

ESTUDIOS

¿ES NECESARIO UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL NUEVO PARA ERRADICAR LAS PRÁCTICAS DE SOMETIMIENTO FORZOSO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO?

Esther Pomares Cintas*

Universidad de Jaén

epomares@ujaen.es

Sumario:

I. LA AGENDA POLÍTICA INTERNACIONAL Y REGIONAL EUROPEA SOBRE LA TRATA DE PERSONAS HA FRACASADO; 1.1. De la “*trata de esclavos*” a la indefinición de la “*trata de personas*”; 1.2. La era del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y las repercusiones de la pandemia Covid-19; 1.3. Un punto de inflexión: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 17 de julio de 2020. II. LA NECESIDAD DE UN MODELO DE INCRIMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE SOMETIMIENTO FORZADO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO. ANEXO DOCUMENTAL.

81

* Prof^a Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén (España). Coordinadora de la Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos (AUIP, Universidad de Granada). Este trabajo se enmarca en los Proyectos de investigación “*Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal*” (P18-RT-2253P), Universidad de Granada; *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica* (PID2019-107974RB-I00), financiado por el MCIN, Universidad de Cantabria.

RESUMEN

Ni el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de 15 de noviembre de 2000, ni la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, han sido herramientas para erradicar las prácticas de sometimiento forzado a explotación. Sus objetivos miran para otro lado: la contención de desplazamientos migratorios de sectores empobrecidos y no cualificados. El Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020, marca un necesario punto de inflexión. Ante el reconocimiento de que la explotación humana es “sistémica”, hay que abordar la problemática de la Trata desde otra perspectiva, la que brinda el Derecho internacional de los derechos humanos. Realmente, la intervención del derecho penal en esta esfera es la punta del iceberg. Porque la obligación de incriminar y perseguir la explotación humana más extrema implica incluir, indefectiblemente, y ante todo, la de neutralizar los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna. Es decir, conlleva el compromiso de integrar elementos de *justicia social*. Ésa es la mejor prevención.

Palabras clave:

La agenda política de la trata de personas, Formas más severas de explotación humana, Incriminación del sometimiento a esclavitud o prácticas análogas, Justicia social.

ABSTRACT

IS A NEW INTERNATIONAL INSTRUMENT NECESSARY TO ERADICATE PRACTICES OF FORCED SUBJECTION TO EXPLOITATION OF HUMAN BEINGS?

Neither the Palermo Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, of 15 November 2000, nor Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council, of 5 April 2011, have been tools for eradicating practices of forced submission to exploitation. Its objectives look the other way: the containment of migratory movements of impoverished. The report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, Maria Grazia Giammarinaro, of 17 July 2020, marks a necessary turning point. Given the recognition that human exploitation is “systemic”, the problem must be addressed from another perspective, that provided by international human rights law. Indeed, criminal law intervention in this area is the « tip of the iceberg ». Because the obligation to incriminate and persecute the most extreme human exploitation implies, unfailingly, and above all, the obligation to neutralize the factors that contribute to creating human quarries of modern slavery. That is, it entails a commitment to integrate elements of *social justice*. That is the best prevention.

Key Words:

The political agenda on trafficking in persons, Extreme forms of human exploitation, Incrimination of submission to slavery or similar practices, Social Justice.

I. LA AGENDA POLÍTICA INTERNACIONAL Y REGIONAL EUROPEA SOBRE LA TRATA DE PERSONAS HA FRACASADO.

1.1. De la “trata de esclavos” a la indefinición de la “trata de personas”.

Llama la atención que la noción internacional de la *Trata de esclavos*, cuya prohibición legal se hace efectiva a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 8)¹, haya sido, sin embargo, actualizada de la mano de instrumentos convencionales ajenos a la naturaleza de los tratados de derechos humanos, que la han concebido como herramienta vinculada a objetivos políticos². Así ha procedido la ONU que, esta vez bajo la voz *Trata de personas*, ha articulado el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo 2000, en adelante), hermanándolo con el relativo al tráfico ilícito de inmigrantes, de la misma fecha, en aras de una misma pretensión: formalmente, la represión de la *criminalidad organizada transnacional* (ambos complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional); materialmente, viéndolo con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo, para crear globalmente una maquinaria represiva de contención de desplazamientos contemporáneos de personas provenientes de sectores no cualificados y empobrecidos hacia regiones económicamente más desarrolladas, persiguiendo a quienes los favorecen o facilitan, cualquiera que sea la finalidad que los inspiren³. Ello explica el *significado autónomo* que se desea imprimir al delito de Trata, que gira en torno a conductas que implican movimiento (transnacional) de personas, y la ausencia de lo que debe ser el epicentro: la definición de las formas más extremas de explotación.

En este marco, por tanto, se establece el compromiso de los Estados firmantes de tipificar el delito de trata de seres humanos según unos patrones determinados, y en torno a un específico ámbito de aplicación: el Protocolo gira en torno a la prevención, investigación y castigo de la trata de personas cuando sea “*de carácter transnacional*” y entrañe “*la participación de un grupo delictivo organizado*” (Art. 4)⁴.

