato-laboral_233388_102.html

⁸⁸⁰ MARTÍN VALVERDE, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 119.

cualquier otra profesión, en este trabajo específico, podrán cobrar cierto valor a la hora de la contratación⁸⁸¹.

Por su parte, el art. 2 del Convenio 189 permite que los estados miembros que ratifiquen el mismo puedan excluir total o parcialmente del ámbito de su aplicación a determinadas categorías de trabajadores, después de consultar con las organizaciones más representativas de los empleadores y trabajadores. Las categorías de trabajadores que pueden ser excluidos total o parcialmente son las siguientes:

- Aquellas personas trabajadoras para las que haya prevista otro tipo de protección equivalente⁸⁸²; se refiere a aquellos trabajadores domésticos que por su especialización pueden tener un régimen específico, como los chóferes de coches particulares, los enfermeros personales, etc.⁸⁸³
- Aquellos que causen “problemas especiales de carácter sustantivo”. Con dicha exclusión, el Convenio permite gran margen de apreciación a las legislaciones nacionales permitiéndoles a ciertos trabajadores la expulsión del régimen laboral del trabajo doméstico. Como ejemplo, dentro de esta cláusula de exclusión podrían encontrarse los *au pair*, figura que combina tanto el interés de la persona empleada de mejorar el conocimiento del idioma, así como el de la familia que la acoge para, generalmente, cuidar de los niños de la familia⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 10.

⁸⁸² Art. 2 del Convenio 189 de la OIT

⁸⁸³ ALBIL, E. & MANTOUVALOU, V., “The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light”, *Industrial Law Journal*, 2012, p. 12.

⁸⁸⁴ QUESADA SEGURA, R., “El trabajo *au pair*: entre la laboralidad y la tutela extralaboral”, en (CRUZ VILLALÓN, J. coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 320.

Sin embargo, aunque el Convenio 189 no acoja la regulación de ciertas personas trabajadoras, dejando los aspectos mencionados en manos de los estados miembros que lo ratifiquen, sobre la figura del *au pair* la principal fuente de regulación es el Acuerdo Europeo sobre Colocación *Au Pair*, aprobado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969⁸⁸⁵, dirigido a este colectivo de carácter especial.

2.3. El reconocimiento y protección de los derechos de las personas trabajadoras del hogar del Convenio 189

Por lo que respecta a la protección de los derechos de las personas trabajadoras, el Convenio 189 distingue entre la protección de un conjunto de derechos fundamentales y el reconocimiento de condiciones de trabajo básicas y seguridad social igualitarias al resto de los trabajadores de cualquier otra índole, a través de un sistema de protección judicial y control administrativo. El objetivo es proteger a estas personas trabajadoras eficazmente los derechos humanos de estas personas trabajadoras, y obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para garantizar que las mismas gocen de una protección efectiva.

En primer lugar, el art. 3.2 establece lo siguiente:

“Todo Miembro deberá adoptar, en lo que respecta a los trabajadores domésticos, las medidas previstas en el presente Convenio para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber:

(a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

⁸⁸⁵ Ratificado por España y entró en vigor el 12 de septiembre de 1988.

(b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

(c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y

(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”

Por lo que respecta a la garantía de la libertad de asociación y la libertad sindical, así como a la negociación colectiva, supone que tanto las personas trabajadoras como sus empleadores y empleadoras tienen derecho a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes, así como el derecho a afiliarse libremente a las de su elección⁸⁸⁶. De igual forma, el mismo artículo reconoce a ambos colectivos el derecho a la negociación colectiva.

Teniendo en cuenta que la relación laboral del trabajo doméstico ha sido individualista, basada en la voluntad de las partes, la negociación colectiva cumple la función de modificar este esquema, convirtiéndolo en un colectivo donde se reflejan los intereses de los sujetos⁸⁸⁷. Mediante un convenio colectivo en el ámbito del servicio doméstico se evitarían aquellas situaciones potenciadas por las características de este tipo de relación de trabajo, como la indeterminación de las funciones, que pueden llegar a generar un abuso de condiciones de trabajo⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 18.

⁸⁸⁷ PÉREZ INFANTE, J. I., “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, p. 47.

⁸⁸⁸ PÉREZ INFANTE, J. I., “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, p. 47.

No obstante, la realidad presenta que la negociación colectiva es casi inexistente⁸⁸⁹, a pesar de la labor de los sindicatos, debiéndose en gran parte a la privacidad del sector. Además, el convenio ignora otros aspectos esenciales como el derecho a la huelga, debiéndose al objetivo de que todos los Estados Parte acepten el Convenio 189 y ratifiquen el mismo y no surjan problemas con derechos que puedan ser polémicos⁸⁹⁰.

Como medio para asegurar el cumplimiento efectivo del Convenio, se prevé la celebración de consultas con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, así como si los hubiera, con las organizaciones representativas de dicho colectivo de personas trabajadoras en el servicio doméstico.

Por lo que respecta a la garantía de la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y la abolición efectiva del trabajo infantil, el art. 7 del Convenio 189 prevé la obligación de informar de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible sobre las condiciones de trabajo, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, siempre que sea posible.

En este contrato, se deberán incluir, por lo menos, los siguientes datos: los nombres y apellidos de ambas partes y sus direcciones respectivas; la dirección del lugar de trabajo; la fecha de inicio del contrato y su duración –cuando se suscriba para un período específico–; el tiempo de trabajo a realizar; la remuneración; el método de cálculo de la misma y la periodicidad de los pagos; las horas de trabajo; las vacaciones anuales pagadas y los periodos de descanso diarios y semanales; el suministro de alimentos y

⁸⁸⁹ ROMERO MIRET, P., *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016 p. 67.

⁸⁹⁰ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 20.

alojamiento cuando proceda; el periodo de prueba cuando proceda; las condiciones de repatriación, cuando proceda, y las condiciones relativas a la terminación de la relación laboral, inclusive todo plazo de preaviso que se haya de respetar por las dos partes.

Sin embargo, ni el Convenio 189, ni su Recomendación 201 recogen los efectos laborales del incumplimiento de este deber de información. Además, la norma prevé que dichos requisitos se cumplan “*cuando sea posible*”, por lo que remite una vez más en este punto a lo dispuesto en la normativa nacional o el convenio colectivo, sin que recoja una previsión alguna al respecto.

Especialmente relevante resulta la obligación de que el contrato de trabajo se formalice por escrito. Este requisito se presenta como una garantía del reconocimiento de los derechos de estas personas trabajadoras, con la finalidad de evitar posibles fraudes y abusos, constituyendo, además, el medio de prueba más idóneo en caso de controversias⁸⁹¹.

Ahora bien, la obligatoriedad de formalizar el contrato por escrito sólo se produce en el caso de que el empleo o contrato de trabajo se realice con trabajadores migrantes desde su país de origen⁸⁹², por lo que la propia redacción del Convenio 189 fomenta, a nuestro modo de ver, la discriminación, a pesar de ser el cuarto derecho fundamental que pretende proteger con sus medidas.

Por lo que respecta a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, el art. 14 del Convenio 189 ordena a los Estados miembros que adopten medidas eficaces para asegurar dichos derechos “*teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico*”. Sin embargo, nos debemos trasladar a la

⁸⁹¹ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 31.

⁸⁹² Art. 8.1 Convenio 189 OIT

Recomendación 201 para ver específicamente cuáles son las condiciones mínimas de seguridad y salud necesarias exigibles⁸⁹³. Además, solo se pronuncia sobre los casos en los que se suministre alojamiento y alimentación, y sobre prevención de riesgos laborales⁸⁹⁴. En este sentido, hubiera sido conveniente una regulación más amplia del propio Convenio, vinculando de manera más efectiva a los Estados miembros, dado que, de esta forma, sólo pueden tomar a modo de ejemplo las reglas de la Recomendación 201⁸⁹⁵.

⁸⁹³ 17. Cuando se suministre alojamiento y alimentación deberían preverse, atendiendo a las condiciones nacionales, las prestaciones siguientes:

- a) una habitación separada, privada, convenientemente amueblada y ventilada, y equipada con un cerrojo cuya llave debería entregarse al trabajador doméstico;
- b) el acceso a instalaciones sanitarias, comunes o privadas, que estén en buenas condiciones;
- c) una iluminación suficiente y, en la medida de lo necesario, calefacción y aire acondicionado en función de las condiciones prevalecientes en el hogar; y
- d) comidas de buena calidad y cantidad suficiente, adaptadas, cuando proceda y en la medida de lo razonable, a las necesidades culturales y religiosas de los trabajadores domésticos de que se trate.

⁸⁹⁴ 19. Los Miembros, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan, deberían adoptar medidas al objeto de, por ejemplo:

- a) proteger a los trabajadores domésticos, eliminando o reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo, con miras a prevenir los accidentes, enfermedades y muertes y a promover la seguridad y la salud laborales en los hogares que constituyen lugares de trabajo;
- b) establecer un sistema de inspección suficiente y apropiado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio, y sanciones adecuadas en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo;
- c) instaurar procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, así como de otras estadísticas que se consideren útiles para la prevención de los riesgos y los accidentes en el contexto de la seguridad y la salud en el trabajo;
- d) prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, inclusive sobre los aspectos ergonómicos y el equipo de protección; y e) desarrollar programas de formación y difundir orientaciones relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico.

⁸⁹⁵ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 32.

Asimismo, el Convenio 189 impone en su art. 5 a los Estados miembros la adopción de medidas a fin de asegurar que estas personas tengan una protección efectiva contra el abuso, acoso y violencia. En este sentido, la Recomendación 201 en su art. 7 establece la necesidad de crear mecanismos de queja accesibles a todas las personas trabajadoras con el fin de que puedan informar dichos supuestos y sean objeto de acciones judiciales.

Con el fin de respetar de forma efectiva dichos derechos fundamentales, el art. 9 del Convenio obliga a los Estados miembros a garantizar que la persona trabajadora no sea obligada a residir en el hogar en la prestación de sus servicios, salvo que exista un acuerdo adoptado libremente. Así, para garantizar la intimidad y la dignidad humana en el trabajo, el art. 6 establece la necesidad de asegurar las condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, incluyendo el art. 17 de la Recomendación 201 una serie de distintas prestaciones para el cumplimiento de dichos derechos cuando la persona trabajadora resida en el hogar de trabajo⁸⁹⁶.

Por su parte, teniendo en cuenta la preocupación de la OIT sobre la abolición del trabajo infantil, el Convenio 189, en su art. 4 establece dos medidas: en primer lugar, la obligación de los Estados miembros de fijar una edad mínima de trabajo y asegurar la escolaridad obligatoria, y, en segundo lugar, medidas necesarias

⁸⁹⁶ Art. 17 de la Recomendación 201: “Cuando se suministre alojamiento y alimentación deberían preverse, atendiendo a las condiciones nacionales, las prestaciones siguientes:

- a) una habitación separada, privada, convenientemente amueblada y ventilada, y equipada con un cerrojo cuya llave debería entregarse al trabajador doméstico;
- b) el acceso a instalaciones sanitarias, comunes o privadas, que estén en buenas condiciones;
- c) una iluminación suficiente y, en la medida de lo necesario, calefacción y aire acondicionado en función de las condiciones prevalecientes en el hogar; y
- d) comidas de buena calidad y cantidad suficiente, adaptadas, cuando proceda y en la medida de lo razonable, a las necesidades culturales y religiosas de los trabajadores domésticos de que se trate.”

para asegurar que el trabajo doméstico realizado por los menores⁸⁹⁷. La edad mínima para trabajar es de 15 años según lo dispuesto por el Convenio 138 sobre la edad mínima de la OIT⁸⁹⁸, por lo que el art. 4.2 del Convenio 189 requiere que se tomen las medidas oportunas para que el trabajo realizado no limite, de ningún modo, su formación, imposibilitando la privación de la escolarización obligatoria, ni se les restrinjan las oportunidades para acceder a enseñanzas superiores.

Teniendo en cuenta que el sector laboral es ocupado en gran medida por personas migrantes, el art. 8 establece ciertas medidas que los Estados miembros deberán adoptar para garantizar un sistema de protección de los migrantes contra el fraude, la trata de seres humanos y las prácticas abusivas. Las legislaciones nacionales deberán instaurar medidas para avalar la existencia de un contrato de trabajo, debiendo recibir la oferta de trabajo o el contrato por escrito en su país de origen, con una información mínima sobre las condiciones que tendrá el empleo, identificando al titular del hogar y el lugar de trabajo.

En este sentido, el art. 15 establece medidas para proteger a las trabajadoras/os migrantes de las prácticas abusivas que puedan realizar las agencias de empleo privadas, obligando a los Estados miembros a adoptar ciertas medidas generales para garantizar sistemas de control que eviten prácticas que perjudiquen a estas personas trabajadoras. Dicho aspecto resulta realmente necesario para la detección de casos de trata de seres humanos, dado que la realidad criminológica demuestra la existencia de agencias

⁸⁹⁷ Aunque según lo dispuesto por el Convenio 138 Sobre la edad mínima, OIT de 1973, es flexible con los países en vías de desarrollo para que fijen esta edad en los 14.

⁸⁹⁸ La edad mínima permitida para trabajar es de 15 años para admisión al empleo, aunque es flexible con los países en vías de desarrollo para que fijen esta edad en los 14 según lo dispuesto por el Convenio 138 Sobre la edad mínima, OIT de 1973.

fraudulentas que tienen como único objetivo engañar a personas con el fin de obtener beneficios económicos de su explotación⁸⁹⁹.

Para garantizar la aplicación efectiva de estas disposiciones, el Convenio propone una red internacional de protección de las personas trabajadoras migrantes, excluyendo de las medidas mencionadas a aquellas que gocen de libertad de movimiento en virtud de cualquier otro Acuerdo internacional.

Directamente ligado a evitar los supuestos de discriminación en materia de empleo y ocupación, derecho fundamental reconocido en el art. 3 de dicho instrumento, se reconoce de forma específica los derechos de igualdad de trato en el trabajo, así como en materia de retribución, con el fin de equiparar sus derechos laborales y de protección social con el resto de los trabajadores comunes⁹⁰⁰. En el art. 10 del instrumento en cuestión se establece la limitación del tiempo de trabajo, así como la obligación de garantizar una retribución suficiente.

La norma internacional prevé las mismas horas de trabajo que para los trabajadores ordinarios, el mismo periodo de descanso diario y semanal, periodo vacacional anual retribuido y la misma compensación económica de las horas extras⁹⁰¹. Teniendo en cuenta la singularidad de este tipo de trabajo, el Convenio establece específicamente que se debe asegurar un descanso semanal de al menos, 24 horas consecutivas. Fijar el tiempo de trabajo, así como de presencia es sumamente importante para aquellos casos en los que el trabajador doméstico resida en el hogar donde preste sus servicios. El art. 9.2 del Convenio 189 prevé asegurar la efectiva

⁸⁹⁹ VAZ CABBRAL, G., *Les formes contemporaines de d'esclavage dans six pays de l'Union Européenne-Autriche, Belgique, Espagne, Grande-Bretagne, Italie*, Études Recherches, IHESI, 2002, p. 34.

⁹⁰⁰ ALBIL, E. & MANTOUVALOU, V., "The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light", *Industrial Law Journal*, 2012, p. 4.

⁹⁰¹ Artículo 10 del Convenio 189 OIT

limitación de la jornada y el tiempo de descanso necesario en estos casos específicos, como garantizar a la persona trabajadora el derecho a salir libremente de la casa donde trabaja. Sin embargo, puede existir una colisión de derechos, dado que el titular tiene también el derecho a garantizar la intimidad de su esfera privada y familiar⁹⁰². Por ello, corresponderá a las legislaciones nacionales regular ambos derechos de forma equitativa.

Con relación a la igualdad de trato en materia de retribución, el Convenio 189 establece la equiparación con el salario de dichas personas trabajadoras con las de un trabajador ordinario e igual para hombres y mujeres, siendo al menos lo dispuesto por el régimen de salario mínimo “*allí donde ese régimen exista*”⁹⁰³. Por lo tanto, resulta una disposición legal de difícil cumplimiento en determinados Estados. Asimismo, el Convenio 189 no hace ninguna referencia a la documentación del pago del salario, como medio probatorio del cumplimiento de este⁹⁰⁴.

Llama poderosamente la atención la forma en la que el Convenio en su art. 14 recoge la garantía de la seguridad social a las personas empleadas del hogar, dado que lejos de equipararla con la de los trabajadores ordinarios, alude a la misma con la expresión “*condiciones no menos favorables*”, de lo que se deduce que puede haber excepciones respecto del régimen general de seguridad social, sin que se garantice una seguridad jurídica completa⁹⁰⁵. Con ello se interpreta que, el Convenio delega en las legislaciones internas la

⁹⁰² BAPTISTA CANEDO, R., *Análisis comparativo de Ley n.º 2450 del Trabajo Asalariado del Hogar y el Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos o del hogar*, FES-ILDIS, La Paz Bolivia, 2011, p. 10.

⁹⁰³ Artículo 11 del Convenio 189 OIT

⁹⁰⁴ OLIVEIRA DO PRADO, R., “El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, p. 130.

⁹⁰⁵ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 29.

protección de estas personas en lo que respecta a la seguridad social. Lo mismo ocurre con la extinción del contrato de trabajo doméstico, dado que, tratándose de una relación laboral donde rige la confianza entre las partes, es difícil exigir una equiparación de trato con el trabajador ordinario⁹⁰⁶. En este sentido, el Convenio 189 no hace referencia en ninguno de sus artículos a los derechos de las personas trabajadoras domésticas en caso de extinción del contrato, y ni siquiera remite dicha labor a los Estados miembros, tal y como hace con otros muchos apartados. Aun así, será un punto que efectivamente tendrán que desarrollar las legislaciones internas.

A la vista del objetivo del presente trabajo, -la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico-, resulta de suma importancia lo dispuesto por los art. 16 y 17 del Convenio 189, que prevén un régimen de control del cumplimiento de la legislación laboral, siendo objeto de estudio del siguiente epígrafe.

2.4. Régimen de control

Con el fin de garantizar todos los derechos que recoge el Convenio 189 es necesario ofrecer un régimen de control que proteja a las personas trabajadoras de este sector.

El art. 16 reconoce a las personas trabajadoras domésticas el acceso a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos *“en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general”*⁹⁰⁷. A pesar de lo dispuesto, siendo loable el intento de equiparación de este colectivo

⁹⁰⁶ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 39.

⁹⁰⁷ Artículo 16 Convenio 189 OIT

de trabajadores con los ordinarios⁹⁰⁸, siguiendo el tenor literal de dicho artículo el Convenio 189 recurre al establecimiento de medidas no menos favorables, sin que se contemple una equiparación integral con los trabajadores del régimen laboral ordinario, pudiendo exponer a las personas trabajadoras de este sector laboral a la discriminación en tanto en cuanto el trato hacia los mismos no resulta igual que el de los trabajadores ordinarios.

Por su parte, el art. 17 impone la obligación a todos los Estados miembros tanto de *“establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores domésticos”*, como de *“poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico”*. Dichas medidas, continúa el artículo 17, especificarán las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio, con el debido respeto a la privacidad, siendo, igualmente, compatibles con la legislación interna. Así, se podrá sancionar administrativamente al titular del hogar familiar por el incumplimiento o vulneración de las normas que regulan esta relación de trabajo, el Convenio 189 obliga a los Estados miembros a *“formular y poner en práctica medidas relativas a las sanciones”*, *“prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico”*⁹⁰⁹, entendiéndose con ello que tendrán cabida las leyes que regulan las infracciones y sanciones en el orden social⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados del hogar”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6 N°7, 2013, p. 70.

⁹⁰⁹ Artículo 17 del Convenio 189 OIT.

⁹¹⁰ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados del hogar”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6 N°7, 2013, p. 71.

Por lo que respecta a este apartado, el Convenio 189 mantiene cierta dicotomía⁹¹¹ dado que intenta cohesionar la necesaria intervención de la acción pública para procurar el cumplimiento de las normas laborales con el respeto y la salvaguarda de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar⁹¹². Esto es, no es que se niegue el control administrativo y la posibilidad de sancionar al titular del hogar, sino que la normativa puede tutelar con mayor rigor el ejercicio de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar⁹¹³. Ello, a nuestro modo de ver, dada la escasa especificación de dichos controles refleja cierta invitación a la no realización de los mismos y, por lo tanto, genera opacidad y garantiza la impunidad de posibles abusos, lo cual provoca un ambiente propiciador para la generación de la trata de seres humanos.

A pesar de la garantía de derechos que emana el Convenio 189 para las personas trabajadoras de este sector laboral, dicho instrumento no profundiza o directamente obvia ciertos aspectos esenciales para dignificar el mismo y equipararlo con el régimen de trabajo ordinario, siendo dichos puntos objeto del siguiente epígrafe.

⁹¹¹ MUÑOZ AUNIÓN, A., “El trabajo doméstico, ¿último eslabón en la cadena de los derechos humanos de los trabajadores? Su regulación en el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista Gaceta Laboral*, 2014, p. 11.

⁹¹² QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 34.

⁹¹³ QUESADA SEGURA, R., “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 35.

2.5. Síntesis

Resulta de importancia destacar el Convenio 189 OIT por ser el primer instrumento en la regulación de dicho sector laboral, por el reconocimiento de los derechos que ello supone, así como por su régimen protector para la garantía de los mismos.

Sin embargo, vemos que su alcance real dependerá de las distintas legislaciones nacionales, dado que tiene mucha falta de precisión en algunos puntos, y también demasiadas remisiones a las normas nacionales, permitiendo a los Estados miembros una vía de discrecionalidad a la hora de regular los derechos y obligaciones de estas personas trabajadoras.

Así, por ejemplo, el Convenio 189 otorga a los Estados gran libertad a la hora de fijar el contenido del contrato, y estos pueden optar por regular el mismo desde el respeto absoluto a los derechos a la intimidad personal y familiar del hogar donde se prestan los servicios, o también en el mejor de los casos, los Estados pueden optar por una legislación lo más equiparada posible al trabajador ordinario. Por ello, a nuestro modo de ver, el Convenio 189 no insta lo suficiente a los Estados a dicha equiparación por lo que se sigue manteniendo cierta distinción discriminatoria ante lo dispuesto para los trabajadores ordinarios.

En este sentido resulta especialmente destacable lo recogido en el art. 9 de dicho instrumento, dado que se les obliga a los estados miembros a *“adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos: a) puedan alcanzar libremente con el empleador o empleador potencial un acuerdo sobre si residirán o no en el hogar para el que trabajan; b) que residen en el hogar para el que trabajan*

no estén obligados a permanecer en el hogar o a acompañar a miembros del hogar durante los períodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales; y c) tengan derecho a conservar sus documentos de viaje y de identidad". Con ello, el Convenio 189 admite que el propio espacio de trabajo genera opacidad y garantiza la impunidad de posibles abusos y que es un ámbito de trabajo que propicia la explotación por sus características especiales. Aun así, no se concretan las obligaciones y los derechos necesarios para impedirlo.

A pesar de que ROMERAL FERNÁNDEZ dispone que sería irrazonable equiparar la relación del trabajo doméstico y el trabajo ordinario, puesto que las diferencias son realmente considerables⁹¹⁴, a nuestro modo de ver, no existe mejor medio para su protección e indiscriminación que la equiparación de dicho régimen laboral con el común. Sin embargo, siendo por ahora un régimen laboral diferenciado, conviniendo con QUESADA SEGURA⁹¹⁵, resulta necesario que los Estados miembros limiten la autonomía del empleador, bien a través de la negociación colectiva como a través de la intervención de los poderes públicos.

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, el Convenio sólo ha sido ratificado por veinticinco países (en el caso europeo por seis: Alemania, Italia, Bélgica, Portugal, Suiza y Finlandia).

La normativa referente en la Unión Europea en el ámbito del servicio doméstico es el Convenio 189, tanto porque es el único

⁹¹⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., "El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados del hogar", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6 N°7, 2013, p. 89.

⁹¹⁵ QUESADA SEGURA, R., "La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 44.

mandato internacional vinculante para los Estados, como por la inexistencia de una Directiva al respecto en la Unión Europea. Por consiguiente, la Unión Europea mediante la Decisión del Consejo de 28 de enero de 2014 ha autorizado a los Estados miembros a ratificar el Convenio 189.

Sin embargo, España no ha ratificado el Convenio 189 puesto que el Real Decreto 1620/2011⁹¹⁶, de 14 de noviembre, fue el instrumento adoptado en materia de regulación especial de las personas trabajadoras del hogar en el país, siendo la aprobación de las dos normas casi simultánea⁹¹⁷.

Ahora bien, era uno de los objetivos del Gobierno con el fin de ampliar los derechos de las personas trabajadoras de este sector laboral, aunque dicha cuestión pueda verse postergada por las inconveniencias surgidas a raíz de la pandemia del COVID-19.

⁹¹⁶ En adelante RD 1620/2011.

⁹¹⁷ El Convenio 189 de la OIT es adoptado en el mes de noviembre de 2011 al igual que el RD 1620/2011, y previamente en el mes de agosto de ese mismo año se había publicado la Ley 27/2011.

III. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, lejos de equiparar dicho sector laboral y su regulación a la de los trabajadores ordinarios, tal y como se ha mencionado en 2011 entró en vigor del RD 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se derogó el RD 1424/1985, de 1 de agosto, que supuso la primera norma sobre la materia. La inexistencia de derechos de las personas trabajadoras del servicio doméstico resultaba latente, tanto en materia laboral como de Seguridad Social, teniendo en cuenta que ha sido considerado un trabajo “de poco valor”, siendo predominante el sexo femenino y desde hace varios años, la mayoría de estas, extranjeras⁹¹⁸. En lo referente a la afiliación al régimen de Seguridad Social de este colectivo de trabajadores, con la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁹¹⁹, se integró por primera vez a las personas trabajadoras domésticas en el Régimen General de la Seguridad Social.

La diferenciación se recoge en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁹²⁰, conocido por dicha última nomenclatura.

Siguiendo lo dispuesto por el preámbulo de la RD 1620/2011, las condiciones particulares de la actividad laboral de este sector

⁹¹⁸ VELAZ DÍAZ, R., “De la Ley 27/2011 al RD-Ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *Temas laborales*, 2013, p. 128.

⁹¹⁹ En adelante Ley 27/2011

⁹²⁰ En adelante Estatuto de los Trabajadores

justifican una regulación específica y diferenciada, tanto por el ámbito donde se desarrolla la actividad, como por el vínculo personal y familiar que preside la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, basado en una especial relación de confianza⁹²¹.

Por tanto, el lugar de prestación de los servicios siendo, este el hogar familiar, y la confianza entre las partes, son características determinantes de esta relación para su tratamiento especial. A pesar de su tratamiento diferenciado, el Estatuto de los Trabajadores en su art. 2.2 recoge que *“en todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución”*.

Resultan especialmente destacables los seis supuestos de exclusión del ámbito de esta relación laboral especial que recoge el art.2 del RD 1620/2011: se excluyen los contratos concertados con personas jurídicas civiles o mercantiles, aun cuando el contrato tenga como objeto tareas propias del servicio del hogar⁹²²; quedarán también excluidas las relaciones concertadas por Empresas de Trabajo Temporal, dado que los mismos no pueden ser titulares de un hogar familiar donde prestar servicios; también se excluyen del ámbito de la relación laboral del servicio del hogar familiar, los trabajos desempeñados por los “cuidadores profesionales” siempre que dependan de una empresa privada o de una entidad pública que los contrata para prestar servicios; del mismo modo, el RD 1620/2011 excluye de su ámbito de aplicación a aquellos cuidadores no profesionales cuando atienden a personas en situación de dependencia en su domicilio, siempre que esa ayuda se

⁹²¹ Así se expresa en el Preámbulo del RD 1620/2011, de 14 de noviembre.

⁹²² STS 6323/2008, sala de lo Social, de 21 de octubre de 2008 que declara que no es relación laboral especial sino ordinaria la de la trabajadora al servicio de una persona jurídica, aunque las tareas a desarrollar se refieran a las del trabajo doméstico.

preste por personas de la familia o del entorno de esta⁹²³; tampoco se encuentran incluidos las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos. Esta presunción de no laboralidad se dará en aquellos supuestos de convivencia⁹²⁴.

La relación laboral especial se circunscribe a las relaciones de trabajo entre el titular del hogar familiar –el titular del domicilio, o el lugar de residencia en el que se presta el servicio doméstico⁹²⁵– y la persona que de forma independiente presta servicios retribuidos en el hogar familiar⁹²⁶. Se puntualiza que *“se utiliza el término empleador y no empresario para realzar la ausencia de una producción de bienes o de prestación de servicios en una economía de mercado, es decir, la regulación de esta relación especial está pensada para un empleador que no goza de características ni del concepto común de empresario, en tanto que carece de una explotación, en el sentido económico de la palabra”*⁹²⁷.

Por su parte, el art. 3 del Real Decreto 1620/2011 estipula que los derechos y obligaciones nacidos de esta relación se regirán de acuerdo con lo establecido en su relación específica constituida

⁹²³ Siguiendo lo dispuesto por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, podrán asumir esa condición de cuidador el cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. En cuanto a las personas de su entorno, se hace referencia excepcionalmente a cuidadores no profesionales que aún no teniendo el grado de parentesco anterior, sean residentes en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino y se hubiera dedicado a la atención de la persona en situación de dependencia durante un periodo de un año. No obstante, la Administración competente excepcionalmente puede permitir dichos cuidados por una persona de su entorno, en aquellos casos de dependencia Grado I, en entornos rurales. Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (Apartado 7).

⁹²⁴ RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 65.

⁹²⁵ Art. 1.3 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre

⁹²⁶ Art. 1.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre

⁹²⁷ RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados del hogar*, Atelier, Madrid, 2013, p. 44.

por el Real Decreto 1620/2011, y de forma supletoria, por la normativa laboral común siempre que sea compatible con las peculiaridades de esta relación. Sin embargo, no se especifica qué preceptos de la normativa laboral común resultan incompatibles con esta relación especial⁹²⁸.

Al margen de lo mencionado, la Ley 27/2011 y el RD 1620/2011 han aproximado la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar a la relación laboral común⁹²⁹. Sin embargo, no se ha producido una equiparación total, manteniéndose ciertas diferencias y desigualdades de tratamiento en comparación con los trabajadores ordinarios⁹³⁰.

Con el objeto de delimitar el tratamiento especial de estos trabajadores, el art. 1.4 del RD 1620/2011, recoge los servicios o actividades que pueden desarrollarse en la función de esta relación laboral de carácter especial de servicio del hogar familiar. Los servicios o actividades en/para el hogar son las tareas que precisa la norma, junto con la dirección y cuidado del mismo en su conjunto o en alguna de sus partes, el cuidado de los miembros de la familiar, la jardinería y la conducción de vehículos y otros análogos⁹³¹.

En este sentido, es destacable la amplitud funcional que puede alcanzar el trabajo del servicio doméstico, dado que las tareas mencionadas en la norma son incorporadas sin carácter exhaustivo, por lo que se entiende que pueden incluirse otras tareas dirigidas a

⁹²⁸ CUEVA PUENTE, M. C., *La relación laboral especial de los empleados del hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 219.

⁹²⁹ VALENCIANO SAL, A., “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, *Revista de información laboral*, N° 5, 2012, p. 23.

⁹³⁰ VELAZ DÍAZ, R., “De la Ley 27/2011 al RD-Ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *Temas laborales*, 2013, p. 131.

⁹³¹ Artículo 1. 4 del Real Decreto 1620/2011

la satisfacción y las necesidades propias del ámbito doméstico⁹³². Siguiendo lo dispuesto por una investigación empírica llevada a cabo en la Comunidad Autónoma Vasca sobre personas empleadas del hogar, se destacan ciertas diferencias si la trabajadora se encuentra en régimen interno o externo o son contratadas por horas; por ejemplo, entre las externas por horas suelen realizar tareas vinculadas al mantenimiento del hogar. Por su parte, las trabajadoras en régimen externo de media jornada o jornada completa, así como régimen interno, las tareas realizadas se combinan con las labores de mantenimiento del hogar, así como con el cuidado de personas en situación de dependencia, por lo que hay un aumento de la carga de tareas a realizar, teniendo en cuenta que al tratarse de personas mayores el cuidado de estas tiende a intensificarse⁹³³. Así, las tareas se extienden desde la limpieza, la cocina, la colada, la plancha, los recados, hasta los cuidados tanto de menores en distinta situación de dependencia como de adultos mayores.

A la vista de lo mencionado, la relación laboral de carácter especial se diferencia del régimen ordinario de trabajadores por el lugar donde se trabaja, así como por la relación de empleador-empleado, siendo dos personas físicas unidas mediante una relación contractual para recibir y ofrecer servicios en el hogar. No obstante, el hecho de no definir y delimitar las tareas a realizar por la persona empleada doméstica puede contribuir al abuso de dichas trabajadoras. Por consiguiente, a nuestro modo de ver, las mismas deberían definirse de forma exhaustiva teniendo en cuenta la opacidad que produce el propio hogar, dado que según el art. 18.2

⁹³² MIÑARRO YANINI, M., *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Reus, Madrid, 2013, p. 22.

⁹³³ ESCOVAR NOGALES, A., GIL PASCUAL, P., QUINTANA CANTERO, L., FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, R., RUGAMAS RIVAS, S. & ROCO SANFILIPPO, J., *Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral*, Mundubat, Bilbao, 2018, p. 37.

de la Constitución “*el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”.

Con el fin de realizar una aproximación a la normativa laboral de dicho sector laboral, destacaremos los puntos más problemáticos en comparación con el régimen ordinario de los trabajadores y aquellos supuestos que producen opacidad en el sector laboral en cuestión que dificultan la detección de la trata de seres humanos.

1. El ingreso al trabajo del personal al servicio del hogar familiar y el contrato

El ingreso al trabajo se establece en el art. 4 del RD 1620/2011 que destaca tres aspectos: en relación al primero, dispone que “*los empleadores podrán contratar a los trabajadores directamente o por intermediación de los servicios públicos de empleo o de las agencias de colocación debidamente autorizadas*”. La fórmula más utilizada hasta el momento ha sido la contratación directa de los trabajadores; en segundo lugar, se establece que los servicios Públicos de Empleo y las agencias de colocación deberán garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo y, en tercer lugar, evitar la discriminación.

Por su parte, el RD 1620/2011 no abarca las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil y dicha exclusión supone una posible vía de explotación para las personas de este sector laboral. Por ello, el RD 1620/2011 debe extenderse a las personas trabajadoras domésticas contratadas estas personas jurídicas.

En lo que respecta al contrato de trabajo del ámbito del servicio doméstico, el art. 5.1 del RD 1620/2011 recoge que el contrato podrá ser celebrado por escrito o de palabra, aunque deberá formalizarse por escrito cuando así lo exija una disposición legal para una modalidad determinada, tal y como prevé el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores. Así, se exige la contratación de forma escrita, por lo que se ofrecen mayores garantías que en el Convenio 189, donde dicha obligación estaba únicamente circunscrita a los empleados extranjeros. Con ello, se favorece la prevención de fraudes y abusos, dignificando el trabajo doméstico⁹³⁴.

Siempre que la relación laboral sea superior a cuatro semanas, la persona trabajadora del hogar debe conocer los elementos esenciales del contrato, como las prestaciones salariales en especie cuando se haya convenido su existencia, la duración y distribución de los tiempos de presencia y su sistema de retribución o compensación y el régimen de las pernoctas de la persona trabajadora.

Ahora bien, a pesar de que la normativa vigente exija un contrato de trabajo, ello no es reflejo de la realidad dado que, siguiendo a la investigación realizada por “Mundubat” en el 2018 en la CAV sobre las personas trabajadoras domésticas, la mitad de la muestra que participó en dicha investigación carecía de un contrato⁹³⁵.

⁹³⁴ LÓPEZ GANDÍA, J. & TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 28; MIÑAMBRES PUIG, C., “El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar”, *Civitas. Revista española de derechos del trabajo*, 2013, p. 121.

⁹³⁵ ESCOVAR NOGALES, A., GIL PASCUAL, P., QUINTANA CANTERO, L., FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, R., RUGAMAS RIVAS, S. & ROCO SANFILIPPO, J., *Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral*, Mundubat, Bilbao, 2018, p. 65.

Dicha realidad se debe generalmente a dos motivos: el primero, porque no compensa la cotización correspondiente para llegar a percibir un salario digno en su jubilación, y los segundos supuestos se corresponden con la irregularidad administrativa de la persona trabajadora por lo que no podrá realizarse contrato alguno al carecer de permisos para residir y trabajar de forma legal en España. “Emakunde” también confirma dicha realidad afirmando que este sector laboral constituye una de las principales ocupaciones de las mujeres migrantes, representando ya en 2010 el 40% de este colectivo laboral⁹³⁶. El art. 4 presupone que las personas trabajadoras del hogar cuentan con una autorización administrativa para trabajar y residir en España, aunque se sepa que un alto número de trabajadores del sector se encuentra en situación irregular⁹³⁷. Ello repercute en beneficio de la economía sumergida, así como en la indefensión de dichas personas trabajadoras dado que, a pesar de representar casi la mitad del sector laboral, no se encuentran protegidas por este régimen laboral especial⁹³⁸, por la imposibilidad de contratar a una persona que se encuentra en situación administrativa irregular y sin permiso de trabajo⁹³⁹. Por ello, entendemos que con esta regulación del régimen

⁹³⁶ NOGUEIRA DOMÍNGUEZ, J. & ZALAKAIN HERNÁNDEZ, J., *La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadores en servicios domésticos y de cuidado en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, Emakumearen Euskal Erakundea-Instituto Vasco de la Mujer, 2015, p. 47.

⁹³⁷ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de seguridad social”, *RJUAM*, 2013, pp. 137-165, p. 143.

⁹³⁸ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de seguridad social”, *RJUAM*, 2013, pp. 137-165, p. 144.

⁹³⁹ Art. 15.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, relativa a los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “*los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio de Interior, el permiso de trabajo cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años*”. Asimismo, el art. 17 prevé para los trabajadores de cuenta ajena que “*el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente*

especial solo se protege a un porcentaje de este colectivo de trabajadoras, dado que casi un 40% carecen de dichos derechos y protección, encontrándose realmente expuestas al abuso y la explotación.

2. Condiciones de seguridad y salud en el trabajo

Por lo que respecta a la seguridad e higiene en el trabajo, el RD 1620/2011 recoge en su art. 7.2 lo siguiente: *“cuidar de que el trabajo del empleado del hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo que adoptará medidas eficaces, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado”*.

Resulta muy complejo el cumplimiento de dichas medidas debido a la dificultad de aprehender el sentido y alcance del concepto “medidas eficaces”⁹⁴⁰. Por ello, esta medida es *“una mera declaración de intenciones de carácter programático y sin contenido material en la práctica”*⁹⁴¹, tanto por la vaguedad de la disposición como por la falta de un sistema de control del cumplimiento de la obligación preventiva⁹⁴², dado que el RD 1620/2011 excluye a los empleados del hogar de la protección específica que recoge la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, suponiendo una vez más, otra clausula discriminatoria en comparación a los trabajadores comunes.

el compromiso formal de la colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo”.

⁹⁴⁰ MIÑARRO YANINI, M., *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Reus, Madrid, 2013, p. 41.

⁹⁴¹ GARCÍA GONZÁLEZ, M. L. A., *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 185.

⁹⁴² RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, p. 64.

3. Retribución salarial y tiempos de trabajo

En materia de retribución salarial de los empleados del hogar el RD 1620/2011 se remite, al igual que el Convenio 189, al salario mínimo interprofesional fijado anualmente por el Gobierno⁹⁴³. El art. 6.1 del RD 1620/2011 prevé que este salario podrá ser objeto de mejora a través de pacto individual o colectivo. En este sentido, el art. 8 RD 1620/2011 garantiza que la remuneración sea como mínimo el Salario Mínimo Interprofesional, además del derecho a dos gratificaciones extraordinarias, que como mínimo serán de igual cuantía que el salario, sin tomar en cuenta la posible remuneración en especie que pueda recibir el empleado, como alojamiento o manutención, que puede ascender hasta un máximo del 30% del salario total. Ello también es aplicable a los empleados del hogar que trabajen por horas, a los que se les aplica el salario mínimo interprofesional, según dispone el art. 8.5 del RD 1620/2011 *“este salario mínimo se abonará íntegramente en metálico en proporción a las horas efectivamente trabajadas”*.

Ahora bien, el gran número de trabajadoras domésticas que no se encuentran en situación administrativa regular se presenta como un factor para el abuso en la retribución salarial, dado que resulta difícil controlar dichas situaciones y el empleador podrá abusar de su situación y no remunerar el trabajo, como mínimo, con el Salario Mínimo Interprofesional.

Por su parte, la retribución salarial varía consecuentemente con el número de horas trabajadas. En el caso de las personas empleadas del hogar llama la atención “el tiempo de presencia” más allá de la jornada ordinaria. Para su regulación el RD se remite al

⁹⁴³ El Salario mínimo interprofesional para el año 2020 está fijado en 950€ mensuales. Disponible en: <http://www.salariominimo.es/>

Estatuto de los Trabajadores⁹⁴⁴; este periodo es singular en este sector laboral, en el cual los trabajadores domésticos permanecen a disposición del hogar, sin que dispongan libremente de su tiempo, para responder a posibles requerimientos de sus servicios⁹⁴⁵. Así, “tiempo de presencia” supone “*estar disponible*” para atender las necesidades de los miembros de la familia, cuando esto fuera necesario⁹⁴⁶. No obstante, esta definición de tiempo de presencia, que obliga a la persona empleada a permanecer a disposición del empleador, no engloba un periodo de descanso, dado que el empleado se encuentra sometido a las necesidades del empleador, pudiendo requerirle este último en cualquier momento, de tal forma que el tiempo de presencia se convierte en tiempo de trabajo efectivo⁹⁴⁷. Además, en la práctica se pueden dar grandes problemas a la hora de delimitar las fronteras entre los tiempos de presencia y el trabajo efectivo, sobre todo si hablamos del trabajo interno, así como a la hora de determinar si el tiempo de permanencia del trabajador interno en el hogar se trata de tiempo de descanso o tiempo de presencia.⁹⁴⁸

La falta de delimitación del tiempo de presencia de la persona trabajadora puede generar situaciones de abuso siendo necesario que la norma especifique tales situaciones que puedan suponer la existencia de tiempos de presencia⁹⁴⁹. Además, el tiempo de presencia es dependiente del acuerdo entre las partes y teniendo en

⁹⁴⁴ Art. 9 del RD 1620/2011 y art. 35 del Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁴⁵ Art. 10 del Convenio 189 OIT

⁹⁴⁶ OIT, *Trabajo doméstico. Nota de Información 2. Horas de trabajo en el trabajo doméstico*, 11 de julio de 2011.

⁹⁴⁷ DE NIEVES NIETO, N., *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010, p. 125.

⁹⁴⁸ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 enero 2016 (Rec. 2320/2015), señala que “*entender lo contrario significaría que todas las horas de estancia en el domicilio familiar, que los empleados de hogar internos dedicaran a dormir, asearse, arreglarse, leer ver la televisión, etc. Deberían ser consideradas como horas de presencia*”.

⁹⁴⁹ VELA DÍAZ, R., *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012, p. 234.

cuenta que la relación laboral especial se circunscribe a lo acordado entre dos personas físicas, en la opacidad de un hogar familiar, la misma puede carecer de equilibrio, por lo que el empleador puede estar imponiendo dicha práctica⁹⁵⁰.

El resto del contenido del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores es aplicable a dicha relación especial, a saber, la imposibilidad de los trabajadores a tiempo parcial de realizar horas extraordinarias, salvo los supuestos de fuerza mayor, según prevé el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores; en dichos supuestos de fuerza mayor podría incluirse la enfermedad de algún miembro de la familia por ejemplo⁹⁵¹.

Por su parte, resulta sorprendente que el RD 1620/2011 no realice referencia alguna a la denominada “jornada nocturna”, asociada al aumento de necesidades de los cuidados de personas mayores. La contratación de empleadas de hogar para dicha tarea constituye, efectivamente, una práctica muy habitual que requiere, tal y como disponen tanto el Convenio de la OIT 189, como su Reglamento, de una regulación específica.

Ahora bien, en la medida en que la regulación tanto de la jornada nocturna, como de su concreta compensación económica implica un aumento considerable del salario total de las personas trabajadoras en régimen interno, la ausencia de referencia expresa al respecto en el ámbito de la legislación española, no parece obedecer a un simple olvido⁹⁵². Ello genera una opacidad enorme

⁹⁵⁰ QUESADA SEGURA, R., “Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, *Tribunal social: Revista de seguridad social y laboral*, 2008, p. 44; ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 7, 2013, p. 59.

⁹⁵¹ DE NIEVES NIETO, N., *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010, p. 128.

⁹⁵² ESCOVAR NOGALES, A., GIL PASCUAL, P., QUINTANA CANTERO, L., FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, R., RUGAMAS RIVAS, S. & ROCO SANFILIPPO, J.,

que favorezca los abusos y no solo para las personas en situación administrativa irregular que carecen de derechos, sino también para las que residen de forma regular y tienen un permiso de trabajo. Con la ausencia de dicha regulación, a nuestro modo de ver, el ordenamiento jurídico español está aceptando el abuso y la posible explotación en el sector, teniendo en cuenta la relación laboral especial y la subordinación en la que se puede encontrar la persona empleada.

4. Régimen Especial de la Seguridad Social de empleados del hogar y la prestación por desempleo

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, las personas trabajadoras del hogar tienen derecho a prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones que establece el Régimen General, según lo dispuesto por la Ley 27/2011, que regula dicho Régimen especial de Seguridad Social para este colectivo.