En efecto, como se desprende de los Trabajos Preparatorios del Protocolo, la redacción del art. 4 deriva del texto propuesto por Estados Unidos que quedó reflejado en el proyecto de protocolo (A/AC.254/4/Add.3/Rev.6): “Artículo 2. Ámbito de aplicación El presente Protocolo se aplicará, salvo si en el mismo se dispone otra cosa, a prevenir y combatir la trata [internacional] de personas tal como se define en el artículo 2 bis del presente Protocolo y [, cuando intervenga un grupo delictivo organizado,] tal como se define en el artículo [...] de la Convención.”⁵

En coherencia con ese ámbito de aplicación, en los Trabajos Preparatorios se subrayó “que en la definición de trata debía hacerse referencia al *movimiento o traslado de una persona a una comunidad distinta de la comunidad en la que residiera ...* (véase A/AC.254/CRP.13)”. Por ello, se destacó “que la trata debía constituir un *delito separado de sus componentes*”⁶, es decir, separado materialmente de la explotación, que se reduce

1 Cfr. J. ALLAIN, “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, En, E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017, p. 149.

2 E. POMARES CINTAS, “La metamorfosis del concepto de *trata de blancas* en el seno de la Sociedad de Naciones como paradigma del control de los flujos migratorios contemporáneos”, En, E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 625 ss.

3 Cfr. E. POMARES CINTAS, *ibid.*

4 Art. 4 Protocolo. Ámbito de aplicación. “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, *cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado*, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”. La cursiva ha sido añadida. Se convierte en regla especial respecto de la cláusula general del art. 34 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

5 Cfr. 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. 378.

6 Notas de la Secretaría. Cfr. UNODC, *Travaux Préparatoires ... op. cit.*, p. 374. La cursiva ha sido añadida.

a convertirse en elemento teleológico del delito, y no en su vertiente principal. El delito de trata cobra significado autónomo frente a la explotación en condiciones similares a la esclavitud, de tal modo que el elemento central de la trata reside en la idea de movimiento, traslado (desplazamiento) transfronterizo de personas. Las formas de explotación asimiladas a la esclavitud no forman parte integrante del concepto normativo de trata⁷. Que esta modalidad degradante de explotación del ser humano no es el objeto central de tutela del concepto internacional de trata de personas formulado por el Protocolo lo muestra la realidad: la mayor parte de personas que sufren esas situaciones –las víctimas de esclavitud- permanecen en sus países de origen, no han sido previamente objeto de desplazamiento transnacional⁸, por ende, no son víctimas de trata. A ellas no se dirige el Protocolo ONU 2000.

Esta retórica se muestra aún más claramente en el marco regional europeo, concretamente, en el Derecho de la Unión Europea que implementa el Protocolo de Palermo 2000, primero en 2002 (antes de su entrada en vigor) -Decisión Marco del Consejo, 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos- y luego en 2011, con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (Directiva UE 2011, en adelante). Ciertamente es que la Directiva añadió una dimensión *victimocéntrica* a la regulación de la Trata⁹, pero esta vertiente queda en un segundo plano porque este instrumento normativo no se puede entender al margen de los objetivos comunitarios. Así pues, la lucha contra la *trata de seres humanos*, aun debiendo ser concebida como *proceso* que instrumentaliza a la víctima, con independencia de su nacionalidad o condición migratoria, para someterla a un estado de explotación forzosa, se inscribe estructuralmente en el marco de la política común de inmigración y de control de la fronteras exteriores de la UE, orientada, al igual que la lucha contra la inmigración ilegal, a “*garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios*” (arts. 79.1, 79.2 d) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰).

Es lo que explica que, en España, que ha asumido el papel de gendarme de la frontera sur europea, se integren “*la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas*”, y “*la persecución de la trata de seres humanos*” como “*principios de la política inmigratoria*” [Artículo 2 bis, g), h) Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX, en adelante)]. Y es lo que explica también que la persecución de la Trata de seres humanos corresponda a mecanismos especializados en *extranjería*: Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, y la Unidad de la Policía nacional contra las Redes de Inmigración Ilegal y flujos migratorios (UCRIF).

El paradigma de la rentabilidad económica del ser humano, el hilo conductor del modelo de producción neoliberal globalmente extendido, ha inspirado de lleno también la gestión y políticas de contención de flujos migratorios de sectores empobrecidos hacia las regiones más industrializadas¹¹. En territorio europeo asistimos a una grave restricción de las vías de migración regular, junto a deficientes sistemas de migración laboral y la precariedad de las opciones u oportunidades laborales y recursos para las mujeres-inmigrantes¹².

7 Cfr. K. BALES, Z. TRODD Y A.K. WILLIAMSON, *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oneworld, Oxford, 2009, pp. 35 y ss.

8 Cfr. *Ibid.*, p. 15. Cfr. UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*.

9 Cfr. E. PÉREZ ALONSO, “Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión europea”, en E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 63 ss.

10 Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

11 Vid. G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Criterios de armonización de la legislación penal centroamericana en materia de trata de personas”, en E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 371 ss.

12 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, cit. (Considerandos E, U). En la misma línea, Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41).

La Unión Europea ha ido paulatinamente blindando sus fronteras frente a los movimientos migratorios externos. El *acervo Schengen* ha diseñado una política centrada en la lucha represiva contra la inmigración ilegal, que ha condicionado severamente los canales legales de la inmigración en todas sus etapas (entrada, permanencia y circulación)¹³. Dificultar las condiciones de entrada y permanencia legales ha producido también el efecto de aumentar la población inmigrante ilegal y fomentar la economía sumergida de una población condenada a la clandestinidad en sectores no cualificados o no regulados¹⁴.