A pesar de que la Ley 27/2011, en materia de protección, establece el subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, no comprenderá la acción protectora al desempleo, por lo que no se equipará dicho Régimen especial de Seguridad Social al resto de trabajadores del régimen general.

Así, aun incorporándose al Régimen de la Seguridad Social, por tratarse de un sistema especial y diferenciado, no se les reconoce la prestación por desempleo, lo que resulta totalmente discriminatorio, teniendo en cuenta que dichas personas, al estar muchas veces al cuidando de personas mayores, por el fallecimiento

Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral, Mundubat, Bilbao, 2018, p.72.

de la misma la única indemnización legal a la que tienen derecho es a una mensualidad de salario independientemente de la antigüedad. Así, dicho sistema de Seguridad Social no prevé prestación por desempleo alguno para este colectivo de personas trabajadoras aun habiendo cotizado en la misma durante años. Tal y como recoge RODRÍGUEZ CARDO, a pesar de que a este colectivo se les reconozca formalmente derechos, se demuestra que el propósito recaudatorio prima ante la mejora de derechos⁹⁵³.

Ahora bien, teniendo en cuenta los daños colaterales que ha ocasionado la pandemia mundial del COVID 19, el Gobierno de España ha tenido que tomar ciertas medidas para la protección de las personas trabajadoras de este sector. Así, el 4 de mayo de 2020 se ha publicado un procedimiento para que estas personas trabajadoras puedan solicitar un subsidio extraordinario que las equiparará a los trabajadores que vean suspendido su trabajo con un ERTE, siempre que puedan acreditar que su empleador las ha despedido o suspendido⁹⁵⁴. Con ello, puede que surja un precedente para establecer un subsidio o prestación por desempleo en dicho sector laboral.

A la vista de la aproximación realizada sobre el régimen laboral especial de las personas trabajadoras del servicio doméstico, destacamos las siguientes conclusiones: entendemos que, al no establecer una equiparación con el régimen ordinario de trabajadores, estas personas son discriminadas. A mayor

⁹⁵³ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, p. 53

⁹⁵⁴ Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID 19.

abundamiento, dicha regulación ampara solo a un porcentaje de trabajadores, mientras que la otra mitad no está protegida ante el abuso y la explotación, dado que se trata de personas en situación administrativa irregular que carecen de permiso de trabajo. Por consiguiente, en este sector laboral parece que se acepte el abuso de dichas personas, teniendo en cuenta además que ciertos aspectos como “los tiempos de presencia” o las “jornadas nocturnas” tienen una escasa o nula regulación.

Con el fin de controlar tanto lo dispuesto por el RD 1620/2011 como para la detección de situaciones de explotación, así como la trata de seres humanos en dicho sector laboral, las inspecciones de trabajo cobran gran valor, al ser el mecanismo de control para garantizar los derechos de las personas trabajadoras del hogar, como veremos a continuación.

5. El control de la inspección de trabajo y la tutela judicial

Según lo dispuesto en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el cometido de la inspección se circunscribe a la vigilancia y a la exigencia del cumplimiento de la normativa laboral, según lo establecido por las normas legales, reglamentarias y el contenido de acuerdos, y convenios colectivos. Dicha inspección será iniciada por medio de orden superior, de orden de servicio derivada por planes o programas de inspección, por petición razonada de otros órganos, así como en virtud de alguna denuncia o iniciativa propia de los inspectores.

Dichas inspecciones, en la casuística concreta de los hogares, con carácter general, suelen realizarse de forma coordinada con las

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, mediante visitas conjuntas⁹⁵⁵. Los controles realizados incluyen atender a la situación laboral de las personas trabajadoras, alta en la seguridad social, así como el control de la autorización de trabajo en los casos que la persona trabajadora sea extranjera.

Una de las dificultades que conlleva las inspecciones en los domicilios, es la propia inviolabilidad del mismo⁹⁵⁶; la Constitución Española en su art. 18.2 establece que *“el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*. El art. 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo recoge que *“si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”*. Así, la única vía para la inspección serán los permisos correspondientes del titular o una autorización judicial⁹⁵⁷. Por ello, la persona trabajadora del hogar puede ver negados ciertos derechos, dado que, por darse dentro de los límites privados, se debe salvaguardar los derechos de inviolabilidad del domicilio y el respeto a la intimidad⁹⁵⁸. Así, las Inspecciones de Trabajo podrán realizarse siempre y cuando el dueño del domicilio dé permiso para ello, o bajo orden judicial.

El instrumento no establece cómo deben realizarse, ni en qué casos. En este sentido, sería necesario establecer una previsión en relación con sobre el delito de trata de seres humanos, dado que

⁹⁵⁵ Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, 30 de abril de 2013.

⁹⁵⁶ RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 128.

⁹⁵⁷ TSJ de Madrid, de 24 de noviembre de 2008.

⁹⁵⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Delitos contra los derechos de los extranjeros, *Cuadernos de Derechos Judicial*, 2003, p. 60.

resulta un ámbito de gran peligro para las víctimas de este delito por la intimidad que presenta el hogar familiar y, por consiguiente, por la inviolabilidad de este sin orden judicial o permiso correspondiente del dueño. Los derechos laborales expuestos en dicho Real Decreto se subordinan y someten a una descompensación siempre a favor de los derechos e intereses del empleador⁹⁵⁹.

La colisión de derechos es relevante, dado que la imposibilidad de la entrada en el domicilio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dificulta la aplicación del derecho a la seguridad y a la salud laboral de este colectivo⁹⁶⁰, así como la detección de supuestos que atentan contra la integridad moral y la libertad de una persona víctima de trata de seres humanos. A pesar de que ello no sea el objetivo de las inspecciones de trabajo, es una de las únicas formas de detección de estos casos al margen de una denuncia sobre un supuesto de trata de seres humanos y la explotación en el servicio doméstico.

Teniendo en cuenta que un gran porcentaje de las personas trabajadoras en este sector se encuentran en situación administrativa irregular, la dificultad de realizar inspecciones de trabajo facilita el abuso y la explotación de las mismas⁹⁶¹, así como la trata de seres humanos con fines de explotación en el servicio doméstico.

⁹⁵⁹ SANZ SÁEZ, C., *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*, Universidad de Catilla La Mancha, Ciudad Real, 2015, 396.

⁹⁶⁰ GONZÁLEZ CARVAJAL GARCÍA, J. M., *Aspectos Jurídicos Públicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Colex, 2000, p. 61.

⁹⁶¹ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., “La contratación irregular de los empleados del servicio del hogar familiar”, *Lex Social*, 2019, p, 192.

IV. CONCLUSIONES

Tras esta aproximación al régimen jurídico que concierne al ámbito de explotación del objetivo del presente trabajo, pasaremos a realizar una síntesis de los aspectos a destacar en relación con el abuso en dicho ámbito laboral.

Así, tal y como ha sido mencionado, el Régimen laboral especial del servicio del hogar familiar, los servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar se conciertan entre un titular, como empleador, y el empleado que desempeña por cuenta ajena. Ahora bien, a pesar de tratarse de un acuerdo entre dos personas físicas, no nos encontramos ante una relación de igualdad, dado que el empleador tiene cierto poder ante la persona trabajadora. Esto se incrementa en aquellos casos en los que la persona trabajadora no tenga el permiso de residencia y trabajo correspondiente para poder trabajar legal y de forma remunerada.

Ahora bien, además de tener en cuenta dicha diferencia de poder, el Régimen laboral especial no protege a estas personas de posibles abusos. A modo de ejemplo, recordemos las tareas o actividades que pueden realizar estas personas: las tareas domésticas, el cuidado o atención de los miembros de la familia, otros trabajos tales como guardería, jardinería, conducción de vehículos, siempre y cuando formen parte del conjunto de tareas domésticas. Tal y como se ha mencionado, el volumen de trabajo puede ir incrementando en la medida que las personas a las que se les cuida sean cada vez más dependientes, por lo que pueden darse situaciones que supongan un aumento de tareas a realizar, aunque dentro de las mismas horas de trabajo y, por ello, mismo salario.

Tal y como ha sido mencionado, se ha creado un sistema especial dentro del Régimen general de la Seguridad Social para este colectivo de trabajadoras; ahora bien, centrado sobre todo en regular

la prestación económica, dado que estas personas siguen sin tener derecho a una prestación por desempleo, siendo totalmente discriminatorio.

Por lo que respecta a la trata de seres humanos y la explotación en el servicio doméstico, uno de los aspectos más relevantes de dichas exclusiones es que las formas de contratación que contempla el RD 1620/2011 no abarca las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, y dicha exclusión, no cumple con las exigencias actuales, por lo que es necesario que se consideren también empleadoras a las empresas que ofrecen dichos servicios, y así ampliar el ámbito de aplicación del RD 1620/2011 a las personas trabajadoras domésticas contratadas por las mismas. Ello podría constituir una vía de control a los casos ilegales y las prácticas abusivas realizadas contra estas personas, dado que, tal y como dicta el art. 15.1 del Convenio 189 OIT⁹⁶², deben tomarse medidas para la protección efectiva de dicho colectivo de trabajadores contra dichas prácticas.

⁹⁶² 15. 1. Para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, todo Miembro deberá: a) determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores domésticos; c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico y se preverán sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos; d) considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y e) adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos.

Así, nuestro modo de ver, para dicha inclusión de empresas de servicio doméstico dentro del RD 1620/2011 y extensión de los derechos contemplados en el mismo a las personas trabajadoras de las mismas, debe eliminarse la restricción contenida en el art. 2.1, a) y b) de dicha norma legal⁹⁶³.

Por último, siendo uno de los puntos de la Regulación laboral de carácter especial que más nos concierne para la detección de la trata de seres humanos, las personas trabajadoras del hogar pueden ver negados ciertos derechos por darse dicha relación laboral dentro de los límites privados donde prima la salvaguarda de los derechos de inviolabilidad del domicilio y el respeto a la intimidad. Ha sido mencionado que las Inspecciones podrán realizarse siempre y cuando el dueño del domicilio dé permiso para ello, o bajo orden judicial. En este sentido, sería necesario establecer cierta cláusula en el propio RD 1620/2011 en relación con el delito de trata de seres humanos, dado que resulta un ámbito de gran peligro para las víctimas de este delito, dado que los derechos laborales expuestos en dicho Real Decreto se subordinan y someten a una descompensación a favor de los derechos e intereses del empleador.

Por ello, resulta realmente difícil (hasta imposible) la detección de casos de trata de seres humanos en el ámbito del servicio doméstico en España, a menos que haya una orden judicial o una denuncia de algún vecino que conozca la situación de la persona trabajadora o tenga sospechas de su situación.

Con el fin de concluir con dicho análisis, quisiéramos subrayar que son patentes las dificultades a las que se enfrenta

⁹⁶³ Art. 2.1. RD 1602/2011: *“No están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial: a) Las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se regirán por la normativa laboral común; b) Las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”.*

dicho colectivo de personas trabajadoras por lo que se necesita una reforma legislativa que atienda a las distintas carencias de dicha regulación laboral de carácter especial. Como mínimo la protección y el reconocimiento de derechos debe equipararse al régimen laboral ordinario; pero, además, se deben tomar más medidas de protección que en este, con el fin de evitar situación de abuso y explotación de las personas trabajadoras.

CAPÍTULO IV

APROXIMACIÓN A LA FENOMENOLOGÍA CRIMINAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN EN EL SERVICIO DOMÉSTICO: LAS VÍCTIMAS Y SU PERFIL

I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizados los instrumentos que delimitan y conceptualizan la trata de seres humanos a nivel internacional y europeo, conviene centrarse en la fenomenología victimal de la misma.

Desde la adopción y amplia ratificación del Protocolo de Palermo, varias organizaciones internacionales han dedicado su esfuerzo a investigar dicho fenómeno: como UNODC, la OIM, la OIT y la OSCE. Ciertos estudios se han centrado en los métodos utilizados por los tratantes en captar a sus víctimas, el control ejercido sobre estas, así como en las transposiciones de los mandatos supranacionales.

En este capítulo quisiéramos analizar los factores de riesgo del sector laboral que pueden propiciar la explotación laboral, las razones por las que surge este fenómeno, así como una aproximación al perfil de las víctimas.

Tal y como ha sido mencionado, la trata de seres humanos es, además de un crimen grave, una flagrante violación de los derechos humanos⁹⁶⁴, ya que reduce a las personas a meras mercancías⁹⁶⁵. La modalidad de explotación sexual de dicho fenómeno ha sido la que mayor atención doctrinal, así como institucional y política ha

⁹⁶⁴ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Considerando n.º 1: "la trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos (..)"

⁹⁶⁵ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 5 julio de 2016, sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE, *La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE*, Documento n.º 2015/2340, párr. A.

recibido⁹⁶⁶, ignorando así la trata con fines de explotación laboral⁹⁶⁷. Por consiguiente, las víctimas de dicha modalidad de trata de seres humanos resultan invisibles⁹⁶⁸, dado que no existe una alarma social al respecto, siendo la prioridad política de esta cuestión menor⁹⁶⁹ que en la modalidad de trata con fines de explotación sexual⁹⁷⁰, generando, por lo tanto, una doble victimización de las mismas.

Según lo dispuesto en el informe de la OIT de 2017 sobre una estimación mundial del fenómeno de la trata con fines de explotación laboral, 40.3 millones de personas eran víctimas del fenómeno, siendo el 24% de esta cifra explotadas en el servicio doméstico⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 6.

⁹⁶⁷ SMIT, M., "Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands", *Trends Organized Crime*, 2011, p. 187.

⁹⁶⁸ SMIT, M., "Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands", *Trends Organized Crime*, 2011, p. 187.

⁹⁶⁹ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, Council of Europe, Estrasburgo, 2013, p. 25.

⁹⁷⁰ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 6.

⁹⁷¹ ILO, *Global Estimates of Modern Slavery*, ILO, Geneva, 2017, p. 11.

II. LAS VÍCTIMAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DOMÉSTICO

1. Introducción

Mujeres, niños y niñas son captados y explotados en el desempeño de tareas y servicios domésticos⁹⁷², principalmente en hogares privados, dado que este tipo de trabajo se lleva a cabo fuera de la esfera pública, siendo una forma casi invisible de explotación humana por las dificultades que presenta la naturaleza oculta del trabajo, así como el aislamiento social que sufren las víctimas⁹⁷³. En efecto, la servidumbre doméstica es realmente difícil de detectar debido a la reclusión casi absoluta de las víctimas, teniendo en cuenta, además, que a menudo, es un sector laboral que no tiene una regulación integral, propiciando diversas formas de explotación laboral⁹⁷⁴. El peligro de sufrir explotación laboral se incrementa cuando la persona trabajadora reside en la propia casa de los empleadores, dado que resulta difícil la diferenciación entre vida privada y disponibilidad absoluta, ya que sus tareas están vinculadas a las necesidades de las personas que viven en el hogar

⁹⁷² HARDISON WALTERS, J. L., LUTNICK, A., MILLER, S. & KLUCKMAN, M., “Services to domestic minor victims of sex trafficking: opportunities for engagement and support”, *Children and Youth Services Review*, 2015, pp. 1-7; ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, 2006, p. 73; ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 25: en 2013 se identificaron por primera vez tres víctimas de Paraguay de trata para trabajo doméstico en España.

⁹⁷³ ILO, *Decent work for domestic workers. Report IV (1)*, International Labour Conference, 99th Session, 2010, ILO, Geneva, 2010, p. 10

⁹⁷⁴ ILO, *Decent work for domestic workers. Report IV (1)*, International Labour Conference, 99th Session, 2010, ILO, Geneva, 2010, pp. 11 y ss.

familiar, sin que las mismas estén claramente definidas muchas veces⁹⁷⁵.

Teniendo en cuenta las características de este sector laboral, las personas más susceptibles de sufrir esta modalidad de trata de seres humanos son las mujeres y las niñas, como resultado de una situación de necesidad y vulnerabilidad⁹⁷⁶. Siguiendo lo expuesto por DANDURAND, las víctimas de trata con fines de explotación laboral en su conjunto tienen características victimales parecidas⁹⁷⁷: la pobreza, carecen de educación y habilidades comerciales⁹⁷⁸, desempleo crónico, provienen de un hogar disfuncional y tienen el

⁹⁷⁵ DANDURAND, Y., "Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims", *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, p. 6.

⁹⁷⁶ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms Rhadika Coomaraswamy, 12 febrero 1997. E/CN.4/1997/47, p. 15.

⁹⁷⁷ DANDURAND, Y., "Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims", *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, pp. 1-18, p. 2.

⁹⁷⁸ No obstante, sobre el nivel de estudios de las víctimas existe cierta diferencia entre la doctrina; mientras que los autores españoles mantienen que la víctima de trata con fines de explotación laboral tiene un nivel bajo de estudios la doctrina internacional subraya que no todas las víctimas tienen educación limitada, sino que muchas tienen estudios superiores como carreras universitarias. REQUENA ESPADA L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. & DE JUAN ESPINOSA, M., "La trata de personas para su explotación laboral: análisis de la situación en España", *Boletín Criminológico. Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, 2009, pp. 1-4; ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, 2006, p. 73; SMIT, M., "Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands", *Trends Organized Crime*, 2011, pp. 184-197; SURTEES, R., *IOM Global Database thematic research series: Trafficking of men-a trend less considered The case of Belarus and Ukraine*, IOM, Vienna, 2008, p. 20. Es el caso de este último estudio sobre víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación laboral de Bielorrusia y Ucrania, donde el 70% de las víctimas tenían grados superiores de formación profesional o carreras universitarias

deseo de realizar sacrificios personales para cambiar su situación⁹⁷⁹ y la migración, forzada por desempleo⁹⁸⁰.

La exclusión social o discriminación que pueden sufrir las víctimas puede constituir uno de los motivos para emprender un viaje hacia otro país, en los casos de la trata internacional, y caer en el engaño de los tratantes⁹⁸¹.

A pesar de ello, también existen casos aislados en los que la víctima decide vivir cierta experiencia por lo que cambia de ubicación, de trabajo y termina como víctima de trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, como ciertos casos de *au pair*⁹⁸².

⁹⁷⁹ ZIMMERMAN, C., YUN, K., SHVAB, I., WATTS, C., TRAPPOLIN, L., TREPPETE, M., BIMBI, F., ADAMS, B., JIRAPORN, S., BECI, L., ALBRECHT, M., BINDEL, J. & REGAN, L., *The health risks and consequences of trafficking in women and adolescents. Findings from a European study*, London School of Hygiene & Tropical Medicine, London, 2003, 83; ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, 2006, p. 74; SMIT, M., "Trafficking in human beings for labor exploitation. The case of the Netherlands", *Trends Organized Crime*, 2011, p. 190; Commission of the European Communities DG Justice & Home Affairs Hippokrates JAI/2001/HIP/023, *Research base don case studies of victims of trafficking in human beings in 3 EU Member States, i.e. Belgium, Italy and The Netherlands*, 2001, p. 50; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' obligations and victims' rights*, 2015, p. 45.

⁹⁸⁰ SURTEES, R., *IOM Global Database thematic research series: Trafficking of men-a trend less considered The case of Belarus and Ukraine*, IOM, Vienna, 2008, p. 32.

⁹⁸¹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' obligations and victims' rights*, 2015, p. 45.

⁹⁸² Commission of the European Communities DG Justice & Home Affairs Hippokrates JAI/2001/HIP/023, *Research base don case studies of victims of trafficking in human beings in 3 EU Member States, i.e. Belgium, Italy and The Netherlands*, 2001, p. 50; SURTEES, R., *IOM Global Database thematic research series: Trafficking of men-a trend less considered The case of Belarus and Ukraine*, IOM, Vienna, 2008, p. 33.

2. El *modus operandi* utilizado por los tratantes en esta modalidad de trata de seres humanos

Los tratantes utilizan diversos medios comisivos para atraer a las víctimas, como el engaño, las amenazas o la violencia, participando distintas personas durante todo el proceso, comenzado por los reclutadores que las captan, así como los intermediarios transportistas; empleadores e incluso familiares y amigos, variando el método considerablemente de un país a otro⁹⁸³.

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, la fase inicial es la captación de las víctimas, siendo el o la encargada de ello alguien conocido de la víctima a nivel local, como un vecino, amigo, empleador, en quien la persona cree que se puede confiar⁹⁸⁴. Los métodos utilizados evolucionan y se adaptan constantemente a las circunstancias, por lo que, tal y como señala UNODC en el último informe publicado sobre la trata de seres humanos de 2018, el uso de las redes sociales de internet resulta un foco creciente de captación⁹⁸⁵.

En dicha fase, cada vez son más las mujeres tratantes activas en la captación de las víctimas⁹⁸⁶; mujeres con signos de haber experimentado el éxito alardean de ello como prueba para que la víctima confíe en que le puede ayudar a conseguir lo mismo⁹⁸⁷. Estas personas se acercan a las víctimas, ofreciendo amistad y ayuda para encontrar un trabajo, escolarización o alguna otra oportunidad, por

⁹⁸³ ILO, *Unbearable to the Human Hearth-Child Trafficking and Actions to Eliminate It*, International Programme on the Elimination of Child labour, Geneva, 2002, p. 20.

⁹⁸⁴ DANDURAND, Y., "Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims", *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, pp. 1-18, p. 4.

⁹⁸⁵ UNODC, *Global Report in Human Trafficking*, 2018, p. 38.

⁹⁸⁶ UNODC, *Global Report in Human Trafficking*, 2018, p. 35.

⁹⁸⁷ DANDURAND, Y., "Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims", *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, pp. 1-18, p. 4.

lo que son engañadas, entendiendo que estas personas les están haciendo algún tipo de favor⁹⁸⁸.

Teniendo en cuenta tanto la información de estos casos como los identificados en el Reino Unido, Australia, u Holanda, podemos afirmar que uno de los rasgos más distintivos de este tipo de trata es que la captación suele ser individual, sin que se realice a través de redes criminales⁹⁸⁹. Esto es, en la trata con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico, la víctima es captada mediante un familiar o una persona conocida del entorno, por lo que ello dificulta la identificación del fenómeno por la diferencia del *modus operandi*, en comparación con la finalidad de la trata de seres humanos más popular, la explotación sexual⁹⁹⁰. Por otro lado, en ocasiones estas personas trabajadoras a menudo son reclutadas por agencias de colocación que cobran cifras desorbitantes, reteniendo sus salarios para cubrir los gastos de captación, transporte, así como otras tarifas⁹⁹¹.

En otros casos, las víctimas son personas que se dedican al trabajo doméstico que siguen a su empleador por su cambio de

⁹⁸⁸ DANDURAND, Y., "Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims", *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, pp. 1-18, p. 5.

⁹⁸⁹ GORDOLAN, L. & LALANI M., *Care and Immigration: migrant care workers in private households*, Kalayaan justice for migrant domestic workers, 2009, p. 35; OSCE, *How to prevent human trafficking for domestic servitude in diplomatic households and protect private domestic workers*, Vienna, 2014, p. 16; SCHLOENHARDT, A. & JOLLY, J., "Honeymoon from hell: human trafficking and domestic servitude in Australia", *Sydney Law Review*, 2010, p. 672; ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 44.

⁹⁹⁰ SCHLOENHARDT, A. & JOLLY, J., "Honeymoon from hell: human trafficking and domestic servitude in Australia", *Sydney Law Review*, 2010, p. 673; JOKINEN, A., OLLUZ, N. & MINNA, V., "Work on Any Terms: Trafficking for Forced Labour and Exploitation of Migrant Workers in Finland", en A. JOKINEN/N. OLLUZ/K. AROMA (eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland an Estonia*, HEUNI, Helsinki, 2011, p. 71.

⁹⁹¹ VAZ CABBRAL, G., *Les formes contemporaines de d'esclavage dans six país de l'Union Européenne-Autriche, Belgique, Espagne, Grande-Bretagne, Italie*, Études Recherches, IHESI, 2002, p. 34.

residencia permanente o temporal; muchas veces mediante una entrada legal en el país, aunque, también, ha de subrayarse que, en muchos casos, estas personas migran por su propia voluntad, convirtiéndose en víctimas de trata de seres humanos por la captación engañosa que puede darse en su mismo país de origen o en el transcurso al país de destino⁹⁹².

La forma común de coaccionar a las víctimas es la servidumbre por deudas con familiares, que sirve para crear un vínculo de dependencia con el tratante y que las víctimas no se atrevan a denunciar a los traficantes, quedando sometidas a un aislamiento extremo⁹⁹³. La situación de vulnerabilidad aumenta cuando las víctimas no son de habla hispana y no comprenden el idioma del país de destino (en el caso de España), facilitando su victimización por engaño⁹⁹⁴.

A mayor abundamiento, la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico puede estar relacionada con la trata para matrimonios forzados⁹⁹⁵. Igualmente, la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico está estrechamente relacionada con la explotación sexual de la víctima, puesto que, junto a la vulneración de sus derechos laborales, la situación también las aboca a sufrir violencia sexual⁹⁹⁶.

⁹⁹² ILO, *Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2005*, 2005, p. 46.

⁹⁹³ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 45.

⁹⁹⁴ SCHLOENHARDT, A. & JOLLY, J., "Honeymoon from hell: human trafficking and domestic servitude in Australia", *Sydney Law Review*, 2010, p. 671.

⁹⁹⁵ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 45.

⁹⁹⁶ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 48. El caso de una pareja personas mayores, que empleaban a mujeres víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, y además el hombre obligaba a las chicas a mantener relaciones sexuales con él.

Al hilo de lo mencionado, podemos comprobar que tanto en la captación como en la forma de explotación se distingue de las demás modalidades de la trata de seres humanos, suponiendo a veces una *multiexplotación* por sufrir de explotación laboral y también explotación sexual y, por otro lado, también los métodos de identificación de esta forma de trata de seres humanos son distintos en comparación con otros ámbitos de explotación laboral o sexual.

3. La vulnerabilidad de las víctimas: su acentuación en el sector del servicio doméstico

Por lo que respecta a la vulnerabilidad de las víctimas, el propio sector laboral incrementa la misma, comenzando por la relación trabajador-empleador; cierta parte de la doctrina internacional prevé que el acuerdo se redacta entre las partes, siendo definido principalmente por el empleador privado⁹⁹⁷ y la mayoría de las veces mediante un acuerdo verbal en lugar de un contrato escrito. Además, recogen que, cuando existe un contrato, a menudo se trata de una formalidad pura para satisfacer a las autoridades, por lo que habrá otro tipo de pacto verbal totalmente diferente, tanto en condiciones de trabajo como en salario⁹⁹⁸. Con ello, convenimos en que en esta relación laboral prima el desequilibrio entre las partes: el poder del empleador y la indefensión de la persona trabajadora, por lo que estas últimas, rara

⁹⁹⁷ DANDURAND, Y., "Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims", *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, pp. 1-18, p. 6.

⁹⁹⁸ JOKINEN, A., OLLUZ, N. & MINNA, V., "Work on Any Terms: Trafficking for Forced Labour and Exploitation of Migrant Workers in Finland", en A. JOKINEN/N. OLLUZ/K. AROMA (eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia*, HEUNI, Helsinki, 2011, pp. 31-164, p. 79.

vez se encuentran en condiciones de negociar los términos de su contrato⁹⁹⁹.

Asimismo, las diferencias entre las partes incrementarán cuando la situación administrativa de la persona sea irregular, dado que resulta un mercado laboral opaco al darse al margen de la esfera pública y dentro de un hogar familiar privado, suponiendo un factor propiciador de una situación de explotación. Con ello, a menudo las víctimas son captadas en sus países de origen donde la situación de las trabajadoras domésticas es decadente, por lo que la nueva situación puede parecerles aceptable sin que lleguen a sentirse víctimas¹⁰⁰⁰.

4. Perfil de las víctimas de trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico

Por lo que respecta a la procedencia de las víctimas, tal y como ha sido mencionado, la trata de seres humanos puede producirse tanto a nivel nacional como transnacional, aunque siguiendo lo recogido en el informe de 2018 de UNODC, la trata transnacional prevalece frente a la de nivel nacional¹⁰⁰¹. Es un fenómeno oportunista influenciado por la necesidad de emigrar por mejorar su situación económica y la adversidad que ello supone por las políticas migratorias restrictivas¹⁰⁰² y sigue a los patrones migratorios que se producen entre países de origen y países de destino¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹ OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, OSCE, Vienna, 2010, p. 13.

¹⁰⁰⁰ OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, OSCE, Vienna, 2010, p. 14.

¹⁰⁰¹ UNDC, *Global Report in Human Trafficking*, 2018, p. 13.

¹⁰⁰² CHUANG, J., "Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 140.

¹⁰⁰³ ANDERSON, B. & ROGALY, B., *Forced Labour and migration to the UK. Study prepared by COMPAS in collaboration with the Trades Union Congress*, 2004, p. 9; ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, 2006, p.72; EUROPEAN UNION

En lo que respecta a España, este fenómeno se produce en mayor proporción en nacionalidades de inmigrantes con poca tradición de emigración hacia el Estado español¹⁰⁰⁴. Cuando existe una tradición de migración hacia un país de destino, los propios compatriotas trasladan las costumbres y condiciones laborales del lugar a los recién llegados, dificultando así la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, puesto que ya existen redes sociales que dan soporte a las personas recién llegadas o que están por llegar. Por esta razón es más difícil que estas personas caigan bajo el engaño de un captor.

Así, siguiendo lo recogido en las memorias anuales de la fiscalía, la generalidad de los casos de trata con fines de explotación laboral que se producen en España es transnacional¹⁰⁰⁵, comportamientos individuales sin que medie un grupo criminal organizado, lográndose la captación mediante engaño entre compatriotas en su país de origen para que, tras la llegada al territorio del Estado español, se le impongan condiciones abusivas de trabajo, siendo uno de los sectores el servicio doméstico¹⁰⁰⁶. El primero de los casos seguidos por este organismo sobre trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico se remonta a 2014¹⁰⁰⁷.

AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' obligations and victims' rights*, 2015, p. 45.

¹⁰⁰⁴ ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, 2006, p.72.

¹⁰⁰⁵ FISALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2015*, Madrid, 2016, p. 433, el 99% de las víctimas eran extranjeras; FISALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2016*, Madrid, 2017, p. 472, el 89,91% víctimas extranjeras; FISALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2017*, Madrid, 2018, p. 529, el 100% de las víctimas de trata con fines de explotación laboral eran extranjeras.

¹⁰⁰⁶ FISALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, Madrid, 2014, p. 344

¹⁰⁰⁷ FISALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2014*, Madrid, 2015, p. 383.

Por lo que respecta a los escasos supuestos de trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España, las víctimas procedían de Paraguay¹⁰⁰⁸, El Salvador¹⁰⁰⁹ y Nicaragua¹⁰¹⁰. A pesar de haber mencionado que el *modus operandi* de dicho fenómeno resulta diferente al común en la trata de seres humanos, siendo actuaciones individuales, en el caso de las víctimas nicaragüenses, no nos encontramos ante dicha situación, dado que los encargados en captar y trasladar a las víctimas pertenecen a un grupo criminal organizado, también del mismo país.

Además, ha sido mencionado que normalmente prima la poca costumbre de migrar al país de destino, siendo también un supuesto que no encuadra en nuestro perfil de víctimas, dado que, siguiendo lo dispuesto por el Instituto Nacional de Estadísticas, la tradición de emigrar a España de dichos países es relevante: en 2008 encontramos un pico de migraciones desde Paraguay de 17436 personas, manteniéndose el número de personas entre 5000-9000 entre 200 y 2018¹⁰¹¹. Por su parte, en lo que respecta a Nicaragua, ha surgido un pico en 2018 siendo 11450 las personas que decidieron migrar a España, aumentando progresivamente desde el año 2008¹⁰¹². Por consiguiente, tanto Paraguay como Nicaragua presentan gran tradición de migración a España, siendo además el servicio doméstico un sector que ocupa gran parte de dichas comunidades¹⁰¹³. Contradiendo la teoría anterior, a nuestro modo

¹⁰⁰⁸ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 25

¹⁰⁰⁹ ACCEM, *La otra cara de la trata. Informe diagnóstico sobre otras formas de trata que afectan a las mujeres*, ACCEM, 2019, p. 21.

¹⁰¹⁰ <https://www.europapress.es/aragon/noticia-desmantelado-grupo-dedicado-trata-seres-humanos-cuidado-ancianos-dependientes-20190807105715.html>;
AP de Logroño, 314/2019 de 12 septiembre, ARP, 292/2019.

¹⁰¹¹ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24295>

¹⁰¹² <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24295>

¹⁰¹³ ESCOBAR NOGALES, A., GIL PASCUAL, P., QUINTANA CANTERO, L., FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, R., RUGAMAS RIVAS, S. & ROCO SANFILIPPO, J.,

de ver, entendemos que resulta más fácil caer en el engaño de un tratante o una persona compatriota que les ofrezca trabajo en un hogar familiar.

A pesar de que únicamente se hayan detectado 54 víctimas de trata con fines de explotación laboran en el ámbito del servicio doméstico, como recoge ACCEM en su informe de 2019, la atmósfera en la que se da dicha explotación dificulta notoriamente su detección¹⁰¹⁴ por lo que puede ser una práctica más extendida que lo reflejado por los datos conocidos¹⁰¹⁵.

Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral, Mundubat, Bilbao, 2018, p.155.

¹⁰¹⁴ ACCEM, *La otra cara de la trata. Informe diagnóstico sobre otras formas de trata que afectan a las mujeres*, ACCEN, 2019, p. 17.

¹⁰¹⁵ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 25.

III. EL SECTOR LABORAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO Y SUS PRINCIPALES FACTORES FACILITADORES DE EXPLOTACIÓN

1. Introducción

El sector laboral del servicio doméstico ha sido tradicionalmente y sigue siendo uno de los ámbitos laborales más feminizados. En lo que respecta a España, según los datos del Instituto de la Mujer correspondientes al año 2018, de 19327 personas empleadas domésticas o personal de limpieza, 98,31% son empleadas domésticas¹⁰¹⁶. Además de un sector feminizado, es también un ámbito laboral que ha sido ocupado por mujeres migrantes: tanto por la alta demanda de estos servicios en los hogares, como por la respuesta al envejecimiento de la población, así como por los cambios de los modelos de familia con una mayor participación de las mujeres en el mundo laboral extra-doméstico¹⁰¹⁷.

Por ello, la inmigración femenina responde a las necesidades que surgen por el envejecimiento de la población, así como medio para conciliar profesión y familia¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁶

<http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/EmpleoPrestaciones/OcupacSectRamasActividades.htm>

¹⁰¹⁷ LAMELAS CASTELLANOS, N., “Inmigración y feminización del servicio doméstico español”, en A. J. LÓPEZ DÍAZ/ A. GONZÁLEZ PENÍN/ E. AGUAYO LORENZO (eds.), *II Xornada Universitaria Galega en Xénero, XUGeX: roles de xénero nun mundo globalizado*, Universidade da Coruña, 2014, p. 177.

¹⁰¹⁸ ANDERSON, B., “A Very Private Business: Exploring the Demand for Migrant Domestic Workers”, *European Journal of Women’s Studies*, p. 248; BAKAN, A. & STASIULIS, D., “Making the match: domestic placement agencies and the racialization of women’s household work”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1995, pp. 303-335; BONET ESTEVA, M., “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación severa”, en M. J. ESPUNY TOMÁS/ G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 281.

A pesar de tratarse de un sector con un índice alto de empleo, las cifras reales son difíciles de cuantificar dado que, es un sector de trabajo que favorece a la economía sumergida, puesto que el hecho de desarrollarse en hogares familiares obstruye su visibilidad y facilita la inexistencia de contratos laborales y la empleabilidad de personas en situación irregular¹⁰¹⁹.

Dicha invisibilidad propicia la precariedad laboral que pueden sufrir estas personas trabajadoras, dificultándose todavía aún más dicha situación cuando se trate de una persona en situación de irregularidad administrativa lo que facilita el abuso, así como el ofrecimiento de remuneraciones ínfimas, prolongadas jornadas laborales, así como falta de consenso sobre el pacto realizado entre las partes y las tareas a desempeñar¹⁰²⁰.

Conviene distinguir ciertos factores que fomentan la explotación laboral en el servicio doméstico: el lugar de trabajo, la diferencia de poder entre el empleador y el empleado, la “improductividad” económica del servicio doméstico, la inmigración irregular y la heterogeneidad de las tareas a realizar.

2. El lugar de trabajo como factor facilitador de la explotación en este sector laboral

En primer lugar, el lugar de trabajo: el lugar donde se desarrolla dicha relación laboral es el hogar familiar de particulares, donde el trabajador doméstico deberá adaptarse a las necesidades de los habitantes del inmueble¹⁰²¹. Las mujeres que se encuentran

¹⁰¹⁹ OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for The Puspose of Domestic Servitude*, Viena, 2010, p. 10.

¹⁰²⁰ ILO, *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, 2013, p. 26.

¹⁰²¹ ANDERSON, B., *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000, p. 10.

en situación administrativa irregular, trabajadoras de este sector, normalmente viven en la misma casa donde trabajan¹⁰²².

Las tareas a realizar dependen del inmueble o necesidades de los empleadores, sin que se limiten las tareas facilitando la posible explotación del trabajador, tal y como ocurre con las personas trabajadoras internas, dado que, en dichos casos, pueden darse situaciones de abuso extremas con jornadas laborales de 24h¹⁰²³. Estas labores del servicio doméstico dependen de las exigencias de los empleadores¹⁰²⁴, dado que las tareas a realizar por el trabajador doméstico se encuentran vagamente definidas, entendiéndose como tareas los servicios relacionados con el funcionamiento diario de una casa. Aun así, dentro de las tareas definidas por los países no siempre se encuentra el cuidado de niños o personas mayores, o cualquier otro servicio, como jardinería, conductor de coches privados, trabajos de agricultura etc.¹⁰²⁵ Por consiguiente, la indefinición de las tareas a realizar resulta en factor facilitador para la explotación en el sector¹⁰²⁶.

Atendiendo a los casos de trata de seres humanos del ámbito del servicio doméstico, podemos comprobar que dichas tareas son ampliadas no solo vulnerando los derechos laborales, sino lesionando gravemente los derechos humanos de estas víctimas, dado que, además de los servicios domésticos que tienen que

¹⁰²² OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for The Puspose of Domestic Servitude*, Viena, 2010, p. 10.

¹⁰²³ ANDERSON, B., *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000, p. 21.

¹⁰²⁴ ILO, *Decent work for domestic workers*, Report IV(1), 2010, p. 12.

¹⁰²⁵ ILO, *Decent work for domestic workers*, Report IV(1), 2010, p. 13.

¹⁰²⁶ MARTÍNEZ BUJÁN, R., “¡El trabajo doméstico cuenta! Características y transformaciones del servicio doméstico en España”, *Migraciones* 36, 2014, pp. 270-305, p. 288.

realizar, también pueden sufrir explotación sexual o agresiones verbales y físicas¹⁰²⁷.

Por su parte, la propia opacidad del lugar de trabajo dificulta o impide, casi en su totalidad, la visibilidad de estas víctimas, siendo realmente difícil su detección¹⁰²⁸.

3. La diferencia de poder como factor facilitador de la explotación en este sector laboral

El segundo factor facilitador de la explotación en este sector es la relación del empleador y el empleado. El primero ejerce un poder sobre la persona trabajadora, dado que esta se encuentra en el hogar del empleador, sin que pueda protegerse por ninguna red de seguridad legal; así, la explotación puede devenir del abuso ejercido por parte del empleador, más aún cuando la persona trabajadora se encuentra en una situación administrativa irregular¹⁰²⁹. El empleador del trabajador doméstico suele ser una familia o un individuo. En el caso de la trata para el servicio doméstico, se da una clara desigualdad en la relación laboral, puesto que existe la cosificación de la víctima por parte del empleador y se crea una situación de esclavitud para la misma¹⁰³⁰.

En los casos en que la persona trabajadora también vive en aquella casa donde trabaja, el empleador o la familia tendrá el poder de controlar el acceso a los medios de supervivencia como la

¹⁰²⁷ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 35.

¹⁰²⁸ OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for The Purpose of Domestic Servitude*, Viena, 2010, p. 13.

¹⁰²⁹ ANDERSON, B., "A Very Private Business: Exploring the Demand for Migrant Domestic Workers", *European Journal of Women's Studies*, 2007, p. 255.

¹⁰³⁰ GORDOLAN, L. & LALANI M., *Care and Immigration: migrant care workers in private households*, Kalayaan justice for migrant domestic workers, 2009, p. 19.

alimentación, así como su salario o sus relaciones sociales, siendo más fácil ese control sobre un inmigrante en situación administrativa irregular¹⁰³¹.

En muchos países el servicio doméstico no se encuentra reconocido como trabajo y, por consiguiente, es escasa la regulación o inexistente. Esto propicia la desprotección de las personas trabajadoras: resultando un entorno facilitador para la trata de seres humanos, que puede ser llevada a cabo con casi total impunidad¹⁰³².

El empleador, con el poder que dispone bajo la opacidad de su domicilio y sus condiciones de superioridad frente a la víctima de trata de seres humanos, en muchos casos inmigrante en situación irregular, ve en la misma un objeto fácil de manipular¹⁰³³. Además, la relación se convierte en codependiente, dado que la persona trabajadora necesita recursos económicos, en varios casos un hogar, y la familia anfitriona necesita un trabajador flexible¹⁰³⁴.

En los casos de *au pair* la codependencia se incrementa significativamente; este sector, resulta un tanto preocupante dado que en Bélgica, Francia y Holanda han sido identificados casos de *au pair* que resultaron en trata con fines de explotación laboral en el sector doméstico¹⁰³⁵. Las investigaciones reflejan que los *au pairs* son vulnerables a la posible explotación, siendo necesario mejorar

¹⁰³¹ ANDERSON, B., "A very private business: Exploring the Demand for Migrant Domestic Workers", *European Journal of Women's Studies*, 2007, p. 255.

¹⁰³² OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for The Purpose of Domestic Servitude*, Viena, 2010, p. 13.

¹⁰³³ OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for The Purpose of Domestic Servitude*, Viena, 2010, p. 14.

¹⁰³⁴ ANDERSON, B., "A Very Private Business: Exploring the Demand for Migrant Domestic Workers", *European Journal of Women's Studies*, 2007p. 255.

¹⁰³⁵ Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings, *Trafficking in human beings. Fifth Report from the Dutch National Rapporteur*, 2007, p. 168.

los mecanismos de control de reclutamiento y sus condiciones laborales, para prevenir futuros abusos.

4. La “improductividad” económica como factor facilitador de la explotación

Un tercer factor facilitador de la trata de seres humanos en este sector es que el empleador no conseguirá beneficios económicos por las tareas domésticas realizadas, siendo una de las razones por las que es un sector de trabajo devaluado bajo la noción social capitalista de que el servicio doméstico es “improductivo”¹⁰³⁶. Como el trabajo doméstico “*no toma cuerpo ni se realiza en un objeto determinado o en una mercancía susceptible de ser vendida*”¹⁰³⁷, dicho servicio desaparece en el momento en que se presta, sin que deje una huella o un valor mediante el que pueda obtenerse una cantidad igual de servicios¹⁰³⁸.

Tal y como ocurre en la modalidad de trata de los matrimonios forzosos –fenómeno unido tanto a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, como a la explotación sexual de estas víctimas¹⁰³⁹– el empleador paga una suma por tener en su poder a la víctima, pero a partir de ese momento, esa víctima no generará un ingreso de dinero por servicio¹⁰⁴⁰, pero así, el empleador tendrá a una empleada en el hogar sin que le cueste más dinero que

¹⁰³⁶ ANDERSON, B. *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000, p. 11.

¹⁰³⁷ MARX, K., *Teorías de la Plusvalía*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1980, p. 222.

¹⁰³⁸ RODRÍGUEZ, T., “Trabajo productivo y trabajo improductivo”, *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1989, p. 497.

¹⁰³⁹ Domestic Servitude | Enslavement of Live-in Help – End Slavery Now. “*Domestic Servitude / Enslavement of Live-in Help – End Slavery Now*. N.p., n.d. Web. 16 Sept. 2016 <http://www.endslaverynow.org/lean/slavery-today/domestic-servitude>

¹⁰⁴⁰ CLARKE, L., “Behind Closed Doors: Trafficking into Domestic Servitude in Singapore”, *The Equal Rights Review*, 2013, p.42.

lo que pagó al adquirirla. Dicha improductividad económica dificultará más la detección de esta, convirtiéndolo en factor facilitador.

5. La inmigración irregular como factor facilitador de la explotación en este sector laboral

En cuarto lugar, identificamos la inmigración irregular como factor que impulsa esta modalidad de explotación. El crecimiento de la inmigración femenina ha resultado ser de gran aportación en la economía global dando respuesta a la demanda de trabajos asignados estereotípicamente al género femenino como el trabajo doméstico¹⁰⁴¹. Ello no beneficia únicamente a la economía global, sino también a la economía sumergida al tratarse de un sector de trabajo de gran opacidad y con facilidades para su invisibilidad¹⁰⁴². En este sentido, cuando la víctima es una mujer inmigrante que se encuentra en situación irregular, su situación es todavía más complicada dado que los mecanismos de protección para las víctimas de trata que se encuentran en situación irregular resultan realmente insuficientes¹⁰⁴³. Por ello, el ser inmigrante es un factor que beneficiará al empleador para coaccionar a la víctima y tener a la misma bajo su control¹⁰⁴⁴.

A la vista de los factores facilitadores que generan supuestos de trata con fines de explotación laboral en el ámbito doméstico, tres son los ámbitos en los que incide este fenómeno y que permiten

¹⁰⁴¹ OSCE, *Guide on Gender-Sensitive Labour Migration Policies*, 2009, p. 15.

¹⁰⁴² GORDOLAN, L. & LALANI M., *Care and Immigration: migrant care workers in private households*, Kalayaan justice for migrant domestic workers, 2009, p. 19.