A ello cabe añadir el reconocimiento de un *estatus de desprotección jurídica*, un modelo de exclusión de derechos básicos y fundamentales vinculado al efecto útil de la expulsión: la *espada de Damocles* del inmigrante irregular. El temor a ser descubierto, detenido, encerrado y expulsado es una amenaza cierta y constante, lo *inocuita*, acentúa su vulnerabilidad y garantiza, asimismo, su docilidad y disponibilidad ante situaciones de explotación, particularmente, las más extremas¹⁵: quedan terminantemente reducidos a una mera fuerza de trabajo. Esa *disponibilidad* para ser atrapados bajo condiciones de sometimiento forzoso a explotación se puede obtener, simplemente, mediante el aprovechamiento del tratamiento institucional del inmigrante ilegal, que ya le viene dado desde las instituciones comunitarias¹⁶: ello disuade a la víctima de toda iniciativa de denuncia de su situación.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *Asunto Siliadin Vs. Francia* (núm. 73316/01, Sentencia de 26 de octubre de 2005) ha declarado que alimentar el temor de la víctima a ser detenida, encerrada y expulsada del territorio, es decir, el riesgo derivado del estatus del inmigrante ilegal, constituye una “situación equivalente a la de una amenaza de pena”, elemento esencial que fundamenta el concepto de sometimiento a explotación a través de los trabajos forzados.

Los efectos perniciosos del estigma del inmigrante ilegal alcanzan también al inmigrante “provisionalmente” legal, cuya estabilidad administrativa descansa sobre bases sinuosas. Su disponibilidad ante la explotación –en los mismos sectores productivos- se traduce en el temor a perder su ya frágil condición de legalidad por la posibilidad cierta de dejar de cumplir los requisitos que le unen al territorio, esto es, el temor a sufrir el estigma de la ilegalidad. En efecto, la experiencia ha demostrado que el mismo peligro de explotación se extiende a los que ejercen legalmente su derecho a migrar¹⁷.

En síntesis, la política (anti) migratoria europea coloca al inmigrante en una posición tal de debilidad –tenga o no autorización administrativa para residir y trabajar- que hace que soporte situaciones extremas de explotación, bien porque necesita el puesto de trabajo para aferrarse provisionalmente a su condición de legalidad, o porque simplemente carece de ella. Esa *espada de Damocles* es un factor clave que, sin duda, contribuye a crear canteras humanas de esclavitud. Ahora bien, las instituciones comunitarias, al amparo de la potestad suprema de controlar los flujos de migración, miran sin ver, aun a riesgo de fomentarlas¹⁸.

13 Cfr. E. POMARES CINTAS, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 7, 2014, pp. 158 ss.

14 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final]. Cuarto Informe General (2013 y 2014) del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA).

15 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 25 de abril de 2002, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal” [COM (2001) 672 final]. Cfr. E. POMARES CINTAS, E., *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 98 ss.; de la misma autora, () “La Unión europea ante la inmigración ilegal...”, op. cit. 2014, pp. 163 ss.; M. MIÑARRO YANINI, “Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas”, *Relaciones Laborales*, 10, 2014, La Ley, pp. 71 ss.

16 Estigma institucionalizado en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y reforzado por la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

17 Informe ACCEM, (G.Susaj/K.Nikopoulou/A.Giménez-Salinas Framis, Coord.), 2006, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, pp. 33, 40. Cfr. E. POMARES CINTAS, E. *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op. cit., pp. 98 ss.

18 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión

1.2. La era del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y las repercusiones de la pandemia Covid-19.

Tras la vigencia de los “*Protocolos-tándem*” de Palermo relativos a la persecución del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, cabe verificar un aumento exponencial de las canteras humanas de la esclavitud, es decir, de los sectores en riesgo de explotación extrema, al tiempo en que se ha visto reforzada la represión policial, incluso militar, en las fronteras tanto en los países de origen, tránsito como de destino de las personas desplazadas. Obsérvese, por ejemplo, esta militarización en los itinerarios hacia Estados Unidos (México, Guatemala), particularmente, en la era de la Administración norteamericana de Trump, a modo de externalización del control de sus fronteras¹⁹.

Por otro lado, la era de los “*Protocolos-tándem*” de Palermo ha generado un mar de confusiones terminológicas entre la vertiente de la trata de seres humanos, la persecución de las prácticas asimiladas a la esclavitud y el control de movimientos migratorios. Se han mezclado cuestiones conceptuales distintas²⁰, en aras de la prioridad de políticas de control de fronteras, pues ni el Protocolo de Palermo 2000, ni la Directiva UE 2011, son tratados de derechos humanos, ni pretenden arrogarse ese alto papel.

Las instituciones de la UE son conscientes de esta visión instrumental de la lucha penal contra la trata de personas. Como advierte el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de julio de 2016, en el campo de batalla terrestre o marítimo, la maquinaria policial (FRONTEX) y militar (EUNAVFOR SOPHIA, incluso barcos de la OTAN) instituida por las herramientas penales del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas desde los Protocolos de Palermo no busca de forma sistemática indicios de peligro de explotación de las personas desplazadas, sino que el objetivo es detectar a inmigrantes de modo indistinto; tratan “a los menores en riesgo como delincuentes o migrantes irregulares”, y persiste el “temor” de las víctimas de que las autoridades de inmigración tomen medidas contra ellas, las detengan y expulsen, sin oportunidad de ejercer sus derechos como víctimas²¹, revirtiendo drásticamente contra los derechos de los migrantes y los desplazados forzosos²².

Hasta tal punto es el celo por el control de los flujos migratorios en el Derecho de la UE, que se permite criminalizar la ayuda humanitaria a inmigrantes (art. 1.2 Directiva 2002/90/CE)²³. Precisamente

al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal”.

19 (<https://elpais.com/mexico/2021-01-18/mexico-militariza-la-frontera-sur-ante-la-llegada-de-la-primera-caravana-de-la-era-biden.html>; <https://elpais.com/mexico/2021-01-17/guatemala-frena-por-la-fuerza-a-la-caravana-de-migrantes-que-se-dirige-hacia-mexico.html>).