¹⁰⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 409.

¹⁰⁴⁴ CLARKE, L., "Behind Closed Doors: Trafficking into Domestic Servitude in Singapore", *The Equal Rights Review*, 2013, p. 44.

perpetuarlo: el ámbito social, el ámbito económico y la situación de subordinación de la víctima¹⁰⁴⁵.

6. El ámbito social, el ámbito económico y la situación de subordinación de la víctima: factores que permiten perpetuar la explotación en este sector laboral

Por lo que respecta al ámbito social, las víctimas de trata de seres humanos explotadas en el servicio doméstico se encuentran totalmente aisladas de la sociedad por la naturaleza privada que implica trabajar en un domicilio, convirtiéndolas en víctimas invisibles, siendo además un trabajo no considerado como tal en todos los países del mundo, o devaluado¹⁰⁴⁶.

La invisibilidad sufrida por las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación laboral a nivel tanto institucional como doctrinal tampoco ayuda a considerar dicho fenómeno como problema¹⁰⁴⁷, a pesar de que la OIT observa que representa uno de los sectores más significativos de la nueva esclavitud¹⁰⁴⁸. Siendo un sector laboral donde predomina el género femenino, el servicio doméstico se convierte en una salida laboral para aquellas personas con necesidad de migrar para mejorar sus condiciones de vida, que,

¹⁰⁴⁵ ANDERSON, B., “Just Another Job?” The Commodification of Domestic Labour”, en EHRENREICH, B., & HOCHSCHILD, A (eds.), *Global Woman: Nannies, Maids and Sex Workers*, London, Granta Books, 2003, p. 105.

¹⁰⁴⁶ ANDERSON, B., “Just Another Job?” The Commodification of Domestic Labour”, en EHRENREICH, B., & HOCHSCHILD, A (eds.), *Global Woman: Nannies, Maids and Sex Workers*, London, Granta Books, 2003, p. 105; LACEY, N., “Feminist Legal Theories and the Rights of Women”, en K. KNOP (Ed.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law Goals and Means in the Regulation of Work*, Oxford, Hart, 2006, p. 13-14.

¹⁰⁴⁷ BONET ESTEVA, M., “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación severa”, en M. J. ESPUNY TOMÀS/ G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 280.

¹⁰⁴⁸ ILO, *Decent work for domestic workers*, Report IV(1), 2010, p. 22.

sin embargo, con la crisis mundial también se ha visto afectada¹⁰⁴⁹. Por ello, tanto para los que necesitan una persona trabajadora en el hogar, como para aquellas personas que necesitan mejorar sus condiciones de vida, surge la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico¹⁰⁵⁰.

En la medida en que se trata de un sector anclado en la privacidad del círculo familiar, el trabajo doméstico se ha convertido en uno de los sectores laborales menos protegidos¹⁰⁵¹. A pesar de la escasa detección de casos, las organizaciones internacionales como OSCE u OIT advierten de que las pocas denuncias se deben a la propia opacidad del fenómeno, pero que es más común de lo pensado¹⁰⁵². La subida de la demanda en el sector, unida al incremento de la migración femenina, ha llevado a que en Europa estas personas sufran de excesivas horas laborales, de falta de vida privada a causa de la convivencia con sus empleadores, y con ello, de explotación laboral bajo la trata de seres humanos¹⁰⁵³.

En lo que respecta al ámbito económico, es un sector que sufre de precariedad laboral, por lo que, cuando se trata de las víctimas de trata de seres humanos las remuneraciones percibidas son

¹⁰⁴⁹ GORDOLAN, L. & LALANI M., *Care and Immigration: migrant care workers in private households*, Kalayaan justice for migrant domestic workers, 2009, p. 25.

¹⁰⁵⁰ BONET ESTEVA, M., “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación severa”, en M. J. ESPUNY TOMÀS/ G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 280.

¹⁰⁵¹ GORDOLAN, L. & LALANI M., *Care and Immigration: migrant care workers in private households*, Kalayaan justice for migrant domestic workers, 2009, p. 25.

¹⁰⁵² ILO, Decent work for domestic workers, Report IV(1), 2010, p. 25; OSCE, *How to prevent human trafficking for domestic servitude in diplomatic households and protect private domestic workers*, Vienna, 2014, p. 9.

¹⁰⁵³ ANDERSON, B., “Just Another Job? The Commodification of Domestic Labour”, en B. Ehrenreich & A. Russel Hochschild (Dirs.), *Global Woman*, Metropolitan Books, New York, 2003, p. 106.

nimias o inexistente¹⁰⁵⁴. Además, en este supuesto es común la llamada “servidumbre por deudas”, que supone la contracción de una deuda por parte de la víctima por los gastos surgidos del viaje realizado y/o las acomodaciones y dietas del transcurso del traslado, de la que no conocerán la cuantía completa a pagar, con lo que serán amenazadas para mantenerse en el puesto de trabajo¹⁰⁵⁵.

A pesar de que no todos los supuestos de trata tienen carácter transnacional, tanto la doctrina como las organizaciones internacionales confirman que los afectados, en su mayoría, son inmigrantes¹⁰⁵⁶. Así, debe destacarse la situación de subordinación de la víctima que surge de la relación entre empleado y empleador¹⁰⁵⁷ que puede llegar a sobrepasar las fronteras establecidas en una relación profesional¹⁰⁵⁸. Dicha subordinación se incrementa cuando la persona trabajadora se encuentra en situación administrativa irregular. En estos supuestos la relación se basa en una dependencia mutua: el trabajador necesita el empleo y lugar donde vivir para conseguir los permisos correspondientes para regularizar su situación administrativa, y el empleador necesita un trabajador

¹⁰⁵⁴ MANTOUVALOU, V., “Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labour”, *UCL Labour Rights Institute On-Line working Papers*, 2012, p. 11.

Disponible en: <http://www.ucl.ac.uk/laws/lri/papers/VM%20precarious%20workers.pdf>

¹⁰⁵⁵ “Valentina era conocida en Nicaragua por “traer personas a España”, y que ella se encargaba de pagar los costes a cambio de una deuda posterior, cuyo importe no conocían”. “Mediando abuso de situación de necesidad y vulnerabilidad, mediante interceptación en su caso de su documentación y el pretexto de que debían pagar una elevada cantidad de dinero en concepto de presunta deuda por dicho traslado, proceder a su explotación laboral”. AP de Logroño, sentencia núm. 401/2019, de 12 septiembre, ARP 2019\292, F.D. 3º y 4º.

¹⁰⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 83; ANDERSON, B., *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000, p. 28; OSCE Ministerial Council, *Decision No. 5/08 Enhancing Criminal Justice Responses to Trafficking in Human Beings through Comprehensive Approach*, Helsinki, 2008; ILO, *Global estimate of forced labour*, 2012, p. 16.

¹⁰⁵⁷ ILO, *Decent work for domestic workers*, Report IV(1), 2010, p. 25.

¹⁰⁵⁸ OSCE, *How to prevent human trafficking for domestic servitude in diplomatic households and protect private domestic workers*, Vienna, 2014, p. 35.

flexible¹⁰⁵⁹. A día de hoy, el perfil de la trabajadora doméstica es mujer e inmigrante, tanto en Europa, Estados Unidos, como en Canadá¹⁰⁶⁰. Trasladándonos al Estado Español, a finales del siglo XX las mujeres españolas mejoraron su situación laboral, y ello conllevó que se incrementaran las ofertas de empleos domésticos¹⁰⁶¹, siendo la razón de la progresiva etnización¹⁰⁶² de dicho empleo.

Para la prevención de este fenómeno delictivo, entendemos que una regulación adecuada del trabajo doméstico es crucial en la prevención de la trata para fines de explotación en el servicio doméstico¹⁰⁶³. Si el trabajo doméstico estuviera regulado con mayor homogeneidad y exhaustividad se podría controlar de forma más minuciosa, por lo que facilitaría la detección de supuestos de explotación laboral y trata de seres humanos.

¹⁰⁵⁹ ANDERSON, B., “A very private business”, p. 255.

¹⁰⁶⁰ ILO, Decent work for domestic workers, Report IV(1), 2010, p. 21.

¹⁰⁶¹ LEÓN, M., “Migration and care work in Spain: the domestic sector revisited”, *Social Policy and Society*, nº3, 2010, p. 3.

¹⁰⁶² BONET ESTEVA, M., “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación severa”, en M. J. ESPUNY TOMÀS/ G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 281.

¹⁰⁶³ ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M., *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015, p. 5.

IV. FACTORES DE EMPUJE Y DE LLAMADA: PUSH AND PULL FACTORS

La teoría conocida como *push-pull* explica el fenómeno de la migración basándose en elementos asociados tanto al lugar de origen como al lugar de destino¹⁰⁶⁴. Siguiendo dicha teoría, existen ciertos factores determinantes denominados de empuje o de llamada que favorecen la migración, la trata de seres humanos¹⁰⁶⁵ y, con ello, la explotación laboral en el servicio doméstico.

Ciertos factores son determinantes en la existencia e incremento del fenómeno como los denominados factores de empuje o *push factors*, así como los de llamada o atracción, *pull factors* que atraen a las víctimas desde sus países de origen al de destino¹⁰⁶⁶.

1. Factores de empuje-*push factors*

En lo que concierne a los factores de empuje, son los considerados factores de incitación al abandono de algo. Los mismos ejercen presión sobre la población de los países de origen llevando a ciertas personas a asumir conductas de riesgo para mejorar sus

¹⁰⁶⁴ MICOLTA LEÓN, A., “Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales”, *Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia*, 2005, p. 68,

¹⁰⁶⁵ MASIKA, R., *Gender, Trafficking and Slavery*, Oxfam, Philadelphia, 2002, p. 28.

¹⁰⁶⁶ ARONOWITZ, A., *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, Praeger, Connecticut, 2009, p. 11; BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, 2000, pp. 13 y ss.; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. & REQUENA ESPADA L., “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 04:05 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 2-24; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008, p. 52; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 85 y ss.

condiciones económicas y de vida. Son aquellos factores que afectan a las víctimas en su lugar de origen¹⁰⁶⁷.

Si bien no todos los supuestos de trata tienen naturaleza transnacional, a la vista de los supuestos detectados, la mayoría afectan a personas que migran o deciden migrar.

Los factores que permiten tanto el tránsito internacional de personas, como la etiología de la trata de seres humanos son la globalización económica bajo el modelo económico capitalista neoliberal¹⁰⁶⁸. La globalización entendida como el libre movimiento del capital y la dominación de los mercados financieros globales, favorece la desigualdad tanto a niveles regionales como globales, produciendo diferencias significativas a nivel individual, grupal y nacional¹⁰⁶⁹. Ello deviene de la concentración del patrimonio en los países industrializados, en perjuicio de los países en vías de desarrollo, que se sumergen en la pobreza, la sumisión y la explotación¹⁰⁷⁰. Así, sin adentrarnos en analizar en profundidad la globalización y las consecuencias mundiales del modelo económico

¹⁰⁶⁷ IBAÑEZ PEINADO, J., *Psicología e investigación criminal: la delincuencia especial*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 420; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. & REQUENA ESPADA L., “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 04:01-04:25; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States’ obligations and victims’ rights*, 2015, p. 45.

¹⁰⁶⁸ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 373; JAC-KUCHARSKI, A., *The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study*, Blackwell Publishing, Oxford, 2012, p. 156.

¹⁰⁶⁹ FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 27; GUTIERREZ CASTAÑEDA, G., “Mujeres y globalización. Las Formas de esclavitud contemporáneas”, *Dilemata*, 2014, p. 57, pp. 55-66.

¹⁰⁷⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, p. 60; PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, p. 8; PARA WESTERLINDH, C., “Inmigración ilegal de personas. Problemas de aplicación del artículo 313.1 y el nuevo artículo 318 bis CP”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2005, p. 65.

capitalista neoliberal¹⁰⁷¹, dado que excedería de los límites del presente trabajo, no resulta sorprendente que la génesis de la concurrencia del fenómeno de la trata de seres humanos resida en el tránsito internacional de las personas de países más desfavorecidos hacia los que se conocen como países de primer mundo¹⁰⁷², aumentando la inmigración laboral¹⁰⁷³. Las diferencias surgidas por la economía globalizada han alimentado una creciente migración laboral a medida que las opciones de vida disminuyen en los países de menor riqueza económica¹⁰⁷⁴. Con ello, se posibilita la diferenciación de seres humanos¹⁰⁷⁵, siendo una parte de los mismos reducidos a la categoría de mercancía dentro de la economía ilegal¹⁰⁷⁶, dado que, tal y como dispone GALLAGHER, la trata de seres humanos es un fenómeno subyacente y contiguo a la inmigración¹⁰⁷⁷. La trata de seres humanos la mayoría de las veces tiene un comienzo en la propia inmigración, en una decisión consciente para llevar a cabo un traslado, contrariamente a lo supuesto popularmente¹⁰⁷⁸. Dichos factores de empuje son

¹⁰⁷¹ Para una profundización sobre las teorías sobre la globalización véanse los siguientes trabajos, CAMPIONE, R., “Los procesos de globalización y la migración transnacional”, en P. LINERA (Coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 262 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Sistema Penal e inmigración”, *Serta. In Memoriam Alexandri Barata*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1464 y ss.; BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004; entre otros.

¹⁰⁷² SANTANA RAMOS, E. M., “La globalización ante el fenómeno de la trata de seres humanos”, en R. MIRANDA GONÇALVES/ F. DA SILVA VEIGA (Dirs.), *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*, 2017, p. 436.

¹⁰⁷³ CHUANG, J., “Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 140.

¹⁰⁷⁴ KAYE, M., *The migration-trafficking nexus. Combating trafficking through the protection of migrants’ human rights*, Anti-slavery, 2003, p. 13.

¹⁰⁷⁵ FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 27.

¹⁰⁷⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, p. 60.

¹⁰⁷⁷ GALLAGHER, A., ROBINSON, M., BOURKE-MARTINGNY, J., *Consideration of the issue of trafficking, Background paper*, Advisory Council of Jurists, New Delhi, India, 2002, pp. 16-17.

¹⁰⁷⁸ FEINGOLD, D. A., “Thing Again: Human Trafficking”, *Foreign policy*, 2005, p. 26.

resultado del impacto de la globalización y modelo económico capitalista neoliberal, de los que los tratantes se valen para escoger a aquellas personas con mayor vulnerabilidad para obtener beneficios de estas¹⁰⁷⁹.

Así, las personas o este subgrupo de seres humanos que no tienen estatus de ciudadano común serán reducidos a mercancía o instrumento económico y su valor se medirá dependiendo de su capacidad laboral y el rendimiento que generen¹⁰⁸⁰.

Debido a la feminización de la pobreza no sorprende que las mujeres constituyan la gran mayoría de las víctimas de trata de seres humanos¹⁰⁸¹; esta deriva del fracaso de las estructuras sociales existentes para proporcionar oportunidades de educación y empleo de forma equitativa para las mujeres¹⁰⁸², dado que, a pesar de la expansión de la supuesta adquisición igualitarista de la sociedad occidental¹⁰⁸³, gran parte del mundo no sigue los estándares establecidos para la igualdad de género y el sexo femenino es discriminado en cuanto a sus derechos, o al mercado laboral, lo que provoca la necesidad de emigrar a países donde no “existe” dicha desigualdad¹⁰⁸⁴.

Las tendencias globalizadoras producen ambientes que propician el fenómeno de la trata de seres humanos de víctimas

¹⁰⁷⁹ CHUANG, J., “Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 140.

¹⁰⁸⁰ BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 43.

¹⁰⁸¹ SHEARER DEMIR, J., “Trafficking of Women for Sexual Exploitation. A Gender Based well-founded fear”, *Journal of Humanitarian Assistance*, 2003, p. 12.

¹⁰⁸² COOMARASWAMY, R., Informe con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la inmigración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, párr. 58.

¹⁰⁸³ PUJAN LLOMBART, M. & GARCÍA-DAUDER, S., “Desigualdades de género en “tiempos de igualdad”. Aproximaciones desde dentro y fuera de la/s psicología/s”, *Quaderns de Psicologia*, 2010, p. 8.

¹⁰⁸⁴ IBAÑEZ PEINADO, J., *Psicología e investigación criminal: la delincuencia especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 421; MASIKA, R., *Gender, Trafficking and Slavery*, Oxfam, Philadelphia, 2002, p. 28.

mujeres; siguiendo lo dispuesto por PYLE se identifican los cuatro siguientes factores¹⁰⁸⁵:

- En vez de producir para mercados internos, la producción se orienta a la exportación;
- La entrada de empresas multinacionales en países en desarrollo y sus extensas redes de subcontratación;
- Las políticas de ajuste estructural que son ordenadas por el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial como condición para los préstamos, que obligan a los Estados a que abran sus mercados e impulsen los flujos financieros y comerciales; para ello, deben realizarse recortes de presupuestos que, una vez más, afectarán a las personas más vulnerables, entre ellas, las mujeres;
- El cambio de estructuración del poder a nivel internacional, mediante el aumento del poder de las instituciones internacionales que se centran en los mercados -por ejemplo, las empresas multinacionales, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio-, en relación con los organismos más centrados en las personas y preocupados por el desarrollo humano sostenible -como la OIT, agencias de la ONU y organizaciones no gubernamentales (ONG)-; dichos cambios de estructura pueden empujar a las mujeres, para su subsistencia y la de su familia, a decidirse a migrar y trabajar en sectores informales sin regulación, contribuyendo a la economía sumergida, como, por ejemplo, el sector del servicio doméstico¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁵ PYLE, J. L., WARD, K. B., "Recasting our Understanding of Gender and Work during Global Restructuring", *International Sociology*, 2003, pp. 461-464.

¹⁰⁸⁶ CHUANG, J., "Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 143.

El servicio doméstico se convierte en un sector laboral necesario para mantener la producción del sistema, pero con un índice de deseabilidad social bajo¹⁰⁸⁷. Por consiguiente, el ejercicio de dichos servicios se concibe a través de la instrumentalización de aquellas personas que el mercado excluye del mismo¹⁰⁸⁸ como las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular. Dichas mujeres desempeñan un papel fundamental en la economía global, dado que, a pesar de realizar trabajos invisibles y de bajo salario, la “*feminización de la supervivencia*”, como lo denomina SASSEN, los hogares, comunidades y por consiguiente los gobiernos, dependen de estas mujeres para su supervivencia económica¹⁰⁸⁹; para que los trabajadores produzcan y consuman, es necesario que alguien se ocupe de las tareas domésticas, así como del cuidado de personas menores o mayes dependientes, por lo que la economía también depende de estas mujeres para su supervivencia.

Por su parte, más allá de las insuficiencias económicas como factor de empuje a la producción de este fenómeno, la inestabilidad política y los conflictos armados también son relevantes, dado que conducen a un aumento de la inmigración y, por consiguiente, del fenómeno de la trata de seres humanos¹⁰⁹⁰. Es lo que el autor FEINGOLD denomina como migración por supervivencia, diferenciado de la migración que tiene como objetivo encontrar nuevas oportunidades de vida¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁷ LINARES SEGUÍ, B., “La globalización y su repercusión en el empleo”, *Proyecto social. Revista de relaciones laborales*, 2001, pp. 107-126. P. 107.

¹⁰⁸⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, p. 71.

¹⁰⁸⁹ SASSEN, S., “Women’s Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival”, *Nordic Journal of International Law*, 2002, p. 263.

¹⁰⁹⁰ STANOJOSKA, A., *Theory of Push and Pull Factors: A new Way of Explaining The Old*, Skopje, Faculty of Security, Macedonia, p. 2.

¹⁰⁹¹ FEINGOLD, D. A., “Thing Again: Human Trafficking”, *Foreign policy*, 2005, p. 28.

La globalización, junto con la pobreza que genera, son motivo de movimientos migratorios, por la necesidad de escapar de dichas realidades que producen marginalización y un empobrecimiento progresivo cada vez mayor de cierta parte de la población mundial¹⁰⁹².

Estas desigualdades económicas y demográficas producen una oferta y demanda de las personas migrantes, por lo que las políticas se han restringido paulatinamente siendo cada vez más selectivas en lo que respecta al acceso al país de destino¹⁰⁹³. Así, las políticas migratorias restrictivas adoptadas por los países de destino han alentado la apertura de vías de inmigración ilegal, por lo que surgen los negocios del tráfico de inmigrantes, así como la trata de seres humanos¹⁰⁹⁴ y, por consiguiente, la explotación humana¹⁰⁹⁵. Conviniendo con ANDERSON, la trata en el servicio doméstico es una expresión más de la sociedad capitalista, donde los adinerados explotan a aquellos con necesidades económicas bajo un doble juego donde las legislaciones sobre inmigración criminalizan al inmigrante trabajador, que, a su vez, es dependiente de su empleador para conseguir o mantener un permiso de residencia¹⁰⁹⁶.

Los inmigrantes en situación irregular suplen las carencias de mano de obra no cualificada, por lo que los sectores económicos

¹⁰⁹² GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, México, 2000, p. 203.

¹⁰⁹³ LÓPEZ-SALA, A., “La trata de personas: ¿su abordaje como un nuevo problema de seguridad internacional?”, en M. REQUENA/DÍEZ DE REVENGA (Coord.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a las nuevas amenazas*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2011, pp. 59-60.

¹⁰⁹⁴ OIT, *Informe IV. Conferencia Internacional del Trabajo 103º*, 2014, p. 31.

¹⁰⁹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, p. 63

¹⁰⁹⁶ ANDERSON, B. *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000, p. 6.

menos regulados son los puntos débiles de la trata con fines de explotación laboral¹⁰⁹⁷, como el servicio doméstico.

En conclusión, los llamados *push factors* vienen a ser aquellas situaciones como la crisis económica, la inestabilidad política, conflictos armados, desigualdades sociales, discriminación por género, que hacen que una persona quiera abandonar su lugar de origen para encontrar un futuro mejor. La demanda de mano de obra, así como las dificultades impuestas por las políticas migratorias restrictivas para entrar de forma legal en un país propician situaciones ideales para la trata de seres humanos.

2. Factores de llamada-*pull factors*

Los factores de empuje no son los únicos indicadores significativos que influyen en la trata de seres humanos. La globalización y el modelo capitalista neoliberal no solo influye en los factores de empuje, sino también en los de llamada, dado que los países de destino se encuentran necesitados de mano de obra¹⁰⁹⁸. Por su parte, la situación económica favorable, así como las libertades políticas¹⁰⁹⁹, también actúan de factores de llamada¹¹⁰⁰.

En lo que respecta al servicio doméstico la demanda de mano de obra es latente por el envejecimiento de la población aumenta y la disminución progresiva del número de niños¹¹⁰¹, siendo necesario

¹⁰⁹⁷ EUROPOL, *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*, 2016, p. 24.

¹⁰⁹⁸ CHUANG, J., "Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 144.

¹⁰⁹⁹ JAC-KUCHARSKI, A., *The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study*, Blackwell Publishing, Oxford, 2012, p. 154.

¹¹⁰⁰ SEO-YOUNG, C., "Modeling for Determinants of Human Trafficking", *Economics of Security Working Paper*, 2012, p. 11.

¹¹⁰¹ SASSEN, S., "Women's Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival", *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 257.

para la economía que las personas migrantes suplan las carencias sobrevenidas¹¹⁰².

Varios factores fortalecen dicha “llamada” a la inmigración - que en varios casos muta en trata de seres humanos-, como, por ejemplo, menores restricciones para viajar como el abaratamiento de los desplazamientos, el establecimiento de rutas de migración y el surgimiento de comunidades en los países de destino, la presencia activa de captores dispuestos a facilitar dichos viajes mediante el ofrecimiento de mayores salarios¹¹⁰³.

Los avances tecnológicos y el acceso a internet han permitido que las comunidades más aisladas conozcan las mejores oportunidades existentes en el extranjero¹¹⁰⁴, fomentando grandes esperanzas y expectativas a las mujeres de entornos pobres que se encuentran sin empleo¹¹⁰⁵.

Por ello, la escasez de mano de obra es a menudo suplido por trabajadores migrantes, que están dispuestos a realizar los trabajos rechazados por dichas sociedades¹¹⁰⁶.

Tal y como ha sido mencionado anteriormente, a finales del siglo XXI las mujeres españolas mejoraron su situación laboral, y ello conllevó a que se incrementaran las ofertas de empleos domésticos¹¹⁰⁷, siendo la razón de la progresiva etnización¹¹⁰⁸ de

¹¹⁰² SASSEN, S., “Women’s Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival”, *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 257.

¹¹⁰³ BOSWELL, C. & CRISP, J., *Poverty, International Migration and Asylum*, United Nations University, World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER), Helsinki, Finland, 2004, p. 10.

¹¹⁰⁴ SAMARASINGUE, V., “Confronting Globalization in Anti-Trafficking Strategies in Asia”, *The Brown Journal of World Affairs*, 2003, p. 96-97.

¹¹⁰⁵ BOSWELL, C. & CRISP, J., *Poverty, International Migration and Asylum*, United Nations University, World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER), Helsinki, Finland, 2004, p. 6.

¹¹⁰⁶ ILO, *Global Report*, 2005, p. 46.

¹¹⁰⁷ LEÓN, M., “Migration and care work in Spain: the domestic sector revisited”, *Social Policy and Society*, n°3, 2010, pp. 3-8.

¹¹⁰⁸ BONET ESTEVA, M., “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores

dicho empleo. Ello ha creado rutas migratorias y también comunidades nacionales en los países de destino, por lo que crecen las expectativas de oportunidades de éxito¹¹⁰⁹.

Los beneficios económicos obtenidos mediante la trata de seres humanos son mucho mayores que en el caso de la mano de obra local, dado que, en el caso de que obtengan beneficio económico por el trabajo realizado, su remuneración es mucho menor que la que requerirían las personas trabajadoras locales, teniendo en cuenta que las personas víctimas de trata no reciben beneficio alguno mediante su trabajo realizado¹¹¹⁰. Los empleadores prefieren a las trabajadoras domésticas migrantes debido a su vulnerabilidad y por la falta de oportunidades que tienen por su estatus de migrante¹¹¹¹. Además, tal y como subrayan ANDERSON y O'CONNELL DAVIDSON, los empleadores perciben a este colectivo como más flexible y cooperativo respecto a las horas de trabajo y sus prolongaciones, así como en amoldarse a los requisitos de los hogares y, sobre todo, con mayores problemas a abandonar sus empleos en aquellos casos de irregularidad administrativa. Siguiendo lo dispuesto por dichas autoras, la diferencia racial favorece la jerarquización entre empleador y empleada, facilitando enmascarar las relaciones de explotación por paternalismo/maternalismo hacia la persona empobrecida¹¹¹².

y trata de personas con finalidad de explotación severa”, en M. J. ESPUNY TOMÀS/ G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 281.

¹¹⁰⁹ ARONOWITZ, A., *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, Praeger, Connecticut, 2009, p. 11; GERINIMI, E., *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, OIT, Ginebra, 2002, p. 7.

¹¹¹⁰ TARAN, P. A., “Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade, *International Migration*, 2001, p. 15-16.

¹¹¹¹ ANDERSON, B. & O'CONNELL DAVIDSON, J., *Is trafficking in human beings demand driven?: a multi-country pilot study*, IOM, 2003, pp. 29-32.

¹¹¹² ANDERSON, B., *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000, p. 28.

No obstante, al margen de reconocer de forma pública la dependencia de la mano de obra migrante, los países de destino han promovido políticas migratorias restrictivas, que favorecen la migración irregular y, con ello, la trata de seres humanos en el sector del servicio doméstico¹¹¹³. Las mismas influyen a que las personas trabajadoras migrantes en situación irregular se dediquen a dichas actividades de “baja cualificación”: la agricultura, la construcción, la hostelería, la industria manufacturera y también el servicio doméstico¹¹¹⁴. Al reducirse las oportunidades para migrar de forma regular, dichas políticas restrictivas de migración brindan oportunidades a la trata de seres humanos, dado que los tratantes aprovechan la confluencia de la necesidad de empleo y vulnerabilidad de las víctimas, y la demanda del mercado de mano de obra barata. A medida que la entrada en las fronteras se convierte más peligrosa, los costes del tráfico de personas aumentan convirtiéndose en trata de seres humanos con el fin de obtener beneficios económicos de la explotación de estas personas¹¹¹⁵.

Por consiguiente, convenimos con ciertos autores en que la existencia de oportunidades de trabajar legalmente, sin la existencia de políticas migratorias tan restrictivas, reduciría el riesgo de trata de seres humanos¹¹¹⁶.

La trata de seres humanos con fines de explotación laboral es claro reflejo del fracaso de las políticas migratorias restrictivas dado que estas personas acceden al mercado laboral evitando las vías legales establecidas para ello, teniendo en cuenta que el objetivo

¹¹¹³ EUROPOL, *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*, 2016, p. 24.

¹¹¹⁴ EUROPOL, *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*, 2016, p. 24.

¹¹¹⁵ CHUANG, J., “Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, p. 147.

¹¹¹⁶ COOMARASWAMY, R., Informe con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la inmigración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, párr. 61; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derechos Penal y Criminología*, 2013, p. 300.

prioritario de dichas migraciones es la entrada al mundo laboral asalariado¹¹¹⁷. Para ello, es necesaria la obtención de los permisos administrativos correspondientes, incrementando la vulnerabilidad de este ante el empleador¹¹¹⁸.

Por su parte, son también factores de llamada o atracción los sistemas democráticos que generan estabilidad política y protegen los derechos humanos¹¹¹⁹, siendo Europa un gran receptor de personas¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R., “El acceso de los migrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinarios y el arraigo social y familiar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 2006, p. 175.

¹¹¹⁸ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”, *REDUR*, 2002, p. 125.

¹¹¹⁹ RODRÍGUEZ PIZARRO, G., COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS GRUPOS ESPECÍFICOS E INDIVIDUOS TRABAJADORES MIGRANTES, *Informe presentado por la Relatora Especial de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos. La visión que los migrantes tienen de España y Europa como un paraíso de oportunidades*, 2004, p. 2.

¹¹²⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO EN EUROPA, *Perspectivas de la Migración*, París, 2013, p. 187.

V. CONCLUSIONES

A la vista de lo mencionado hasta el momento, opinamos que la trata de seres humanos con fines de explotación laboral no ha recibido la atención necesaria dado el escaso esfuerzo realizado por parte de las instituciones pertinentes en adoptar una política integral que estudie y conozca el fenómeno. La situación de despreocupación es todavía mayor en la trata con fines de explotación en el servicio doméstico pues no existe ninguna alarma social respecto a la existencia de esta, por lo que las víctimas sufren mayor discriminación en comparación con otras modalidades de trata de seres humanos.

Por lo que respecta al perfil de la víctima, teniendo en cuenta la escasa casuística habida en España de dicho fenómeno, no se puede establecer el mismo, aunque sí podemos contradecir ciertas afirmaciones generales: la falta de costumbre de migrar al país de destino no podemos considerarla como factor para caer en el engaño de la trata de seres humanos sino a la inversa. Tal y como hemos podido comprobar, el mayor número de víctimas de dicho fenómeno encontrado hasta el momento en el Estado Español es de origen nicaragüense, país con gran tradición de migración a España desde el año 2008. También, a pesar de que las investigaciones internacionales recojan que la trata para el servicio doméstico se lleva a cabo mediante particulares, vemos que en dicho caso mencionado del traslado y explotación de 50 mujeres se trataba de una red criminal organizada.

Sin intención de ser reiterativos, entendemos que no podemos crear un perfil por no tener datos suficientes para ello. Ahora bien, también convenimos con ciertas organizaciones no

gubernamentales que afirman que puede ser una práctica más extendida que lo reflejado por los datos, teniendo en cuenta la naturaleza en la que se lleva a cabo el fenómeno: el hogar familiar.

Así, hemos destacado ciertos factores que facilitan la trata con fines de explotación laboral que comienza desde el aislamiento sufrido por las víctimas por el hecho de trabajar en un domicilio privado. Ello las convierte en víctimas invisibles, siendo además un trabajo no considerado como tal en todos los países del mundo, o devaluado.

Además, es un sector laboral donde predomina el género femenino, siendo el servicio doméstico una salida laboral para aquellas personas con necesidad de migrar para mejorar sus condiciones de vida. Al ser un sector en el que prima la privacidad del círculo familiar, el trabajo doméstico se ha convertido en uno de los sectores laborales menos protegidos. Por consiguiente, a modo de prevención de este fenómeno delictivo, una regulación adecuada del trabajo doméstico es crucial para detectar la trata con fines de explotación en el servicio doméstico.

Por último, debe señalarse la situación de subordinación de la víctima que surge de la relación entre el empleado y el empleador; esta subordinación incrementa cuando la persona trabajadora se encuentra en situación administrativa irregular. En estos supuestos la relación se basa en una dependencia mutua: el trabajador necesita el empleo y lugar donde vivir para conseguir los permisos correspondientes para regularizar su situación administrativa, y el empleador necesita un trabajador flexible.

Tal y como ha sido mencionado, la globalización y el sistema económico capitalista neoliberal, aumentan las diferencias entre los países conocidamente como desarrollados y en progreso. Ello propicia movimientos migratorios, por la necesidad de escapar de

dichas realidades que producen marginalización y un empobrecimiento progresivo cada vez mayor de cierta parte de la población mundial.

Estas desigualdades económicas y demográficas producen una oferta y demanda de las personas migrantes, por lo que las políticas se han restringido paulatinamente, siendo cada vez más selectivas en lo que respecta al acceso al país de destino. Las políticas migratorias restrictivas adoptadas por los países de destino han alentado la apertura de vías de inmigración ilegal que han mutado en la trata de seres humanos.

En lo que respecta a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España, el envejecimiento de la población y la independencia del género femenino ha suscitado la necesidad de suplir las carencias de mano de obra de este sector mediante la inmigración irregular y, por consiguiente, en algunos casos, con la trata de seres humanos.

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS. Especial atención a la finalidad de explotación laboral

I. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos es un fenómeno que no solo necesita un enfoque orientado a la persecución penal y al enjuiciamiento de los autores del delito, sino que requiere además la adopción de medidas preventivas, tanto como de la protección a las víctimas de la misma.

Así, los instrumentos tanto internacionales como regionales han previsto un conjunto de medidas asistenciales y de protección para las personas que han sido objeto de trata de seres humanos.

Teniendo en cuenta que la trata de seres humanos puede producirse tanto internacionalmente como a nivel interno, por lo que respecta a las víctimas nacionales, los instrumentos a tener en cuenta ante la protección de las mismas son la Ley del Estatuto de la Víctima y el Protocolo Marco para la protección de las víctimas de trata. Pero en los supuestos de trata que tienen un enfoque internacional, incluso globalizado, sorprendentemente, en el ordenamiento jurídico español, en vez de adoptarse una ley de protección integral para este tipo de víctimas, la única medida al respecto ha sido recogida en la Ley de Extranjería lo cual supone una contradicción con respecto a la protección de estas víctimas, siendo todo ello objetivo de estudio del siguiente capítulo.

II. NACIONES UNIDAS

1. Introducción

Como resultado de la evolución de una serie de convenios y convenciones relativas a la trata de seres humanos¹¹²¹, se adopta el ya mencionado Protocolo de la ONU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños que se ha convertido en uno de los instrumentos referentes en la materia para instaurar los distintos instrumentos analizados durante este trabajo¹¹²². En el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, KOFI A. ANNAN, ex secretario de las Naciones Unidas *“considera que la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad”*¹¹²³. Por ello, es determinante la aplicación de unas medidas relativas a los derechos humanos de las personas víctimas

¹¹²¹ Entre ellos: Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas (1904), Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (1921), Convención para la Abolición de la Esclavitud (1926), Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949), Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Comercio de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956), Convenio OIT 105: Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención contra la Tortura y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (1990), Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (1998), C182: Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999), etc.

¹¹²² La Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hace referencia expresa al Protocolo de la ONU en su Considerando núm. 4; El Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre trata de seres humanos menciona el Protocolo de Naciones Unidas.

¹¹²³ ONU, *Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, p. 6.

de trata de personas dirigidas a la prevención, atención y protección¹¹²⁴.

2. La protección a las víctimas de trata en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente de Mujeres y Niños de Naciones Unidas: Protocolo de Palermo

2.1. Introducción

El Protocolo de Palermo es el primer instrumento internacional en materia de trata de seres humanos legalmente vinculante para los Estados parte, que persigue tres objetivos:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños, de grupos criminales y transnacionales organizados.
- b) Proteger y ayudar a las víctimas de trata.
- c) Promover la cooperación entre los Estados parte para lograr estos fines.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, dicho documento aporta grandes avances, pero también contiene ciertas debilidades, concretamente, la restricción de la prevención, investigación y penalización del delito a los supuestos de carácter transnacional que implican la participación de un grupo delictivo organizado, dejando a un lado la trata interna y aquellos supuestos en los que la conducta delictiva es llevada a cabo a título individual, al margen de un grupo criminal¹¹²⁵. A pesar de sus carencias, debe

¹¹²⁴ OIM, *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos*, pp. 38.

¹¹²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea", en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO

valorarse positivamente, puesto que se trata del instrumento que inspiró las disposiciones internacionales posteriores, considerado como impulsor de la visión victimocéntrica¹¹²⁶, aunque todavía de forma tímida.

Podríamos concluir que entre los objetivos que persigue, en términos de sustancialidad, sólo pone énfasis en los aspectos de criminalización del fenómeno: la investigación y persecución, en la cooperación entre los cuerpos de seguridad de los Estados, controles fronterizos y las sanciones al transporte comercial¹¹²⁷. A pesar de ser el primer instrumento que dicta una guía de protección y asistencia para las víctimas, no recoge obligaciones de reconocimiento de derechos, sino medidas potestativas para los Estados parte¹¹²⁸, tal y como estudiaremos en el siguiente epígrafe del trabajo.

2.2. Protección a las víctimas

Centrando la atención en la protección a las víctimas, hay que destacar que, con anterioridad a este Protocolo, no existe medida alguna en la materia, constituyendo por ello, un avance considerable

BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, pp. 37-38.

¹¹²⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 161.

¹¹²⁷ GALLAGHER, A., "Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", *European Journal of Migration and Law*, 2006, pp. 164 y ss.; SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 163-164; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 176.

¹¹²⁸ EDWARDS, A., "Trafficking in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labour", *Denver Journal of International Law & Policy*, 2008, pp. 17-19-20.

en el ámbito¹¹²⁹. Aun así, estas disposiciones no son de obligado cumplimiento para los Estados, dado que se deja abierta la consideración y libre interpretación a los mismos en muchos preceptos. A modo de ejemplo el artículo 6.1 dispone lo siguiente: “*Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata*”. Lejos de recoger el Protocolo lo que puede concebirse como obligaciones impuestas a los Estados, establece disposiciones discrecionales, entre ellas¹¹³⁰: protección y privacidad de la identidad de las víctimas, información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes, recuperación física, psicológica y social, alojamiento adecuado, asesoramiento e información de sus derechos jurídicos, asistencia médica, psicológica y material, oportunidades de empleo, educación y capacitación, seguridad física, indemnización por los daños sufridos, permanencia de las víctimas en el territorio del Estado - temporal o permanentemente-, facilitación de la repatriación de las personas teniendo en cuenta su seguridad, y expedición de documentos de viaje o autorización para que las personas puedan reingresar en su territorio¹¹³¹.

Reiteramos que, según el propio Protocolo, estas medidas se ejecutarán siempre y cuando el Estado parte lo considere pertinente y su derecho interno lo permita, por lo que, siguiendo dicho instrumento, los Estados parte podrán no considerar dichas

¹¹²⁹ GALLAGHER, A., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 165; STOYANOVA, V., *Human trafficking and slavery reconsidered. Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, Cambridge Press, Cambridge, 2017, p. 25.

¹¹³⁰ Artículo 6-8 del Protocolo de Palermo.

¹¹³¹ Art. 6, 7 y 8 del Protocolo de Naciones Unidas contra la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niñas.

disposiciones en sus ordenamientos internos, y no ofrecer protección a las víctimas. En el desarrollo del Protocolo, varios delegados gubernamentales no estaban dispuestos a comprometer a sus países en la protección de los derechos de los no nacionales y, por ello, se evitó un serio debate sobre dicho tema al dejarlo en manos de los ordenamientos jurídicos¹¹³².

Por otra parte, muchos delegados gubernamentales no provenían del ámbito de los derechos humanos, con lo cual, al comienzo de las negociaciones, un gran número de ellos ni siquiera vio la necesaria conexión entre la lucha contra la trata y la protección y asistencia a las víctimas de esta¹¹³³. Mientras que los países desarrollados se preocupaban por los “migrantes en situación irregular”, los países en desarrollo se preocupaban por los costes que supondría la asunción de obligaciones de proporcionar protección y asistencia¹¹³⁴.

Por lo demás, tal y como hemos mencionado, el Protocolo establece deberes de cooperación referidos al intercambio de información entre los Estados Parte y las autoridades competentes¹¹³⁵, centrándose sobre todo en dichas labores¹¹³⁶. El Protocolo prevé el refuerzo de los controles fronterizos, necesarios para prevenir y detectar la trata y sus víctimas, imponiendo a los transportistas la obligación de que los pasajeros lleven consigo los documentos de viaje requeridos para su ingreso legal en los Estados

¹¹³² ONU, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, p. 352.

¹¹³³ DITMORE, M. & WIJERS, M., “The negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons”, *Nemesis*, 2003, pp. 79 y ss.

¹¹³⁴ DITMORE, M. & WIJERS, M., “The negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons”, *Nemesis*, 2003, pp. 79 y ss.

¹¹³⁵ Artículo 10 del Protocolo de Palermo.

¹¹³⁶ RITTICH, K., “Representing, counting, valuing: managing definitional uncertainty in the law of trafficking”, *Revisiting the law and Governance of trafficking, forced labor and modern slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 239.

receptores¹¹³⁷. No obstante, es importante resaltar lo dispuesto en el artículo 14 del Protocolo de Palermo, puesto que reserva su primer inciso para señalar que “*nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de non-refoulement consagrado en dichos instrumentos*”.

Este precepto no solo muestra la posibilidad de hacer responder a los Estados por las vulneraciones de derechos humanos producidas como consecuencia de la trata de seres humanos, sino que, además, presupone la posibilidad de reconocer a determinadas víctimas de trata el estatuto de refugiado aplicándoles con ello el principio de *non refoulement*¹¹³⁸. En otras palabras, se busca la protección de las víctimas de trata, puesto que, adicionalmente a la vulneración de sus derechos humanos, también experimentan la persecución, y ciertos casos pueden incluirse en la definición de “refugiado” de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967¹¹³⁹.

Pese a ser un instrumento determinante en materia de trata de seres humanos, el Protocolo de Palermo se ha convertido en un instrumento un tanto obsoleto, a la vista de la resistencia a reconocer un vínculo entre el enjuiciamiento con los autores de los

¹¹³⁷ Artículo 11 del Protocolo de Palermo.

¹¹³⁸ Principio de no devolución.

¹¹³⁹ ELIZONDO, D., “La protección internacional de los refugiados: retos del alto comisionado de las naciones unidas para los refugiados en las crisis humanitarias actuales”, en N. CAMPS MIRABET (Coord.), *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Universitat de Lleida, Lleida, 2005, p. 93; OIM, *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos*, 2007, pp. 43-44.

hechos y la protección a las víctimas, lo que parece ahora irracional¹¹⁴⁰. Los Estados y sus legislaciones, van ya encaminados por la genuina vía de la cooperación de la víctima, lejos de la cuidadosa y escasa formulación que planteaba el Protocolo, por lo que, hoy en día, pocos países disputan el derecho de las víctimas a recibir protección inmediata y el apoyo del Estado en el que se encuentran¹¹⁴¹.

Por su parte, como veremos en el siguiente epígrafe, el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa, ha superado las lagunas del Protocolo de Palermo en el desarrollo de requisitos detallados con el fin de proteger a las víctimas de trata de seres humanos puedan mediante una rápida y precisa identificación¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ LENZERINI, F., “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: which gaps are to be filled?”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 2009, p. 235.

¹¹⁴¹ GALLAGHER, A., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 165.

¹¹⁴² SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 137.

III. EL CONSEJO DE EUROPA: LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE TRATA EN EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

1. Introducción

El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, conocido como el Convenio de Varsovia, firmado en dicha ciudad el 1 de mayo de 2005, constituye un importante referente en la prevención y la protección de las víctimas de trata de seres humanos.

Como se indica en el Preámbulo del mismo, la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos humanos de las personas y un atentado contra la dignidad e integridad del ser humano¹¹⁴³. El Convenio de Varsovia refuerza la protección que ofrece el Protocolo de Palermo¹¹⁴⁴, incorporando un capítulo que se centra en los derechos de las víctimas de trata¹¹⁴⁵, tal y como se ha mencionado anteriormente.

En efecto, el Convenio sigue el esquema que ofrece el Protocolo de Palermo, aportando avances importantes en la materia sobre

¹¹⁴³ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 2005, p.3.

¹¹⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 184; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 47.

¹¹⁴⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, pp. 371-446, p. 402.

protección y asistencia de la víctima de trata de seres humanos¹¹⁴⁶, aunque también se ocupa de la persecución y la criminalización de las actividades. Este instrumento internacional consagra la confirmación de que la tutela de los derechos de la víctima y la persecución del delito no son incompatibles¹¹⁴⁷, puesto que, hasta la firma de este documento, las organizaciones internacionales y supranacionales se han dirigido a armonizar las legislaciones penales y a perseguir jurídico-penalmente la comisión del delito de trata de seres humanos, orillando la salvaguarda de los derechos de las víctimas¹¹⁴⁸.

En su artículo 1.1 establece los objetivos que persigue, coincidiendo con las previsiones expuestas en el Protocolo de Palermo: *“a) prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres; b) proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces; c) promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos”*.

Tomando en consideración dichas previsiones, resulta especialmente destacable la mención a un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas de trata y los testigos, puesto que es una nota característica, que permite ofrecer una

¹¹⁴⁶ SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, pp. 453-454.

¹¹⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 177.

¹¹⁴⁸ GALLAGHER, A., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 186.

perspectiva mucho más proteccionista de la víctima en contraste con el Protocolo de Palermo¹¹⁴⁹.

En su artículo 1.2 inserta la novedad de un “*mecanismo de seguimiento específico*”, referido a la creación del denominado Grupo de Expertos (GRETA)¹¹⁵⁰, cuya función se centra en la evaluación del grado de cumplimiento del Convenio por parte de los Estados¹¹⁵¹.

A diferencia del escaso desarrollo que el Protocolo de Palermo ofrece a la protección de las víctimas¹¹⁵², el Convenio de Varsovia reserva su Capítulo II íntegramente a las medidas dirigidas a la protección y promoción de los derechos de las mismas, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, en el sentido que se recoge a continuación

¹¹⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, pp. 1-30; SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 137.

¹¹⁵⁰ Para mayor detalle respecto al mecanismo de seguimiento que instaura el Convenio de Varsovia puede consultarse el Capítulo VII del mismo en el cual se establece la previsión de crear un Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos, así como un Comité de las Partes, y los correspondientes procedimientos de elección de los miembros de ambos órganos, pero sobre todo se determina la forma en la que se llevará a cabo el procedimiento de evaluación de las partes del Convenio. Artículos 36, 37 y 38 del Convenio de Varsovia.

¹¹⁵¹ Más información disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/GRETA_en.asp

¹¹⁵² Comparten dicha opinión, GALLAGHER, A., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 164 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 177; SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 460; DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 36.

2. Medidas de protección de las víctimas de la trata de seres humanos

El Convenio de Varsovia focaliza su atención en la protección a estas víctimas de un modo desconocido hasta el momento. Dichas medidas de protección no se limitan a la colaboración de la víctima con la Administración de Justicia. Parte esencial del Convenio es que la protección de la víctima surte efecto tan pronto como se conozca su condición de tal, con independencia de su posterior intervención como testigos en el procedimiento penal¹¹⁵³. El Convenio de Varsovia hace referencia a dos tipos de medidas de protección: la primera, garantizar a la víctima su protección tan pronto como adquiera dicha condición; y, la segunda, las medidas de protección y derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal. De ello se ocupan el Capítulo III y el Capítulo V del Convenio.

2.1. Identificación de las víctimas

La identificación de las víctimas de trata de seres humanos es la primera medida de protección recogida en el articulado del Capítulo III del Convenio de Varsovia. Ante la presencia de una supuesta víctima de trata, lo prioritario reside en posibilitar dicha identificación y evitar que la misma sea tratada y se sienta como infractora¹¹⁵⁴ –por la normativa de inmigración en la mayoría de los casos, o porque ha cometido hechos delictivos obligada por el tratante–, procediendo al reconocimiento de los derechos que le

¹¹⁵³ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 29. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglish&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD864&BackColorLogged=FDC864>

¹¹⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p.189.

corresponden por su condición de víctima. Para ello, el artículo 10 del Convenio especifica que las Partes deberán verificar la cualificación y formación de su personal, para la identificación de las víctimas, especialmente cuando se trate de niños, y que las diferentes autoridades implicadas colaboren entre ellas, así como con las organizaciones que cumplen funciones de apoyo, con el fin de identificar a las víctimas. En este sentido, para favorecer la identificación de las víctimas los Estados deberán adoptar medidas legales o de otro tipo, de tal forma que si se verifica que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de trata de seres humanos, no se le permita abandonar el territorio del Estado parte, hasta que finalice el proceso de identificación.

Resulta primordial dicha disposición, no incluida en el Protocolo de Palermo, dado que, si una víctima de trata no es debidamente identificada, no hay posibilidad ni de protegerla, ni de que la misma pueda colaborar en el esclarecimiento de los hechos mediante la aportación de información sobre los traficantes, etc.¹¹⁵⁵

2.2. Protección de la vida privada y asistencia a las víctimas

La siguiente medida prevista tras la identificación de la víctima, es la protección de la vida privada e identidad de la misma¹¹⁵⁶. Se otorga una especial protección cuando la víctima sea menor de edad: para garantizar su bienestar y protección, se deben adoptar ciertas medidas como la preservación de la identidad del menor¹¹⁵⁷. Así, según el art. 11 del Convenio, los Estados Parte

¹¹⁵⁵ SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 149.

¹¹⁵⁶ Artículo 11 del Convenio de Varsovia.

¹¹⁵⁷ OIT, UNICEF, UN. GIFT, *Manual de información para combatir la trata infantil con fines de explotación sexual, laboral y de otros tipos*, p. 28.

deben adoptar medidas dirigidas a favorecer la vida privada e identidad de todas las víctimas.

Por lo que respecta a la asistencia de las víctimas, siguiendo lo dispuesto por el art. 12 del instrumento en cuestión, las Partes deberán adoptar medidas legislativas necesarias para garantizar dichas acciones dirigidas al restablecimiento físico, psicológico y social de las víctimas¹¹⁵⁸, sin que, en ningún caso, este derecho pueda estar condicionado por su voluntad de colaborar con las autoridades judiciales en el esclarecimiento del caso, o por su actuación como testigo en un proceso criminal. El Convenio, en su artículo 12.1, establece la asistencia mínima que deben recibir: a) condiciones de vida que puedan garantizar su subsistencia, mediante el acceso a una vivienda adecuada y segura, y una asistencia psicológica y material; b) acceso a la asistencia médica de urgencia; c) ayuda en materia de traducción e interpretación siempre que fuera necesario; d) asesoría e información relativa a los derechos que la ley les reconozca; e) asistencia para que sus derechos e intereses puedan estar presentes y tenerse en cuenta en los momentos adecuados de las acciones penales entabladas contra los autores de los delitos; y, por último, f) acceso a la educación para los niños.

Por su parte, siguiendo el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia, se recoge que las víctimas que residan legalmente en el país también tendrán derecho a la asistencia médica, entre otras medidas de asistencia, cuando las mismas no tengan los recursos adecuados para ello, así como la autorización de entrada al mercado laboral. Sin embargo, tal y como aclara dicho instrumento

¹¹⁵⁸ Artículo 12 del Convenio de Varsovia.

explicativo, el Convenio no establece un derecho real de acceso al mercado laboral, ya que dicha decisión corresponde a las Partes¹¹⁵⁹.

El art. 12 en su apartado 5 reconoce la importancia de las ONG y otras organizaciones relevantes en la materia para proporcionar a las víctimas la protección y asistencia necesaria.

En el mismo artículo, el apartado sexto establece una precisión importante en cuanto a la asistencia de las víctimas *“las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no quede subordinada a su voluntad de actuar como testigo”*. Esto es, a tenor de lo dispuesto por este precepto, se deduce que los Estados deben estructurar la puesta en marcha de las medidas de protección de dichas personas al margen de su voluntad de colaboración con la administración de justicia competente. Ello refleja gran razonabilidad del instrumento, teniendo en cuenta que las víctimas de trata son tanto nacionales de un Estado parte, así como extranjeras que se encuentran en situación irregular administrativa¹¹⁶⁰.

No obstante, dicho precepto parece estar condicionado al contenido del art. 13 del Convenio de Varsovia que se refiere al *“periodo de recuperación y reflexión”*, como veremos a continuación.

¹¹⁵⁹ Explanatory Report, n. 35, 166.

¹¹⁶⁰ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 404; CORRÊA DA SILVA, W., “¡Que se rompan los grilletes! La cooperación internacional para la protección de los derechos de las víctimas de trata de personas desde el Consejo de Europa”, *Revista de la Faculta de Derecho y Ciencias Políticas*, 2014, p. 249.

2.3. Período de recuperación y reflexión

El artículo 13 del Convenio establece un periodo de recuperación y reflexión, que tiene como objetivo el restablecimiento de la víctima¹¹⁶¹. Para ello, se instaure un periodo de, al menos, 30 días, tiempo dirigido a la recuperación de la víctima, así como para alejarla de la influencia de los traficantes; en este tiempo la víctima, si se encontrara en una situación administrativa irregular, no puede ser repatriada. Dicho periodo también tiene como fin que la víctima tome una decisión sobre si desea o no colaborar con las autoridades competentes.

El período de restablecimiento se otorga a todas las víctimas, independientemente de su disposición a cooperar, sean personas en situación administrativa irregular o tengan residencia legal en el país¹¹⁶². Tal y como se ha mencionado anteriormente, durante ese período, las víctimas no podrán ser expulsadas del territorio del Estado Parte, aunque, según el apartado 3 de dicho precepto, las Partes podrán revocar dicho plazo cuando existan motivos de orden público o se demuestre que la condición de víctima no se ha invocado debidamente.

2.4. Permiso de residencia

Una vez que transcurre el período de reflexión, se prevé la posibilidad de que los Estados Parte expidan un permiso de residencia renovable. Dicho permiso puede ser otorgado bien porque las autoridades competentes lo consideran necesario a causa de su

¹¹⁶¹ FOLLMAR-OTTO, P. & RABE H., *Human trafficking in Germany. Strengthening Victim's Human Rights*, German Institute for Human Rights, Berlin, 2009, p. 37.

¹¹⁶² SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 151.

situación personal, o porque se considere que su estancia es necesaria a causa de su cooperación con las autoridades competentes con relación a la investigación. Así, a pesar de parecer un instrumento innovador con predisposición de ofrecer asistencia a las víctimas de trata al margen de su situación administrativa, según lo dispuesto por el art. 14, los Estados expedirán un permiso de residencia renovable, siendo este temporal en los siguientes supuestos: cuando la autoridad competente considere que la permanencia en el Estado de esa víctima es necesaria por su situación personal, o cuando se considere la necesidad de su permanencia por su cooperación con las autoridades competentes en la investigación y esclarecimiento de los hechos. Como vemos, dicha disposición no obliga a los Estados a ofrecer dicho permiso de residencia temporal, sino que deja en manos de los mismos su concesión; tampoco se especifica el periodo de duración mínimo de este permiso, así como tampoco establece ninguna cláusula acerca de la renovación del permiso de residencia temporal otorgada, dejándolo en manos de las Partes¹¹⁶³, eludiendo la situación que pueden padecer las víctimas¹¹⁶⁴.

De ello deducimos que, una vez extinguido el permiso concedido, si no se obtiene un permiso de residencia ordinario, o no se ha concedido el asilo a la víctima, procede la repatriación¹¹⁶⁵. Según el artículo 16, ello debe efectuarse con la consideración debida a los derechos y seguridad de las víctimas, pero, aun así, se trata de una expulsión del territorio del Estado, salvo en el caso de

¹¹⁶³ Artículo 14.5 del Convenio de Varsovia.

¹¹⁶⁴ LARA PALACIOS, M. A., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, *Revista internacional de pensamiento político*, 2014, p. 414; PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 405.

¹¹⁶⁵ SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 153-154.

los menores, que no se efectuará si se considera que el retorno no favorece al interés superior del menor.

Este capítulo subraya que los Estados Parte deben promover la igualdad de género y que deben de incorporar la perspectiva de género en el desarrollo, implementación y evaluación de las medidas relacionadas con la protección de las víctimas.

Por último, merece especial mención el reconocimiento que realiza el Convenio de no criminalizar a las víctimas de trata de seres humanos; las Partes, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, no impondrán sanciones a las víctimas por su participación en actividades ilegales, en la medida en que se han visto obligadas a hacerlo¹¹⁶⁶.

2.5. La protección a la víctima en el proceso penal

Las medidas de protección planteadas en este Capítulo V del Convenio no sólo están dirigidas a las víctimas del delito que intervienen en las actuaciones judiciales, sino también a aquellas personas que aporten información o colaboren con las autoridades responsables de las investigaciones o de las acciones judiciales, a los testigos y, en los casos necesarios, tanto a los familiares de las víctimas, como de los testigos¹¹⁶⁷.

Entre las medidas de protección se aclara que pueden incluir la protección física, la adjudicación de un nuevo lugar de residencia, el cambio de identidad y ayuda en la obtención de un trabajo. En el mismo precepto se indica que los menores gozarán de medidas de

¹¹⁶⁶ Artículo 26 del Convenio de Varsovia.

¹¹⁶⁷ Artículo 28 del Convenio de Varsovia.

protección especiales que tendrán en cuenta su interés superior, pero no se especifica cuáles son las mismas.

Por lo que respecta al proceso judicial, el artículo 30 se refiere a la exclusiva protección de la víctima, estableciendo que deben adoptarse medidas legislativas o de otro tipo para la protección de la vida privada de las víctimas, y cuando sea necesario, su identidad, así como garantizar la seguridad de las mismas y su amparo contra la intimidación. Según lo dispuesto por el informe explicativo del mismo, las medidas específicas para dicha protección residen en realizar vistas privadas, el empleo de circuitos cerrados de televisión o video para emitir testimonio, la grabación de la primera declaración de la víctima y su reproducción en el acto del juicio sin que esta acuda al mismo e incluso el testimonio anónimo¹¹⁶⁸.

Por su parte, el artículo 15 del Convenio recoge que la víctima debe estar informada sobre los procedimientos judiciales y administrativos en un idioma que pueda comprender, y tendrá derecho a la asistencia de un defensor y asistencia jurídica gratuita, aunque ello depende de las previsiones legales de los Estados.

Finalmente, atendiendo al artículo 15.4 se establece que las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la indemnización de las víctimas quede garantizada en las condiciones previstas por su legislación interna: por ejemplo, creando un fondo para la indemnización de las víctimas mediante otras medidas o programas destinados a la asistencia e integración sociales de las víctimas, que podrían financiarse con cargo las sanciones pecuniarias impuestas a los ofensores.

¹¹⁶⁸ Informe explicativo del Convenio de Varsovia, p. 29. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglis h&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD C864&BackColorLogged=FDC864>

IV. SÍNTESIS: COMPARACIÓN DE LA PROTECCIÓN QUE EMANAN LOS INSTRUMENTOS DE NACIONES UNIDAS Y EL CONSEJO DE EUROPA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

El Convenio de Varsovia del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos resulta un instrumento complejo que pretende abordar la trata en sus diversas formas, en comparación con el Protocolo de Palermo de Naciones Unidas. En efecto, el Convenio de Varsovia recoge medidas diseñadas para proteger los derechos humanos de las víctimas, prevenir el fenómeno, así como promover la cooperación internacional entre los Estados parte.

Convenimos con SCARPA cuando señala que el Convenio de Varsovia supone un valor añadido en comparación con el Protocolo de Naciones Unidas, dado que puede considerarse el instrumento internacional más completo en la materia¹¹⁶⁹. Dicho valor añadido radica en que la trata de seres humanos sea considerada como una grave violación de los derechos humanos de sus víctimas y que, por lo tanto, dicho fenómeno necesite una mayor protección para las mismas. También resulta necesario resaltar que el instrumento del Consejo de Europa abarca todas las formas de trata, tanto nacional, transnacional, vinculada o no a la delincuencia organizada, como demás fines de explotación.

Los avances más destacables del Convenio en comparación con el Protocolo de Palermo son las siguientes: el alcance del Convenio sobre su ámbito de aplicación a todas las formas de trata de seres humanos; la adopción del enfoque basado en los derechos humanos y la protección a las víctimas del Convenio; la introducción

¹¹⁶⁹ SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 163.

de una disposición que recoge específicamente la identificación de la víctima -art. 10 del Convenio)-, a fin de evitar la posibilidad de confundir a las víctimas de trata con otras -como el tráfico ilegal de personas-; la naturaleza vinculante que supone obligaciones a los Estados parte con el fin de adoptar medidas destinadas a proteger y ayudar a las víctimas de trata -art. 11-17 del Convenio-; la obligación de los Estados Parte de otorgar a las víctimas de trata un periodo de recuperación y reflexión de, al menos, 30 días y un permiso de residencia renovable que no esté, en principio, condicionado a la voluntad de cooperar de la víctima como testigo o en el esclarecimiento de los hechos, así como el reconocimiento que realiza el Convenio al trabajo realizado por las ONG, u otras organizaciones relevantes de la sociedad civil en la protección y asistencia a las víctimas de la trata en las décadas.

A nuestro modo de ver, el Convenio realiza aportaciones positivas sobre la protección y asistencia a las víctimas de trata de seres humanos, resaltando, sobre todo, el periodo de restablecimiento y reflexión que propone el mismo con el fin de que la víctima se recupere de lo vivido, y con ello, pueda obtener un permiso de residencia, aunque sea temporal, sin que ello esté condicionado por su colaboración con las autoridades competentes en el caso concreto, pudiendo ser expedido por su situación personal. No obstante, tal y como ha sido mencionado, el Convenio de Varsovia no obliga a los Estados parte a conceder dicho permiso de residencia, por lo que no deja de ser una disposición discrecional para las Partes, que podrán o no conceder dicho permiso de residencia según sus intereses. Por ello, a pesar de que las intenciones vertidas en el Convenio de Varsovia sean buenas, al no obligar a los Estados en dicha disposición, no deja de ser un precepto que los Estados aplicarán según su criterio e interés.

V. LA UNIÓN EUROPEA

Por lo que respecta a la Unión Europea, esta ha realizado un aparente esfuerzo de desvincularse de la perspectiva punitivista de la trata de seres humanos, centrándose en la protección de los derechos humanos de las personas que son víctimas¹¹⁷⁰.

Los instrumentos adoptados en el seno de la Unión Europea se encuentran muy vinculados a los instrumentos mencionados anteriormente. Así, inicialmente, la Unión Europea se había centrado en cuestiones de persecución y criminalización de la trata; tal y como señala VILLACAMPA ESTIARTE, había venido abordando dicho fenómeno desde una perspectiva criminocéntrica¹¹⁷¹. Ahora bien, con la adopción de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas se aleja, en cierta medida, de dicha perspectiva, colocando a las víctimas “*en el epicentro del tratamiento de este problema*”¹¹⁷². No obstante, tal y como señala STOYANOVA, es notoria la inclinación de la Unión Europea¹¹⁷³ al control de la inmigración sobre el fenómeno¹¹⁷⁴, tal y como veremos a continuación.

¹¹⁷⁰ DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 47.

¹¹⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 203.

¹¹⁷² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:02.

¹¹⁷³ UE en adelante.

¹¹⁷⁴ STOYANOVA, V., *Human trafficking and slavery reconsidered*, Cambridge University press, Cambridge, 2017, p. 29.

1. Directiva 2011/36/UE: protección a las víctimas de trata de seres humanos

La Directiva 2011/36/UE contiene un enfoque integral y global, que no se limita a la persecución de los tratantes, sino que se extiende a la prevención y la protección de las víctimas¹¹⁷⁵. No obstante, tal y como se podrá comprobar, la misma da mucha importancia a la cooperación entre las autoridades policiales de los distintos países para reforzar la lucha contra la trata de seres humanos, y a la necesidad de que los Estados colaboren con las organizaciones de la sociedad civil¹¹⁷⁶.

1.1. Contenido de la Directiva 2011/36/UE

Tal y como venimos manifestando, la Directiva 2011/36/UE, contiene una perspectiva más centrada en las víctimas, su asistencia y protección, con un enfoque integral y global basado en los derechos humanos. La estructura de la misma recuerda al Convenio de Varsovia¹¹⁷⁷, pero, a diferencia de este, la Directiva 2011/36/UE, en el art. 1, determina que el objeto de la misma es la persecución y penalización de la trata de seres humanos, ubicando en un segundo nivel las medidas de asistencia, apoyo y protección a

¹¹⁷⁵ DÍAZ BARRADO, C. M., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, p. 462; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., “Trata de seres humanos y trabajos forzados”, *Revista Penal*, 2019, p. 176.

¹¹⁷⁶ Considerandos 5 y 6 de la Directiva 2011/36/UE.

¹¹⁷⁷ GROMEK-BROC, K., “EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nova et Vetera*, 2011, pp. 227-238.

las víctimas, así como la prevención, cooperación y coordinación en la lucha contra este fenómeno¹¹⁷⁸.

En otras palabras, a pesar de las referencias a un enfoque integral y global, el artículo 1 ya delata que la persecución y criminalización de la trata de seres humanos es el objetivo fundamental perseguido por la Directiva 2011/36/UE. De este modo, aun conteniendo medidas de prevención y protección para las víctimas, prima el enfoque criminocéntrico frente al victimocéntrico.

Las medidas de prevención previstas son mínimas, dedicando a la misma una única disposición: el artículo 18. En el mismo se prevé que los Estados miembros adopten medidas para desalentar y disminuir la demanda de la trata de seres humanos por medio de la educación, la formación, a través de campañas de información y sensibilización, incluso por medio de Internet, con la cooperación con organizaciones de la sociedad civil, siendo el fin la reducción del riesgo de que especialmente los menores, se conviertan en víctimas de trata de seres humanos. A nuestro modo de ver, dicha prevención debería haberse especificado según la forma de explotación y teniendo en cuenta las características especiales de cada categoría de víctimas.

En este mismo precepto, la Directiva dispone que las Partes formen periódicamente a los funcionarios que tengan probabilidades de entrar en contacto con las víctimas de trata de seres humanos, reales y potenciales, para que puedan identificarlas. En el considerando 25 de la Directiva se enumera la clase de funcionarios a los que va dirigida esta demanda de formación, como la policía, los guardias de frontera, funcionarios de inmigración, los fiscales y

¹¹⁷⁸ GROMEK-BROC, K., "EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?", *Nova et Vetera*, 2011, p. 229.

abogados, miembros del poder judicial y funcionarios de los tribunales, los inspectores de trabajo, el personal que se encarga de asuntos sociales de la infancia y sanidad, así como el personal consular.

Por otro lado, las disposiciones dirigidas a la persecución del delito de trata de seres humanos constituyen el objeto principal de esta norma¹¹⁷⁹, dedicándose a la misma los artículos 2 a 10 de la Directiva, puesto que la armonización de los derechos nacionales de los países integrantes de la Unión continúa siendo el objeto principal.

Por último, por lo que respecta a las medidas orientadas a la cooperación y al seguimiento de la implementación de la Directiva, podríamos decir que se le concede más protagonismo en el preámbulo¹¹⁸⁰ de la misma que en el propio articulado. Aun así, el artículo 20 dispone que los Estados miembros deben facilitar la tarea de un coordinador de la Unión Europea para luchar contra la trata de seres humanos, al que se le deberá remitir la información estadística que se contempla en el artículo 19¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., “La protección de las víctimas en el proceso penal y los derechos de defensa del acusado”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de sres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 191.

¹¹⁸⁰ Especialmente en los considerandos número 5 -referido a la cooperación entre Estados-, 6 -referido a la colaboración con organismos de la sociedad civil-, 27 -en relación con la implementación de sistemas nacionales de supervisión-, 28 -desarrollo de sistemas de recogida de datos- y 29 -relacionado con el nombramiento del coordinador para la lucha contra la trata de seres humanos a nivel de la Unión-.

¹¹⁸¹ Artículo 19 de la Directiva 2011/36/UE “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes. El cometido de tales mecanismos incluirá la evaluación de las tendencias de la trata de seres humanos, la cuantificación de los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la recopilación de estadísticas en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito, y la información.*”.

1.2. La asistencia y la protección a las víctimas de trata en la Directiva 2011/36/UE

A pesar de que las medidas dedicadas a la prevención resultan un tanto escasas, las medidas de protección y asistencia a las víctimas son bastante más extensas.

Ello resulta especialmente destacable en el preámbulo de la Directiva, puesto que se dedica a la protección y asistencia los considerandos 17-24. En ellos se prevé que la Directiva no se ocupa de las condiciones de residencia de las víctimas, debiéndose acudir a la Directiva 2004/81/CE. Ahora bien, se les prestará asistencia y apoyo a las víctimas antes del inicio del procedimiento penal, durante el mismo y después de que este finalice, con independencia de su voluntad de intervenir como testigo, debiéndose prestar dichos servicios de manera incondicional durante mínimamente el período de reflexión, cuando la víctima no se encuentre en situación regular en el país. También se recuerda que dicha asistencia y apoyo se ofrecerán siempre que la víctima lo desee y, por ello, la negativa debe respetarse. Por otro lado, el preámbulo de la Directiva dedica especial atención a las víctimas menores de edad, considerándolas víctimas vulnerables que necesitan medidas de protección adicionales, especialmente, en los casos de menores no acompañados.

En el preámbulo, también se contempla la protección de las víctimas en el marco del procedimiento penal, y recordando que les es aplicable la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, indicando que se les reconoce el derecho a la protección e indemnización y que inmediatamente dispongan de asesoramiento jurídico y si es necesario, que tengan representación legal para evitar la victimización secundaria.

1.2.1. Medidas de asistencia y protección a las víctimas de trata de seres humanos

Por lo que respecta a las medidas de asistencia y apoyo generales, el artículo 11 de la Directiva dispone que los Estados miembros tendrán que aportar asistencia y apoyo antes, durante y después del procedimiento penal, por un período de tiempo adecuado. En comparación con lo recogido en el Convenio del Consejo de Europa mencionado anteriormente, la Directiva no especifica dicho “período de tiempo adecuado”, dejándolo en manos del Estado, cuando el Convenio de Varsovia especificaba en su artículo 13 que el periodo de reflexión debía ser de, al menos, 30 días. Con ello entendemos que la Directiva permite que las Partes reduzcan este periodo, lo que resulta un tanto preocupante en lo que respecta a la protección y apoyo de las víctimas¹¹⁸².

En el mismo artículo se establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar a las víctimas los derechos establecidos en la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el procedimiento penal. Se aclara que, una vez se tengan indicios razonables para suponer que la persona ha podido ser víctima de trata de seres humanos, las Partes adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se presten la asistencia y apoyo necesario, sin que se

¹¹⁸² GROMEK-BROC, K., “EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nova et Vetera*, 2011, p. 230; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2011, p. 14:07; MILANO V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2016, p. 20.

condicione por la cooperación de la víctima en la investigación, la instrucción o el juicio.

Las medidas de asistencia y apoyo incluirán al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante, por ejemplo, la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, en su caso. Eso sí, dicha asistencia y apoyo, por lo que se deduce del apartado 5 del mismo artículo, se brindará durante el periodo de reflexión, sin que la Directiva establezca un plazo mínimo para ello.

Aun así, antes de concluir con el apartado de asistencia y apoyo, debemos mencionar que en los artículos 13-15 se establecen las medidas de protección especiales para las víctimas menores de edad. En estos casos, el interés superior del menor será primordial, especificando que, si la edad de la víctima es incierta, si existen razones para creer que es un menor, será considerado como tal y se le prestará asistencia y apoyo especial. El artículo 14 de la Directiva establece la asistencia y apoyo para víctimas menores de edad, planteando una estrategia de asistencia y apoyo no solo a corto plazo, sino con miras a su continuidad¹¹⁸³. Dicha estrategia estará dirigida a la recuperación física y psicosocial y se llevará a cabo tras una evaluación individual de las circunstancias específicas de este tipo de víctimas, donde se tendrán en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses. En el caso de los menores, además de las medidas previstas en el artículo 11 para las demás víctimas, se añade que los Estados miembros les deberán facilitar el acceso a la

¹¹⁸³ Sin embargo, no se especifica cuál puede ser dicha solución duradera; en el considerando 23 del preámbulo se indica que constituyen posibles soluciones duradera el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno, la integración en la sociedad de acogida, la conexión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro.

educación, en conformidad con su Derecho interno. También se prevé el apoyo y asistencia a la familia de las víctimas menores, cuando estas se encuentren en territorio de un Estado miembro, aportándoles la información necesaria, cuando sea posible y conveniente, en los términos establecidos en el artículo 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI.

En este último supuesto también se prevé la posibilidad de que se les nombre un tutor o representante legal, a partir del momento en el que se les haya identificado como tal, para poder defender el interés superior del mismo o representarlo si hubiera un conflicto de intereses, de acuerdo con el Derecho nacional.

Al margen de lo dispuesto sobre los menores, en resumen, la norma insta a los Estados a proveer recursos para el apoyo y la protección de las víctimas siempre que haya indicios razonables de que una persona ha podido ser víctima de trata de seres humanos. Este apoyo y asistencia se le otorga por lo menos durante el periodo de reflexión al margen de su voluntad de colaborar o no en el esclarecimiento de los hechos o como testigo, cuando se trata de una víctima que se encuentra en una situación administrativa irregular¹¹⁸⁴. Como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente epígrafe, una de las lagunas de la Directiva es la ausencia de atención a las condiciones de residencia a las víctimas.

¹¹⁸⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:36; SANTANA VEGA, D. M., “La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera. Migraciones y trata de personas*, 2011, p. 23.

1.2.2. Especial mención al permiso de residencia para las víctimas extranjeras de trata de seres humanos

Pese a que la Directiva recoja medidas sobre la asistencia y apoyo a las víctimas, no establece las condiciones de residencia de las víctimas extranjeras en el territorio de los Estados miembros, teniendo que acudir para ello a lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE¹¹⁸⁵. La Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países¹¹⁸⁶ que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, prevé la posibilidad de facilitar un permiso de residencia de duración determinada a los nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de trata de seres humanos por un período de tiempo limitado.

El artículo 6 de la Directiva en cuestión establece que los Estados miembros garantizarán un período de reflexión que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos, de forma que puedan decidir, con conocimiento de causa, si cooperan con las autoridades competentes, sin establecer la duración del mismo. Así, la condición para expedir ese permiso reside en el hecho de que la víctima colabore con las autoridades competentes. Al concluir el período de reflexión o incluso antes de su expiración, se podrá conceder este permiso de residencia que tiene una duración mínima de seis meses, con la condición de que la persona haya mostrado una clara voluntad de cooperación y haya roto sus relaciones con los autores de los delitos de ayuda a la

¹¹⁸⁵ Lo mismo se recoge en el considerando 17 de la propia Directiva 2011/36/UE.

¹¹⁸⁶ Artículo 2 de la Directiva 2004/81/CE, “*se entenderá por nacional de tercer país toda persona que no sea ciudadano de la Unión conforme lo dispuesto en el apartado 1 del Tratado*”.

inmigración ilegal y trata de seres humanos¹¹⁸⁷. Durante la vigencia del mismo, se garantiza ayuda económica a quienes no posean suficientes recursos y asistencia médica o de otro tipo y a quienes tengan necesidades especiales, como la ayuda psicológica, pudiendo el mismo ser renovado¹¹⁸⁸.

Sin embargo, si la persona víctima deja de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 8, -esto es, si deja de colaborar con las autoridades competentes o la persona no ha cesado su relación con los sujetos activos-, no cabrá la renovación del permiso de residencia especial. Esto es, la víctima mantendrá el permiso de residencia mientras colabore, pero si deja de colaborar o su colaboración no es necesaria porque ha concluido el procedimiento penal, no se seguirá protegiéndola. En este sentido, el artículo 13 prevé que no se renovará el permiso cuando una resolución de la autoridad competente ponga fin al procedimiento y desde ese momento, se aplicará la legislación ordinaria de extranjería. Además, el artículo 14 prevé los supuestos en los que se puede retirar el permiso, siendo estos los casos en los que la víctima *“reanuda de forma activa, voluntaria y por iniciativa propia las relaciones con los presuntos autores de los delitos, o si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada”*¹¹⁸⁹. Así, el permiso de

¹¹⁸⁷ Artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE.

¹¹⁸⁸ Artículo 9 de la Directiva 2011/36/UE. Además, en el artículo 11 se prevé para los que gozan del permiso de residencia especial, el acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación durante el período de vigencia del permiso, así como el acceso a planes especiales que puedan articularse por organizaciones no gubernamentales para que recuperen una vida social normal. En el caso de los menores, el artículo 10 establece la posibilidad de alargar el período de reflexión si se considera adecuado para cumplir con el superior interés del menor, en hacer posible que los menores de terceros estados tengan acceso al sistema de enseñanza en las mismas condiciones que los nacionales y, finalmente, en identificar a los menores no acompañados y determinar las razones por las que no lo están, localizar a sus familias y nombrarles un representante legal si ello procede.

¹¹⁸⁹ Art. 14 a) b) Directiva 2004/81/CE.

residencia también podrá ser retirado “*por motivos relacionados con el orden público y la protección de la seguridad nacional, o cuando la víctima deje de cooperar, o cuando las autoridades competentes decidan desistir de la acción*”¹¹⁹⁰.

El Grupo de Expertos en trata de seres humanos de la Unión Europea ha criticado esta Directiva, puesto que la colaboración eficaz es la condición para otorgar el permiso de residencia y la ayuda a la víctima¹¹⁹¹, dado que, si la finalidad de conceder dicho permiso es que las víctimas colaboren eficazmente o que actúen como testigos, resulta necesario que las mismas sepan de antemano que pueden confiar en que el Estado les proporcione asistencia y protección¹¹⁹². Si los Estados no están dispuestos a prestar asistencia y protección como un derecho y no como una contraprestación, no se trata de una medida de protección integral, puesto que no se puede utilizar a la víctima como mero instrumento de investigación y del proceso judicial¹¹⁹³. Convenimos con el Grupo de Expertos en trata de seres humanos de la Unión Europea en que la protección debe incluir la posibilidad de un permiso de residencia permanente o de largo plazo.

A pesar de que, *a priori*, la Directiva 2011/36/UE parezca articular un sistema de protección integral de la totalidad de las víctimas de trata de seres humanos, entendemos que la Unión Europea, frente a las víctimas más vulnerables prioriza la situación de irregularidad frente a la situación de víctima, de tal forma que el

¹¹⁹⁰ Art. 14 c) d) e) Directiva 2004/81/CE.

¹¹⁹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:22.

¹¹⁹² Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, Brussels, 22 December 2004, p. 105. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/report_22_dec_en_1.pdf

¹¹⁹³ Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, Brussels, 22 December 2004, p. 105. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/report_22_dec_en_1.pdf

enfoque humanitario y la defensa de los derechos humanos queda sin efecto. La Directiva no configura un sistema de protección real y efectivo de estas víctimas que se encuentran en situación de irregularidad administrativa, de quienes precisan mayor asistencia y apoyo¹¹⁹⁴.

1.2.3. Medidas de protección de las víctimas de trata de seres humanos en el marco del correspondiente procedimiento penal

Las medidas dedicadas a la protección de las víctimas del delito de trata de seres humanos en el marco del procedimiento se contemplan en el artículo 12 de la Directiva. Siguiendo lo expuesto en el considerando 20 del preámbulo, el objeto de estas medidas es que se evite tanto la victimización secundaria, como la producción de cualquier experiencia traumática durante el proceso. Se prevé que la víctima tenga acceso inmediato al asesoramiento jurídico y a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización, conforme a la Decisión Marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. La Directiva pone de manifiesto la necesidad de prestar asistencia y apoyo a las víctimas de trata, tanto antes, durante y después del procedimiento penal con el fin de que las mismas estén en condiciones para ejercer sus derechos de forma efectiva¹¹⁹⁵. Sin embargo, no se garantiza que

¹¹⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:40; PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 410.

¹¹⁹⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 402; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención

la representación legal sea gratuita, limitándose a los casos en los que la víctima no tenga suficientes recursos económicos¹¹⁹⁶.

El artículo 12.3 establece que las víctimas deberán recibir una protección apropiada, sobre la base de una evaluación individual del riesgo, como, por ejemplo, dándoles acceso, cuando proceda, a programas de protección de testigos u otras medidas similares, de conformidad con los criterios definidos por la legislación o los procedimientos nacionales.

En este sentido, la Directiva parece mostrar preocupación por evitar la victimización secundaria a estas víctimas, y se prevé que los Estados parte velen por que las mismas reciban un trato especial destinado a prevenir este tipo de victimización, sin que ello afecte al Derecho nacional y a las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales. En tal sentido, el artículo 12.4 prevé, en la medida de lo posible, las siguientes prácticas:

- a) Repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio.
- b) El contacto visual entre víctima y demandados, incluso durante la prestación de la declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de las tecnologías de la comunicación adecuadas.

y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:40; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, p. 59.

¹¹⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 14:40.

- c) Testificar en audiencia pública.
- d) Realizar preguntas sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario.

Por otro lado, tal y como se establecía en el Convenio de Varsovia, en la Directiva 2011/36/UE también se prevé la posibilidad de no enjuiciamiento ni imposición de penas a la víctima (artículo 8). Esta disposición es más extensa que la ofrecida por el Convenio de Varsovia porque, además de contemplar la posibilidad de prever una excusa absolutoria o causa personal de levantamiento de la pena, destaca la posibilidad de que la víctima no llegue a ser enjuiciada. Sin embargo, aunque se reconozca un ámbito operativo más amplio, también se especifican, con mayor detalle, los supuestos en los que puede ser aplicado, exigiéndose que la víctima se haya visto “obligada” a cometer los hechos delictivos “*como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2*”.

Para los menores, la Directiva prevé en el artículo 15 cómo deben llevarse a cabo los interrogatorios de los mismos, como la posibilidad, en su caso, de que todos los interrogatorios de víctimas o testigos que sean menores puedan ser grabados en vídeo y que estas grabaciones puedan ser admitidas como pruebas en el proceso penal, de conformidad con las normas de su derecho Nacional. También se dispone que en los procesos penales por delitos de trata de seres humanos los interrogatorios se celebren sin demoras injustificadas, que se realicen en lugares asignados o adaptados para ello y que estén dirigidos, siempre que sea necesario, por o a través de profesionales con formación adecuada a tal efecto. Se dispone que el número de los interrogatorios sea el menor posible y que se celebren sólo cuando sea estrictamente necesario y, finalmente, que el menor esté acompañado por su representante o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión

motivada se haya excluido a esa persona. El artículo 15 también prevé que la audiencia se celebre a puerta cerrada y que la víctima menor pueda ser escuchada sin estar presente en la sala mediante el uso de las tecnologías de la comunicación.

En conclusión, lo que se persigue es que la víctima menor de edad sufra lo menos posible a la hora de testificar, utilizando para ello mecanismos de ejecución adaptados a las especiales características de estas víctimas.

2. La Unión Europea y la criminalización de la inmigración

A pesar de que, inicialmente, la Directiva 2011/36/UE parezca centrar su atención en la protección y asistencia a las víctimas de trata, no solo opinamos que realmente tiene un enfoque criminocéntrico del fenómeno, sino que, además, siguiendo a las dinámicas de un enfoque de la criminología actuarial, es reflejo de una política-victimal de la desprotección, que tiende a la criminalización de la victimización irregular¹¹⁹⁷, con el fin de controlar los flujos migratorios¹¹⁹⁸.

De este modo, a pesar de que la Directiva 2011/36/UE parezca que centre su interés en la detección, protección y asistencia a las víctimas de este delito, si mantiene un enfoque victimocéntrico con aquellas que residan de forma legal en Europa, no otorgará idéntica protección a aquellas personas que se encuentren en situación administrativa irregular, dado que su protección estará condicionada a la colaboración con las autoridades pertinentes en el

¹¹⁹⁷ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, pp. 371-446.

¹¹⁹⁸ STOYANOVA, V., *Human trafficking and slavery reconsidered*, Cambridge University press, Cambridge, 2017, p. 29.

esclarecimiento de los hechos¹¹⁹⁹. Así, dicho instrumento establece niveles de protección, asistencia y apoyo integral a aquellas víctimas que residan de forma legal en el Estado parte en cuestión, y una protección discriminatoria y condicional a extranjeras.

Reservar la protección a aquellas personas que cooperen con las autoridades competentes crea un sistema de protección desigual¹²⁰⁰, que deviene del resultado de la lógica económica que preside la era de la globalización¹²⁰¹, traducándose en la criminalización de la pobreza¹²⁰², o como lo denomina la doctrina anglosajona “*crimmigration*”, o criminalización de la inmigración¹²⁰³. La protección y asistencia debería ser incondicional, ofrecida a todas las víctimas de trata a pesar de su ilegalidad administrativa.

A mayor abundamiento, si la víctima decide colaborar, una vez terminado el periodo de restablecimiento y de reflexión, la Directiva no aclara lo que puede ocurrir con las víctimas que son de un tercer país que no pertenece a la Unión Europea; el art. 14 del Convenio del Consejo de Europa impone a los Estados la obligación de renovar el permiso de residencia, aunque no sea definitivo. Sin embargo, la Directiva no obliga a ello a los Estados miembros. Aun así, el art. 11.6 brinda cierta ayuda como forma de resolución de dicho

¹¹⁹⁹ SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 204.

¹²⁰⁰ GROMEK-BROC, K., “EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nova et Vetera*, 2011, p. 233.

¹²⁰¹ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 389.

¹²⁰² MUÑAGORRI LAGUIA, I., “Derecho Penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, en PORTILLA CONTRERAS (Coord.), *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 197.

¹²⁰³ VAN DER LEUN, J. & VAN SHIJNDEL, A., “Emerging from the shadows or pushed into the dark? The relation between the combat against trafficking in human beings and migration control”, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 2016, p. 28; HUYSMANS, J., “The European Union and the securitization of migration”, *Journal of Common Market Studies*, 2000, p. 753; MILLER, T. A., “Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th”, *Boston College Third World Law Journal*, 2005, p. 90.

problema, mediante el ofrecimiento de la posibilidad de otorgar protección internacional de acuerdo con las normas internacionales o leyes nacionales, entendiéndose que las personas apátridas y los solicitantes de asilo se encuentran protegidas contra la devolución, no obstante, no todas las víctimas de trata pueden acogerse a dicha casuística.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, a pesar de centrar la atención en la asistencia y protección a las víctimas de dicho delito, la Directiva 2011/36/UE refleja el interés de proteger a las personas residentes de la Unión Europea y criminaliza las víctimas que se encuentran en situación irregular, teniendo que colaborar de forma eficaz con las autoridades competentes para lograr un permiso de residencia que les permita una situación administrativa regular, aunque sea temporal, diluyéndose completamente la perspectiva victimocéntrica que inspira en un principio la norma.

VI. REFLEXIÓN SOBRE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

A la vista de los instrumentos más relevantes en materia de trata de seres humanos, el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE que se remite también a la Directiva 2004/81/CE, entendemos que se han realizado esfuerzos sobre la protección de las víctimas, aunque cada instrumento contenga diferencias sobre los demás. El Protocolo de Palermo fue el primer instrumento que concibió la necesidad de dar una protección integral a las víctimas, sin alejarse de la visión criminocéntrica, pero ahondó en la idea de que la lucha de la trata de seres humanos no sólo implica la persecución e investigación, sirviendo de referente para los posteriores instrumentos.

El Convenio de Varsovia fue el sucesor evolucionado del Protocolo de Palermo, que profundizó la perspectiva victimocéntrica de la lucha contra la trata de seres humanos, aportando grandes novedades como la propuesta del periodo de restablecimiento y reflexión. Dicho instrumento ha constituido la base para la protección real de las víctimas de trata de seres humanos, que contiene medidas de asistencia para las víctimas, tanto física como psicológica, el periodo de restablecimiento, el permiso de residencia para los casos en que la víctima se encuentre en situación irregular y, lo más importante, que la misma pueda otorgarse sin ninguna condición como la colaboración.

La llegada de la Directiva 2011/36/UE junto con la Directiva 2004/81/CE ha roto con el enfoque victimocéntrico que había construido el Convenio de Varsovia, disfrazando los intereses político-económicos y de políticas migratorias restrictivas de la

Unión Europea, en protección de las víctimas de trata¹²⁰⁴. Lo que el Convenio de Varsovia proponía como medidas de ayuda a este colectivo de víctimas –período de restablecimiento y reflexión, asistencia y ayuda, permiso de residencia–, también han sido acogidos por la Unión Europea en sus Directivas, pero siempre al son de sus intereses, creando una modalidad de ayuda que exige la condición de colaboración de la víctima, también seguido por el ordenamiento jurídico español, como veremos a continuación. En caso de que la víctima se encuentre en situación administrativa irregular, la protección se reserva a aquellas personas que cooperan con las autoridades competentes, por lo que se crea un sistema de protección desigual¹²⁰⁵, que deriva del resultado de la lógica económica que preside la era de la globalización¹²⁰⁶, traduciéndose en la criminalización de la pobreza¹²⁰⁷. La protección y asistencia debería ser incondicional, ofrecida a todas las víctimas de trata a pesar de su ilegalidad administrativa.

Los tres instrumentos mencionados contienen un mandato de articulación de un sistema integral de protección que incluya el abastecimiento de todas las necesidades que dicho colectivo de víctimas pueda tener, como, por ejemplo, un sistema de reconocimiento de derechos en el ámbito procesal, desde la perspectiva asistencial, personal y sanitaria, así como garantizar medidas para indemnizarlas y restituir los derechos de los que han sido privadas.

¹²⁰⁴ SCARPA, S., *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 204.

¹²⁰⁵ GROMEK-BROC, K., “EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nova et Vetera*, 2011, p. 233.

¹²⁰⁶ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 389.

¹²⁰⁷ MUÑAGORRI LAGUIA, I., “Derecho Penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, en G. PORTILLA CONTRERAS (Coord.), *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 197.

Por su parte, en lo que respecta a las víctimas de mayor vulnerabilidad, esto es, las personas inmigrantes en situación irregular, el Convenio de Varsovia, a diferencia de la Directiva, no condiciona la concesión de un permiso de residencia a la colaboración eficaz de la víctima. Por consiguiente, cuando la víctima no colabore o no reúnan las condiciones del derecho interno del Estado para obtener un permiso de residencia, correrá el peligro de ser deportada a su país de origen¹²⁰⁸.