20 F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Criterios de armonización de la legislación penal centroamericana en materia de trata de personas”, op. cit., pp. 371 ss.; R. MESTRE I MESTRE, “La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de Las Sexualidades*, 4, 2020, pp. 20 ss. Véase este baile especulador de conceptos: Conclusiones del Consejo de la UE sobre el tráfico ilícito de migrantes, 10 y 11 de marzo de 2016 (Doc. n.º 6995/16); Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, 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 desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)). Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión [2015/2340(INI)], apartado 107; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), 27 de mayo de 2015 (COM (2015) 285 final, p. 2).

21 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, cit., apartados 33 y 68. Vid. También, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE (...), cit.

22 Cfr. E. POMARES CINTAS, “La generalizzazione della privazione di libertà dei richiedenti protezione internazionale nello spazio giuridico europeo”, *Rivista Altre Modernità*, Università degli Studi di Milano, 2019, pp. 1 ss.

23 Cfr. E. POMARES CINTAS, “Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP* (Universidad Estatal Paulista), n. 29, pp. 1 ss., 2015 (<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>); J. MUÑOZ RUIZ, “La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y*

con ocasión de la política de externalización del control de las fronteras exteriores, esa puerta abierta se ha convertido en arma clave para disuadir a ONGs que se resisten a cumplir condiciones que se les imponen a propósito de polémicos acuerdos, como el de Libia²⁴. En el marco del Acuerdo de la UE (e Italia) con Libia (2017), el Gobierno italiano supeditó las actividades humanitarias de las ONGs, las funciones encomendadas de salvamento, a la aceptación de un código de conducta: no entrar en aguas libias para ayudar a los que huyen de las costas libias, no trasladarlos a otras naves y colocar a los migrantes rescatados (interceptados) en manos de las autoridades libias. Además, se les obliga a embarcar a agentes preparados para la investigación de redes de tráfico de migrantes, imprimiendo así una impronta policial a las operaciones humanitarias. En suma, las actividades de salvamento de las ONGs no debían frustrar el objetivo de contención de migrantes y necesitados de protección internacional en Libia, es decir, la política de interceptar a migrantes y retornarlos a las costas libias²⁵. Semejante condicionamiento desnaturaliza, pues, toda función de salvamento humanitario desde el momento en que se es consciente del riesgo cierto al que son expuestos los desplazados si son devueltos a las autoridades libias: detenciones indiscriminadas, extorsiones, tratos degradantes en su detención, trabajos forzados, torturas, etc.²⁶. Esta encrucijada ha sido resuelta por algunas ONGs a favor de los migrantes, apostando por surcar el Mediterráneo Central con barcos civiles que rompen barreras²⁷, que sufren el hostigamiento por parte de algunos países europeos fronterizos y acusaciones por el delito de colaboración en la inmigración ilegal, como el Open Arms²⁸ (operado por la ONG Médicos Sin Fronteras), “Acuarius”, “Ocean Viking” (operado también por Médicos Sin Fronteras y SOS Mediterráneo), “Alan Kurdi” (ONG Sea-Eye), “Alex” (colectivo italiano Mediterranea), Sea Watch 3 (Sea Watch), “Aita Mari” (ONG Salvamento Marítimo Humanitario, proyecto Maydayteraneo)²⁹.

Movidas por las reglas del estado de necesidad y el concepto de ayuda humanitaria, estas embarcaciones civiles se rebelan ante el cumplimiento de las mencionadas condiciones del Acuerdo con Libia³⁰. Sin duda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tuviera competencia personal y material para ello, condenaría directamente a la UE por ese Acuerdo (en el marco de su política exterior) por falta de garantías de respeto del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) o del derecho a la libertad y seguridad personal (art. 5 CEDH).

La Sentencia del TEDH, en el *Asunto M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, n. 30696/09, de 21 de enero de 2011, consideró contrario al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes el traslado de Bélgica a Grecia de un solicitante de asilo cuando Grecia no ofrecía esas garantías de respeto del derecho del art. 3 del CEDH.

87

Ante la laguna democrática que presenta el Derecho UE, en la medida en que da la espalda al control externo

Criminología, 18-08 (2016), pp. 1. ss.

24 Véase, el reciente Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, *Lethal Disregard. Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*. 2021.

25 Vid. H. DEL VALLE, “Search and Rescue in the Mediterranean Sea: Negotiating Political Differences”, *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35, pp. 22-40.

26 Vid. *supra*. Cfr. G. ABRIL, Reportaje *La batalla del Mediterráneo*, El País Semanal, n° 2155, 14 enero 2018. https://elpais.com/elpais/2018/01/09/eps/1515520544_906349.html?rel=mas.

27 Ibid.

28 Tras emprender un rescate de 218 inmigrantes a 70 millas de Libia. Las autoridades italianas (fiscalía de Catania) ha acusado a esta ONG española del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina por no entregar a los migrantes a las autoridades -guardacostas- libias, sabiendo su destino en los centros de detención. El barco ha sido retenido en el puerto de Pozzallo. Diario El País, 19 de marzo 2018.

29 Vid. Diario El País, 19 de marzo 2018. https://elpais.com/internacional/2019/07/02/actualidad/1562094157_265245.html#?ref=rss&format=simple&link=link; https://elpais.com/internacional/2019/12/21/actualidad/1576931888_643431.html#?ref=rss&format=simple&link=link; <https://www.publico.es/sociedad/aita-mari-rescata-cinco-horas-148-personas-deriva-cerca-costa-libia.html>. Véase, Maydayteraneo - Proyecto (2018) Aita Mari, Asistencia y Socorro a embarcaciones de personas migrantes que utilizan las rutas marítimas del Mediterráneo, Monitorización del cumplimiento de los derechos humanos en la mar.