En efecto, teniendo en cuenta el vínculo entre la trata de seres humanos y la inmigración irregular, los instrumentos mencionados, y sobre todo la Directiva 2011/36/UE centran sus esfuerzos en dar protección a los que residen de forma legal en los Estados miembros, criminalizando la pobreza, entendiendo que las mismas no son necesarias para la rentabilidad del sistema, cuando debería priorizar la defensa de los derechos humanos de las víctimas¹²⁰⁹. Conviniendo con DE LA CUESTA ARZAMENDI, a las víctimas debe reconocérseles sus derechos, teniendo en cuenta la explotación sufrida, por lo que precisan de asistencia y apoyo para su recuperación sin que ello haya de derivar de su posible colaboración o condición de testigo teniendo en cuenta que el retorno al país de origen pocas veces será compatible con el respeto a la dignidad y los derechos humanos de la misma¹²¹⁰.

Teniendo en cuenta el efecto directo de carácter vertical de la Directiva 2011/36/UE no es de extrañar que el ordenamiento español mantenga la misma línea en lo que respecta a la protección

¹²⁰⁸ LARA AGUADO, A., "Protección de extranjeros especialmente vulnerables", *Actas del I Congreso internacional sobre migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 889.

¹²⁰⁹ LARA AGUADO, A., "Protección de extranjeros especialmente vulnerables", *Actas del I Congreso internacional sobre migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 883.

¹²¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, 2013, p. 107.

de las víctimas de trata, tal y como veremos en los siguientes epígrafes.

VII. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL

Tal y como ha sido mencionado, en los siguientes epígrafes tendremos la oportunidad de comprobar la implementación que se ha realizado en el ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/36/UE y la protección a las víctimas que brinda el mismo. No obstante, si el Estado se quiere embarcar realmente en lo que es la erradicación de la trata de seres humanos, además de las medidas de carácter criminocéntrico, debe ser capaz de desarrollar un instrumento que contenga una política victimal integral, dado que, como veremos a continuación, la protección de estas víctimas resulta todo menos ordenada y clara. Así, en este apartado del trabajo analizaremos aquellos instrumentos a los que las víctimas de trata pueden acogerse porque prestan protección general a las mismas, para después llegar a las medidas previstas específicamente para las víctimas de trata.

1. Normativa de protección general a la que puede acogerse cualquier víctima de trata de seres humanos

A continuación, vamos a realizar una aproximación a los distintos instrumentos jurídicos existentes en el ámbito del ordenamiento jurídico interno a los cuales se puede acoger con carácter general cualquier víctima de trata de seres humanos. Siguiendo lo dispuesto por el art. 17 de la Directiva 2011/36/UE, los Estados miembros deben garantizar que las víctimas de trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente, por lo que pasaremos a analizar la Ley 35/1995,

de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y, a continuación, el Estatuto de la víctima, que garantiza ciertos derechos en la instrucción y proceso penal para las mismas.

1.1. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y asistencia a las víctimas de delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y las víctimas de trata de seres humanos

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos, la Ley 35/95 regula, tanto las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos, como la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos. La aplicación de la misma será extensiva únicamente a los supuestos de delitos violentos y dolosos que generen un resultado de muerte, un resultado de lesiones o daños graves en la salud física o mental.

En este sentido, por lo que respecta a la valoración de la gravedad de las lesiones o los daños en la salud, la ley se remite a la legislación de la Seguridad Social.

Esta ley instaura un sistema de ayudas públicas para aquellas víctimas directas e indirectas que hayan sufrido delitos dolosos y violentos, cometidos en España. Estos delitos deben tener resultado de muerte, o lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental. Asimismo, serán beneficiarias de las ayudas contempladas las víctimas de delitos contra la libertad sexual, aunque no se perpetren con violencia (art. 1 Ley 35/95).

1.1.1. Personas beneficiarias

Siguiendo lo dispuesto por el articulado, podrán ser beneficiarios “*quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea, o quienes residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio*”¹²¹¹, debiendo distinguirse entre víctimas directas e indirectas.

Las víctimas directas son aquellas que sufren los daños o lesiones como consecuencia directa del delito, mientras que las víctimas indirectas son aquellas que dependen del fallecido a consecuencia del delito¹²¹². Estas últimas, según el art. 2 de la Ley 35/95 serán en primer lugar el cónyuge o la persona unida al fallecido por análoga relación de afectividad, cualquiera que sea su orientación sexual. También son víctimas indirectas los hijos de la persona fallecida, siempre que dependan económicamente de la misma con independencia de su filiación y edad, o los hijos de sus cónyuges que cumplan con los requisitos anteriores. A falta de los anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependiesen económicamente de esta.

Por consiguiente, podrán acogerse a esta medida las víctimas de trata de seres humanos, que tanto en el proceso de la trata como en la explotación posterior han sufrido de lesiones o daños graves en su salud física o mental, y que sean españolas o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea. Ahora bien, teniendo en cuenta la modificación de la Ley 35/95 de 2019 para que la misma abarcara los casos de violencia de género, se establece

¹²¹¹ Art. 2 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

¹²¹² FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Donostia, 2005, p. 528.

que podrán acceder a las ayudas *“las mujeres nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en España, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando la afectada sea víctima de violencia de género en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004”*. Esto es, cuando la solicitante de esta ayuda sea víctima de violencia de género no cabe dudas de que podrán ser beneficiarias de dicha Ley, a pesar de que estas se encuentren en situación administrativa irregular.

Al igual que sucede respecto a otras normativas, el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de delitos violentos y contra la Libertad Sexual, desarrolla la Ley 35/89, del cual hay que destacar los siguientes aspectos:

Por lo que respecta de los beneficiarios, el art. 2.1 de la Ley 35/95 dispone que, junto a los nacionales y a los ciudadanos de la Unión Europea, lo serán las *“personas que residan habitualmente en España”*. El art. 2 del Reglamento prevé que *“se entenderá que residen habitualmente en España los extranjeros que permanezcan en su territorio en la situación de residencia legal”*, tal y como dispone el art. 13 de la Ley de Extranjería. Por consiguiente, tal y como ha sido adelantado anteriormente, las personas que hayan sufrido lesión o daño grave a su integridad física que se encuentran en situación administrativa irregular víctimas de trata de seres humanos, no podrán ser beneficiarias de esta ayuda, a menos que se dictamine que también han sufrido de violencia de género según lo establecido por la Ley Orgánica 1/2004.

Sin embargo, con ello se sobrentiende que no se extiende a los demás delitos, por lo que las víctimas de trata de seres humanos que se encuentren en situación administrativa irregular no podrán ser beneficiarias de dicha ayuda por lo que no tendrán protección, ni las

víctimas directas ni los hijos o mayores dependientes económicos de las mismas en caso de víctimas indirectas. Las mismas solo podrán disfrutar de las ayudas contempladas en la Ley 35/95 cuando demuestren que en su país esta misma normativa también es aplicable a los ciudadanos españoles¹²¹³.

Por su parte, según lo dispuesto por el art. 3 de dicha Ley, “se podrá denegar la ayuda pública o reducir su importe cuando su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público atendidas las siguientes circunstancias declaradas por sentencia:

- a) *El comportamiento del beneficiario si hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios.*
- b) *Las relaciones del beneficiario con el autor del delito o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas”.*

1.1.2. Concepto de lesiones y daños: criterios para la determinación de las ayudas

Siguiendo lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 35/95, “son lesiones graves aquellas que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental y que incapaciten con carácter temporal o permanente a la persona que las hubiera sufrido. No se considerará incapacidad permanente aquella que no suponga un grado de minusvalía de, al menos, el 33 por 100”. Así, las lesiones o daños a la salud deberán tener entidad suficiente como para su declaración de invalidez permanente “en cualquiera de sus grados o una situación

¹²¹³ Principio de reciprocidad (art. 3 Reglamento 738/97)

de incapacidad temporal superior a seis meses”, siguiendo lo dispuesto por la legislación de la Seguridad Social.

Según las previsiones contempladas en el artículo 6 de la Ley 35/95, por lo que respecta a los criterios para determinar la cuantía de las ayudas, esta nunca podrá superar la indemnización fijada en la sentencia, determinándose el importe mediante la aplicación de las siguientes reglas -siempre que no supere la cuantía citada-:

- a) *“De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses.*
- b) *De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al salario mínimo interprofesional mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala:*
 - *Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades*
 - *Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades*
 - *Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades*
 - *Gran invalidez: ciento treinta mensualidades*
- c) *En los casos de muerte, la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento”.*

El segundo apartado del mismo artículo recoge que *“la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a lo siguiente:*

- a) La situación económica de la víctima y del beneficiario.*
- b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y del beneficiario.*
- c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1 b) de esta Ley”.*

Por último, el tercer apartado del art. 6 prevé que en los supuestos contemplados por el art. 2.5 de esta Ley, esto es, cuando los beneficiarios sean los padres del menor que fallezca a consecuencia directa del delito, *“la ayuda consistirá únicamente en el resarcimiento de los gastos funerarios que hubieran satisfecho efectivamente los padres o tutores del menor fallecido, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine”.*

Así, por ejemplo, en los casos de trata de seres humanos, cuando la víctima provenga de un Estado ajeno a la Unión europea y esta sea menor de edad, ni siquiera podrán los padres de la menor beneficiarse de dicha ayuda, dado que no podrán ser beneficiarios por tratarse de personas extranjeras.

1.1.3. Asistencia a las víctimas: deberes de información

Con anterioridad a la concesión de la concreta ayuda a cada víctima, será necesario que se encuentre completamente informada tanto de las subvenciones a las que tendrá acceso, así como de las cuestiones relacionadas con el proceso. La ley 35/95 establece esta

cuestión más bien como un deber por parte de las Autoridades, tal y como se recoge en el art. 15 de la ley:

“1. Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado.

3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

4. El Secretario judicial cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, sea informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente cuidará de que la víctima sea informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

5. *El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal”.*

Y junto a este conjunto de derechos y deberes, la Ley configura en su art. 16 la denominada Oficina de asistencia a las víctimas, en cuanto instituciones determinante para la gestión de estas ayudas. Las mismas, tienen como fin atender las necesidades de las víctimas, siendo de carácter público y gratuitas¹²¹⁴.

1.1.4. Conclusiones sobre la protección que brinda la Ley 35/95 a las víctimas de trata de seres humanos

En lo que respecta a la Ley 35/95 y las víctimas de trata de seres humanos, se debe subrayar que dichas víctimas podrán siempre ser atendidas por las Oficinas de asistencia a las víctimas que dispone cada Juzgado o Audiencia de forma gratuita para informarse sobre los pasos a dar tanto con el fin de comenzar un proceso penal o también para documentarse sobre las ayudas que puede disponer por el simple hecho de ser víctima.

Ahora bien, según lo dispuesto por la Ley 35/95 y el Reglamento 738/1997, las personas beneficiarias de la misma serán, tanto las víctimas directas como las indirectas de personas residentes de España. Cuando se trata de personas en situación administrativa irregular, podrán ser beneficiarias siempre que en su país de origen también los españoles puedan acogerse a ayudas de la misma índole. En sentido contrario, si la víctima de trata de seres

1214

Disponible

en:

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/oficinas-asistencia-victimas>

humanos que haya sufrido menoscabo grave a su integridad física no cumple con los requisitos anteriores, esto es, persona en situación administrativa irregular y que en su país no exista ayuda alguna a la cual un español pueda también acogerse, dicha persona no podrá beneficiarse de ninguna ayuda que ofrece el articulado de dicha Ley 35/95.

Así, la víctima de trata de seres humanos que puede acogerse a estas ayudas será la siguiente:

- Quien haya sufrido un delito que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental y que la haya incapacitado con carácter temporal o permanente.

- Española o con permiso de residencia, o de algún otro Estado miembro de la Unión Europea

- En el caso de encontrarse en situación administrativa irregular, que sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio.

Por todo ello, tal y como veníamos diciendo sobre la Directiva 2011/36/UE, en este caso también vemos que prima la residencia legal ante el amparo de los derechos humanos de las personas.

1.2. El Estatuto de la víctima del delito como instrumento de protección de las víctimas de trata de seres humanos

La Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito instaura en el ordenamiento jurídico español un estatuto integral de las víctimas de delitos que refuerza los derechos y la

protección de las mismas antes, durante y después de los procesos penales¹²¹⁵.

Por lo que respecta a las “víctimas”, resulta de aplicación a las víctimas directas o indirectas de delitos cometidos en España, o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad y si residen legalmente o no en el Estado español¹²¹⁶. Así, dicho concepto resulta realmente amplio, dado que acoge cualquier persona, de cualquier nacionalidad, que resida de forma legal o ilegal en España¹²¹⁷. Por consiguiente, en lo que concierne a las víctimas de trata, el Estatuto de la víctima acoge a todas aquellas, tanto las que se encuentren en una situación administrativa irregular, como regular.

Además, el concepto de víctima se entiende en un sentido amplio¹²¹⁸, reconociéndose no sólo la persona ofendida o perjudicada por la infracción penal –víctima directa–, sino también abarcando a aquellos familiares de la persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito –víctimas indirectas–¹²¹⁹, sin discriminación alguna por la nacionalidad. Por consiguiente, las víctimas de trata de seres humanos, tanto si residen de forma legal o ilegal pueden acogerse al elenco de ayudas que presta el Estatuto,

¹²¹⁵ GUTIÉRREZ ROMERO, “Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la ley 4/2015”, pp. 1-11; BLANCO GARCÍA, A. I., “Estatuto de la víctima del delito. Transcendencia de una ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 765.

¹²¹⁶ Artículo 1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²¹⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 298.

¹²¹⁸ BLANCO GARCÍA, A. I., “Estatuto de la víctima del delito. Transcendencia de una ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 770.

¹²¹⁹ Artículo 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Dicha previsión es una mera transposición de lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2011/99UE, sobre la orden europea de protección.

tal y como no ocurría con los supuestos de situación administrativa irregular que no tenían cabida en la Ley anteriormente citada.

1.2.1. Derechos básicos

Los derechos necesarios para la protección de cualquier víctima de delito se recogen bajo la rúbrica de “Derechos Básicos”, debiendo ser reconocidos con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso¹²²⁰:

En primer lugar, se reconocen los “*derechos de las víctimas a ser oídas*”, por la que las mismas deben ser entendidas por la Autoridad Competente, siendo necesario que las comunicaciones con las mismas se hagan en un lenguaje sencillo y accesible, bien sea oral o escrito. Se tendrá en cuenta si la víctima sufre algún tipo de discapacidad que le pueda afectar su capacidad de entender o ser entendida, y se permite que la víctima pueda venir acompañada desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios¹²²¹, resultando ello relevante¹²²². En este sentido, no cabe duda de que dicho derecho es en los momentos iniciales uno de los más importantes, cuando la misma empieza a ser consciente de que es víctima de un delito¹²²³.

¹²²⁰ Artículo 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²²¹ Artículo 4 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²²² GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 7, 2015, p. 4.

¹²²³ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 329.

En segundo lugar, se recoge el derecho de traducción e interpretación¹²²⁴, así como, en tercer lugar, los derechos de las víctimas a recibir información, como su disposición a medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas, y, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo, dependiendo de las necesidades específicas de la víctima¹²²⁵.

En tercer lugar, se prevé un periodo de reflexión en garantía de los derechos de la víctima, donde se prohíbe que abogados y procuradores puedan ofrecer sus servicios profesionales a víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas y otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas hasta que no transcurran 45 días desde los hechos y salvo que la víctima expresamente no lo hubiera solicitado¹²²⁶. Con ello se trata de garantizar el derecho de la víctima a que escoja libremente a su abogado y procurador, sin presiones por el trauma que le afecta¹²²⁷.

Como últimos derechos reconocidos en dicho apartado, se encuentran los derechos de las víctimas al acceso a los servicios de apoyo; el art. 10 de la Ley 4/2015 prevé que las víctimas y sus familiares, de acuerdo con sus necesidades y el grado del daño sufrido, tengan acceso gratuito y confidencial a los servicios de

¹²²⁴ Artículo 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²²⁵ Artículo 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²²⁶ Artículo 8 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²²⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 316; además añade que dicha disposición ya existe en el Ordenamiento Jurídico, tanto en el Estatuto General de la Abogacía de 2001, art. 25.2 c), así como en el Código Deontológico de la Abogacía Española de 2002, art. 7.2 e), por lo que, el Estatuto de la Víctima, no era el lugar para su regulación.

apoyo facilitados por la Administración Pública, teniendo la obligación la autoridad o funcionario que entre en contacto con la víctima de derivar a esta a las Oficinas de Asistencia a las víctimas cuando resulte necesario o lo solicite la víctima.

Dichas medidas, a nuestro modo de ver, resultan fundamentales para prevenir la victimización secundaria que puede propiciar el propio sistema legal y judicial, sobre todo en aquellos casos en los que la víctima sea extranjera. Sin embargo, siguiendo lo expuesto por GÓMEZ COLOMER, dichos derechos resultan de carácter excesivamente general y requieren desarrollo reglamentario para su correcta interpretación y aplicación¹²²⁸.

1.2.2. Participación de las víctimas en el proceso penal: derechos reconocidos

Desde el punto de vista procesal, la intervención de la víctima en el proceso deberá reunir una serie de requisitos y elementos necesarios para evitar la victimización secundaria.

Por lo que respecta a la fase de instrucción, la norma prevé que la víctima tenga derecho a recurrir la decisión judicial de no continuar con el procedimiento penal, siendo preciso que reciba información de la resolución judicial y de los recursos que caben contra la misma, sin ser necesario que anteriormente se personara en el proceso¹²²⁹. La interposición de este tipo de recurso será posible tanto para la víctima directa como para los familiares,

¹²²⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 304.

¹²²⁹ Artículo 12 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

víctimas indirectas, en los supuestos de muerte o desaparición de una persona a causa de un delito.

En cuanto a la fase de ejecución, el artículo 13 de la Ley 4/2015 prevé que la víctima pueda recurrir algunas resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia penitenciaria que afecten a la situación penitenciaria del infractor condenado y la víctima será oída por el Juez antes de resolver sobre dicha situación o beneficios penitenciarios; particularmente en casos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia o intimidación, terrorismo y trata de seres humanos. Por otro lado, también podrá recurrir el Auto del Juez de Vigilancia penitenciaria por el que se acuerdan algunos beneficios penitenciarios como el permiso de salida, clasificación en 3º grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, siempre que se trate de alguno de los delitos expuestos o bien de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal. Finalmente, también podrá recurrir el Auto del Juez de Vigilancia penitenciaria que conceda al penado la libertad condicional por alguno de los delitos dispuestos anteriormente, siempre que se hubiera impuesto una pena superior a 5 años de prisión.

Entendemos que se pretende la participación activa de la víctima en fase de ejecución de la pena, puesto que también estará legitimada para facilitar información al Juez o Tribunal en orden a resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, responsabilidades civiles o comiso; incluso la misma podrá solicitar al Juez o Tribunal que una vez que el condenado se encuentre en libertad se le pueda imponer medidas necesarias para garantizar su seguridad, entre las que se incluyen para ciertos delitos la libertad vigilada o reglas de conductas en materia de suspensión o sustitución de penas

privativas de libertad. Con ello, lo que se pretende es que la víctima sea oída mediante la concesión de un derecho al recurso antes de que se dicte cualquier resolución firme que pueda afectar a sus derechos con la puesta en libertad del sujeto activo del delito. Siguiendo lo expuesto por GÓMEZ COLOMER, hasta ese momento, los tribunales habían excluido a la víctima de la fase de ejecución: el Ministerio Fiscal estaba obligado a proteger legalmente a la víctima en dicha fase, por lo que se entendía que ya se encontraba protegida¹²³⁰. Además, dicho derecho extendido a la víctima se veía que podía llegar a ser problemático por el hecho de que la víctima pudiera utilizar el recurso para continuar y aumentar su venganza personal contra quien le había causado daño¹²³¹. Convenimos con el autor mencionado en que, la víctima no debería poder condicionar de ninguna forma la decisión adoptada por el Juez, ni incidir en la rehabilitación social del condenado, que, además, tiene protección constitucional¹²³².

El artículo 16 prevé que las víctimas accedan a la justicia gratuita cuando tengan el estatuto de “parte” en el proceso penal, suponiendo un giro importante en materia de asistencia jurídica gratuita a las víctimas de trata de seres humanos con independencia de que tuvieran o no recursos suficientes para litigar¹²³³.

¹²³⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 351.

¹²³¹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Sobre la asistencia a víctimas de delitos más allá del Estatuto de la víctima”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2019, p. 408; GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 355.

¹²³² GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 355

¹²³³ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 7, 2015, p. 10.

El Estatuto también prevé el reembolso de los gastos que hayan afrontado por su participación activa en el proceso penal, incluyendo las costas procesales, con preferencia respecto del pago de los gastos causados al Estado, así como la devolución o restitución de los bienes que le hayan sido incautados en el curso de un proceso penal. Aun así, este derecho a devolución no es absoluto, puesto que podrá ser denegado cuando resulte imprescindible para el correcto desarrollo del proceso penal o si es precisa su conservación en un procedimiento de investigación técnica de un accidente¹²³⁴.

Por lo que respecta al proceso de la trata de seres humanos, resulta relevante que, debido a la libertad ambulatoria y de mercado de la Unión Europea, cuando la víctima se hubiera trasladado de un Estado miembro en el que se produjo la infracción a España, podrá presentar denuncia y, en el supuesto de que la autoridad judicial alegue falta de jurisdicción, deberá remitir dicha denuncia a la autoridad del Estado en que se hubiera cometido la infracción, con previa comunicación a la víctima¹²³⁵.

Por último, se reconoce a la víctima la posibilidad de acceder a servicios de justicia restaurativa, en el caso español, a la modalidad de mediación, cuando se encuentren en igualdad de condiciones entre las partes y no exista relación de superioridad o poder entre las mismas¹²³⁶.

¹²³⁴ Artículo 14 y 18 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²³⁵ Artículo 17 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²³⁶ Artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

1.2.3. Medidas de protección para las víctimas

Por lo que respecta a las medidas de protección para la víctima, se determinarán en aras a las necesidades individuales de la misma¹²³⁷. Dichas medidas tendrán como objetivo la protección física de las víctimas y sus familiares y evitar la victimización secundaria que pudiera generar daños emocionales o psicológicos a las víctimas¹²³⁸. En este sentido, podemos distinguir las siguientes medidas según la fase en la que se encuentre el proceso:

En primer lugar, por lo que respecta a la fase de investigación, la declaración de la víctima se realizará en dependencias adaptadas para ello, por profesionales con formación, y también, en la medida de lo posible y siempre que la víctima lo desee, se realizarán por personas del mismo sexo¹²³⁹.

En segundo lugar, en la fase de enjuiciamiento, se podrán utilizar los medios tecnológicos necesarios con el fin de evitar cualquier contacto visual entre la víctima y el agresor, por lo que la víctima podrá no estar presente, pero ser oída en la Sala de Audiencia, y la misma podrá estar acompañada de una persona a su elección¹²⁴⁰, en aras de que se sienta segura desde el punto de vista personal¹²⁴¹.

Con el fin de proteger a las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de protección especial, las declaraciones realizadas en las investigaciones penales pueden ser grabadas por

¹²³⁷ BLANCO GARCÍA, A. I., “Estatuto de la víctima del delito. Transcendencia de una ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 770.

¹²³⁸ Artículo 19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²³⁹ Artículo 25.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²⁴⁰ Artículo 21 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²⁴¹ BLANCO GARCÍA, A. I., “Estatuto de la víctima del delito. Transcendencia de una ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 772.

medio audiovisuales y ser utilizadas como elementos de prueba en el juicio oral¹²⁴². Ahora bien, ello no se recoge como medida para las víctimas mayores de edad¹²⁴³. Por consiguiente, teniendo en cuenta a las víctimas de trata de seres humanos, resulta una medida necesaria para que las víctimas acepten colaborar y testificar, y, tal y como veremos en epígrafes posteriores, en el caso de que se encuentren en situación irregular, para conseguir un permiso de residencia y de trabajo temporal.

A nuestro modo de ver, las medidas que encontramos en dicho instrumento son de carácter general, centradas en el ámbito procesal y no tanto en la asistencia a las víctimas.

Por lo que respecta a las víctimas, entendemos que el Estatuto extiende su protección a todas sin distinciones entre las nacionales y extranjeras, resultando positivo teniendo en cuenta que en la Ley 35/95 no podían acogerse todas las víctimas.

Las medidas procesales resultan, con todo, insuficientes en lo que respecta a la trata de seres humanos; tal y como veremos en los siguientes epígrafes, la colaboración de la víctima que se encuentra en situación administrativa irregular es necesaria para la obtención de un permiso de residencia y de trabajo temporal.

Ahora bien, entendemos que el Estatuto despliega su protección y atención a todas las víctimas de trata de seres humanos, con independencia de la modalidad de explotación a la que han sido expuestas, dado que, como veremos a continuación, existen diferencias significativas entre las víctimas de explotación

¹²⁴² Art. 26 Ley de Enjuiciamiento criminal; Artículo 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹²⁴³ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor, p. 368.

sexual y las del resto de modalidades de explotación de trata de seres humanos.

1.3. Síntesis de medidas de protección generales a las que pueden acogerse las víctimas de trata de seres humanos

Una vez realizada una aproximación a las medidas de protección recogidas en estos instrumentos, vemos que la protección que integra la Ley 35/95 es para aquellos casos en los que la víctima haya sufrido un grave menoscabo contra la salud y, por consiguiente, haya visto lesionada gravemente su integridad física y psíquica, mientras que el Estatuto de la Víctima se centra en la protección procesal a la que puede acogerse cualquier víctima.

Al ser la trata de seres humanos un atentado contra la integridad moral y la libertad de la persona, una víctima de trata no tendrá cabida en el amparo de dicha ley a menos que durante la captación, traslado o acogida haya sufrido por parte de los tratantes agresiones físicas que hayan dañado gravemente su salud, o en el lugar de explotación como en nuestro caso concreto, a la víctima se le obliga a ejercer el servicio doméstico como forma de explotación de la trata y allí se dañe su salud.

Además, si ello ocurriera, si la víctima quisiera acogerse a lo dispuesto por la Ley 35/95 debe cumplir con ciertas características y, entre ello, en el caso de las víctimas en situación irregular administrativa si en su país no existe ley similar a la que un español pueda acogerse, no podrá ser beneficiaria de ninguna ayuda de la misma.

Por su parte, el Estatuto de la Víctima amplía el perfil de las personas que pueden acogerse al amparo de la misma, dado que no

distingue entre personas que residan de forma legal o ilegal para brindarles protección. Ahora bien, tal y como ha sido mencionado, las medidas previstas son meramente procesales por lo que, en dichos instrumentos, no podrán encontrar casi ninguna disposición asistencial, siendo necesarias para los supuestos que nos incumben en este trabajo.

2. Instrumentos específicos para la protección de las víctimas de trata de seres humanos

En el ordenamiento jurídico español ha primado la política migratoria restrictiva ante la protección de los derechos humanos de las víctimas de trata de seres humanos. Prueba de dicha afirmación es que la única medida referente a las víctimas recogida en una Ley Orgánica se refiere exclusivamente a las víctimas extranjeras del delito. Además, resulta también relevante la ubicación de dicha medida, dado que se recoge nada más y nada menos que en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, conocida como Ley de Extranjería, dejando en evidencia lo anteriormente mencionado. El art. 59bis fue la primera medida tomada en el ordenamiento jurídico español sobre las víctimas de trata, por la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009. Resulta un tanto cuestionable llamar a lo recogido por dicha disposición “medida de protección”¹²⁴⁴, tanto por el objetivo de

¹²⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 501; DÍAZ MORGADO, C. V., *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 404; VILLAHOZ RODRÍGUEZ, J., “Capítulo 1: asistencia y protección a las víctimas de trata: marco legal”, en F. M. FERRANDO GARCÍA/ E. BAS PEÑA (Dir.), A. MEGÍAS BAS/M. E. FERRE JAÉN (Coords.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p. 40; GARCÍA SANTALLA, J., “Asistencia a las víctimas de trata de seres humanos desde la perspectiva policial”, en A. FIGUERUELO BURRIEZA, M. DEL POZO PÉREZ/M. LEÓN ALONSO (Dir.), A. GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 94.

su contenido como por su ubicación, dado que, al margen del periodo de restablecimiento y reflexión, hasta el Protocolo Marco de protección de víctimas de trata de seres humanos, adoptado mediante Acuerdo de 28 de octubre de 2011 (Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial) no existía ningún instrumento que brindara a estas víctimas asistencia, apoyo y protección. Así, en los siguientes epígrafes del trabajo trataremos lo recogido en el Protocolo Marco, así como lo dispuesto por el art. 59 bis de la Ley de Extranjería, comenzando por el instrumento que se dirige a todas las víctimas, tanto nacionales como extranjeras -Protocolo Marco-, para después centrar nuestra atención en las medidas establecidas para las víctimas que se encuentran en situación irregular -art. 59 bis de la Ley de Extranjería-.

2.1. Protocolo Marco de protección de víctimas de trata de seres humanos: Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, del 28 de diciembre de 2011

Tal y como se ha mencionado, más allá de lo dispuesto por la Ley de Extranjería no existe un instrumento que recoja de forma integral la protección de estas víctimas. De hecho, el Protocolo Marco es un Acuerdo que tiene por objeto establecer el marco para la actuación conjunta del Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, en relación con la protección de las víctimas de trata de seres humanos. Así se redacta en el propio

Protocolo Marco, el cual prevé que tiene la finalidad de establecer “pautas de actuación”, y no derechos y obligaciones, en cuanto a la detección, identificación, asistencia y protección de estas víctimas.

2.1.1. Detección e identificación de la víctima

El Protocolo es aplicable a todas las personas que pudieran resultar víctimas del delito de trata de seres humanos, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa, puesto que acoge a víctimas nacionales y extranjeras¹²⁴⁵. En primer lugar y para poner en marcha las medidas necesarias de protección, se debe proceder a la detección de la víctima. Varias son las vías existentes según lo dispuesto en el Protocolo¹²⁴⁶:

1. Investigación llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
2. Inspección de trabajo y seguridad social.
3. Otros servicios o entidades, como por ejemplo en un centro de migración gestionado por la Administración General del Estado.
4. En frontera o en centros de internamiento de extranjeros.

La detección puede proceder de varias formas; no obstante, tal y como ha sido mencionado en el apartado dirigido al análisis de la relación laboral especial de las personas trabajadoras del hogar familiar, dos son las vías para la detección de la trata en el servicio

¹²⁴⁵ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 1.

¹²⁴⁶ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, pp. 3,4,5,6.

doméstico: la primera son las inspecciones de trabajo y seguridad social, siendo dificultoso llevar a cabo las mismas, por la primacía del derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad, y la segunda sería la denuncia de un caso -tanto por la propia víctima o un tercero- por lo que pueda llevarse a cabo una investigación por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Una vez detectada la víctima, tendrá que ser identificada por unidades policiales con formación específica en la prevención y lucha contra la trata y en la identificación y asistencia a las víctimas¹²⁴⁷. Después de realizar una entrevista a la víctima y cuando se constate la existencia de indicios que conduzcan a la acreditación de la condición de tal, deberán adoptarse una serie de medidas para la protección de sus derechos: se le informará de su derecho a asistencia jurídica y también se le informará de la posibilidad de contactar con una de estas organizaciones especializadas para que la asistan o acompañen¹²⁴⁸.

2.1.2. Medidas de protección y asistencia

Detectada e identificada la víctima, así como evaluados los riesgos que puede correr la misma, el Protocolo Marco indica que es necesario adoptar medidas de protección y seguridad¹²⁴⁹.

Como medidas de protección se recogen *“la facilitación de un teléfono de comunicación permanente con el personal encargado de la investigación, informar sobre medidas de autoprotección, como la necesidad de que permanezca en un alojamiento seguro o su traslado*

¹²⁴⁷ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 6.

¹²⁴⁸ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 7.

¹²⁴⁹ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 9.

*a otra Comunidad Autónoma*¹²⁵⁰. Estas medidas se extenderán a los menores a su cargo, así como personas con discapacidad, así como con carácter extraordinario, a aquellas personas con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza. Sin embargo, si atendemos a la redacción de las medidas protectoras, el Protocolo recoge que la víctima debe ser “informada” sobre medidas de “autoprotección”; esto es, por lo que entendemos de dicha disposición, el Protocolo no se encarga de facilitar a las mismas una vivienda, o ayudar a ejecutar un traslado de una Comunidad Autónoma a otra, sino informa de dichas posibles medidas. Téngase en cuenta que, al no ser una Ley de Protección, sino un Protocolo Marco firmado mediante Acuerdo de distintas instituciones con el objeto de establecer un marco de actuación conjunta, no dispondrá de partida presupuestaria para ejecutar una protección efectiva a las víctimas, sino que se trata de una guía asistencial. Así lo recoge el Protocolo, dado que expone que se debe informar a la víctima sobre los recursos asistenciales a su disposición, como “*alojamiento conveniente y seguro, ayuda material, asistencia psicológica, asistencia médica, servicios de interpretación y asesoramiento jurídico*”¹²⁵¹, por lo que serán derivadas a las Administraciones autonómicas o locales competentes en materia de asistencia social o a los servicios de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata¹²⁵².

Por consiguiente, reiteramos que el Protocolo lejos de ofrecer una protección integral a las víctimas de trata, sirve de guía para que las distintas autoridades que detecten a una víctima actúen debidamente.

¹²⁵⁰ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 9.

¹²⁵¹ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 9.

¹²⁵² Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 9.

2.1.3. Especial referencia las víctimas en situación administrativa irregular

Tal y como se ha mencionado, según este Protocolo, el mismo servirá tanto para víctimas que se encuentren en situación regular, como para las que se encuentren en situación irregular, por lo que no sufrirán discriminación alguna por la situación administrativa en la que se encuentren: *“cuando la supuesta víctima sea extranjera y se encuentre en situación irregular, la unidad de extranjería competente no incoará expediente sancionador por infracción del artículo 53.1 a) de la LO 4/2000, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 bis 2 de la misma. Se suspenderá el expediente sancionador o la ejecución de la medida de expulsión o devolución cuando hubiera sido acordado con carácter previo a la apreciación de los mencionados indicios”*¹²⁵³. Por ello, entendemos que, al identificar una víctima de trata de seres humanos en situación irregular, se suspenderá el expediente sancionador o la ejecución de la medida de expulsión. El Protocolo incluye un matiz, explicando que será así cuando *“hubiera sido acordado con carácter previo”*¹²⁵⁴. Ahora bien, la víctima siempre podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia tanto para ella como para sus hijos menores o discapacitados.

En los casos en que la víctima sea una persona extranjera en situación irregular, será informada del reconocimiento de su derecho a un periodo de restablecimiento y reflexión, y la posibilidad de obtener la autorización de residencia y trabajo, de acuerdo con lo previsto en los art. 59 bis de la Ley de Extranjería y su Reglamento. Así, cuando entendíamos en los instrumentos supra nacionales que

¹²⁵³ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 6.

¹²⁵⁴ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 6.

dicho derecho a un período de restablecimiento y reflexión estaba dirigido a todas las víctimas identificadas, vemos que el Protocolo Marco lo contempla tanto para las víctimas identificadas que se encuentran en situación administrativa irregular¹²⁵⁵, así como para aquellas en situación regular, pero cuya autorización de residencia se encuentre próxima a su extinción¹²⁵⁶.

El periodo de restablecimiento y reflexión se ofrecerá con el ánimo de que colaboren en el esclarecimiento de los hechos, así como en los procesos penales con las autoridades competentes¹²⁵⁷. No obstante, la concesión de dicho periodo de restablecimiento y reflexión no estará nunca condicionada a la prestación de declaración por parte de la víctima o a la realización de labores de colaboración con las autoridades policiales¹²⁵⁸; esto es, aunque la víctima acepte acogerse a dicho periodo, la decisión de colaborar no será automática, sino que podrá negarse¹²⁵⁹.

Durante este período se autorizará la estancia temporal en el territorio español de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España¹²⁶⁰ y la Administración está obligada a otorgar la asistencia social necesaria, debiendo velar por la seguridad y protección de las personas, así como de los

¹²⁵⁵ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 1-5-8.

¹²⁵⁶ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 8.

¹²⁵⁷ SOTOCA PLAZA, A., “Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la identificación de víctimas de trata de seres humanos (especialmente con fines de explotación sexual)”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUIZ SUTIL (Coords.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual*, 2015, p. 131.

¹²⁵⁸ GARCÍA SANTALLA, J., “Asistencia a las víctimas de trata de seres humanos desde la perspectiva policial”, en A. FIGUERUELO BURRIEZA, M. DEL POZO PÉREZ/M. LEÓN ALONSO (Dirs.), A. GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 101.

¹²⁵⁹ CEAR-EUSKADI, *Persecución por motivos de género y derecho de asilo: del contexto global al compromiso local*, CEAR, Bilbao, 2009, p. 6.

¹²⁶⁰ Art. 59 bis LO 4/2000 y Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 14.

menores de edad o discapacitados que se encuentren a cargo de la víctima y en territorio español, en virtud de la Ley Orgánica 10/2011¹²⁶¹.

Una vez que concluya el período de restablecimiento y reflexión, la unidad policial que haya realizado la identificación de la víctima contactará con la misma para conocer su decisión de colaborar o no en la investigación y persecución del delito¹²⁶². Con ello, se sobrentiende que el fin último de dicho período es lo siguiente: protección a cambio de colaboración. En el caso de que la víctima decida no colaborar, dependerá de ella solicitar una autorización de residencia. Si esta es denegada, le será de aplicación lo dispuesto por la Ley de Extranjería.

Ello es reflejo de la reciprocidad del método de protección: si las víctimas no colaboran en el esclarecimiento de los hechos, resultan prescindibles, sin que el Estado esté sujeto a proporcionar ayuda y protección a las mismas¹²⁶³. Esto es todavía más evidente en lo recogido por el art. 59 bis de la Ley de Extranjería, tal y como veremos a continuación.

¹²⁶¹ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 14.

¹²⁶² Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 14.

¹²⁶³ DAZA BONACHIELA, M. M., “Prostitución, tráfico y trata de mujeres con fines de explotación sexual: violencia de género”, *X Jornadas de Formación para profesionales sobre Violencia de Género*, 2013, p. 30.

2.2. Víctimas especialmente vulnerables: la esquizofrenia de proteger a las víctimas de trata en situación de irregularidad administrativa a través del recurso a la normativa de extranjería

Mediante la incorporación del artículo 59 bis, se introduce en el ordenamiento jurídico español el período de restablecimiento y reflexión, así como la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo, siendo medidas incorporadas por las obligaciones supranacionales: el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa, así como por la Directiva 2004/81/CE que complementa la Directiva 2011/36/UE y son las únicas medidas en este ámbito con rango de Ley.

El artículo 59 bis es desarrollado por lo dispuesto en el Capítulo IV del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Así, tanto por la ubicación de dichas medidas como los títulos de los capítulos que se ocupan del articulado, se deduce claramente que las mismas están dirigidas exclusivamente a aquellas víctimas detectadas que se encuentren en situación administrativa irregular.

El contenido del art. 59 bis, así como lo dispuesto por el Reglamento, es similar a lo recogido en el Protocolo Marco; en primer lugar, la víctima debe ser detectada y después identificada. Durante la fase de identificación, así como durante el período de restablecimiento y reflexión, *“no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o,*

*en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas*¹²⁶⁴.

Por consiguiente, se comprende que, al identificar a una víctima de trata de seres humanos en situación administrativa irregular, se suspenderá el expediente sancionador o la ejecución de la medida de expulsión.

Tal y como también recogía el Protocolo Marco, una vez identificada como víctima extranjera en situación irregular, la misma podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia tanto para ella como para sus hijos menores o discapacitados¹²⁶⁵. Ahora bien, antes de llevar a cabo dicho retorno asistido, la misma será informada de que tiene derecho a un periodo de restablecimiento y reflexión, como veremos a continuación.

2.2.1. Periodo de restablecimiento y reflexión

Siguiendo los compromisos supranacionales, según el Convenio de Varsovia, el período de restablecimiento y reflexión que inicialmente tenía una duración de 30 días podría ser objeto de prórroga. No obstante, mediante la reforma operado por LO 8/2015, de 22 de julio, se prolonga a 90 días dicho período, tal y como recomendó GRETA en su informe de 2013¹²⁶⁶.

Tal y como recoge el apartado 2 del art. 59 bis de la Ley de Extranjería, el periodo de restablecimiento y reflexión tendrá una

¹²⁶⁴ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, art. 59 bis. 2.

¹²⁶⁵ Art. 145 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

¹²⁶⁶ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, 2013, p.50.

duración mínima de 90 días, que “*deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal*”. Durante ese tiempo se le facilitarán medios necesarios para su recuperación física, psicológica y emocional, con el objetivo también de separar la misma de los presuntos tratantes¹²⁶⁷. Según lo dispuesto anteriormente, el período de restablecimiento y reflexión se reserva a aquellas personas que residen de forma ilegal en España, sin que se ofrezca a las personas víctimas en situación administrativa regular, tal y como también lo recoge el último informe de seguimiento del Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual 2009-2012¹²⁶⁸.

Ahora bien, la Fiscalía recoge en su Memoria de 2018 que lo dispuesto en la Ley de Extranjería no ofrece una respuesta adecuada y definitiva a las víctimas de trata de seres humanos porque el art. 59 bis tiene una aplicación muy limitada, siendo el número de víctimas que se acogen al precepto muy inferior en relación con el ofrecimiento de este¹²⁶⁹. Si bien esta es una afirmación que se recoge en la Memoria anual de 2018 de la Fiscalía General del Estado, lo cierto es que en la misma no se recogen datos, ni tampoco hemos podido corroborar dicha afirmación por la gran opacidad que existe para llegar a dicha información. Debemos acudir a los datos de 2016 para corroborar dicha afirmación: se localizaron 460 víctimas de trata de seres humanos, el 94% eran extranjeras y comunitarias¹²⁷⁰. Siguiendo lo dispuesto por VILLAHOZ RODRÍGUEZ, sus datos

¹²⁶⁷ GARCÍA SANTALLA, J., “Asistencia a las víctimas de trata de seres humanos desde la perspectiva policial”, en A. FIGUERUELO BURRIEZA, M. DEL POZO PÉREZ/M. LEÓN ALONSO (Dir.), A. GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 96; Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 12.

¹²⁶⁸ Informe final de seguimiento del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual 2009-2021, p. 15.

¹²⁶⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria anual 2018*, Madrid, 2019, p. 1237.

¹²⁷⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria anual 2016*, Madrid, 2017, p. 529.

obtenidos del Ministerio de Interior afirman que se concedieron 48 periodos de restablecimiento y reflexión¹²⁷¹. No obstante, debemos subrayar que no hay datos recogidos sobre la situación administrativa de dichas víctimas; además, recordemos que este período sólo será concedido a aquellas víctimas de trata que se encuentren en situación administrativa irregular.

Según lo dispuesto anteriormente, la finalidad de este período de restablecimiento y reflexión es la colaboración de la víctima en el esclarecimiento de los hechos, así como en los procesos penales¹²⁷². A ello puede deberse la afirmación de la Fiscalía sobre el escaso número de víctimas que se acoge al período, aunque siguiendo lo mencionado, no es una afirmación que podamos ni refutar ni confirmar por la falta de datos.

El apartado 3 del artículo 59 bis LO 4/2000 establece que el período de restablecimiento y reflexión puede ser denegado o revocado por motivos de orden público o cuando la condición de víctima no se invoque de forma debida.

Sobre la asistencia que debe garantizarse durante el período de restablecimiento y reflexión, el artículo 6 de la Directiva 2004/81/CE exige que a quienes gocen del período se les garantice, mínimamente, la subsistencia y el acceso al tratamiento médico de urgencias, así como a la asistencia psicológica si procede, entre otras prestaciones.

¹²⁷¹ VILLAHOZ RODRÍGUEZ, J., “Capítulo 1: asistencia y protección a las víctimas de trata: marco legal”, en F. M. FERRANDO GARCÍA/ E. BAS PEÑA (Dirs.), A. MEGÍAS BAS/M. E. FERRE JAÉN (Coords.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p. 43.

¹²⁷² SOTUCA PLAZA, A., “Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la identificación de víctimas de trata de seres humanos (especialmente con fines de explotación sexual)”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUIZ SUTIL (Coords.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual*, 2015, p. 132.

Según lo dispuesto por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se establece que a las víctimas de trata de seres humanos que hayan aceptado acogerse al período de restablecimiento se les prestará asistencia sanitaria: *“las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el periodo de restablecimiento y reflexión recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a las víctimas de trata de seres humanos con necesidades especiales”*¹²⁷³.

No obstante, el art. 59 bis no realiza referencia alguna a dichas medidas, ni tampoco su Reglamento. Anteriormente ha sido mencionado que el Protocolo Marco “informa” a la víctima de distintas medidas de protección sin brindar directamente ninguna, pudiendo ser entendible al ser un instrumento que no tiene rango de Ley, por lo que difícilmente puede proceder al reconocimiento de los derechos de las víctimas. Por ello, sería conveniente, conviniendo con la Fiscalía, el desarrollo a través de una vía normativa de una protección integral de las víctimas de trata de seres humanos.

Por su parte, el art. 59 bis tampoco resuelve la cuestión asistencial y de protección durante el período de restablecimiento y reflexión, por lo que debemos recurrir a lo establecido por el Protocolo, que, atendiendo a lo anteriormente mencionado, recoge el traslado de información a la víctima sobre recursos asistenciales a

¹²⁷³ Disposición adicional quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud

su disposición, como *“alojamiento conveniente y seguro, ayuda material, asistencia psicológica, asistencia médica, servicios de interpretación y asesoramiento jurídico”*¹²⁷⁴, por lo que serán derivadas a las Administraciones autonómicas o locales competentes en materia de asistencia social o a los servicios de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata¹²⁷⁵.