30 https://elpais.com/politica/2019/08/23/actualidad/1566553604_204415.html#?ref=rss&format=simple&link=link

jurisdiccional por parte del TEDH, y a su obligación de adherirse al CEDH, esa función de protección efectiva ante un riesgo cierto de violación de derechos fundamentales y absolutos la está desempeñando hoy esas ONGs. Por ello son incómodas para los objetivos de la UE de contención, a cualquier precio, de desplazamientos hacia Europa, y por ello se explica que hayan sido acusadas de provocar un *efecto llamada* de las migraciones irregulares, de ayudar a la inmigración ilegal facilitando la salida de embarcaciones, recogiendo migrantes cada vez más cerca de las costas libias, a modo de “taxis” para inmigrantes, incluso de colaborar con redes criminales³¹.

La persecución de las ONGs “subversivas” recuerda a la del movimiento clandestino norteamericano *Underground Railroad*, una red organizada, a mediados del siglo XIX, para ayudar a los esclavos de las plantaciones de los Estados del Sur a escapar a territorios seguros, donde podían vivir libremente, y libres de tratos inhumanos. En un inicio los traslados eran internos, hacia el norte de Estados Unidos, y, posteriormente, cobraron naturaleza transfronteriza hacia destinos como Canadá, principalmente, o México y Centroamérica. Se consideraba una organización criminal, de carácter subversivo, contrario a la *Fugitive Slave Act* de 1850: formaba parte de la resistencia y lucha contra la legislación que instituía la esclavitud, es decir, del movimiento abolicionista. Una de sus más significativas protagonistas y promotoras, tenazmente perseguida, fue Harriet Tubman, una mujer negra norteamericana que, tras escaparse al Norte, y alcanzar su libertad, regresó para ayudar a cientos de esclavos a huir. El padre de la autora de la obra *La cabaña del Tío Tom*, Harriet Beecher Stowe, fue uno de los conductores de la red clandestina³². La historia se repite: hoy el movimiento *Underground Railroad* también sería delictivo, como organización criminal de traficantes de personas.

El ideario del control represivo de las migraciones externas ha convertido la zona del Mediterráneo en un campo de batalla, un dique para la humanidad inmigrante (inmigrantes económicos y solicitantes de asilo o protección internacional). Hoy, y desde hace 30 años, el Mediterráneo es un mar frustrado, que guarda como tesoros las expectativas migratorias de personas que mueren bajo sus aguas.

El caldo de cultivo de la vulnerabilidad institucional de la humanidad inmigrante se ha recrudecido con el ingrediente de la pandemia de la *Covid-19*. En el territorio de la UE se ha reforzado la nacionalización del cierre de fronteras interiores a cal y canto³³; la agencia policial de la UE (*Frontex*), guardiana de las fronteras exteriores, ha sido cuestionada por prácticas sistemáticas violentas y humillantes contra las personas que llaman a las puertas de Europa³⁴. Se han vuelto habituales, como advierte ACNUR, las prácticas de detenciones arbitrarias de refugiados y solicitantes de asilo³⁵.

Hablamos hoy, pues, de fronteras espinosas, interiores y exteriores, que han confinado como rehenes el derecho internacional humanitario y la necesidad de elaborar otro modelo de política migratoria a medio y largo plazo³⁶.

Y, mientras tanto, tras 22 años del Protocolo de Palermo y 20 de directrices comunitarias, las canteras humanas de la esclavitud no sólo no se han debilitado, sino que han crecido conforme aumentan los excedentes humanos del sistema económico global y las necesidades de migrar.

31 Cfr. G. ABRIL, Reportaje *La batalla del Mediterráneo*, op. cit.

32 <https://revistadehistoria.es/harriet-tubman-la-conductora-de-la-libertad/>. Cfr. M. LENGELLÉ, *La esclavitud*. Ed Oikos-Tau, Barcelona, 1971.

33 <https://elpais.com/sociedad/2021-01-29/francia-evita-un-nuevo-confinamiento-pero-refuerza-el-control-en-las-fronteras.html>; <https://elpais.com/espana/2020-11-06/espana-y-frontex-negocian-una-operacion-para-cerrar-la-ruta-migratoria-canaria.html>.

34 Es una gestión “militarizada” de la inmigración, junto a una “violación sistemática” del derecho humanitario. Cfr. S. NAÏR, “Una época sombría para los refugiados”, Diario El País, 1 de febrero de 2021; del mismo autor, “Los rechazos a golpes de Frontex”, Diario El País, 21 de diciembre de 2020. Vid. <https://elpais.com/internacional/2021-01-12/la-oficina-antifraude-de-la-ue-investiga-si-frontex-realiza-devoluciones-irregulares-de-migrantes.html>. Sobre esta cuestión, detenidamente, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Fronteras sin derechos. Las” devoluciones en caliente”. En *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*. Anthropos, 2017. pp. 54 ss.

35 <https://www.acnur.org/noticias/press/2020/7/5f1b0e1c4/acnur-destaca-la-necesidad-urgente-de-que-los-estados-pongana-fin-a-la-detencion.html> (24 de julio de 2020).