Una vez agotado el período de reflexión, la administración competente llevará a cabo una evaluación de la situación personal de la víctima, para determinar una posible ampliación del período de restablecimiento y reflexión.

2.2.2. Exención de responsabilidad administrativa de las víctimas en situación administrativa irregular

Según el Protocolo anteriormente mencionado, una vez terminado el período de restablecimiento y reflexión, la unidad competente contactará con la víctima para conocer su decisión sobre colaborar o no en la investigación y persecución del delito. Si la víctima accede a ello, las autoridades competentes propondrán al Delegado competente la exención de responsabilidad por la infracción del 53.1 a) de la Ley de Extranjería, relativa a encontrarse irregularmente en territorio español¹²⁷⁶. Sin embargo, volviendo al tema objeto del presente trabajo, al referirnos a víctimas de trata en situación de irregularidad administrativa que están siendo explotadas laboralmente en el servicio doméstico, no se esclarece

¹²⁷⁴ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 9.

¹²⁷⁵ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 9.

¹²⁷⁶ Art. 53.1 a) “Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”. LO 4/2000, Ley de Extranjería.

que esa exención de responsabilidad administrativa sea extensible a la infracción que se recoge en el art. 53.1 b) de la Ley de Extranjería; esto es trabajar en España sin haber obtenido la debida autorización, infracción que, además, tiene el mismo tipo de sanción: multa o expulsión¹²⁷⁷. Ello resulta revelador para poder confirmar que tanto el Protocolo Marco, como el art. 59 bis, a pesar de parecer dirigirse a todas las víctimas de trata de seres humanos, se están refiriendo únicamente a las víctimas de trata con fines de explotación sexual. Ello se confirma con el Anexo IV del Protocolo Marco, donde se incluye una guía de recursos asistenciales de organizaciones sin ánimo de lucro y otras entidades públicas, siendo su objetivo atender específicamente a mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual¹²⁷⁸, tal y como dicta el propio nombre del Anexo IV¹²⁷⁹.

Por ello, lo más adecuado para las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico sería que la exención de responsabilidad de la responsabilidad administrativa abarcara las dos infracciones administrativas; esto es, la residencia irregular en España, así como trabajar sin el permiso correspondiente, más aún, teniendo en cuenta el art. 241.2 del Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000: *“Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31bis, 59, 59bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se comprobare que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en*

¹²⁷⁷ Art. 143 Reglamento

¹²⁷⁸ VILLAHOZ RODRÍGUEZ, J., “Capítulo 1: asistencia y protección a las víctimas de trata: marco legal”, en F. M. FERRANDO GARCÍA/ E. BAS PEÑA (Dir.), A. MEGÍAS BAS/M. E. FERRE JAÉN (Coords.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p- 39.

¹²⁷⁹ Anexo IV, Guía de Recursos Existentes para la Atención a Víctimas de Trata con Fines de Explotación Sexual.

las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ésta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales”.

A tenor del contenido del art. 241.2 es posible revocar una medida de expulsión no ejecutada por comisión de alguna de esas dos infracciones. Ahora bien, tal y como se ha mencionado anteriormente, llama la atención que, siendo la explotación laboral una de las finalidades de la trata de seres humanos, no se contemple conjuntamente tanto la infracción administrativa grave de residir de forma ilegal en España -53.1.a)-, así como trabajar sin el permiso correspondiente -53.1.b)-, dado que resulta muy probable que se den dichos dos supuestos conjuntamente en los casos de trata de seres humanos. No obstante, ello refleja que los instrumentos en cuestión han sido trazados teniendo en cuenta la finalidad de explotación sexual de la trata de seres humanos.

Por su parte, si la víctima no está dispuesta a colaborar, siempre tendrá la posibilidad de “motu proprio” solicitar la residencia temporal, para lo que el Reglamento de la LO 4/2000 recoge un procedimiento considerablemente complejo¹²⁸⁰ que contempla dos vías diferentes en función de si el permiso de residencia se solicita por colaborar con la investigación del delito o por la situación personal de la víctima. Por lo que respecta a la situación personal de la víctima, ni el Protocolo Marco ni el art. 59 bis de la Ley de Extranjería junto a los preceptos del Reglamento que lo desarrollan, ofrecen una delimitación conceptual de dicha “situación personal”. Para ello, hemos recurrido a lo establecido en el Informe explicativo del Convenio de Varsovia, dado que la Ley de

¹²⁸⁰ MILANO, V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, p. 38.

Extranjería ha sido el instrumento elegido en el ordenamiento jurídico español para cumplir con los mandatos supranacionales como el Convenio de Varsovia o las medidas incorporadas por mor de la Directiva 2004/81/CE. Según lo dispuesto por este informe, la “situación personal”, debe ser de tal importancia que no sería razonable obligar a la víctima a salir del territorio nacional, por motivos de seguridad de la misma, por el estado de salud de esta o de su familia o por cualquier otro factor a tener en cuenta¹²⁸¹. Por tanto, vemos que dicha “situación personal” según lo recogido por el Convenio de Varsovia, se apoya en un *numerus apertus* de supuestos extensibles a distintas situaciones de la víctima. Ahora bien, tal y como ha sido mencionado, dicha interpretación y conceptualización es la realizada por el Consejo de Europa por lo que no sabemos si el ordenamiento jurídico español también se refiere a los mismos supuestos citados.

En el caso de que el Delegado o Subdelegado de Gobierno competente para acordar la exención de responsabilidad¹²⁸² acuerde no eximir la misma, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador o de la ejecución de la medida de expulsión o devolución será levantada¹²⁸³.

2.2.3. Autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o retorno asistido

Una vez declarada la exención de la responsabilidad administrativa de la víctima, esta podrá solicitar el retorno asistido

¹²⁸¹ Informe explicativo del Convenio de Varsovia. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglis h&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD864&BackColorLogged=FDC864>, párrafos 183 y 184.

¹²⁸² Artículo 53.1. a) LO 4/2000.

¹²⁸³ Artículo 143.2 Reglamento de la LO 4/2000.

a su país de procedencia o bien solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales¹²⁸⁴.

El retorno asistido consiste en que la víctima regrese a su país de origen con la gestión y asistencia que otorga la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. El retorno para personas vulnerables implicará, al menos, una evaluación de los riesgos y la seguridad, el transporte y la asistencia al extranjero hasta la llegada al destino¹²⁸⁵. Sin embargo, el art. 145.2 del Reglamento de la LO 4/2000 se remite a lo previsto en el artículo 16 del Convenio del Consejo de Europa donde se recogen más medidas¹²⁸⁶. No obstante,

¹²⁸⁴ Artículos 145 y 144.1 del Reglamento de la LO 4/2000.

¹²⁸⁵ Artículo 145.2 del Reglamento de la LO 4/2000.

¹²⁸⁶ Artículo 16 del Convenio de Varsovia: 1) *La Parte de la que sea nacional una de las víctimas, o en la que tenga derecho a residir de modo permanente en el momento de su entrada en el territorio de la Parte de destino facilitará y aceptará, con la debida consideración de los derechos, la seguridad y la dignidad de esta persona, el retorno de ésta sin retrasos injustificados o poco razonables.*; 2) *Cuando una de las Partes devuelva una víctima a otro Estado, este retorno tendrá lugar dentro del respeto de los derechos, la seguridad y la dignidad de la persona, y del estado de los procedimientos judiciales vinculados al hecho de que se trata de una víctima y será preferiblemente voluntario*; 3) *A petición de una Parte de destino, las Partes deberán verificar si una persona es nacional de su Estado o tiene derecho a residir con carácter permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio de la Parte de destino*; 4) *Con el fin de facilitar el retorno de una víctima que no posea los documentos necesarios, la Parte de la que dicha persona sea nacional o en la que tenga derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio de la Parte de destino, aceptará expedir, a petición de la Parte de destino, los documentos de viaje o las autorizaciones necesarias para que dicha persona pueda viajar hasta su territorio y ser admitida en el mismo*; 5) *Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para poner en marcha programas de repatriación con la participación de las instituciones nacionales o internacionales y las organizaciones no gubernamentales implicadas. Dichos programas tenderán a evitar que la víctima pueda volver a serlo. Las Partes deberán realizar todos los esfuerzos necesarios para favorecer la reinserción de las víctimas en la sociedad del Estado de retorno, incluida la reinserción en el sistema educativo y el mercado de trabajo, en particular mediante la adquisición y la mejora de competencias profesionales. En lo que se refiere a los niños, estos programas deberían incluir el derecho a la educación, así como medidas destinadas a garantizarles el beneficio de una tutela o una acogida adecuadas por parte de sus familias o de estructuras de acogida adecuadas*; 6) *Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para poner a disposición de las víctimas, llegado el caso en colaboración con cualquier otra Parte implicada, información sobre las instancias que pudieran ayudarlas en los países a los que estas víctimas retornan o son repatriadas, como servicios de detección y represión, organizaciones no gubernamentales, profesiones jurídicas que pudieran asesorarlas y organismos sociales*; 7) *Los niños víctimas no serán repatriados a un*

es importante remarcar lo establecido por el art. 121.1 del Reglamento de la LO 4/2000, puesto que especifica que acogerse al retorno asistido implica firmar un compromiso de no regresar a España por tres años. Resulta inexplicable que a una víctima de un delito tan grave se le niegue la entrada en el país por tres años, lo que demuestra, una vez más, que el interés del Estado no es la protección, sino el control de los flujos migratorios bajo una política migratoria de carácter restrictivo.

El mismo Reglamento en su articulado remite al Protocolo Marco, que recoge la posibilidad de incluir a las víctimas e hijos en el programa de retorno voluntario de atención social destinado a inmigrantes que se encuentran en situación de vulnerabilidad por estar en riesgo de exclusión social, financiado por la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo e Inmigración con el apoyo del Fondo Europeo de Retorno, cuando lo propongan las organizaciones con experiencia acreditada a la asistencia de las víctimas de trata de seres humanos¹²⁸⁷.

Por otro lado, si la víctima opta por solicitar una autorización de residencia y trabajo, la solicitud debe ser presentada ante la Delegación del Gobierno o Subdelegación que acordó la exención de responsabilidad, personalmente o mediante representación legal¹²⁸⁸. Si finalmente la Secretaría competente resuelve a favor de la concesión de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, la misma tendrá vigencia de cinco

Estado en el que, tras una valoración de los riesgos y de la seguridad, se compruebe que el retorno no contribuye al interés superior del niño.

¹²⁸⁷ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, p. 16. Son tres las vías para el retorno voluntario asistido: encontrarse en situación de vulnerabilidad social, tener intención de reintegrarse socioeconómicamente en el país de origen y percibir la prestación por desempleo por anticipado. En PARELLA, S., & PETROFF, A., “Migración y retorno en España: salidas de inmigrantes y programas de retorno en un contexto de crisis”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2014, p. 72.

¹²⁸⁸ Artículo 144.2 del Reglamento de la LO 4/2000.

años, lo que implicará la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial¹²⁸⁹. Sin embargo, la vigencia del permiso será de cinco años¹²⁹⁰. Por ello, concluimos que no se trata de ninguna protección absoluta e integral, sino de una protección temporal que podrá ser renovada, por lo que, al cabo de ese permiso, si la víctima no cumple con los requisitos exigidos para la renovación de dicho permiso, podrá de nuevo encontrarse en una situación administrativa irregular.

La solicitud también puede ser denegada, por lo que se perderá la autorización provisional que se hubiera podido conceder, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso¹²⁹¹. Resulta necesario mencionar que no se impide la iniciación de otro procedimiento para solicitar otra autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, fundamentado dicha propuesta en un supuesto distinto al previsto en el artículo 59 bis. Por su parte, como última opción, podrá solicitar asilo o protección subsidiaria de conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹²⁹².

La Ley 12/2009 contiene una mención expresa a las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad: *“En el marco de la presente Ley, y en los términos en que se desarrolle reglamentariamente, se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de*

¹²⁸⁹ Artículo 144.5 del Reglamento de la LO 4/2000.

¹²⁹⁰ MILANO, V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, p. 38.

¹²⁹¹ Artículo 144.6 del Reglamento de la LO 4/2000.

¹²⁹² Artículos 144.7 y 8 del Reglamento de la LO 4/2000. Directrices sobre protección internacional de ACNUR: la aplicación del artículo 1^a (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata.

*protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos*¹²⁹³.

Por consiguiente, se puede considerar incluir a las víctimas de trata de seres humanos, puesto que son un grupo social unido por unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse¹²⁹⁴. La Ley 12/2009 reconoce a estas como víctimas solicitantes de asilo o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, lo que les reconoce una posibilidad para que sean consideradas como refugiadas. Siguiendo lo expuesto por CEAR, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, desde finales de 2016 España ha reconocido el derecho de asilo a 19 mujeres víctimas de trata -aunque no especifican la modalidad de explotación de la que han sido víctimas-¹²⁹⁵.

Ahora bien, en el caso de que no se admita o se deniegue la solicitud de asilo, según el artículo 37 de la Ley 12/2009, deberá llevarse a cabo el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron.

Lo mismo ocurre con la denegación de la autorización de residencia para la que no necesita pronunciarse la Administración, la ejecución de la expulsión seguirá su curso, pues el Estado no tiene

¹²⁹³ Art. 46.1, Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

¹²⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, p. 506.

¹²⁹⁵ Datos disponibles en: <https://www.cear.es/derecho-asilo-freno-la-trata/>

obligación de prestarle más apoyo ni ayuda a partir de la denegación de la misma, tal y como se recoge en la Directiva 2011/36/UE¹²⁹⁶.

El art. 59 bis de la LO 4/2000 indica que *“la autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”*¹²⁹⁷.

Esto es, a pesar de que se recoja la situación personal de la víctima, en el articulado de la LO 4/2000 tanto como en su reglamento, se subraya la necesaria colaboración de las víctimas, tal y como dispone la Directiva 2004/81/CE.

La colaboración puede tener lugar en el marco de la investigación del delito o en el procedimiento penal, suponiendo que la víctima podrá solicitar los beneficios legales previstos, tanto cuando colabore con las fuerzas y cuerpos policiales en la investigación, como cuando colabora con los jueces y fiscales en el ámbito del proceso penal¹²⁹⁸. Sin embargo, convenimos con FERNÁNDEZ OLALLA en que no resulta admisible exigir a la víctima, no sólo que colabore, sino que su colaboración sea eficaz para las investigaciones y así poder concederle el mencionado permiso¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ Considerando (18) de la Directiva 2011/36/UE.

¹²⁹⁷ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, art. 59 bis.

¹²⁹⁸ FERNÁNDEZ OLALLA, P., “La colaboración de las víctimas en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, p. 247.

¹²⁹⁹ FERNÁNDEZ OLALLA, P., “La colaboración de las víctimas en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, p. 248.

Puede haber casos de víctimas que faciliten la delación de autores y hechos para identificar, capturar y procesar a responsables, y para obtener pruebas de los hechos¹³⁰⁰, que finalmente no conduzcan a detenciones. En estos casos, la víctima no debería resultar perjudicada por los resultados ajenos a su voluntad¹³⁰¹, pero si fuera ese el caso y no se le concediera el permiso de residencia excepcional, por considerar que su colaboración no ha sido eficaz, la víctima se encontraría en las mismas condiciones anteriores: se le incoaría el expediente sancionador con medida de expulsión, puesto que el Estado no tiene obligación de prestarle más apoyo, ni ayuda.

Por otra parte, quisiéramos traer a colación lo mencionado anteriormente sobre la “situación personal” y la dispensa del permiso de residencia y trabajo por dichas circunstancias, puesto que la conceptualización de dicha situación no se incluye en los instrumentos analizados, sino que hemos tenido que acudir al Convenio de Varsovia del Consejo de Europa para delimitarlo. La problemática reside en que, si el ordenamiento jurídico español acoge la misma apreciación sobre “situación personal”, teniendo en cuenta que debe realizarse una valoración y si se considera que la víctima no reúne las condiciones para poder obtener un permiso de residencia, el Estado miembro no está obligado a seguir prestándole más apoyo ni ayuda.

Trayendo a colación lo anteriormente mencionado, el Ministerio Fiscal en su último informe recogía que el número de

¹³⁰⁰ PÉREZ MACHIO, A. I., “La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en L. M. PUENTE ABA/M. ZAPICO BARBEITO/L. RODRÍGUEZ MORO (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, 2008, p. 171.

¹³⁰¹ FERNÁNDEZ OLALLA, P., “La colaboración de las víctimas en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, p. 250.

períodos de restablecimiento y reflexión ofrecidos -con finalidad de que dichas víctimas cooperasen con las autoridades competentes en el esclarecimiento de los hechos para lograr un permiso de residencia- era superior al aceptado por las víctimas. A pesar de no disponer de datos para corroborar dicha afirmación, el informe de 2018 realizado por GRETA -grupo de expertos en trata de seres humanos del Consejo de Europa- afirma que los permisos de residencia y de trabajo otorgados por la colaboración de la víctima son superiores a los concedidos debido a la situación personal de las víctimas¹³⁰².

2.3. Conclusiones: la desprotección de las víctimas de trata de seres humanos por parte del Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos y el art. 59 bis de la LO 4/2000

Tanto la LO 4/2000 como su Reglamento y el Protocolo Marco, limitan sus esfuerzos a identificar víctimas de trata de seres humanos que se encuentran en situación administrativa irregular, siendo el objetivo de toda medida que la víctima coopere con las autoridades. Ello no difiere de lo anteriormente previsto sobre la Ley 35/95 y la imposibilidad de ser beneficiaria de dicha ayuda como víctima, a menos que exista una ley recíproca en su país de origen. Esta reciprocidad, en los últimos instrumentos analizados, se solventa mediante la colaboración de la víctima con las autoridades competentes.

A pesar de que el Protocolo Marco indica que la situación de irregularidad administrativa no condiciona la obtención de

¹³⁰² Siendo los últimos datos de 2016, se concedieron 127 permisos por cooperación de las víctimas y 22 por la situación personal. GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation*, 2018, p. 48.

protección, tanto el Protocolo, como la LO 4/2000 reflejan mayores garantías a aquellas víctimas que colaboran con las autoridades competentes en el esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, no existe mención alguna sobre aquellas personas que, por razones ajenas a su voluntad, no puedan prestar una colaboración eficaz; tal y como muy acertadamente indica GRETA, estas víctimas deben tener los mismos derechos y la misma protección que las víctimas dispuestas a colaborar y que tengan información relevante que ofrecer¹³⁰³.

Con ello, queda de manifiesto la influencia ejercida por la trasposición de la Directiva 2004/81/CE, condicionando la asistencia y protección a la colaboración de la víctima, puesto que la propuesta por razones humanitarias es bastante más difícil de alcanzar, ya que cae en una indeterminación jurídica y arbitrariedad¹³⁰⁴ diluyendo el enfoque victimocéntrico de la trata de seres humanos en la inexistencia.

La desprotección no solo se extiende a aquellas víctimas extranjeras en situación irregular, sino que, además, se hace omisión de la previsión de las medidas tuitivas. Resulta llamativo que la única medida con rango de Ley sobre la “protección” a estas víctimas se ubique en la Ley de Extranjería, dado que el contenido de esta disposición y el reglamento hacen únicamente hincapié en el período de reflexión de las víctimas extranjeras y su colaboración para conseguir un permiso de residencia y trabajo temporal. Parece que se sobrentiende que la víctima en situación administrativa

¹³⁰³ EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, Opinion on reflection period and residence permit for victims of trafficking in human beings, 18 may 2004.

¹³⁰⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp.416-417; y GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, 2013, p. 35.

regular ya se encuentra protegida, dado que no se especifican medidas de protección y asistencia para las mismas.

Por su parte, tal y como ha sido mencionado anteriormente, entendemos que dicha regulación ha sido diseñada para la casuística de la trata con fines de explotación sexual, teniendo en cuenta que del art. 59 bis como los art. 140 y siguientes del Reglamento se interpreta que dichas víctimas estarán infringiendo lo dispuesto en el art. 53.1 a): residiendo de forma ilegal en España y no trabajando, lo cual excluye a las víctimas con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, objeto del presente trabajo.

Además, convenimos con MILANO¹³⁰⁵ y PÉREZ MACHÍO¹³⁰⁶, en que la Ley de Extranjería no puede ser el instrumento para transponer los mandatos supranacionales de protección de las víctimas. De ello se estima que la principal preocupación es el control de la inmigración irregular, cuando un gran número de víctimas son comunitarias¹³⁰⁷. Así, con el fin de enmendar dicho error, en 2011 el Gobierno extendió la aplicación de la normativa sobre identificación a todas las víctimas comunitarias, dado que ello resultaba contrario a los compromisos adquiridos por España, como consecuencia tanto del Convenio de Varsovia, como de la Directiva 2011/36/UE¹³⁰⁸, debiendo dar asistencia y protección a todas las

¹³⁰⁵ MILANO, V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, p. 39.

¹³⁰⁶ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 426.

¹³⁰⁷ Art. 1.3 LO 4/2000: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

¹³⁰⁸ PUERTA VÍLCHEZ, J. M., “Víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual: protección desde la normativa de extranjería”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUIZ SUTIL (Coord.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación*

víctimas, independientemente de su situación administrativa¹³⁰⁹. Por lo tanto, normativamente, debe desvincularse la protección de las víctimas de la trata de la normativa de extranjería con el fin de priorizar una protección victimocéntrica y humanitaria¹³¹⁰.

Condicionar la protección de una víctima a su colaboración, refleja la instrumentalización de un ser que no resulta productivo en un Estado por su condición irregular. Consecuentemente, se produce una flexibilización del reconocimiento de sus derechos, al máximo¹³¹¹. Teniendo en cuenta la naturaleza global del delito de trata y su propia instrumentalización para satisfacer las demandas de consumo del colectivo de la ciudadanía, las víctimas de trata de seres humanos extranjeras representan a ese colectivo de seres humanos inferior al de las trabajadoras y trabajadores, que carecen por completo de cualquier derecho, y son reducidas a la categoría de mercancía dentro de la economía ilegal¹³¹². El valor de la persona reducida a mercancía reside en su capacidad de trabajo¹³¹³ y responde a las necesidades de mano de obra que el sistema demanda¹³¹⁴. Así, un sistema de protección de víctimas de trata

Sexual, 2015, p. 220; MILANO, V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, p. 39.

¹³⁰⁹ RUIZ SUTIL, C., “El asilo como primer nivel de protección de la víctima de trata de seres humanos frente a su configuración como vía alternativa en el Derecho de Extranjería”, en A. FIGUERUELO BURRIEZA, M. DEL POZO PÉREZ & M. LEÓN ALONSO (Dir.), A. GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 261-299, p. 280.

¹³¹⁰ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 426.

¹³¹¹ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 379.

¹³¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, p. 60.

¹³¹³ BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 43.

¹³¹⁴ GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFIC IN WOMEN, *Más allá de las fronteras: explorando los enlaces entre trata, globalización y seguridad*, GAATW, Bangkok, 2010, p. 13.

como el actual deja fuera del mismo a estas personas que requieren de mayor asistencia: respondiendo al sistema económico capitalista neoliberal, el modelo económico que impera a día de hoy, excluye a ciertos sujetos para garantizar la subsistencia del mismo¹³¹⁵.

En efecto, en el sistema de protección del ordenamiento jurídico español se prioriza la situación administrativa irregular sobre la condición de víctima al exigir una colaboración, y además efectiva, para conceder el estatus de víctima. Ello se debe a las directrices europeas¹³¹⁶ que persiguen el control de los flujos migratorios y dejan en un segundo puesto de prioridades la protección de estas víctimas. Así, se pone de manifiesto la desprotección que supone el propio sistema de protección de las víctimas de trata de seres humanos, dado que las mismas se encuentran ante un proceso de criminalización por su situación administrativa irregular¹³¹⁷.

2.4. Medidas de carácter político-institucional: la protección limitada a una modalidad de explotación. La discriminación de las víctimas de trata con fines de explotación laboral y otras modalidades

Resulta especialmente importante realizar un análisis sobre aquellas acciones que se han emprendido a nivel tanto político, como institucional en la lucha contra este delito, además de las medidas

¹³¹⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I., “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, p. 426.

¹³¹⁶ LARA AGUADO, A., “Protección de extranjeros especialmente vulnerables”, *Actas del I Congreso internacional sobre migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 888.

¹³¹⁷ ARADAU, C., “The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitisation on Human Trafficking”, *Millennium: Journal of International Studies*, 2004, p. 266.

legislativas adoptadas en España, dirigidas a la protección de las víctimas de trata de seres humanos.

Entre las medidas de protección político-institucionales adoptados por el gobierno español, se encuentra el Plan Integral de Lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2009-2012, aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008, así como el Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018.

Ahora bien, si bien la trata no se limita a una única finalidad de explotación, la explotación sexual sigue siendo la finalidad paradigmática de la trata¹³¹⁸. A pesar de que resulte la modalidad de explotación con mayor número de víctimas en el Estado español, resulta realmente alarmante que dicho plan se centre únicamente en esta modalidad¹³¹⁹ dado que se invisibiliza tanto la propia explotación en otros ámbitos así como sus víctimas.

En la propia introducción del Plan se recoge como principal objetivo la promoción de los derechos humanos y la protección de las víctimas, lo que supone un avance en cuanto a la asistencia a las víctimas, la formación profesional y la concienciación ciudadanía¹³²⁰. No obstante, a nuestro modo de ver, difícilmente se podrá conseguir lo mismo, eludiendo a aquellas personas que no sean víctimas de la modalidad de explotación sexual de la trata de

¹³¹⁸ PUENTE ABA, L. & IGLESIAS SKULJ, A., “The Spanish Action Plan Against Trafficking in Women: Policies and Outcomes (2008-2011)”, *The illegal Business of Human Trafficking*, Ed. Maria Joao Guia, Coimbra, 2015, p. 73.

¹³¹⁹ Siguiendo a la Memoria de la Fiscalía publicada en 2019, desde el año 2013 a 2018 constan como víctimas de trata con fines de explotación sexual 1181 víctimas, frente a 594 víctimas de trata con fines de explotación laboral, p. 1240 y 1268.

¹³²⁰ RUÍZ LÓPEZ, C., “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, *La Ley Penal*, 2017, p. 5; GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una aproximación desde la perspectiva de género”, *Constitucionalismo Social y Económico: nuevos retos del Estado de Derecho en Europa*, 2019, p. 86.

seres humanos. Además, el propio instrumento subraya la perspectiva de género basada en la desigualdad, la discriminación y la subordinación de las mujeres respecto de la posición de poder de los hombres, por lo que resulta necesario diseñar estrategias dirigidas a la promoción de cambio del modelo social y cultural¹³²¹. Sin embargo, reducir únicamente dicha desigualdad a la explotación sexual resulta incomprensible, teniendo en cuenta el trabajo doméstico, sector puramente feminizado y fuente de explotación de la trata de seres humanos, que dicho instrumento aísla.

El Plan de acción se orienta en torno a siete pilares¹³²²:

- Enfoque de derechos humanos: dirigir las acciones a garantizar la protección de los derechos humanos de las víctimas, resultando fundamentales la asistencia y recuperación de estas.
- Enfoque de género: la construcción social de los países tanto de origen como de destino, colocan a la mujer en una posición de desigualdad frente a los hombres, por lo que resulta necesaria una labor de prevención y sensibilización que incida sobre las causas de la trata.
- Primacía del interés superior del menor: teniendo en cuenta las necesidades específicas derivadas tanto de la edad, como de su situación de víctima de trata de seres humanos, debe primar, según este Plan de acción, la situación de vulnerabilidad de las niñas frente a la trata con fines de explotación sexual. Por consiguiente, se deben adoptar medidas de asistencia, apoyo y protección adecuadas a su condición de especial vulnerabilidad. No

¹³²¹ Plan Integral de Lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2015-2018, p. 10.

¹³²² Plan Integral de Lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2015-2018, p. 50.

obstante, siguiendo la última Memoria de la Fiscalía General del Estado, las víctimas menores no solo sufren la finalidad de explotación sexual de la trata, dado que desde el año 2013 al 2018, según los datos ponderados de la Fiscalía, se han encontrado 6 víctimas menores explotadas en el ámbito laboral¹³²³. Por consiguiente, un Plan de acción contra la trata de seres humanos no puede limitarse a una única finalidad de explotación.

- Mejora del conocimiento de las situaciones de trata con fines de explotación sexual: obviamente, el Plan de acción defiende el conocimiento del fenómeno como forma de definición de estrategias adecuadas y eficaces para combatir la trata de seres humanos. Así, la coordinación y colaboración para la obtención de información fiable, a partir de distintas fuentes de datos, constituye una prioridad para este Plan. No obstante, sin intención de ser reiterativos, a nuestro modo de ver, la coordinación y colaboración deben darse al margen de la modalidad de explotación, con el fin de crear una conciencia social sobre el fenómeno y no limitarlo únicamente a una modalidad de explotación.
- Las víctimas protagonistas de todo el proceso: según lo recogido en el Plan, la planificación y programación de las políticas públicas para combatir la trata con fines de explotación sexual debe situar a las víctimas en el centro de cualquier acción que pretenda llevarse a cabo, tanto las de protección, como su prevención e investigación.
- Persecución del delito: la investigación como el enjuiciamiento del delito de trata de seres humanos constituyen, según el Plan, una de las prioridades de la

¹³²³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria anual 2018*, Madrid, 2019, p. 1268.

acción contra la trata, así como también es una labor compleja por la transnacionalidad que presenta el propio fenómeno, por lo que resulta esencial para el Plan la necesidad de reforzar la persecución del delito.

- Enfoque integral, cooperación y participación: el Plan de acción prevé la necesaria cooperación y participación de los actores que intervienen en la trata de seres humanos, así como las instituciones públicas y privadas, las organizaciones especializadas de la sociedad civil, por lo que se exige una política integral y multidisciplinar para combatir dicho fenómeno. Por ello, el Plan propone la creación de protocolos de coordinación, así como vías de colaboración entre distintos territorios.

Partiendo de los siete postulados mencionados anteriormente, el Plan de acción fija cinco objetivos principales a alcanzar, así como las medidas correspondientes para cada objetivo¹³²⁴:

- 1) Refuerzo de la prevención y la detección de la trata: establecer mecanismos dirigidos a favorecer la prevención de la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual constituye una prioridad para este Plan. Por ello, se han definido ciertas medidas destinadas a fomentar una mayor comprensión y sensibilización sobre el fenómeno *“que permita reducir la demanda de servicios relacionados con este delito, con el fin de evitar la captación de víctimas para su explotación sexual”*. Tal y como hemos venido mencionando, el Plan centra únicamente su prevención, protección e investigación sobre la trata con finalidad de explotación sexual de este fenómeno

¹³²⁴ Plan Integral de Lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2015-2018, p.55.

delictivo, aunque no sea el único objetivo de este fenómeno. No obstante, podemos deducir de esa cita del Plan que el objetivo del mismo es tendente a la abolición de la demanda de prostitución, a pesar de que dicha finalidad de explotación sexual tampoco se centra únicamente en la prostitución forzada, sino que puede materializarse en formas muy diversas. Así, como medio para la conciencia social, propone promover buenas prácticas en el tratamiento de la información e incorporar contenidos relacionados con la trata. A modo de ejemplo, los medios de comunicación han empezado a difundir publicidad sobre la trata de seres humanos; ahora bien, una vez más, centrada únicamente en dicha modalidad de explotación sexual, por lo que no estamos creando una conciencia social sobre la trata, sino contra la explotación de la prostitución, tal y como se demostraba en la publicidad que reclamaba “*con la trata no hay trato*”¹³²⁵, invisibilizando las demás modalidades de trata de seres humanos, como la trata en el ámbito del servicio doméstico. Por su parte, como medio fundamental de prevención, el Plan propone definir medidas dirigidas a la detección de las víctimas, mediante el aumento de la información y formación de los profesionales que puedan observar indicios de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (frontera, centros de migraciones, pisos, etc.)

- 2) Identificación, protección y asistencia a las víctimas de la trata de seres humanos: el Plan prioriza la recuperación de las víctimas, aunque ello es posible si tras la detección de una posible víctima se activa, eficazmente, un proceso de adecuada identificación, para así poder derivar la misma a los

¹³²⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=AdXEiSF1Xac> La Policía Nacional refuerza la segunda fase del Plan contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual con la campaña “Con la trata, no hay trato. Denúncialo.

recursos y servicios especializados. Por ello, el Plan intenta promover una correcta comunicación entre todos los actores intervinientes. Además, propone la revisión de procedimientos y el establecimiento de protocolos para atender a situaciones concretas y a colectivos en situación de especial vulnerabilidad en relación con el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de trata de seres humanos. A pesar de que el Plan no desarrolle en profundidad dicho objetivo, parece que pretende establecer ciertas vías de protección para aquellas víctimas que no estén dispuestas a colaborar, pero sean merecedoras de un permiso de residencia y trabajo temporal por el grado de vulnerabilidad que presentan¹³²⁶.

- 3) Análisis y mejora del conocimiento para una respuesta eficaz frente a la trata con fines de explotación sexual: el Plan prevé que para mejorar el conocimiento de las situaciones unidas a la trata -a pesar de que el Plan haga uso del término “trata” no debemos olvidar que se dirige a la explotación sexual de la misma-, resulta fundamental la obtención de datos fiables de dicho fenómeno, para realizar planificaciones y así fomentar la eficacia de las políticas de lucha contra este fenómeno. Así, propone investigaciones sobre la trata a distintos niveles (magnitud, grupos criminales, víctimas, etc.), para mejorar la información estadística y adoptar medidas de seguimiento de las actuaciones y políticas, con el fin de reflejar de forma más eficaz y fiable la realidad de este delito con esta finalidad concreta.
- 4) Persecución más activa a los tratantes: el Plan integra medidas para garantizar el éxito de las operaciones dirigidas

¹³²⁶ “Establecimiento de criterios para la concesión de permisos de residencia por circunstancias excepcionales basadas en la situación personal de la víctima”, Plan Integral de Lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2015-2018, p.96.

a una lucha eficaz contra el delito, tal y como ha sido mencionado, con la especialización profesional o los recursos dirigidos a mejorar la comunicación y coordinación en los procesos de investigación y persecución del mismo.

- 5) Coordinación y cooperación entre instituciones y participación de la sociedad civil¹³²⁷: como último objetivo, el Plan propone la mejora de la comunicación y coordinación en el desarrollo de las políticas de lucha contra este fenómeno que tiene como finalidad la explotación sexual. Para ello, propone el intercambio de información, así como la promoción de nuevos espacios de colaboración a distintos niveles territoriales, como el ámbito internacional y local.

La aprobación de un Plan sobre la trata de seres humanos, en 2009, supuso el inicio del giro del ordenamiento jurídico español hacia el foco victimocéntrico¹³²⁸. Ciertamente, se cumplieron unos de los puntos más importantes: la tipificación específica del delito de trata en el artículo 177 bis del Código Penal; la posibilidad de otorgar a las víctimas un período de restablecimiento y reflexión dispuesto en el art. 59 bis de la Ley 4/2000; y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito.

Sin embargo, tal y como ha sido mencionado en el epígrafe sobre el Estatuto de la víctima, no se han realizado las modificaciones pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer una mención específica a la posibilidad de que la práctica testifical pueda ser anticipada para este colectivo de

¹³²⁷ Plan Integral de Lucha contra la trata con fines de explotación sexual 2015-2018, p.56.

¹³²⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 548-549.

víctimas, ni por las iniciativas del Plan de acción antiguo¹³²⁹, ni por el Estatuto de la víctima del delito. Ello hubiese supuesto un gran salto al enfoque victimocéntrico por parte del ordenamiento jurídico español, que no se ha cumplido.

A pesar de todo ello, no podemos olvidar que el Plan inicial ayudó en la distinción entre tráfico de personas y trata de seres humanos y llevó a influenciar las medidas legislativas necesarias para ello. Aun así, la mayor crítica realizada al Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual 2009-2012 fue su limitado ámbito –mujer y fines de explotación sexual–, en el cual no se incluyen los hombres ni menores de edad, ni siquiera ninguna otra finalidad de explotación que el mismo delito sí prevé¹³³⁰. A mayor abundamiento, el último informe del Plan integral 2015-2018 solo enumera los datos de la trata con fines de explotación sexual y mujeres¹³³¹.

Sin intención de ser reiterativos, durante el resumen realizado sobre el Plan de acción 2015-2018 hemos avanzado que dicha especificación de “explotación sexual” y dirigido a “mujeres y niñas” no consigue más que invisibilizar a las demás víctimas de trata, dado que la detección como los objetivos de crear una conciencia social sobre el fenómeno se centran únicamente en dicha finalidad y ciertas víctimas, por lo que se produce una discriminación de las demás víctimas de trata de seres humanos. De este modo,

¹³²⁹ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una aproximación desde la perspectiva de género”, *Constitucionalismo Social y Económico: nuevos retos del Estado de Derecho en Europa*, 2019, p. 86.

¹³³⁰ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, 2013, párr. 66, p. 22.

¹³³¹ *IV Informe de seguimeinto del Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, p.74. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:d0_WMQMAXdIJ:www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/planIntegral/docs/IVINFORMESEGUIMIENOTRATA2018.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=firefox-b-d#11

convenimos con WYLIE cuando señala que la explotación laboral de la trata de seres humanos es el fenómeno invisible de la lucha contra la trata, dado que, a pesar de que ya desde el año 2000, con el Protocolo de Palermo, se introdujera en la definición de esta un mayor número de finalidades que la tradicional explotación sexual, poco se ha avanzado en las iniciativas de ampliación del fenómeno¹³³². Ello es reflejo de que todavía en 2018 -siendo el último Plan de acción de este fenómeno- únicamente se siga centrando el foco de acción en la trata con fines de explotación sexual.

A mayor abundamiento, el informe del GRETA de 2013 ya recomendaba la necesidad de llevar a cabo acciones de concienciación sobre todo acerca de la trata con fines de explotación laboral¹³³³. Sin embargo, la tendencia general, y en este caso la del ordenamiento jurídico español ha supuesto ignorar la trata con fines de explotación laboral¹³³⁴ o por lo menos, refleja cierto desinterés¹³³⁵. Además, ello todavía es más notorio en lo que respecta a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, fenómeno todavía más invisibilizado por las

¹³³² WYLIE, G., *The International Politics of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Dublin, 2016, p. 131; en este sentido, también KASK, M. & MARKINA, A., “Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Estonia”, en A. JOKINEN/K. AROMAA (Eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia*, HEUNI Publications, Helsinki, 2011, p. 246.

¹³³³ GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings), *Repost concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, Strasbourg, 2013, 278.

¹³³⁴ SHAMIR, H., “A labor paradigm for human trafficking”, *UCLA Law Review*, 2012, p.79.

¹³³⁵ VAN SCHENDEL, W., LYONS, L. & FORD, M., *Labour migration and human trafficking in Southeast Asia: Critical perspectives*, Routledge, London, 2012, p. 89 y siguientes; VALVERDE CANO, A. B., *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, Madrid, 2017, p. 101; YIWUMI FAISON, V., *Protecting Victims Within Legal Responses to Trafficking in Women for Sexual Exploitation in the European Union*, Verlag Dr. Kovac GmbH, Hamburg, 2017, p. 43.

características específicas del mismo¹³³⁶. Según la FUNDACIÓN SURT, el mero hecho de no realizar un Plan Integral de lucha contra la trata, en general, refleja el desinterés político de visibilizar el problema, dado que para un Gobierno es más sencillo centrarse en la trata sexual, que admitir la precariedad laboral del Estado¹³³⁷.

A modo de síntesis, sobre la protección que presta el ordenamiento jurídico español a las víctimas de trata de seres humanos, opinamos que nos encontramos ante la desprotección de estas, sobre todo las que se encuentran en situación irregular. A pesar de los mandatos supranacionales que España debe respetar, las acciones realizadas en torno a la protección a las víctimas de trata son reflejo de intereses político-económicos, que obvian la posibilidad de ofrecer una protección integral.

Por consiguiente, podemos decir que el colectivo de víctimas que nos concierne en este trabajo no solamente se encuentra discriminado, sino supradiscriminado respecto de las víctimas de explotación sexual de este delito, dado que los esfuerzos de especialización profesional como de promoción y detección se centran únicamente en dicha modalidad de la trata.

¹³³⁶ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 23.

¹³³⁷ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 7.

VIII. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DOMÉSTICO

Una vez analizado el elenco de medidas dirigidas a la protección de la trata de seres humanos, resulta necesario resaltar aquellas medidas que pueden beneficiar tanto la detección como asistencia de las víctimas de trata con fines de explotación que nos conciernen: el servicio doméstico.

Este colectivo de víctimas sufre gran vulneración de sus derechos por las peculiaridades que concierne al propio lugar donde se lleva a cabo la explotación. El hermetismo que supone el servicio doméstico por ejercerse en un espacio como un hogar familiar limita seriamente su detección¹³³⁸ por lo que necesita de mayores medidas de prevención, detección e identificación, así como conocimiento del fenómeno por parte de la sociedad para evitar la invisibilización del mismo, al no existir instrumento alguno centrado específicamente en la detección de este tipo de trata de seres humanos¹³³⁹.

Como vía para la puesta en marcha de las medidas de protección lo primero que debe hacerse es detectar las víctimas; ello puede darse a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la entrada en el país, aunque la detección puede producirse como ocasión de una inspección de trabajo, así como consecuencia del acceso a un servicio sanitario o social.

En estos supuestos, una vez que se esté llevando a cabo la explotación en el servicio doméstico, a menos que la víctima acuda

¹³³⁸ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 41.

¹³³⁹ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 41.

a un servicio sanitario por una agresión sufrida o enfermedad, existen ciertas vías de detección: las inspecciones de trabajo; la interposición de una demanda por parte de la propia víctima ante autoridades policiales; la víctima denuncie su situación a una organizaciones no gubernamentales; terceras personas detectan la situación e interponen una demanda, como por ejemplo, los vecinos¹³⁴⁰.

Las inspecciones de trabajo desempeñan una labor clave en la detección de esta modalidad de trata, así como en la detección de la explotación laboral, a pesar de que sus competencias sean administrativas, tienen como objetivo la protección de los derechos de las personas trabajadoras¹³⁴¹. Ello también se recoge en el último informe realizado por GRETA en 2018, que subraya la necesidad de expandir la capacidad de los inspectores de trabajo para que puedan participar activamente en la prevención de la trata de seres humanos en los hogares privados¹³⁴². No obstante, la función de la Inspección de Trabajo es limitada, dado que es difícil acceder a un hogar particular por el principio de la inviolabilidad del domicilio. En dichos casos, el consentimiento verbal del propietario del domicilio es suficiente para poder realizar la inspección, aunque si no hubiera consentimiento, no podría llevarse a cabo la misma.

Por consiguiente, las dificultades de detección afectan tanto a las víctimas, como a los Inspectores y los cuerpos de seguridad. Por su parte, dichas dificultades se ven aumentadas cuando la víctima se encuentra en situación administrativa irregular, aspecto este que

¹³⁴⁰ Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, 2011, p. 1.

¹³⁴¹ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 41.

¹³⁴² GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation*, 2018, p. 65.

actúa como elemento disuasorio para que las mismas denuncien su situación¹³⁴³.

En segundo lugar, por lo que respecta a la identificación de estas víctimas, según la FUNDACIÓN SURT, que ha realizado una aproximación a la realidad de estas víctimas en España, resulta difícil probar la propia existencia de la trata de seres humanos. Tal y como se ha mencionado anteriormente en este trabajo, frente a otras modalidades de trata que son fruto del ejercicio de redes delictivas organizadas, esta modalidad de trata suele llevarse a cabo en un ámbito privado, por lo que resulta todavía más difícil para los cuerpos de seguridad la detección de dichos casos, dado que la detección e identificación del fenómeno se ha centrado principalmente en la investigación de redes organizadas¹³⁴⁴.

La protección y asistencia de estas víctimas resulta imposible a menos que puedan ser detectadas e identificadas como víctimas de trata con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico. No obstante, en el caso de las víctimas en situación administrativa irregular, denunciar la situación tampoco les garantiza una protección integral, dado que, si no se identifican como víctimas de trata de seres humanos o no colaboran con las autoridades competentes, pueden ser expulsadas.

Por todo ello, es necesario reforzar y garantizar la protección los derechos de las víctimas de trata de seres humanos, siendo necesaria la adopción de una ley integral apropiada.

Resulta necesario implementar la coordinación entre las instituciones públicas y privadas que se enfrentan a la trata de seres

¹³⁴³ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 42.

¹³⁴⁴ FUNDACIÓN SURT, *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, 2015, p. 43.

humanos, con el objetivo de garantizar el intercambio de información y conocimiento del fenómeno delictivo. Así, por ejemplo, las ONG también deben, a nuestro modo de ver, participar en la creación, implementación y el seguimiento de las medidas que deben tomarse sobre la trata de seres humanos.

El ordenamiento jurídico español debe garantizar su responsabilidad, tanto en la implementación de una ley integral como en derivar recursos económicos para proteger los derechos de estas víctimas.

Por lo que respecta a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, debe investigarse más al respecto, comenzando por conocer las realidades de las trabajadoras domésticas, las asociaciones de trabajadoras domésticas, los sindicatos, las asociaciones de mujeres e inmigrantes, así como las ONG que asisten a estas víctimas.

Es importante mejorar los mecanismos de detección, identificación y protección para dar una respuesta eficaz a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, dado que la esfera privada puede devenir en un espacio de impunidad, donde no se garantizan los derechos de las personas trabajadoras.