36 S. NAÏR, “Los inmigrantes, ¿otra vez olvidados?”, Diario El País, 22 de junio de 2020.

1.3. Un punto de inflexión: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 17 de julio de 2020.

Es hora de mirar con otra perspectiva, la que aporta el derecho internacional humanitario: el epicentro debe colocarse, directamente, en la prevención de las prácticas contemporáneas de sometimiento forzoso a situaciones de explotación humana, y en la elaboración de un régimen jurídico eficaz que permita identificarlas, perseguirlas y castigarlas. Es hora de reconocer que el sistema jurídico existente en la esfera internacional sigue siendo “funcionalmente inoperante como herramienta para mitigar la explotación”³⁷, como si estuviera aún en suspenso. Piénsese que la actualización de la definición de la *Trata* de personas por parte del Protocolo de Palermo de 2000 nació con letra pequeña, para facilitar las negociaciones de los Estados parte de la Convención contra la Delincuencia organizada transnacional, y puesta la mirada en la inmigración irregular y en la contención de desplazamientos transnacionales de sectores empobrecidos y no cualificados³⁸. Institucionaliza una visión de la lucha contra la trata que elude ser herramienta de prevención de la explotación del ser humano en condiciones asimiladas a la esclavitud, que tampoco pretende definir.

La era del Protocolo de Palermo sobre la trata, sumida en los efectos del *mantra* neoliberal que sigue creando excedentes humanos de los que abusar³⁹, señala que es hora de cambiar de paradigma, de mirar al fondo. Y esa es la voz que se desprende del excepcional Informe presentado en 2020 por la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU (A/75/169, 17 de julio de 2020), que reconoce importantes deficiencias sobre las que he venido insistiendo con el paso del tiempo: el Protocolo de Palermo de 2000 sobre trata de personas no satisface el enfoque del Derecho Internacional Humanitario ni la mirada de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, cuya doctrina evolutiva ha roto moldes en la lucha contra las formas modernas de esclavitud⁴⁰.

Pero no sólo eso.

La virtualidad del Informe, a mi juicio, se centra en una cuestión más profunda: reconoce el “carácter sistémico de la explotación” y considera prevenir las canteras de la esclavitud “como una cuestión de justicia social”, no sólo como un asunto penal, que solo es la punta del iceberg. En efecto, hoy seguimos hablando de abusos sistémicos sobre el ser humano (que tiene plurales aristas), más rentables y a mayor escala que en la era de la esclavitud como sistema de producción económica, mediante hilos invisibles y otro modelo capaz de atrapar al ser humano con similar eficacia⁴¹. En estos otros escenarios, combatir el *dumping* social, o la llamada competencia *desleal* empresarial, han conseguido el efecto de desplomar, como un gran *tsunami* global, el techo de los derechos laborales y económicos, que se han visto gravemente filtrados también por el eje de la mercantilización y la rentabilidad del ser humano⁴², sin hablar de las repercusiones

37 Cfr. J. ALLAIN, “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, op. cit., p. 181.

38 Véase, UNODC, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, op. cit., 2008.

39 Vid. F. ARCOS RAMÍREZ, “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, En, E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 83 ss.; A.I. PÉREZ MACHÍO, “Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 36, 2016.

40 E. POMARES CINTAS, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, op. cit., pp. 158 ss; de la misma autora, *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op. cit., pp. 98 ss., 121 ss.; de la misma autora, “Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas*: protocolo regional de buenas prácticas en torno al eje de persecución del delito de trata de personas y modalidades de explotación asimiladas a la esclavitud”, en E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 400 ss.; de la misma autora, “Delito de Trata de seres humanos”, En, f.J. Álvarez García (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. 3ª Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1059 ss.

41 Cfr. M. LENGELLÉ-TARDY, *La esclavitud*, op. cit.; del mismo autor, *La esclavitud moderna*, Bellaterra, 2002, Barcelona.

42 Como recuerda I. RAMONET, en un supuesto que ya no es episódico: en febrero de 2011, en Italia. “El grupo Fiat colocó al personal de sus fábricas ante un chantaje: o los obreros italianos aceptaban trabajar más, en peores condiciones y con salarios reducidos, o las fábricas se deslocalizaban a Europa del Este. Enfrentados a la perspectiva del paro y aterrorizados por las condiciones existentes en Europa del Este (...), el 63% de los asalariados de Fiat votaron a favor de su propia

de la precarización de las políticas migratorias laborales al son de la gestión-contención de movimientos migratorios de sectores empobrecidos y no cualificados. Significativa es la expresión del Tribunal Europeo de Derechos humanos que habla de una “reminiscencia de los primeros años de la revolución industrial” cuando reconoce una situación de explotación que califica de *servicios forzosos* en el contexto de la agricultura estacionaria (Sentencia de 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*, núm. 21884/15). De ahí, la necesidad de un planteamiento consciente y un régimen jurídico que encarne la obligación de erradicar las prácticas extremas de explotación humana, incluidos los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna.

De ahí la necesidad de elaborar un régimen jurídico en el que la obligación de erradicar las prácticas extremas de explotación humana incluya, de modo intrínseco, neutralizar los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna.

El mencionado Informe hace un llamamiento para que se adopten alternativas al Protocolo de Palermo de 2000, incluso la adopción de “un posible instrumento internacional nuevo” que aborde la problemática desde esa doble perspectiva. Es decir, integrando elementos de *justicia social*.

Ello implica el deber consciente de implementar y desarrollar políticas públicas de erradicación de los factores que favorecen situaciones extremas de explotación. Entre estos factores, destacan los siguientes:

- (a) la precarización estructural, además de un deficiente servicio de inspección laboral, en ciertos sectores de producción no cualificados y vinculados a la economía informal⁴³: la agricultura, especialmente la estacionaria⁴⁴, el trabajo doméstico⁴⁵, o los talleres textiles.
- (b) la ausencia de regulación de las condiciones y derechos laborales en torno a actividades o servicios como el trabajo sexual, que subraya su desamparo legal y lo condena al abuso y la clandestinidad⁴⁶.

En otro nivel, a medio y largo plazo, habrá que afrontar las causas estructurales del perfil contemporáneo de los flujos migratorios, pues se reconoce que los factores que los impulsan “tienen vocación de permanencia”⁴⁷. Asimismo, se requiere flexibilizar los canales para la migración regular, los sistemas de migración laboral, permitiendo la regularización en el territorio del país de destino⁴⁸. Y, al mismo tiempo, subsanar la precariedad de las opciones u oportunidades laborales y recursos para las mujeres-inmigrantes⁴⁹, que la

sobreexplotación...” Cfr., “Esclavos en Europa”, *Le Monde diplomatique*, n° 189, julio 2011, p. 2.

43 Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, SEC.GAL/48/22, 22 de abril de 2022; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

44 En el ámbito de los trabajos estacionales o temporeros en la agricultura, véase W. CORREA DA SILVA y C. CINGOLANI, C., *Labour Trafficking and Exploitation in Rural Andalusia*, 2020.

45 El trabajo doméstico es una inmensa fuente de modernas formas de esclavitud. Así lo considera el *Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, junio 2011 (entrada en vigor el 5 septiembre 2013). Cfr. M. MIÑARRO YANINI, “Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas”, op. cit.; L. BERASALUZE GERRIKAGOITIA, *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas*, Aranzadi 2021.

46 E. HAVA GARCÍA, “Trata de personas, prostitución y políticas migratorias”, *Estudios penales y criminológicos*, n° 26, 2006. J. BAUCCELLS LLADÓS, “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en M^aJ. Rodríguez Mesa y L. Ruíz Rodríguez (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 201, 202; M^a L. MAQUEDA ABREU, “La prostitución: el “pecado” de las mujeres”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2018, n. 35.

47 Comunicación de la Comisión europea (2016) sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración.

48 Cuarto Informe General (2013 y 2014) del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA); Sentencia TEDH de 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*. Así, un visado de búsqueda de empleo.

49 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, cit. (Considerandos E, U). En la misma línea, Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas

colocan en una posición de desventaja en los sectores de actividad no cualificados, una situación que se agrava en los períodos de crisis económica.

En definitiva, las respuestas a los factores que favorecen canteras humanas de esclavitud no pueden ser excusadas por trascender las competencias en relación con la persecución de la trata de personas. Hasta ahora ha sido una interrogante pendiente guardada en el cajón de las agendas políticas internacionales y regionales.

II. LA NECESIDAD DE UN MODELO DE INCRIMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE SOMETIMIENTO FORZADO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO

A la hora de afrontar la trata de seres humanos, la escala de medición debe discurrir propiamente a la altura de los tratados de derechos humanos⁵⁰: la trata debe ser estrictamente concebida en tanto proceso conducente a someter a la víctima a una situación forzada de explotación, cualquiera que ésta sea, bajo la esfera de disponibilidad de otra persona.

Una interpretación que mira al derecho internacional de los derechos humanos conduce a sustentar un alcance estricto de la noción de la trata de personas, en la medida en que su prohibición se encuentran intrínsecamente anudada al sustrato que le confiere sentido: la protección universal de las personas, como norma de *ius cogens*, frente a las prácticas de *esclavitud* o formas de explotación de significación análoga en la fenomenología de hoy -*servidumbre, trabajos o servicios forzados* (Art. 8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966; art. 4 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-1950; art. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22-11-1969; art. 5 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 27-7-1981)⁵¹.

Porque es precisamente ese sustrato lo que fundamenta las obligaciones de los Estados en orden a abordar la incriminación del sometimiento forzoso a una situación de explotación⁵². Ello implica, a su vez, el deber de perseguir las respectivas conductas como tales y el deber de proteger y asistir a las víctimas, sin necesidad de que la condición que las subyuga se haya derivado de un comportamiento previo de trata de personas. El Protocolo de la OIT, de 11 de junio de 2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso, ratifica estas obligaciones.

En esta línea, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 73316/01, de 26-10-2005 (*Asunto Siliadin Vs. Francia*); 25965/04, de 7-1-2010 (*Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*); 4239/08, de 13-11-2012 (*Asunto C.N. Vs. Reino Unido*); 60561/14, de 25-6-2020 (*Asunto S.M. Vs. Croacia*); Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de 20-10-2016 (*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*).

Así, en puridad, deberíamos reemplazar el término “trata de seres humanos” por otro más significativo para evitar desvirtuarlo y desviarlo a otros objetivos: *trata de esclavos contemporáneos*, abarcando mujeres, hombres y menores de edad.

Ahora bien, unida a políticas sociales y migratorias neutralizadoras de canteras de explotación

y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41). Cfr. A. DAUNIS RODRÍGUEZ, “Cuestiones clave de la prostitución y trata de personas. Aproximación al caso andaluz”, En, A. Iglesias Skulj y L.M^a Puente Aba (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, Granada, 2012, p. 94.

50 Cfr. Y. MONTOYA VIVANCO, “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”, *Revista de la Facultad de Derecho* (PUCP), n. 76, 2016; P. GALLO, y T. GARCÍA SEDANO, T., *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, 2020, BdF.

51 Cfr. POMARES CINTAS, E., “Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas...*”, op. cit., pp. 400 ss.

52 Abundando en esta línea, C. VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito de trata de seres humanos”, En, G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Madrid, Thompson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 416, 418.

humana, una política criminal solvente en esta materia ha de apostar por una definición que permita identificar y, con ello, perseguir *toda* práctica de sometimiento forzoso a una situación de explotación⁵³, o las formas más severas de aprovechamiento del ser humano.