Al concebir una ley integral de protección de las víctimas de trata de seres humanos, deberán establecerse mecanismos y recursos específicos para cada modalidad de trata en concreto, así como un plan de acción dedicado a la trata con fines de explotación laboral, con indicadores específicos para la detección de la trata en el servicio doméstico¹³⁴⁵. Dicho plan de acción sensibilizaría a la sociedad sobre este fenómeno delictivo, así como a las instituciones. Con el fin de luchar contra la trata en el servicio doméstico y su

¹³⁴⁵ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation*, 2018, p. 65.

invisibilidad es necesario mostrar la existencia de este tipo de trata en España.

Resulta ineludible promover además estrategias de detección de estas víctimas, con el objetivo de informar a las mismas sobre sus derechos y facilitar su acceso a los servicios de asistencia y protección, como, por ejemplo, un número específico dedicado únicamente a ello, donde puedan llamar las 24 horas del día.

Tal y como ha sido mencionado, en estos supuestos concretos de trata la Inspección de Trabajo cobra valor por el hecho de ser una de las escasas vías directas para su detección, por lo que deberían reforzarse las funciones de la Inspección mediante más recursos para los procesos de detección e identificación. Así, deberían extenderse las inspecciones de trabajo a las agencias intermediarias de colocación que ofrezcan trabajos en el servicio doméstico¹³⁴⁶, dado que pueden contribuir a la trata de seres humanos y su explotación en este sector.

¹³⁴⁶ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation*, 2018, p. 65.

IX. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo dispuesto en el presente capítulo, destacamos, a continuación, algunas ideas sustantivas:

El Protocolo de Palermo constituye el primer instrumento internacional para la creación de una política criminal en contra de la trata de seres humanos que aporta una definición unificada de trata y en lo concerniente a nuestro objeto de estudio, da los primeros pasos hacia un enfoque victimocéntrico del fenómeno, puesto que es el primer instrumento que propone a los Estados dar protección y asistencia a estas víctimas. Además, concibe la protección internacional de los refugiados como una posible vía de protección. Sin embargo, se ciñe a la trata de seres humanos que tiene carácter transnacional y que se comete por un grupo criminal organizado, con lo cual deja fuera de su protección aquellos casos que no cumplan con estos requisitos. Además, a pesar de incluir distintas finalidades de la trata de seres humanos, no se desvincula de la tradicional explotación sexual unida a dicho fenómeno delictivo, por lo que se desprotegen las víctimas de trata con fines de explotación laboral.

El Convenio del Consejo de Europa sobre lucha contra la trata de seres humanos, conocido como Convenio de Varsovia, refuerza la protección otorgada por el Protocolo de Palermo. Es en el mismo donde realmente se aborda el problema de la trata no sólo desde la perspectiva de incriminación, persecución e investigación, sino pretendiendo concienciar a los Estados parte de que, en la lucha de la trata de seres humanos, la protección y asistencia a las víctimas es tan importante como los aspectos anteriores, diseñando así una protección integral del fenómeno.

En el mismo se recoge un marco completo de protección y asistencia a las víctimas de trata: el periodo de restablecimiento y reflexión, estableciéndose como mínimo en 30 días; la asistencia tanto física como psicológica, y la posibilidad de que los Estados concedan un permiso de residencia a las víctimas que se encuentren en situación irregular, por el simple hecho de ser víctimas, sin necesidad de ninguna condición especial para otorgarlo. Sin embargo, no se establece el periodo de dicho permiso de residencia, por lo que cabe la posibilidad de que los Estados parte fijen el mismo según sus conveniencias e intereses.

La Directiva 2011/36/UE, junto con la Directiva 2004/81/CE, vienen a romper lo construido por los instrumentos anteriores, puesto que limitan la protección y asistencia de las víctimas a la colaboración de las mismas en la investigación. El período de restablecimiento, a pesar de ser configurado, en teoría, como un tiempo con el que se dotaba a la víctima para ser asistida física y psicológicamente, con el fin de alejarla de sus tratantes, se convierte en un tiempo limitado para decidir si se colabora o no con las autoridades competentes. Ello conlleva que los Estados parte de la Unión Europea no adopten mayores medidas de protección que las propuestas en las mismas Directivas 2004/85/CE y 2011/36/UE, con lo que las víctimas que se encuentren en situación irregular, a menos que estén dispuestas a colaborar, no recibirán protección alguna y serán enviadas a sus países de origen, con los peligros que ello conlleva tratándose de víctimas de trata de seres humanos. Así, tal y como ha sido mencionado, tanto el sistema global exigente de ciudadanos consumidores, como las políticas migratorias resistentes, conllevan la criminalización de las víctimas en situación irregular, convirtiéndolas, una vez más, en meros instrumentos, a menos que quieran conseguir protección.

En 2009 se introduce en la Ley de extranjería el artículo 59 bis, dirigido a la protección de las víctimas que se encuentran en situación irregular, junto con el Protocolo Marco de 2011 para la protección a las víctimas de trata. Sin embargo, esta inclusión, que da un halo de protección a las víctimas, no es más que una forma cordial de trasponer las obligaciones supranacionales.

Además, después de analizar tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva 2011/36/UE concluimos que lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español se ha visto muy influenciado por esta última y la Directiva 2004/81/CE, responsables de la desprotección de las víctimas, puesto que este halo de protección no es más que un disfraz para ocultar que sus verdaderos intereses son el control de los flujos migratorios bajo una política de migración restrictiva, que salvaguarde el bienestar socioeconómico europeo.

Esta perspectiva es trasladada al ordenamiento jurídico español por el artículo 59 bis y el Protocolo Marco: por lo que respecta al permiso de residencia y de trabajo, los instrumentos mencionados prevén la posibilidad de otorgarlo a las víctimas que se encuentran en situación irregular. No obstante, el mismo no se concederá a menos que concurra en la colaboración eficaz de la víctima con las autoridades competentes. Además, si se concede, tendrá únicamente vigencia para cinco años, lo cual indica que se trata de una protección temporal, lejos de ser definitiva. Si el permiso no es renovado a los cinco años, la víctima correrá otra vez el riesgo de ser expulsada del país.

Compartiendo lo expuesto por el grupo de expertos en trata de seres humanos, concluimos que, si la víctima no colabora con las autoridades y por ello no puede optar por un permiso de residencia,

el Estado debería estar obligado a otorgarlo por razones humanitarias.

A mayor abundamiento, en el caso de que la víctima decida colaborar con las autoridades competentes, lo inadmisibile es que, además, se le exija una colaboración eficaz para poder obtener un permiso de residencia y trabajo. A la vista de esta exigencia, pueden llegar a generar preocupación aquellos supuestos en los que una víctima que, a pesar de colaborar en la delación de autores, hechos, lugares, etc. las investigaciones no sean concluyentes; cuando la víctima quiera colaborar, pero no tenga información relevante para el esclarecimiento de los hechos. Tal y como se estructura la supuesta protección a estas víctimas, deducimos que corren el peligro de no concedérseles el permiso de residencia y trabajo y que podrán ser expulsadas.

En aquellos casos en que las víctimas carezcan de protección al serles denegado el permiso de residencia, podrán solicitar asilo y protección en el ordenamiento jurídico español. Según lo dispuesto por la Ley 12/2009, “*se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como (...) víctimas de trata de seres humanos*”¹³⁴⁷. No obstante, si el asilo es denegado, así como el permiso de residencia y trabajo, las víctimas de trata de seres humanos que se encuentran en situación irregular correrán de nuevo el peligro de ser expulsadas del país.

Por su parte, el Estatuto de la víctima del delito tampoco cambia el paradigma de dichas víctimas, puesto que ofrece ciertos derechos, de forma general, pero centrados en el ámbito procesal.

¹³⁴⁷ Art. 46 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria.

Mientras que a nivel internacional desde el año 2000 se utiliza un concepto amplio de trata de seres humanos, vemos que en el ordenamiento jurídico español es habitual que la trata se aborde desde una perspectiva acotada. El Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual de 2008-2012 ha sido prueba de ello, así como el Plan de acción de 2015-2018.

Este tratamiento tiene importantes consecuencias en las medidas de asistencia previstas para las víctimas y por ello, debe abarcarse en su globalidad y no sólo frente a alguna de sus modalidades. Atendiendo a los datos de la Fiscalía General del Estado publicados en 2019, desde el año 2013 a 2018 constan como víctimas de trata con fines de explotación sexual 1181 víctimas, frente a 594 víctimas de trata con fines de explotación laboral, por lo que, a pesar de ser un menor número de víctimas, es un número elevado como para eludir la realidad de dicha práctica, de las cuales el 14% son víctimas de trata del servicio doméstico.

En este sentido, si ya las propias víctimas de trata de seres humanos sufren desprotección y discriminación frente a la asistencia ofrecida a víctimas de otra índole, como las víctimas de violencia de género, las víctimas de las demás modalidades de explotación ajenas a la sexual son supradiscriminadas, dado que el ordenamiento jurídico español no ha realizado acción alguna para visibilizar estas realidades. Por lo que respecta a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, vemos necesario promover la investigación al respecto, comenzando por conocer las realidades de las trabajadoras domésticas, las asociaciones de trabajadoras domésticas, los sindicatos, las asociaciones de mujeres e inmigrantes, así como las ONG que asisten a estas víctimas. Resulta esencial mejorar los mecanismos de detección, identificación y protección para dar una respuesta eficaz a la trata

con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, dado que la esfera privada puede devenir en un espacio de impunidad donde no se garantizan los derechos de las personas trabajadoras.

Con todo ello, concluimos que el ordenamiento jurídico español mantiene su enfoque criminocéntrico sobre la trata de seres humanos, focalizado principalmente en su penalización e investigación, puesto que la protección está ligada a la investigación de los hechos, utilizando al sujeto más vulnerable con mayores necesidades de ayuda como peón del esclarecimiento de los hechos. Pero además de ello, tanto los planes de detección, investigación y de protección que ha proporcionado el Estado español se centran en la modalidad de explotación sexual, por lo que adicionalmente a la desprotección que sufren las víctimas de trata, independientemente de la finalidad de explotación de la que han sido víctimas, el colectivo que nos concierne, esto es, las víctimas de la explotación laboral centrada en el servicio doméstico, tiene una nula visibilidad tanto institucional como social por lo que sufren una supradiscriminación sobre el colectivo total de las víctimas de trata.

Un fenómeno tan complejo como la trata de seres humanos debe abordarse mediante una estrategia focalizada en los derechos humanos de las víctimas, que contenga un tratamiento multidisciplinar y completo para garantizar la protección de todas las víctimas y no únicamente de un colectivo, evitando que la tutela de las que se encuentran en situación de irregularidad administrativa esté condicionada a la colaboración con la Administración de Justicia.

Tal y como se ha mencionado, se necesita una Ley integral de protección de las víctimas de trata de seres humanos, que no

discrimine a los colectivos de víctimas, ni por el tipo de explotación sufrido, ni por su situación administrativa

El Protocolo marco, a pesar de no realizar distinciones entre víctimas y su situación administrativa, únicamente marca ciertas pautas de actuación, por lo que es necesaria una ley de obligado cumplimiento con dotación presupuestaria.

La protección a las víctimas, a pesar de que no se encuentren en una situación administrativa regular, no puede recogerse en la Ley de Extranjería, dado que, con ello, se diferencia entre las víctimas, ofreciendo privilegios a aquellas que se encuentran en situación regular, frente a la criminalización de las personas que se encuentran en una situación administrativa irregular. La colaboración no puede constituir la moneda de cambio para recibir protección, por lo que se propone que todas aquellas víctimas identificadas como sujetos pasivos de trata de seres humanos, gocen de la protección necesaria, aunque no colaboren con las autoridades policiales o judiciales.

A la vista de lo manifestado, a nuestro modo de ver, las deficiencias y lagunas detectadas en la normativa en vigor y documentos orientados a la tutela, protección y asistencia a las víctimas de trata de seres humanos, solo pueden verse superadas por la configuración *de lege ferenda* de una Ley integral de protección de este colectivo de víctimas que no sólo acoja una política victimal global e integral, sino que, igualmente, abarque a la totalidad de víctimas que, potencialmente, pueden sufrir este fenómeno delictivo, independientemente de la explotación a la que sean sometidas, en el sentido que proponemos en el siguiente epígrafe.

X. PROPUESTA DE UN CUERPO DE LEY ORIENTADA HACIA UNA POLÍTICA VICTIMAL INTEGRAL DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

I. El punto central de esta propuesta reside en el reconocimiento de la violación de derechos humanos de las víctimas de trata de seres humanos y, por ello, sus elementales pretensiones a la justicia y reparación que deben verse reforzadas mediante la construcción de un marco social y normativo adecuado para un tratamiento integral de este colectivo de víctimas. Para ello, se debe incidir no sólo en el paradigma de la “reparación integral”, sino que igualmente debe ir acompañado de la implantación de mecanismos apropiados de prevención, detección e identificación.

Los instrumentos supranacionales de referencia (el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia tanto la Directiva 2011/36/UE) no dan suficientemente respuesta a las necesidades de protección de estas víctimas.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, al margen de la ley 35/95, el Estatuto Jurídico de la Víctima del delito, o del art. 59 bis de la LO 4/2000 dirigida a las víctimas en situación administrativa irregular, el ordenamiento jurídico carece de cuerpo normativo alguno que contemple directamente la protección de las víctimas de trata de seres humanos. Por todo ello, habiendo constatado la insuficiencia de la normativa vigente en materia de protección de víctimas de trata de seres humanos, es necesaria la aprobación de una ley dirigida a prevenir y reparar las victimizaciones por trata de seres humanos, que suponga el reconocimiento y reparación integral de las situaciones de victimización surgidas como consecuencia de la trata de seres humanos.

Todo ello debe ser elaborado desde una perspectiva victimológica con el fin de manifestar el compromiso público de este país en favor de los derechos humanos y contra la trata de seres humanos y, por consiguiente, contra la instrumentalización del ser humano. Así, el objetivo de un texto normativo de este estilo sería articular garantías de protección mediante un conjunto de normas dirigidas a reparar los perjuicios de todas las manifestaciones de violación de derechos humanos que supone la trata.

II. Realizando una aproximación al contenido de un texto legislativo relativo a la protección de las víctimas de trata de seres humanos, debería reflejarse, en primer lugar, el compromiso por abarcar de forma integral la trata de seres humanos y despegarse del enfoque predominante en la actualidad vinculado de forma casi exclusiva o prevalente con la trata dirigida a la finalidad de explotación sexual. Así debería establecerse una delimitación de cada forma de explotación, realizando un esfuerzo de concreción de los supuestos comprendidos por cada objeto de trata de seres humanos.

Principios inspiradores de la intervención pública, como objetivos fundamentales de la Propuesta legislativa, han de ser el reconocimiento y reparación integral de las víctimas (junto a la garantía de su dignidad y derechos).

El texto debería comprender (principalmente) cuatro títulos:

- El primero, dirigido a la Prevención de la trata de seres humanos, centrado en la implantación de mecanismos apropiados para la prevención y concienciación social del fenómeno de la trata de seres humanos, a cuyo efecto, corresponde a los poderes públicos impulsar campañas de información y sensibilización sobre la trata de seres

humanos no sólo para la explotación sexual, sino también con los demás fines (explotación laboral, extracción de órganos corporales, matrimonios forzosos, mendicidad y realización de actividades delictivas como objetivos) que el art. 177 bis CP también contempla.

Focalizando la atención en la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, aunque la misma puede llevarse a cabo en cualquier sector laboral, dos son los sectores que más preocupan en España: el sector agrícola y el sector del trabajo doméstico (que engloba también el asistencial)¹³⁴⁸, siendo el Estado español el segundo país de la Unión Europea después de Italia que emplea mayor número de trabajadores migrantes en dicho último ámbito¹³⁴⁹.

Deberían realizarse campañas de concienciación dirigidas a la sociedad sobre la existencia de este fenómeno, así como talleres específicos para las Fuerzas y Cuerpos de seguridad y los trabajadores sanitarios; todo, centrado en el mejor conocimiento del fenómeno, algo fundamental para la detección del mismo.

Conviene a este respecto indicar que, en el caso de la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, no solo es necesario concienciar a la sociedad sobre la realidad de un fenómeno en sí mismo tan poco considerado, sino también a las propias personas

¹³⁴⁸ OLIVA OTÁLORA, V., “Capítulo 9: la trata de seres humanos y la protección de las víctimas en materia laboral”, en F. M. FERRANDO GARCÍA/ E. BAS PEÑA (Dir.), A. MEGÍAS BAS/M. E. FERRE JAÉN (Coords.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p. 202.

¹³⁴⁹ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation*, 2018, p. 21.

migrantes para trabajar en este sector laboral, que, como primera medida de prevención, han de ser conscientes de que es esta una de las realidades con las que pueden encontrarse.

Se debería, asimismo, impulsar un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Trata de Seres Humanos, dirigido, como mínimo a reforzar en el escenario social la conciencia contra la esclavitud y el rechazo de cualquier práctica asimilable a la misma en un Estado democrático de derecho, así como el necesario compromiso colectivo por el respecto de los derechos y libertades fundamentales a la integridad moral y libertad; todo ello desde una perspectiva comunitaria e intercultural y con programas formativos específicos para los profesionales que intervienen en estas situaciones.

Por su parte, los poderes públicos, en el marco de sus competencias, deberían impulsar campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la trata de seres humanos, de forma global y no centrada únicamente en la trata con fines de explotación sexual. El objetivo de ello es que se tenga una perspectiva global del fenómeno y no parcial, como hasta ahora.

- El Título segundo trataría sobre la detección de las víctimas de trata de seres humanos: las autoridades competentes, así como los que específicamente trabajen en puntos fronterizos deben disponer de personal formado y cualificado para la detección de la trata de seres humanos y la lucha contra la misma y para la identificación de las víctimas, especialmente cuando se trata de víctimas menores de edad. En la casuística específica de la trata de

seres humanos con fines de explotación en el servicio doméstico, se debería poner particular atención en la formación de los inspectores de trabajo, dado que pueden ser uno de los mayores agentes detectores de la trata con fines de explotación en este ámbito.

- El Título tercero, recogería el Reconocimiento y Reparación de las víctimas. El mismo debería partir de una declaración de los derechos de las víctimas de trata de seres humanos: derechos a su dignidad, a la justicia, a la reparación y protección integral, sin discriminación alguna ni por sexo ni por la finalidad de explotación generadora de la victimización propia de la trata de seres humanos.

Una adecuada reparación integral ha de comprender, en primer lugar, la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios sufridos, por lo que deberían fijarse legalmente las bases de las compensaciones económicas, señalar las personas beneficiarias, sus obligaciones, etc. Pero, la reparación integral no se agota con lo anterior, sino que también requiere el establecimiento de medidas dirigidas a la asistencia sanitaria, psicológica, de rehabilitación, mediante servicios públicos con asociaciones o centros especializados dirigidos a cubrir sus intereses y necesidades a corto, medio y largo plazo. Así, las medidas asistenciales para la promoción de los derechos mencionados habrían de procurar, en la medida de lo posible, la devolución a la víctima a la situación anterior a la generación del daño; favorecer el restablecimiento de la integridad moral, la libertad, identidad, vida familiar y social de la víctima.

Y, en todo caso, el reconocimiento y reparación de estas víctimas no debería quedar en modo alguno condicionado a la colaboración de las mismas con las autoridades competentes.

- Por último, el cuarto Título del texto normativo se ocuparía de los recursos institucionales y procedimientos, regulando la estructura y competencias de las entidades, organismos o programas específicos a crear y el compromiso de dotación de suficientes y apropiados recursos económicos.

CONCLUSIONES FINALES

- I. El Protocolo de Palermo de Naciones Unidas fue el primer instrumento en definir la trata de seres humanos que incluía distintas posibles formas de explotación sin limitarse únicamente a la modalidad de explotación sexual. Tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han seguido la definición emanada por el primero y recogen casi de idéntica forma la descripción de la trata de seres humanos.

Por lo que respecta a la modalidad de explotación que nos concierne, parece que tanto la esclavitud, el trabajo forzoso o las prácticas análogas a la esclavitud, son fenómenos diferenciados, suponiendo la esclavitud la forma más grave de violación de los derechos humanos. Ahora bien, la desemejanza, a nuestro modo de ver, no resulta nada clara. El TEDH subraya, como rasgo delimitador de la servidumbre y la esclavitud, que en la servidumbre el individuo no se limita a la realización obligatoria de cierto trabajo, sino que la misma influye en las condiciones de su vida, sin que haya posibilidad de cambiar dicha condición. Así, en el caso *Siliadin v. Francia* el TEDH dictaminó que en la esclavitud debían ejercerse los atributos auténticos del derecho de propiedad sobre la persona, y la servidumbre se limitaba a la grave negación de libertad del sujeto pasivo. A nuestro modo de ver, esta diferencia resulta ilusoria y poco práctica, dado que, habida cuenta del rechazo absoluto de cualquier forma de propiedad de un ser humano por parte del Derecho, la moderna esclavitud se reflejará a través de

otros signos de control, careciendo ya de sentido diferenciar la servidumbre de la esclavitud, porque en ambas pueden darse esas formas de explotación acompañadas del ejercicio de hecho de poderes asimilables al derecho de propiedad, al igual que sucede en muchas de (si no en todas) las manifestaciones del trabajo forzoso u obligatorio, el cual, como defienden las Naciones Unidas, viene a ser una mutación de aquel fenómeno, de aquí que se considere una manifestación de la esclavitud del siglo XIX.

- II. El delito de trata de seres humanos es un delito pluriofensivo que protege la integridad moral y la libertad del ser humano. La trata de seres humanos es un delito que, efectivamente, doblega la voluntad del sujeto pasivo mediante el uso de determinados medios comisivos con el fin de lograr la explotación de este, conllevando, a la vez, un proceso de cosificación del ser humano por parte del tratante, dominante de una relación asimilable al ejercicio del derecho de propiedad sobre el sujeto pasivo.

Además, por el carácter transnacional tradicionalmente propio de este fenómeno delictivo, entendemos que el interés administrativo de control de los flujos migratorios, también se encuentra necesariamente cubierto por el delito de trata de seres humanos.

- III. Por lo que respecta al tenor literal del tipo básico (art. 177.1 bis CP), ciertos verbos nucleares -“trasladar” y “transportar”, o “acoger” y “recibir”- se presentan como repeticiones tautológicas.

Consideramos que sería, por ello, suficiente con la previsión en el tipo básico del art. 177.1 bis CP del término “acoger” en tanto que dicho concepto engloba los supuestos comprendidos por el término “recibir”, ya que “acoger” no es sino “servir de refugio o albergue a alguien”.

Lo mismo ocurre con los supuestos de una “situación de necesidad”, que pueden subsumirse en las “situaciones de vulnerabilidad”: ningún instrumento internacional ni comunitario referente en la materia menciona dicha “situación de necesidad”, en la que la doctrina incluye supuestos de penurias económicas, en un intento de diferenciar dichos supuestos de las “situaciones de vulnerabilidad”. Sin embargo, este último medio comisivo ya comprende estas situaciones.

- IV. En cuanto a las finalidades típicas, no parece tener sentido la referencia específica a la esclavitud, pues, como ya se ha avanzado, aunque no estemos ante el mismo fenómeno, entendemos que el propio fenómeno de la trata de seres humanos comparte características esenciales de la propia esclavitud, y la alusión a la finalidad de explotación bastaría para abarcar los múltiples supuestos en que puede traducirse.

Lo mismo ocurre con la servidumbre, las prácticas análogas a la esclavitud o incluso, según el supuesto, con el trabajo o servicio forzoso, dado que siempre que se ejerzan los atributos inherentes del derecho de propiedad sobre una persona, el trabajo forzoso y la servidumbre habrán de considerarse equivalentes a la esclavitud.

- V. Además, la referencia a términos como las prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, induce a error dado que, a la postre, se solapan por su similitud, al tiempo que resultan merecedoras de un tratamiento semejante por la afectación de los bienes jurídicos implicados.

En suma, mantenida la alusión a la explotación, ni la esclavitud ni la servidumbre deberían figurar entre las finalidades recogidas en los objetivos de la trata, en la medida en que la trata es ya una manifestación, en sí misma considerada, de aquella. Algo similar ocurre con la servidumbre, dado que esta no deja de ser una modalidad de explotación, mutada, de la esclavitud. Ambas implican en la práctica un ejercicio *de facto* del derecho de propiedad sobre una persona.

- VI. En cuanto a la mendicidad forzada, no es propiamente una práctica de naturaleza laboral, por lo que debería diferenciarse del apartado a) del art. 177.1 bis CP para constituirse en una referencia independiente a esta forma de plasmación de la finalidad de explotación.

- VII. Habida cuenta de todo lo anterior se propone una reformulación del tenor literal del art. 177 bis 1 en el sentido siguiente:

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de 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, trasladare, o acogiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La explotación laboral o relativa a la prestación de obras o servicios de cualquier naturaleza*
- 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.*
- f) La mendicidad forzada.”*

VIII. En el ordenamiento jurídico español, la explotación en el plano laboral se identifica penalmente con la imposición de trabajos o servicios en grave lesión de los derechos de los trabajadores, lo que (sin perjuicio de que la afectación simultánea, en ciertos casos, de libertad y/o integridad moral pueda exigir su aplicación en concurso ideal con otras figuras) se reconduce en el ordenamiento jurídico español a los tipos penales de los arts. 311 y 312 CP: artículos específicamente dirigidos en Derecho español al castigo de la “explotación laboral”, siendo la esclavitud y/o el trabajo o servicio forzado los casos más graves de supresión o restricción de los derechos de los trabajadores que pueden encontrar cobertura penal (si no completa, si al menos de forma genérica) en ellos. Los tipos penales de los artículos 311.1 y 312.2 CP son, en efecto, los que han de servir de referencia a la hora de la tipificación de la

explotación laboral, pues en ellos se contempla aquella violación de los derechos de los trabajadores consistente en su supresión y restricción grave, siendo precisamente la libertad de acceso al trabajo uno de los primeros de ellos. Esto permite, como se acaba de decir, dar cabida en su seno al trabajo o servicio forzoso y similares, manifestaciones actuales de la esclavitud laboral, así como aquellos otros supuestos en los que las condiciones impuestas sean notoriamente perjudiciales para el trabajador, dando origen a situaciones de explotación en el trabajo.

Si bien los supuestos de trabajo o servicio forzado se encuentran entre los casos más graves de explotación laboral recogidos en los arts. 311.1 CP y 312.2 CP, frecuentemente no bastará con estos preceptos para dar cobertura a la totalidad de su injusto específico. En los casos asimilados a la esclavitud se ven, en efecto, lesionados otros bienes jurídicos ajenos a los derechos de los trabajadores, como su libertad ambulatoria o su integridad moral, que deberían apreciarse, en principio, en concurso ideal, salvo que, por aplicarse como medio para mantener en los sujetos en la situación de explotación, merezcan ser tratados en concurso medial.

- IX. En cuanto a la mendicidad forzada, siguiendo lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, en relación con la explotación de la prostitución ajena, debería llevar a la apreciación de una concurrencia ideal del delito laboral -311.1 o 312.2 CP- junto con el delito de coacciones en concurso medial con la trata de seres humanos.

- X. Por lo que respecta a la concurrencia de la trata de seres humanos con el delito previsto en el art. 318 bis CP, a nuestro modo ver, no cabe ningún concurso de delitos, dado que el propio delito de trata cubre ya el desvalor de la entrada ilegal de una persona al territorio español. Estamos, por ello, ante un conflicto de normas que debe resolverse a favor del delito de trata de seres humanos.
- XI. La trata de seres humanos con fines de explotación laboral no ha recibido la atención necesaria teniendo en cuenta el escaso esfuerzo realizado por parte de las instituciones pertinentes en adoptar una política integral que, con base en un más profundo conocimiento del fenómeno, establezca medidas apropiadas de prevención, respuesta y protección a las víctimas. La situación de despreocupación es todavía mayor en la trata con fines de explotación en el servicio doméstico dado que no existe ninguna alarma social respecto a la existencia de esta, por lo que las víctimas sufren de mayor discriminación en comparación con otras modalidades de trata de seres humanos.
- XII. Todo apunta a que la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico de España, es una práctica más extendida que lo reflejado por los datos oficiales, habida cuenta de la naturaleza del ámbito en que se lleva a cabo el fenómeno: el hogar familiar.

Estamos ante un sector laboral donde predomina el género femenino, siendo el servicio doméstico una salida

laboral para aquellas personas con necesidad de migrar para mejorar sus condiciones de vida. Al ser un sector en el que prima la privacidad del círculo familiar, el trabajo doméstico se ha convertido en uno de los sectores laborales menos protegidos. Por consiguiente, de cara a la prevención de todo tipo de abusos, una regulación adecuada del trabajo doméstico resulta esencial, así como la detección de la trata para fines de explotación en el servicio doméstico.

- XIII. Por lo que respecta a la regulación laboral del servicio del hogar familiar o el servicio doméstico, el RD 1620/2011 solo protege a una parte de las y los trabajadores, dado que se excluye a las personas trabajadoras que carecen de permiso de residencia y de trabajo en España. Este colectivo de personas no se encuentra protegido ante el abuso y la explotación, por ser personas que se encuentran en situación administrativa irregular. La desprotección se refleja en las dificultades para realizar de manera efectiva las inspecciones de trabajo por tratarse de un domicilio privado, siendo imprescindibles para detectar casos no solo de trata de seres humanos, sino otros supuestos de abusos e incumplimiento del RD 1620/2011 que podrían incurrir en sanciones administrativas. A nuestro modo de ver, es un sector laboral en el que se asume, de hecho, la posibilidad de explotación de las personas trabajadoras, sin que se tomen las medidas necesarias para imposibilitarlo; manteniéndose además al colectivo de personas trabajadoras domésticas en una discriminación evidente, al no establecer una equiparación con el régimen laboral ordinario.

- XIV. Teniendo en cuenta tanto la diferencia de poder que existe entre el empleador y la persona empleada, como el lugar donde se ejerce el trabajo, el RD 1620/2011 no protege a estas personas de posibles abusos; las personas trabajadoras del hogar pueden ver negados ciertos derechos por darse dicha relación laboral dentro de los límites privados donde prima la salvaguarda de los derechos de la inviolabilidad del domicilio y el respeto a la intimidad. En este sentido, sería necesario establecer cierta cláusula en el propio RD 1620/2011 en relación con el delito de trata de seres humanos, por ser este un ámbito de gran peligro de victimización.
- XV. El Protocolo de Palermo constituye el primer instrumento internacional contra de la trata de seres humanos que aporta una definición unificada de trata y, en lo concerniente a nuestro objeto de estudio, da los primeros pasos hacia un enfoque victimocéntrico del fenómeno, puesto que promueve la protección y asistencia a estas víctimas por parte de los Estados.
- XVI. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, conocido como Convenio de Varsovia, refuerza la protección otorgada por el Protocolo de Palermo. En el mismo realmente se aborda el problema de la trata no solo desde la perspectiva de incriminación, persecución e investigación, al tiempo que se pretende concienciar a los Estados parte de que, en la lucha de la trata de seres humanos, la protección y asistencia a las víctimas es tan importante como los aspectos anteriores, postulando así la protección victimal en el marco de un abordaje integral del fenómeno.

XVII. Ahora bien, en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de que la Directiva 2011/36/UE parezca centrar su atención en la protección y asistencia a las víctimas del fenómeno de trata, realmente el enfoque es primordialmente criminocéntrico; además, como subraya la criminología actuarial, refleja una política-victimial de la desprotección, que tiende a la criminalización de la inmigración irregular, con el fin de controlar los flujos migratorios.

XVIII. Esta perspectiva es trasladada al ordenamiento jurídico español por el artículo 59 bis de la LO 4/2000 y el Protocolo Marco. Por lo que respecta al permiso de residencia y de trabajo, se prevé la posibilidad de otorgar los mismos a las víctimas que se encuentren en situación irregular. No obstante, el mismo no se concederá a menos que concurra en la colaboración eficaz de la víctima con las autoridades competentes. Además, si se concede, tendrá únicamente vigencia para cinco años, lo cual indica que se trata de una protección temporal, lejos de ser definitiva. Si el permiso no es renovado a los cinco años, la víctima correrá otra vez el riesgo de ser expulsada del país. A mayor abundamiento, en el caso de que la víctima decida colaborar con las autoridades competentes, es inadmisibile que, para poder obtener un permiso de residencia y trabajo, se exija además que la colaboración haya de ser eficaz. La colaboración no puede constituir la moneda de cambio para recibir protección, por lo que se propone que todas aquellas víctimas identificadas como sujetos pasivos de trata de seres humanos, gocen de la protección necesaria, aunque no colaboren con las autoridades policiales o judiciales.

XIX. En aquellos casos en los que las víctimas carezcan de protección, esto es, cuando a las víctimas en situación irregular se les deniegue el permiso de residencia, debería abrirse la posibilidad de asilo y protección por el ordenamiento jurídico español. Según lo dispuesto por la Ley 12/2009, se considerará la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como las víctimas de la trata de seres humanos. No obstante, si, como el permiso de residencia y trabajo, el asilo es también denegado, las víctimas de trata de seres humanos en situación irregular correrán de nuevo el peligro de ser expulsadas del país.

XX. Mientras que, a nivel internacional, desde el año 2000 se utiliza un concepto amplio de trata de seres humanos, en el ordenamiento jurídico español es habitual que la trata se aborde desde una perspectiva acotada. El Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual de 2008-2012 ha sido prueba de ello, así como el Plan de acción de 2015-2018.

Este tratamiento diferenciado tiene importantes consecuencias en las medidas de asistencia previstas para las víctimas: por ello, la trata de seres humanos debe ser abordada desde una perspectiva global e integral. Atendiendo a los datos de la Fiscalía General del Estado publicados en 2019, desde el año 2013 a 2018 constan como víctimas de trata con fines de explotación sexual 1181 víctimas, frente a 594 víctimas de trata con fines de

explotación laboral: siendo un menor número de víctimas, es suficientemente elevado como para eludir la realidad de dicha práctica, de las cuales el 14% resultan ser víctimas de trata del servicio doméstico.

- XXI. En este sentido, si ya las propias víctimas de trata de seres humanos sufren desprotección y discriminación ante la asistencia ofrecida a víctimas de otra índole, las víctimas de las demás modalidades de explotación ajenas a la sexual sufren de mayor discriminación, dadas las insuficiencias del ordenamiento jurídico español que no despliega acción alguna para visibilizar estas realidades.

Por lo que respecta a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, vemos necesario promover la investigación para conocer la realidad de las trabajadoras domésticas, las asociaciones de trabajadoras domésticas, los sindicatos, las asociaciones de mujeres e inmigrantes, así como las ONG que asisten a estas víctimas.

- XXII. El abordaje de un fenómeno tan complejo como la trata de seres humanos debería partir de una estrategia centrada en los derechos humanos de las víctimas, con un tratamiento multidisciplinar e integral para asegurar la protección de todas las víctimas y no únicamente de un colectivo, evitando que la tutela de las que se encuentran en situación de irregularidad administrativa esté condicionada a la colaboración con la Administración de Justicia.

Por ello, es necesaria una legislación integral de protección de las víctimas de trata de seres humanos, que no discrimine a los colectivos de víctimas, ni por el tipo de explotación sufrido, ni por su situación administrativa.

Las directrices principales de esta legislación integral de protección deberían ser las siguientes.

- Una prevención que se centre en la implantación de mecanismos apropiados para ello, así como para la concienciación social del fenómeno de la trata de seres humanos y despegarse del enfoque predominante vinculado a la finalidad de explotación sexual, mediante la delimitación de cada forma de explotación.
- La formación y cualificación de los profesionales de la salud, inspectores de trabajo, así como de los cuerpos y fuerzas de seguridad para optimizar la detección de las víctimas de trata de seres humanos.
- Una reparación integral de las víctimas tanto mediante una compensación económica, como el establecimiento de medidas dirigidas a la asistencia sanitaria, psicológica, de rehabilitación, dirigidos a cubrir sus intereses y necesidades a corto, medio y largo plazo.

-
- I. The United Nations Palermo Protocol was the first instrument to define trafficking in human beings that included different possible forms of exploitation without being limited solely to the modality of sexual exploitation. Thus, both the Council of Europe and the European Union

have followed the definition emanating from the United Nations instrument, collecting almost the same description of trafficking in human beings.

Regarding the modality of exploitation that concerns us, it seems that both slavery, forced labor or slavery-like practices are differentiated phenomena, with slavery being the most serious form of a human rights violation. However, the dissimilarity, in our opinion, is not clear at all. The European Court of Human Rights stresses, as a defining feature of bondage and slavery, that in bondage the individual is not limited to the compulsory performance of a certain job, but that it influences the conditions of their life, without the possibility of changing the said condition. Thus, in the *Siliadin v. France* case the European Court of Human Rights ruled that in slavery the authentic attributes of the property right should be exercised over the person, and servitude was limited to the serious denial of freedom of the victim. In our view, this difference is illusory and impractical, given that, given the absolute rejection of any form of property of a human being by the Law, modern slavery will be reflected through other signs of control. It makes sense to differentiate servitude from slavery, because both these forms of exploitation can occur accompanied by the factual exercise of powers that can be assimilated to property rights, as happens in many (if not all) manifestations of forced labor, which, as the United Nations defend, becomes a mutation of that phenomenon, hence it is considered a manifestation of slavery in the 19th century.

- II. The crime of trafficking in human beings is a multi-offensive crime that protects the moral integrity and freedom of the human being. Trafficking in human beings is a crime that effectively defeats the will of the victim through the use of certain commissioning means in order to exploit it, while leading to a process of objectification of the human being by of the trafficker, who is dominant in a relationship similar to the exercise of property rights over the victim.

Furthermore, due to the transnational nature traditionally characteristic of this criminal phenomenon, we understand that the administrative interest in controlling migratory flows is also necessarily covered by the crime of trafficking in human beings.

- III. Regarding the literal tenor of the basic type (art. 177.1 bis CP), certain nuclear verbs –“to transfer” and “to transport”, or “to receive” and “to embrace” – are presented as tautological repetitions.

We suggest including in the basic rate of art. 177 bis 1 of the Spanish penal code, of the term “embrace” insofar as said concept encompasses the assumptions of the concept of “receiving”, since “embrace” is nothing more than “serving as a refuge or shelter for someone”.

The same occurs with the assumptions of a "situation of need", which can be subsumed in "situations of vulnerability": no international or European instrument referring to the matter mentions the said “situation of need”, in which the doctrine provides for cases of economic

hardship, in an attempt to differentiate these cases from “situations of vulnerability”. However, this last commissioning medium already includes these situations.

- IV. As for the typical purposes, the specific reference to slavery does not seem to make sense, since, as we have already advanced, although we are not facing the same phenomenon, we understand that the phenomenon of trafficking in human beings itself shares the essential characteristics of slavery, and the allusion to the purpose of exploitation would suffice to cover the multiple assumptions in which it can be translated.

The same occurs with servitude, slavery-like practices or even, with forced labor or service, given that whenever the inherent attributes of property rights are exercised over a person, forced labor and servitude should be considered equivalent to slavery.

- V. Furthermore, the reference to terms such as practices similar to slavery or servitude, is misleading given that, in the end, they overlap due to their similarity, since they affect the same legally protected-rights.

In short, if we maintain the allusion to exploitation, neither slavery nor servitude should be included among the purposes of trafficking, insofar as trafficking is already a manifestation of slavery. Something similar occurs with servitude, since it is still a form of exploitation, mutated, of slavery. Both in practice involve a *de facto* exercise of property rights over a person.

VI. Forced begging is not properly a practice of a labor nature, so it should be differentiated from section a) of art. 177.1 bis CP to become an independent reference to this form of expression of the purpose of exploitation.

VII. In view of all the above, we suggest the following reformulation of the literal tenor of art. 177 bis 1:

“It will be considered guilty of trafficking in human beings and therefore punished with a sentence of five to eight years of imprisonment whoever, whether in Spanish territory, or from Spain, in transit or destination to it, using violence, intimidation or deception, or abusing a situation of superiority or vulnerability of the national or foreign victim, or through the delivery or receipt of payments or benefits to obtain the consent of the person who has control over the victim, captures, transfers, or embraces them, including the exchange or transfer of control over them, for any of the following purposes:

- a) Labor exploitation or the provision of works or services of any nature.*
- b) Sexual exploitation, including pornography.*
- c) Exploitation to carry out criminal activities.*
- d) The removal of body organs.*
- e) The Celebration of forced marriages.*
- f) Forced begging.”*

VIII. In the Spanish legal system, labor exploitation is identified with the imposition of labor or services in serious injury to the rights of workers, which (without prejudice to the simultaneous impact, in certain cases, of freedom and/or moral integrity may require its application in an ideal

concurrency with other figures) is redirected in the Spanish legal system to the offences foreseen in arts. 311 and 312 CP. These articles specifically address "labor exploitation" in Spanish law, being slavery and/or forced labor or service the most serious cases of suppression or restriction of workers' rights that can find criminal coverage (at least generic) in them. Articles 311.1 and 312.2 CP should be taken into account when defining labor exploitation, since they include the violation of workers' rights consisting of its suppression and serious restriction, with freedom of access to work being one of the first. This allows, as has just been said, to include forced labor or similar services within it, current manifestations of labor slavery, as well as those other cases in which the imposed conditions are notoriously harmful to the worker, giving rise to exploitative situations at work.

Although the cases of forced labor or service are among the most serious cases of labor exploitation included in arts. 311.1 CP and 312.2 CP, these precepts frequently do not suffice to cover all their specific unjust. In cases assimilated to slavery, other legally protected values unrelated to the rights of workers, such as their ambulatory freedom or their moral integrity, are in fact damaged. This circumstance should be appreciated, in principle, in an ideal concurrency, unless they are applied as a means to keep people in the situation of exploitation, in which case they should be treated in medial concurrency.

- IX. As for forced begging following the provisions of the Non-Jurisdictional Plenary Agreement of the Second Chamber

of the Supreme Court of May 30, 2006, in relation to the exploitation of the prostitution of others, it should lead to the appreciation of an ideal attendance of the labor offense -311.1 or 312.2 CP- together with the crime of coercion in medial concurrence with trafficking in human beings.

- X. Regarding the concurrence of trafficking in human beings with the crime foreseen in art. 318 bis CP, in our view, there is no concurrence of crimes, since the crime of trafficking itself already covers the devaluation of the illegal entry of a person into Spanish territory. We are, therefore, facing a conflict of norms that must be resolved in favor of the crime of trafficking in human beings.
- XI. Trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation has not received the necessary attention considering the scant effort made by the pertinent institutions to adopt a comprehensive policy that studies and knows the phenomenon. Likewise, the situation of carefreeness is even greater in trafficking for the purpose of exploitation in the domestic service since there is no social alarm regarding the existence of this phenomenon, and therefore victims suffer from greater discrimination, compared to other forms of trafficking.
- XII. Everything points to the fact that trafficking for the purpose of labor exploitation in the domestic service in Spain is a more widespread practice than official data reflect, given the nature of the place in which this phenomenon occurs: the family home.

Domestic service constitutes a job opportunity for those who need to migrate to improve their living conditions, being the vast majority of the women. As a sector in which the privacy of the family circle prevails, domestic work has become one of the least protected work sectors. Therefore, in order to prevent all kinds of abuse, proper regulation of domestic work is essential, as well as detection of trafficking for purposes of exploitation in domestic service.

- XIII. With regard to the labor regulation of the family home service or domestic service, RD 1620/2011 only protects part of the workers, since it excludes working people who do not have a residence permit and work permit in Spain. These people are not protected against abuse and exploitation, as they hold an irregular administrative situation. The lack of protection is reflected in the difficulties in effectively carrying out labor inspections because it is a private home, being essential to detect cases not only of trafficking in human beings, but other cases of abuse and non-compliance with RD 1620/2011 that could incur administrative penalties. In our view, it is a labor sector in which, the possibility of exploitation of working people is assumed, without the necessary measures being taken to make it impossible; keeping also the group of domestic workers in evident discrimination, by not establishing a comparison with the ordinary labor regime.
- XIV. Taking into account the difference in power that exists between the employer and the employed person, and the place where the work is performed, RD 1620/2011 does not protect these people from possible abuse. Domestic workers may be denied certain rights due to this

employment relationship within private limits where the safeguarding of the inviolability of the home and respect for privacy prevails. In this sense, it would be necessary to establish a certain clause in RD 1620/2011 in relation to the crime of trafficking in human beings, as this is an area of great danger of victimization.

- XV. The Palermo Protocol constitutes the first international instrument against trafficking in human beings that provides a unified definition of trafficking and, as regards our object of study, it takes the first steps towards a victim-centric approach to the phenomenon, since it promotes protection and assistance to these victims.
- XVI. The Council of Europe Convention on the fight against trafficking in human beings, known as the Warsaw Convention, reinforces the protection granted by the Palermo Protocol. It is there where the problem of trafficking is really addressed not only from the perspective of incrimination, prosecution and investigation, but also seeks to raise awareness among States parties that, in the fight against trafficking in human beings, victims' protection and assistance is as equally important.
- XVII. However, in the field of the European Union, despite the fact that Directive 2011/36 / EU seems to focus its attention on the protection and assistance to victims of the trafficking phenomenon, the focus is actually criminocentric. In addition, as the actuarial criminology emphasizes, it reflects a victim-policy of lack of protection, which tends to criminalize irregular immigration, in order to control migratory flows.

XVIII. This perspective is transferred to the Spanish legal system in article 59 bis of LO 4/2000 and the Framework Protocol. This article foresees the possibility of granting residence and work permits to victims who are in an irregular situation is. However, these permits will not be granted unless victims are willing to effectively collaborate with the competent authorities. Furthermore, if granted, they will only be valid for five years, which indicates that it is just a temporary protection, far from being definitive. If the permit is not renewed after five years, the victim will again take the risk of being expelled from the country. Furthermore, if the victim decides to collaborate with the competent authorities, it is inadmissible that, in order to obtain a residence and work permit, it is also required that the collaboration must be effective. Collaboration cannot constitute the exchange currency to receive protection. Therefore, we propose that all potential human trafficking victims, enjoy the necessary protection, even if they do not collaborate with the police or judicial authorities.

XIX. The protection of victims, even though they are not in a regular administrative situation, cannot be included in the Immigration Law, since, with this, attempts are made to make differences between victims, offering privileges to those who are in regular situation, against the criminalization of people who are in an irregular administrative situation. Collaboration cannot constitute the key to receive protection, so it is proposed that all those victims identified as passive subjects of human trafficking, enjoy the necessary protection, even if they do not collaborate with the police or judicial authorities.

- XX. In those cases, in which victims lack protection, that is, when victims in an irregular situation are denied residence permits, the possibility of asylum and protection should be opened by the Spanish legal system. In accordance with the provisions of Law 12/2009, the specific situation of vulnerable applicants for or beneficiaries of international protection, such as victims of human trafficking, will be taken into account. However, if, like residence and work permits, asylum is also denied, victims of trafficking in human beings in an irregular situation will again be at risk of being expelled from the country.
- XXI. Although since 2000 a broad concept of trafficking in human beings is used, in the Spanish legal system human trafficking is still approached from a limited perspective. The Comprehensive Plan to Combat Trafficking in Human Beings for Sexual Exploitation for 2008-2012 and the Action Plan for 2015-2018 corroborate this tendency.

This differentiated treatment has important consequences for the assistance measures planned for victims and, therefore, trafficking in human beings must be considered from a global and comprehensive perspective. Based on the data of the State Attorney General's Office published in 2019, from 2013 to 2018 there were 1,181 victims of trafficking for sexual exploitation, compared to 594 victims of trafficking for the purpose of labor exploitation. Even though fewer victims of labor trafficking have been identified, the number is high enough to illustrate the severity of this practice, of which 14% are victims of domestic service trafficking.

XXII. In this sense, if all victims of human trafficking already suffer from lack of protection and discrimination in relation to the assistance offered to victims of other crimes, trafficking victims for forms of exploitation other than sexual suffer from greater discrimination, given that the Spanish legal system has not carried out any action to make these realities visible.

As regards trafficking for the purpose of labor exploitation in domestic service, we see the need to promote research on this matter, beginning with knowing the realities of domestic workers, domestic workers associations, unions, women's and immigrant associations, as well as the NGOs that assist these victims.

XXIII. A phenomenon as complex as trafficking in human beings should follow a strategy focused on the human rights of victims, with a multidisciplinary and comprehensive treatment to ensure the protection of all victims and not only of a group, preventing the guardianship of those who are in a situation of administrative irregularity is conditional on the collaboration with the Administration of Justice.

For this reason, comprehensive legislation is necessary to protect victims of trafficking in human beings, which does not discriminate against groups of victims, neither because of the type of exploitation suffered, nor because of their administrative situation.

The main guidelines of this comprehensive protection legislation should be:

- Implementation of appropriate prevention mechanisms, as well as raising social awareness of the phenomenon of trafficking in human beings, moving beyond the predominant approach linked to the purpose of sexual exploitation, by delimiting each form of exploitation.
- Training and qualification of health professionals, labor inspectors, as well as security forces to improve identification of victims of trafficking in human beings.
- Comprehensive reparations for victims, both through financial compensation and the establishment of measures aimed at health, psychological and rehabilitation assistance, aimed at covering their interests and needs in the short, medium and long term.

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, G. E.

- *La trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, IBdeF, Buenos Aires, 2013.

ACCEM

- *La otra cara de la trata. Informe diagnóstico sobre otras formas de trata que afectan a las mujeres*, ACCEM, 2019.
- *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, ACCEM, 2006.

AGUILERA IZQUIERDO, R.

- “El acceso de los migrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinarios y el arraigo social y familiar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 2006, pp. 175-196.

ALCÁCER GUIRAO, R.

- “La protección de las víctimas en el proceso penal y los derechos de defensa del acusado”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de sres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 187-221.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.

- “El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de las personas”, *Revista general de derecho*, 1995, pp. 189-221.

ALEXANIAN, A., SALES GUTIÉRREZ, L. & CAMARASA I CASALS, M.

- *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Fundación Surt, Barcelona, 2015.

ALLAIN, J.

- “125 Años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), P. MERCADO PACHECO/S. OLARTE ENCABO/A. LARA AGUADO/I. RAMOS TAPIA/E. POMARES CINTAS/P. ESQUINAS VALVERDE, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 147-182.
- “A legal Consideration of Slavery in Light of the Travaux Préparatoires of the 1926 Convention”, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2015, pp. 397–418.
- “A Review of Trafficking in Human Beings: Modern Slavery by Silvia Scarpa“, en *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2015, pp. 453-457.
- *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leirend-Boston, 2013.

- “Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, 2010, pp. 546-557.
- “On the curious disappearance of human servitude from general international law”, en J. ALLAIN, *The law and Slavery: Prohibiting human exploitation*, 2009, pp. 303-332.

ALLAIN, J., CRANE, A., LEBRARON, G. & BEHBAHANI, L.

- *Forced Labour’s Business Models and Supply Chains*, Joseph Rowntree Foundation, 2013.

ALONSO ÁLAMO, M.

- “Derecho penal y dignidad humana: de la no intervención contraria a la dignidad y a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2011.
- “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007, pp. 3-20.
- “Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor”, en F. MORALES PRATS & G. QUINTERO OLIVARES (Coords.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, pp. 909-920.

ANDERSON, B.

- "A Very Private Business: Exploring the Demand for Migrant Domestic Workers", *European Journal of Women's Studies*, 2007, pp. 247-264.
- "Just Another Job?" The Commodification of Domestic Labour", en EHRENREICH, B. & HOCHSCHILD, A (eds.), *Global Woman: Nannies, Maids and Sex Workers*, London, Granta Books, 2003, pp. 104-114
- *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York, 2000.

ANDERSON, B. & O'CONNELL DAVIDSON, J.

- *Is trafficking in human beings demand driven?: a multi-country pilot study*, IOM, 2003.

ANDERSON, B. & ROGALY, B.

- *Forced Labour and migration to the UK. Study prepared by COMPAS in collaboration with the Trades Union Congress*, 2004.

ARADAU, C.

- "The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitisation on Human Trafficking", *Millennium: Journal of International Studies*, 2004, pp. 251-277.

ARMOND DIAS PAES, M.

- “La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña: un análisis desde la perspectiva de la historia del derecho”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, núm. 17, 2016, pp. 6-34.

ARONOWITZ, A.

- *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, Praeger, Connecticut, 2009.

ARROYO ZAPATERO, L.

- “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, pp. 97-110.
- “Los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista española de derecho del trabajo*, 1983, pp. 353-374.

BADIA MARTÍ A. M.

- *Recopilación normativa sobre la Trata de personas, especialmente mujeres y niñas*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2008.

BAKAN, A. & STASIULIS, D.

- “Making the match: domestic placement agencies and the racialization of women’s household work”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1995, pp. 303-335.

BALES, K.

- *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, 2000.

BALES, K. & ROBBINS, P. T.

- “No one Shall Be Held in Slavery or Servitude: A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery”, *Human Rights Review* 18, 2001, pp. 18–45.

BAPTISTA CANEDO, R.

- *Análisis comparativo de Ley n.º 2450 del Trabajo Asalariado del Hogar y el Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos o del hogar*, FES-ILDIS, La Paz Bolivia, 2011.

BAUCELLS LLADÓS, J.

- “El tráfico ilegal de personas *para* su explotación”, en M. J. RODRÍGUEZ MESA/L. R. RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 173-202.

BAUMAN, Z.

- *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

BEDMAR CARRILLO, E.

- “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La Ley*, 2012, pp. 82-95.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.

- “Capítulo 10. Trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 207-228.

BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F. G.

- “El delito de trata de personas”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2011, pp. 185-203.

BERISTAIN, A.

- *Crisis del Derecho represivo (Orientaciones de organismos nacionales e internacionales)*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1977.

BHOOOLA, U.

- *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus casusas y consecuencias*, 2016.

BLANCO GARCÍA, A. I.

- “Estatuto de la víctima del delito. Transcendencia de una ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 765-774.

BOLAÑOS VÁSQUEZ, H. J.

- “Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, pp. 295-314.

BONET ESTEVA, M.

- “El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación severa”, en M. J. ESPUNY TOMÀS/ G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 275-289.

BORMANS, S.

- “Esclavitud moderna e ideología antigua”, 2010, disponible en: <http://psychanalyse-paris.com/Esclavitud-moderna-e-ideologia.html>

BOROTMAT TORMO, M. & GRIMA LIZANDRA, V.

- “La esclavitud y la servidumbre en el derecho español a propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (“Siliadin c/ Francia): un caso de trabajo doméstico servil”, en J. C. CARBONELL MATEU/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC/E. ORTS BERENGUER/M. L. CUERDA ARNAU (Coords.), *Constitución derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvados Vives Antón)*, 2009, pp. 257-286.

BOSSUYT, M. J.

- *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff publishers, Boston, 1987.

BOSWELL, C. & CRISP, J.

- *Poverty, International Migration and Asylum*, United Nations University, World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER), Helsinki, Finland, 2004.

BUSTOS RUBIO, M.

- “La esclavitud del siglo XXI: el delito de trata de seres humanos” *III Congreso de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Criminalidad Organizada Transnacional, Sevilla, 2015, pp. 1- 18.*

CALVO VINAGRE, V. & GARCÍA DOMÍNGUEZ, P.

- “El delito de trata de seres humanos”, *Cuadernos de la Guardia Civil, N.º 52, 2016, pp. 52-66.*

CAMAÑO ROSA, A.

- “Delitos contra la libertad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Tomo 20, 1967, pp. 59-96.*

CAMPIONE, R.

- “Los procesos de globalización y la migración transnacional”, en P. LINERA (Coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 263-279.

CANO PAÑOS, M. A.

- “De la trata de seres humanos”, en L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 413-432.

CASTELAR Y RIPOLL, E.

- *La abolición de la esclavitud*, Linkgua, Barcelona, 2007.

CASTRO RODRÍGUEZ, M. C.

- “La trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo”, *Documentos de trabajo social: Revistas de trabajo y acción social*, 2012, pp. 447-457.

CEAR-EUSKADI

- *Persecución por motivos de género y derecho de asilo: del contexto global al compromiso local*, CEAR, Bilbao, 2009.

CHUANG, J.

- “Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, pp. 136-163.

CLARKE, L.

- “Behind Closed Doors: Trafficking into Domestic Servitude in Singapore”, *The Equal Rights Review*, 2013.

COLOMBO, M. L. & MÁNGANO, M. A.

- “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, 2007, pp. 10-23.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.

- “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la Constitución: su tutela penal”, *Diario La Ley*, 1996, pp. 1668-1670.
- *Código Penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2005.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.

- “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, *Cuadernos de Derechos Judicial*, 2003, pp. 281-331.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, RODRÍGUEZ PADRÓN, C.

- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, 20 de noviembre de 2008.

CORRÊA DA SILVA, W.

- “¡Que se rompan los grilletes! La cooperación internacional para la protección de los derechos de las víctimas de trata de personas desde el Consejo de Europa”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2014, pp. 221-269.

CUEVA PUENTE, M. C.

- *La relación laboral especial de los empleados del hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005

CUGAT MAURI, M.

- “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (art. 177 bis, 313, 318 bis)”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Zizur Menor, 2010, pp. 157-164.

D’ALESSIO A. J. & DIVITO M.

- *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, artículos 79 a 306*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

DANDURAND, Y.

- “Human Trafficking for Domestic Servitude. Patterns of Deception and Coercion and their Impact on Victims”, *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, 2014, pp. 1-18.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A.

- *El delito de Trata de Seres Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/M. C. GORJÓN BARRANCO/J. FERNÁNDEZ GARCÍA (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, pp. 121-137.
- *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Madrid, 2010.

DAZA BONACHIELA, M. M.

- “Prostitución, tráfico y trata de mujeres con fines de explotación sexual: violencia de género”, *X Jornadas de Formación para profesionales sobre Violencia de Género*, 2013, pp. 1-42.

DE ESTEBAN, J. & GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.

- *Curso de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M.

- “Sobre la asistencia a víctimas de delitos más allá del Estatuto de la víctima”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2019, pp. 403-455.
- “Persona, dignidad y derecho penal”, en A. NIETO MARTÍN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, Volumen I*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 209-228.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.

- *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lejnik, Santiago de Chile, 2017.
- “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en M. RICHARD GONZÁLEZ/I. RIAÑO BRUN/M. POELEMANS (coords.), *Estudio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranazdi, Zizur Menor, 2013, pp. 23-75.

- “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, 2013, pp. págs. 55-114.
- “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, pp. 45-78.
- “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1998, pp. 39-116.

DE LA VILLA GIL, L. E.

- *La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en Las relaciones especiales de trabajo*, n.º monográfico, Documentación laboral, 1986.

DE LEÓN VILLALBA, F. J

- “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en I. CASANUEVA SANZ/J. A. PUEYO RODERO, *Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos Penales José María Lidón*, Deusto, Bilbao, 2009, pp. 125-150.
- *El tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE NIEVES NIETO, N.

- *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.

- “Artículo 177 bis”, en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, pp. 463-478.
- *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DEFENSOR DEL PUEBLO

- *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles. Anexo normativo*, Madrid, 2012.

DELGADO SANCHO, C. D.

- “La trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2017 parte legislación, 2017, pp. 253-271.

DÍAZ BARRADO, C. M.

- “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, pp. 461-498.

DÍAZ MORGADO, C. V.

- *El delito de Trata de Seres Humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014.

DÍEZ REVILLA, D. M.

- “La mendicidad infantil”, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, 2009, pp. 8-9.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.

- “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en J. L. DÍEZ RIPOLLÉS (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Colección Estudios de Derecho Judicial, 1999, pp. 69-102.
- “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *JD*, 1997, pp. 10-19.
- “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de política criminal*, 1986, pp. 603-660.

DÍAZ PITA, M. M.

- “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1997, pp. 25-102.

DÍEZ-PICAZO, L. M.

- *Sistema de Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Zizur Menor, 2008.

DITMORE, M. & WIJERS, M.

- “The negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons”, *Nemesis*, 2003, pp. 79-88.

DOMESTIC SERVITUDE | ENSLAVEMENT OF LIVE-IN HELP – END
SLAVERY NOW

- “*Domestic Servitude / Enslavement of Live-in Help – End Slavery Now*. N.p., n.d. Web. 16 Sept. 2016.

DRAGHICI, C.

- “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 4: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en C. ZANGHI (ed.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El tribunal europeo y la Corte interamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 291-320.

EDUARDS, A.

- “Traffic in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor”, *Denver Journal of International Law & Policy*, 2007, pp. 9-53.

EHRENREICH, B. & HOCHSCHILD, R.

- *Global Woman: Nannies, maids and sex workers in the new economy*, Henry Holt and Company, New York, 2003.

EKBERG, G.

- “The Swedish Law that prohibits the purchase of sexual services best practices for prevention of prostitution and trafficking in human beings”, *Violence Against Women*, 2004, pp. 1187–1218.

ELIZONDO, D.

- “La protección internacional de los refugiados: retos del alto comisionado de las naciones unidas para los refugiados en las crisis humanitarias actuales”, en N. CAMPS MIRABET (coord.), *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Universitat de Lleida, Lleida, 2005, pp. 85-108.

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.

- *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

ESCOBAR NOGALES, A., GIL PASCUAL, P., QUINTANA CANTERO, L., FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, R., RUGAMAS RIVAS, S. & ROCO SANFILIPPO, J.

- *Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral*, Mundubat, Bilbao, 2018.

ESTERCI, N.

- *Escravos da desigualdade: Um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje*, CEDI/KOINOMIA, Rio de Janeiro, 1994.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

- *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' obligations and victims' rights*, 2015.

EUROPOL

- *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*, 2016.

FARIÑAS DULCE, M. J.

- *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000.

FEINBERG, J.

- *The Moral Limits of Criminal Law Volume 4: Harmless Wronging*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

FEINGOLD, D. A.

- "Thing Again: Human Trafficking", *Foreign policy*, 2005, pp. 26-32.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.

- "La declaración de 1948: dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo", *Cuadernos de derecho judicial*, 1998, pp. 225-250.

FERNÁNDEZ OLALLA, P.

- "La colaboración de las víctimas en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, 247-259.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.

- “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 1996, pp. 11-45.

FERREIRO BAAMONDE, X.

- *La víctima en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Donostia, 2005, p. 528.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- *Memoria 2017*, Madrid, 2018.
- *Memoria 2016*, Madrid, 2017.
- *Memoria 2015*, Madrid, 2016.
- Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Circular 2/2006, de 27 de julio.

FISCHER, H.

- “The Suppression of Slavery in International Law-II”, en *The International Law Quarterly*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, pp. 503-522.

FOLLMAR-OTTO, P. & RABE H.

- *Human trafficking in Germany. Strengthening Victim's Human Rights*, German Institute for Human Rights, Berlin, 2009.

FUNDACIÓN SURT

- *Fronteras difusas, víctimas invisibles: aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*, Barcelona, 2015.

GALLAGHER, A. T.

- "The International legal definition of "Trafficking in Persons": scope and application", en P. KOTISWARAN (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 83-111.
- *The international law of human trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- "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/M. P. SCARF (eds.), *The theory and practice of international criminal law: essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 397-430.
- "Recent Legal Developments in the Field of Human trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", 8 *European Journal of Migration and Law*, 2006, pp. 163-189.

GALLAGHER, A., ROBINSON, M., BOURKE-MARTINGNY, J.

- *Consideration of the issue of trafficking, Background paper*, Advisory Council of Jurists, New Delhi, India, 2002.

GARCÍA ARÁN, M.

- “Esclavitud y tráfico de personas”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/M. GURDIEL SIERRA/E. CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 355-378
- “La protección penal de la integridad moral”, en J. L. DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, pp. 1241-1258.
- *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

GARCÍA SANTALLA, J.

- “Asistencia a las víctimas de trata de seres humanos desde la perspectiva policial”, en A. FIGUERUELO BURRIEZA, M. DEL POZO PÉREZ/M. LEÓN ALONSO (Dirs.), A. GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 91-106.

GARCÍA SEDANO, T.

- *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, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, 2017.

- “¿Sería subsumible el delito de trata de seres humanos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre? *La Ley Digital*, 2016, pp. 1-13.
- “La reforma del Código Penal español motivada por la transposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2013, pp. 118-142.
- “El tipo de trata de seres humanos”, *La Ley Digital*, 2014, Pp. 1-17.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.

- *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

GARMENDIA LARRAÑAGA, J.,

- *El criado o morroi: visión etno-histórica*, Eusko Ikaskuntza-Sociedad de estudios vascos-Societe d'etudes Basques, Donostia, 2007.

GARRIDO FALLA, F.

- *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

GASCÓN ABELLÁN, M.

- “Nosotros y los otros: el desafío de la emigración”, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, 2001, pp. 57-68.

GERINIMI, E.

- *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, OIT, Ginebra, 2002.

GIDDENS, A.

- *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, México, 2000.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.

- “La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: Factores explicativos y características”, *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, 2016, pp. 36-51.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. & REQUENA ESPADA L.

- “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 04:01-04:25.

GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFIC IN WOMEN

- *Más allá de las fronteras: explorando los enlaces entre trata, globalización y seguridad*, GAATW, Bangkok, 2010.

GOIZUETA VÉRTIZ, J.

- “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*, 2019, pp. 77-91.

GÓMEZ COLOMER, J. L.

- *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Aranzadi, Zizur Menor 2014.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.

- “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en M BALADO RUIZ-GALLEGOS, J. A. GARCÍA REGUEIRO/M. J. DE LA FUENTE Y DE LA CALLE (Coords.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, 1998, pp. 401-410.

GORDOLAN, L. & LALANI M.

- *Care and Immigration: migrant care workers in private households*, Kalayaan justice for migrant domestic workers, 2009.

GRACIA MARTÍN, L.

- “El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996, pp. 577-596.

GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings),

- *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation*, 2018.
- Fourth general Report on GRETA’s Activities, 2014.
- *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, Council of Europe, Strasbourg, 2013.
- Opinion on reflection period and residence permit for victims of trafficking in human beings, 18 may 2004.

GROMEK-BROC, K.

- “EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nova et Vetera*, 2011, pp. 227-238.

GUARDIOLA LAGO M. J.

- *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi, Zizur, 2007.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.

- “Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 7, 2015, pp. 1-15.

HAIRABEDIÁN, M.

- *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

HARDISON WALTERS, J. L., LUTNICK, A., MILLER, S. & KLUCKMAN, M.

- “Services to domestic minor victims of sex trafficking: opportunities for engagement and support”, *Children and Youth Services Review*, 2015, pp. 1-7.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.

- *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual*, en P. LAURENZO COPELLO (Coord.) *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 237-254.

HICKEY, R.

- “Seeking to Understand the Definition of Slavery”, en JEAN ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: from the historical to the contemporary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 220-241.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.

- *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido en la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.

HURTADO ADRIÁN, A.

- “Emigración ilegal”, en C. ALBA FIGUERO (Coord.), A. JUANES PECES (Dir.), *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2011, pp. 279-288.

HUYSMANS, J.

- “The European Union and the securitization of migration”, *Journal of Common Market Studies*, 2000, pp. 751-777.

IBAÑEZ PEINADO, J.

- *Psicología e investigación criminal: la delincuencia especial*, Dykinson, Madrid, 2012.

IGLESIAS SKULJ, A.

- “De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP”, en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), A. MATALLÍN EVANGELIO, E. GÓRRIZ ROYO (Coords.), *Comentarios a la reforma el Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 593-601.
- *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2013.

JAC-KUCHARSKI, A.

- *The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study*, Blackwell Publishing, Oxford, 2012.

JOKINEN, A., OLLUZ, N. & MINNA, V.

- “Work on Any Terms: Trafficking for Forced Labour and Exploitation of Migrant Workers in Finland”, en A. JOKINEN/N. OLLUS/K. AROMA (Eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia*, HEUNI, Helsinki, 2011, pp. 31-164.

JUANES PECES, A. J.

- *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010.

KASK, M. & MARKINA, A.

- “Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Estonia”, en A. JOKINEN/K. AROMAA (Eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia*, HEUNI Publications, Helsinki, 2011, pp. 246-311.

KAYE, M.

- *The migration-trafficking nexus. Combating trafficking through the protection of migrants’ human rights*, Anti-slavery, 2003.

LACEY, N.

- “Feminist Legal Theories and the Rights of Women”, en K. KNOP (Ed.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law Goals and Means in the Regulation of Work*, Oxford, Hart, 2006, pp. 13-55.

LAFONT NICUESA, L.

- “Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN & M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, pp. 137-217.

LAMELAS CASTELLANOS, N.

- “Inmigración y feminización del servicio doméstico español”, en A. J. LÓPEZ DÍAZ/ A. GONZÁLEZ PENÍN/ E. AGUAYO LORENZO (eds.), *II Xornada Universitaria Galega en Xénero*,

XUGeX: roles de xénero nun mundo globalizado, Universidade da Coruña, 2014, pp. 345-352.

LARA AGUADO, A.

- “Protección de extranjeros especialmente vulnerables”, *Actas del I Congreso internacional sobre migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 883-890.

LARA PALACIOS, M. A.

- “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, *Revista internacional de pensamiento político*, 2014, pp. 399-423.

LAURENZO COPELLO, P., POMARES CINTAS, E., PÉREZ ALONSO, E. & RODRÍGUEZ MESA, M. J.

- “Inmigración clandestina”, *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), J. GOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 863-886.

LBIL, E. & MANTOUVALOU, V.

- “The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light”, *Industrial Law Journal*, 2012, pp. 67-78.

LENZERINI, F.

- “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: which gaps are to be filled?”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 2009, pp. 205-238.

LEÓN, M.

- “Migration and care work in Spain: the domestic sector revisited”, *Social Policy and Society*, nº3, 2010, pp. 3-8.

LINARES SEGUÍ, B.

- “La globalización y su repercusión en el empleo”, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 2001, pp. 107-126.

LÓPEZ GANDÍA, J. & TOSCANI GIMÉNEZ, D.

- *Los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, Albacete, 2006.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.

- *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Zizur Mayor, 2016.

LÓPEZ-SALA, A.

- “La trata de personas: ¿su abordaje como un nuevo problema de seguridad internacional?”, en M. REQUENA/DÍEZ DE REVENGA (Coord.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a las nuevas*

amenazas, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2011, pp. 59-78.

LUCEA SÁENZ, A.

- *Erradicar la trata de personas. Una cuestión de Derechos Humanos*, Sepin, Madrid, 2017.

LLORIA GARCÍA, P.

- “Trata de seres humanos”, en F. J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho penal. Parte especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 329-352.
- “Lección XI. Trata de seres humanos”, en J. BOIX REIG (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 293-314.

MALINVERNI, G.

- “Article 4”, en PETTITI, L., DECAUX, E., IMBERT, P. (Dir.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, París, 1995, pp. 177-188.

MANTOUVALOU, V.

- “Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labour”, *UCL Labour Rights Institute On-Line working Papers*, 2012, pp.1-24.

MAPELLI CAFFARENA, B.

- “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, pp. 25-62.

MAQUEDA ABREU, M. L.

- “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?”, en J. M. SUÁREZ LÓPEZ, J. BARQUÍN SANZ, I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, M. J. JIMÉNEZ DÍAZ, J. E. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (Coords.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, pp. 1251-1264.
- *Tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, Granada, 1988.

MARAVÉR GÓMEZ, M.

- “Trata de seres humanos”, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 1011-1027.
- “Trata de seres humanos”, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento penal 2016*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, pp. 944-958.

- “La trata de seres humanos”, en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por las Lo 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011, pp. 311-334.
- “Trata de seres humanos”, en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 1011-1027.

MARKS, S.

- “Exploitation as an International Legal Concept”, en S. MARKS (Ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 281-307.

MARTÍN ANCÍN, F.

- *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2017.

MARTÍN MORALES, R.

- “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, Valencia, 2017, pp. 281-306.

MARTÍNEZ BUJÁN, R.

- “¡El trabajo doméstico cuenta! Características y transformaciones del servicio doméstico en España”, *Migraciones* 36, 2014, pp. 270-305.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.

- “Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros”, *XXIX Jornadas de estudio: Derecho, inmigración e integración*, Abogacía del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 215-233.

MARTOS NÚÑEZ, J. A.

- “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 97-130.

MARX, K.

- *Teorías de la Plusvalía*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1980.

MASIKA, R.

- *Gender, Trafficking and Slavery*, Oxfam, Philadelphia, 2002.

MAYORDOMO RODRIGO, V.

- “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en M. RICHARD

GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN& M. POELEMANS (Coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, pp. 77-106.

- “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudio Penales y Criminológicos*, 2011, pp. 325-390.

MICOLTA LEÓN, A.

- “Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales”, *Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia*, 2005, pp. 59-79.

MILANO, V.

- “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016.

MILLER, T. A.

- “Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th”, *Boston College Third World Law Journal*, 2005, pp. 81-124.

MIÑAMBRES PUIG, C.

- “El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar”, *Civitas. Revista española de derechos del trabajo*, 2013, pp. 111-133.

MIR PUIG, S.

- *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2º edición, IBdef, Buenos Aires, 2003.
- “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al Ius Puniendi”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1989-1990, pp. 203-216.

MORÓN LERMA, E., GARCÍA ARÁN, M. & JIMÉNEZ VILLAREJO, C.

- “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en M. GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 197-255.

MOYA GUILLEM, C.

- “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política Criminal*, 2016, pp. 521-547.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I.

- “Derecho Penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, en G. PORTILLA CONTRERAS (Coord.),

Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales, Akal, Madrid, 2005, pp. 181-204.

MUÑOZ AUNIÓN, A.

- “El trabajo doméstico, ¿último eslabón en la cadena de los derechos humanos de los trabajadores? Su regulación en el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 20, No. 1, 2014, pp. 5-15.

MUÑOZ CONDE, F.

- *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal”, en G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, pp. 561-574.

MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M.

- *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CUESTA, F. J.

- “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018, 2018, pp. 13-18.

NAVARRO CARDOSO, F.

- *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.

- “¿Es Qatar un estado esclavista?”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), P. MERCADO PACHECO/S. OLARTE ENCABO/A. LARA AGUADO/I. RAMOS TAPIA/E. POMARES CINTAS/P. ESQUINARS VALVERDE (Coords.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 117-145.

NIETO GARCÍA, J. A.

- “Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”, *La Ley*, 2012.

NOGUEIRA DOMÍNGUEZ, J. & ZALAKAIN HERNÁNDEZ, J.

- *La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadoras en servicios domésticos y de cuidado en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, Emakunde. Emakumearen Euskal Erakundea-Instituto Vasco de la Mujer, 2015, p. 47.

NUÑO GÓMEZ, L.

- “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 2017, pp. 159-187.

OHCHR

- OHCHR /Council of Europe Panel Discussion: combating trafficking in human beings-a European convention?, Geneva, 9 April 2002.
- *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002.

OLAIZOLA NOGALES, I.

- “A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas”, en J.G. FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 459-490.

OLIVA OTÁLORA, V.

- “Capítulo 9: la trata de seres humanos y la protección de las víctimas en materia laboral”, en F. M. FERRANDO GARCÍA/ E. BAS PEÑA (Dirs.), A. MEGÍAS BAS/M. E. FERRE JAÉN (Coords.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p. 202, pp.197-206.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

- COOMARASWAMY, R., *Informe con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la inmigración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de*

conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, 2000.

- *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Naciones Unidas, Nueva York, 2008.*
- *Informe del Grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas a la Esclavitud, New York & Ginebra, 2002.*
- ECOSOC (Ad Hoc Committee on Slavery), “The Suppression of Slavery, Memorandum submitted by the Secretary-General”, UN Doc ST/SOA/4, United Nations Publications Sales No 1951.XIV.2, 1951.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT/ILO)

- *Global Estimates of Modern Slavery, ILO, Geneva, 2017*
- *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection, 2013.*
- *Global estimate of forced labour, 2012.*
- *Decent work for domestic workers. Report IV (1), International Labour Conference, 99th Session, 2010, ILO, Geneva, 2010.*
- *El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.^a reunión, Ginebra, 2009.*
- *Un trabajo decente para los trabajadores domésticos, 2007.*
- *Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2005, 2005.*

- Una Alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del trabajo, 93.a reunión, 2005, Informe I (B)
- *Unbearable to the Human Hearth-Child Trafficking and Actions to Eliminate It*, International Programme on the Elimination of Child labour, Geneva, 2002.
- Informe del Director General Alto al Trabajo Forzoso [Informe global/ I (B)]: Con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 89ª reunión, 2001.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO EN EUROPA

- *Perspectivas de la Migración*, París, 2013.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM)

- *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos*, 2012.
- OIM, *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y derechos*, 2007.

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE)

- *How to prevent human trafficking for domestic servitude in diplomatic households and protect private domestic workers*, Vienna, 2014
- *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, OSCE, Vienna, 2010
- *Guide on Gender-Sensitive Labour Migration Policies*, 2009
- Ministerial Council, *Decision No. 5/08 Enhancing Criminal Justice Responses to Trafficking in Human Beings through Comprehensive Approach*, Helsinki, 2008.
- *Declaración sobre la Trata de Personas*, Oporto, 2002.

OTERO PARGA, M.

- “El valor dignidad”, *Dereito*, 2003, pp. 115-151.

PALMA HERRERA, J. M.

- “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, en L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 375-411.

PARA WESTERLINDH, C.

- “Inmigración ilegal de personas. Problemas de aplicación del artículo 313.1 y el nuevo artículo 318 bis CP”, *La Ley Penal*.

Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2005, pp. 65-85.

PARELLA, S., & PETROFF, A.

- “Migración y retorno en España: salidas de inmigrantes y programas de retorno en un contexto de crisis”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2014, pp. 61-88.

PATTERSON, O.

- *La libertad. La libertad en la construcción de la cultura occidental*, Chile, 1993.
- *Slavery and Social Death*, Harvard University Press, Harvard, 1982.

PÉREZ ALONSO, E.

- “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, Valencia, 2017, pp. 333-367.
- “La trata de seres humanos en el derecho penal español”, en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Zizur Menor, 2013, pp. 93-112.
- “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUÍZ SUTIL (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines*

de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, pp. 357-385.

- *Tráfico de persona e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PÉREZ CEPEDA, A. I.

- *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de inmigración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004.
- “Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 2002, pp. 109-134.

PÉREZ INFANTE, J. I.

- “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, pp. 41-97.

PÉREZ MACHÍO, A. I.

- “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, pp. 371-446.

- “La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en L. M. PUENTE ABA/M. ZAPICO BARBEITO/L. RODRÍGUEZ MORO (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, 2008, pp. 293-338.
- *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003.

PÉREZ MANZANO, M.

- “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *Revista La Ley, Relaciones Laborales*, 1997, pp. 70-307.

PERIS RIERA, J. M. & GARCÍA GONZÁLEZ, J.

- “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”, en I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR/L. MORILLAS CUEVA/L. PERIS RIERA (Dirs.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 93-105.

POLAINO NAVARRETE, M.

- “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura: sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *Revista del poder judicial*, 2003, pp. 59-88.

- *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

POMARES CINTAS, E.

- *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 15:1-15:31
- “Trata de personas”, en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA/A. VENTURA PÜSCHEL (Coord.), G. QUINTERO OLIVARES/J. C. CARBONELL MATEU/F. MORALES PRATS/N. GARCÍA RIVAS/F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dirs.), *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131-143.

PROUDHON, P. J.

- *¿Qué es la propiedad? (traducido por Rafael García Ormaechea)*, Orbis, Barcelona, 1985.

PUENTE ABA, L. & IGLESIAS SKULJ, A.

- “The Spanish Action Plan Against Trafficking in Women: Policies and Outcomes (2008-2011)”, *The illegal Business of Human Trafficking*, Ed. Maria Joao Guia, Coimbra, 2015, pp. 71-86.

PUERTA VÍLCHEZ, J. M.

- “Víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual: protección desde la normativa de extranjería”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUIZ SUTIL (Coord.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual*, 2015, pp. 211-220.

PUJAN LLOMBART, M. & GARCÍA-DAUDER, S.

- “Desigualdades de género en “tiempos de igualdad”. Aproximaciones desde dentro y fuera de la/s psicología/s”, *Quaderns de Psicologia*, 2010, pp. 7-20.

PYLE, J. L., WARD, K. B.

- “Recasting our Understanding of Gender and Work during Global Restructuring”, *International Sociology*, 2003, pp. 461-489.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J.

- *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUESADA SEGURA, R.

- “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n. 189 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011.

- “Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, *Tribunal social: Revista de seguridad social y laboral*, 2008, pp. 39-47.
- “El trabajo au pair: entre la laboralidad y la tutela extralaboral”, en (CRUZ VILLALÓN, J. coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 315-334.

QUINTERO OLIVARES, G.

- *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016.
- *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011.
- *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Zizur Menor, 2005.

QUIRK, J.

- “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly*, 2006, pp. 565-598.

REQUEJO NAVEROS, M. T.

- “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en R. ALCÁCER GUIRAO/M. MARTÍN LORENZO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La*

trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 19-56.

REQUENA ESPADA L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. & DE JUAN ESPINOSA, M.

- “La trata de personas para su explotación laboral: análisis de la situación en España”, *Boletín Criminológico. Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, 2009, pp. 1-4.

RITTICH, K.

- “Representing, counting, valuing: managing definitional uncertainty in the law of trafficking”, *Revisiting the law and Governance of trafficking, forced labor and modern slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp 238-270.

RODRÍGUEZ, T.

- “Trabajo productivo y trabajo improductivo”, *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1989, pp. 489-504.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.

- “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, pp. 43-78.

RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.

- “La contratación irregular de los empleados del servicio del hogar familiar”, *Lex Social*, 2019, pp. 172-197.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.

- “Trata de personas”, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 71-88.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.

- *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, S.

- “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 42/2016 *parte Estudios*, 2016, pp. 151-169.

RODRÍGUEZ MESA, M. J.

- *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ PIZARRO, G., COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
GRUPOS ESPECÍFICOS E INDIVIDUOS TRABAJADORES
MIGRANTES

- *Informe presentado por la Relatora Especial de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos. La visión que los migrantes tienen de España y Europa como un paraíso de oportunidades*, 2004.

ROMEO CASABONA, C. M.

- “Xenotrasplante ¿alternativa de futuro?”, *Revista de la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica*, 2002, pp. 18-26.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J.

- “El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados del hogar”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6 N°7, 2013, pp. 57-91.

ROMERO MIRET, P.

- *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016.

ROTH, V.

- *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2012.

ROXIN, C.

- “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, pp. 1-27.
- *Derecho Penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por D. M. LUZÓN PEÑA/M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/J. DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997.

RUANO ALBERTOS, S.

- *El régimen jurídico de los empleados del hogar*, Atelier, Madrid, 2013.

RUBIO LARA, P. A.

- “El delito de trata de seres humanos en el derecho español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, pp. 207-250.

RUIZ LÓPEZ, C.

- “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, *La Ley Penal*, 2017.

RUIZ SUTIL, C.

- “El asilo como primer nivel de protección de la víctima de trata de seres humanos frente a su configuración como vía

alternativa en el Derecho de Extranjería”, en A. FIGUERUELO BURRIEZA/M. DEL POZO PÉREZ /M. LEÓN ALONSO (Dirs.), A. GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 261-299.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J.

- “Comentario al artículo 10”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978, Tomo II*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 39-107.

SAMARASINGUE, V.

- “Confronting Globalization in Anti-Trafficking Strategies in Asia”, *The Brown Journal of World Affairs*, 2003, pp. 91-104.

SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.

- “Trata de seres humanos y trabajos forzados”, *Revista Penal*, 2019, pp. 172-193.

SÁNCHEZ-COSIVA VILLA, J.

- “El delito de trata de seres humanos análisis del artículo 177 bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2016, pp. 36-51.

SANTA RITA TAMÉS, G.

- “Los modelos de imputación en el delito de trata de seres humanos y su vínculo con el terrorismo organizado:

tipificación problemática”, *Revista da Direitos e Garantias Fundamentais*, 2016, pp. 135-170.

SANTANA RAMOS, E. M.

- “La globalización ante el fenómeno de la trata de seres humanos”, en R. MIRANDA GONÇALVES/ F. DA SILVA VEIGA (Dir.), *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*, 2017, pp. 423-446.

SANTANA VEGA, D. M.

- “Artículo 177 bis del Código penal”, en J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 192-205.
- “Título VII BIS. De la Trata de Seres Humanos”, en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dir.), J. S. VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 652-664.
- “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6), *Cuadernos de política criminal*, 2011, pp. 79-108.
- “La directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, 2011, pp. 211-226.

SARASOLA GORRITI, S.

- “Prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Aranzadi, Zizur Menor, 2009, pp. 81-96.

SASSEN, S.

- “Women’s Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival”, *Nordic Journal of International Law*, 2000, pp. 255-274.

SCARPA, S.

- *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

SCHABAS W.A.

- *Nowaks CCPR Commentary: U.N. International Covenant on Civil and Political Rights, 3rd ed*, N.P. Engel Verlag, Germany, 2019.

SCHLOENHARDT, A. & JOLLY, J.

- “Honeymoon from hell: human trafficking and domestic servitude in Australia”, *Sydney Law Review*, 2010, pp. 671-692.

SEBASTIÁN LUCIANO, D.

- *Trata de personas y otros delitos relacionados*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A. V.

- “El delito laboral (art. 311.1º CP) y la STS 247/2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2017, 2017, pp. 13-24.

SEO-YOUNG, C.

- “Modeling for Determinants of Human Trafficking”, *Economics of Security Working Paper*, 2012, pp. 1-38.

SERRANO GÓMEZ, A. & SERRANO MAÍLLO, A.

- *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

SHAMIR, H.

- “A labor paradigm for human trafficking”, *UCLA Law Review*, 2012, pp. 76–137.

SHEARER DEMIR, J.

- “Trafficking of Women for Sexual Exploitation. A Gender Based well-founded fear”, *Journal of Humanitarian Assistance*, 2003, pp. 1-73.

SMIT, M.

- “Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands”, *Trends Organized Crime*, 2011, pp. 184-197.

SOBRINO HEREDIA, J. M.

- “Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en A. MANGAS MARTÍN (Dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (Coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 178-191.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.

- “Dignidad de la persona”, *Enciclopedia jurídica básica*, Cívitas, Madrid, 1995.

SOTUCA PLAZA, A.

- “Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la identificación de víctimas de trata de seres humanos (especialmente con fines de explotación sexual)”, en A. LARA AGUADO (Dir.), A. LARA AGUADO/R. RUEDA VALDIVIA/C. RUIZ SUTIL (Coords.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual*, 2015, pp. 129-142.

STAMPA BRAUN, J. M.

- *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953.

STANOJOSKA, A.

- *Theory of Push and Pull Factors: A new Way of Explaining The Old*, Skopje, Faculty of Security, Macedonia, 2012.

STOYANOVA, V.

- *Human trafficking and slavery reconsidered*, Cambridge University press, Cambridge, 2017.
- “The crisis of a definition: Human trafficking in Bulgarian Law”, *Amsterdam Law Forum*, 5(1), 2013, pp. 64-79.

SURTEES, R.

- *IOM Global Database thematic research series: Trafficking of men-a trend less considered The case of Belarus and Ukraine*, IOM, Vienna, 2008, p. 20.

TAMARIT SUMALLA, J. M.

- “Problemática derivada de la liberación de la prostitución voluntaria entre adultos en el Código Penal de 1995”, F. MORALES PRATS/G. QUINTERO OLIVARES (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Zizur Menor, 2001, pp. 1821-1847.

TARAN, P. A.

- “Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade, *International Migration*, 2001, pp. 7-51.

TERRADILLOS BASOCO, J. M.

- “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 207-218.
- “Sistema Penal e inmigración”, *Serta. In Memoriam Alexandri Barata*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1463-1483.
- “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *RFDUC*, 1981, pp. 123-149.

UNODC (OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO)

- *Global report on trafficking in persons*, New York, 2018
- *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, 2010.
- *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010.

VALENCIANO SAL, A.

- “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, *Revista de información laboral*, 2012, pp. 9-22.

VALLDECABRES ORTIZ, I.

- “El proyecto de reforma del Código Penal”, *Estudios de derecho judicial*, 2007, pp. 141-155.

VALVERDE CANO, A. B.

- “Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, *Estudios de Deusto*, 2019, pp. 15-29.
- *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, Madrid, 2017.

VAN DER LEUN, J. & VAN SHIJNDEL, A.

- “Emerging from the shadows or pushed into the dark? The relation between the combat against trafficking in human beings and migration control”, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 2016, pp. 26-42.

VAN DIJK, P. & VAN HOOFF, G.J.H.

- *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1998.

VAN SCHENDEL, W., LYONS, L. & FORD, M.

- *Labour migration and human trafficking in Southeast Asia: Critical perspectives*, Routledge, London, 2012.

VAZ CABBRAL, G.

- *Les formes contemporaines de d'esclavage dans six país de l'Union Européenne-Autriche, Belgique, Espagne, Grande-Bretagne, Italie*, Études Recherches, IHESI, 2002.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.

- *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2015, pp. 328-334.

VELA DÍAZ, R.

- “De la Ley 27/2011 al RD-Ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2013, pp. 125-150.
- *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012.

VENTAS SASTRE, R.

- “Delito de amenazas, coacciones y realización arbitraria del propio derecho: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección décimo-séptima), de 14 de julio de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 25/2009, Aranzadi, Zizur Menor, 2009, pp. 301-307.

VILLACAMPA ESTIARTE

- “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Aranzadi, Zizur Menor, 2015, pp. 399-419.
- “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, 2015.
- “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2014, pp. 1-31.
- “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derechos Penal y Criminología*, 2013, pp. 293-342.
- “El delito de trata de seres humanos en el Código penal español”, en A. LARA AGUADO (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Aranzadi, Zizur Menor, 2012, pp. 387-414.
- “La trata de seres humanos para la explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución”, en C. VILLACAMPA ESTIARTE/J. R. BARBERÀ GOMIS (Coord.),

Prostitución: ¿hacia la legalización?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 215-266.

- “Trata de seres humanos y delincuencia organizada”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, pp. 1-35.
- “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 14:1-14:52.
- *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Zizur Menor, 2011.
- “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010, pp. 819-865.

VILLAHOZ RODRÍGUEZ, J.

- “Capítulo 1: asistencia y protección a las víctimas de trata: marco legal”, en F. M. FERRANDO GARCÍA/ E. BAS PEÑA (Dirs.), A. MEGÍAS BAS/M. E. FERRE JAÉN (Coords.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p- 39, pp. 25-45.

WEISSBRODT, D. & LIGA CONTRA LA ESCLAVITUD

- *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002

WERTHEIMER, A.

- “Remarks on Coercion and Exploitation”, *Denver University Law Review*, 74 (4), 2003, pp. 889-906.
- *Exploitation*, Princeton University Press, 1996.

WYLIE, G.

- *The International Politics of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2016.

YIWUMI FAISON, V.

- *Protecting Victims Within Legal Responses to Trafficking in Women for Sexual Exploitation in the European Union*, Verlag Dr. Kovac GmbH, Hamburg, 2017.

ZIMMERMAN, C., YUN, K., SHVAB, I., WATTS, C., TRAPPOLIN, L., TREPPETE, M., BIMBI, F., ADAMS, B., JIRAPORN, S., BECI, L., ALBRECHT, M., BINDEL, J. & REGAN, L.

- *The health risks and consequences of trafficking in women and adolescents. Findings from a European study*, London School of Hygiene & Tropical Medicine, London, 2003.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.

- “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2018, pp. 361-408.