Las claves de las situaciones de explotación humana subsumibles en el contexto de la esclavitud moderna no dependen, en sí, de la naturaleza del servicio, prestación o tipo de actividad, sino del eje de una *relación o estado de sometimiento* a la esfera de control y disponibilidad de otra persona, como una extensión de su posesión, y de los métodos o procedimientos capaces de constreñir la voluntad de la víctima⁵⁴.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, todas las modalidades de explotación que específicamente se mencionan en el contexto de la trata -*explotación sexual, celebración de matrimonios forzados, explotación para realizar actividades delictivas, mendicidad, extracción de órganos corporales* de la víctima, etc.-, deben compartir un eje cualitativo común: deben reconducirse, sin perjuicio de sus particularidades, a los parámetros de una situación de explotación forzosa en el modelo socioeconómico vigente. Es el planteamiento que respalda la doctrina evolutiva de los Tribunales internacionales y regionales de derechos humanos, que ha interpretado, con los ojos de hoy, los ejes de la denominada *esclavitud moderna*⁵⁵.

Sentencias TEDH de 26-10-2005 (*Asunto Siliadin Vs. Francia*); de 7-1-2010 (*Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*); de 11-10-2012 (*Asunto C.N. y V. Vs. Francia*); de 13-11-2012 (*Asunto C.N. Vs. Reino Unido*); de 30-3-2017 (*Asunto Chowdury y otros v. Grecia*), Sentencia CIDH, de 20-10-2016 (*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*]. Véase también, en esta línea, STS 298/2015, de 13-5.

En otras palabras, las finalidades de explotación sexual, mendicidad, o el matrimonio forzado, no aluden, en el contexto de la trata, a prácticas de aprovechamiento del ser humano cualitativamente distintas del eje que une los términos de esclavitud, servidumbre o servicios forzosos⁵⁶. De este modo, la finalidad de “*explotación sexual*” trasciende el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena en condiciones desproporcionadas: equivale aquí a la “Explotación sexual en condiciones de análoga significación a la esclavitud (servicios forzados, servidumbre)”, cobrando el sentido de “esclavización sexual”⁵⁷. Por las mismas razones, el *matrimonio forzado*, como finalidad en el contexto de la trata, no se reduce al riesgo cierto de “celebrar” la unión forzada de la víctima con otra persona, sino que debe tener como objetivo subyugarla a una situación derivada de esa unión que implique elementos de explotación personal como la servidumbre doméstica o sexual o para otras modalidades de servidumbre⁵⁸.

92

53 M^a L. MAQUEDA ABREU, “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?”, En J.M.Suárez López, J.Barquín Sanz, I.Benítez Ortúzar, M^a J. Jiménez Díaz, E. Sáinz- Cantero Caparrós (Dir.) *Estudios jurídico penales y criminológicos en Homenaje al Prof.Dr. Dr.H.c.m, Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. II, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251 ss.

54 OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*; OIT (2006), *Trata de Seres Humanos y Trabajo Forzoso como Forma de Explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*; también, UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*.

55 J. BONET PÉREZ, “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional”, En E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 184 ss.; R. MESTRE I MESTRE, “La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, op. cit., pp. 20 ss.

56 Cfr. E. POMARES CINTAS, “Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas...*”, op. cit., pp. 413 ss. En esta línea, Memorias de la Fiscalía General del Estado, Unidad de Extranjería, 2019.

57 Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos; UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*; Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión; Sentencia TEDH de 7-1-2010, *Asunto Rantsev Vs. Chipre y Rusia*; siendo la servidumbre por deudas un modo característico, L. LAFONT NICUESA, “Directrices básicas sobre la regulación del delito de trata de seres humanos en España”, En, E.Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 349 ss.

58 Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre el matrimonio servil, 2012; Informe temático sobre la protección de las víctimas de la trata de personas

Admitir otro alcance de las modalidades de explotación desvirtuaría la prohibición de la trata de personas como *derecho humano absoluto*, al tiempo que equipararía la prohibición de las formas de explotación en condiciones análogas a la esclavitud, es decir, sus formas más severas, a cualquier otra forma de explotación (no forzosa) que no atienda a esos parámetros.

Una incriminación que opte por la diversificación penal de los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos o servicios forzosos, como compartimentos estancos, a través de formulaciones que los encorseten, puede ser obstáculo para su persecución pues, en la práctica, esas figuras aparecen interrelacionadas, de modo que se haría “difícil detectar la forma exacta de explotación a la que se somete a las víctimas” (Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos, 2012-2016).

En su lugar, habría que apostar por una incriminación única capaz de aglutinar el *sustrato esencial* que fundamenta todo *sometimiento forzoso de las personas a una situación de explotación*.

De un lado, el ejercicio de un poder de control-disposición de carácter fáctico sobre la víctima; de otro, el recurso a métodos o procedimientos para someterla y obligarla a realizar una prestación, actividad o servicio, cualquiera que sea su naturaleza.

La gravedad de este escenario de sometimiento del ser humano es susceptible de ser ponderada, esto es, admite graduaciones. Su mayor o menor entidad dependerá del grado de restricción de esferas de libertades de la víctima. Habrá que valorar si el poder de disposición del explotador se extiende más allá de la realización de la prestación, actividad o servicio de que se trate, afectando a la capacidad de determinación de los tiempos de vida de la víctima. Es el derecho de la persona a no ser cosificada en escenarios de explotación forzosa el que está en juego (art. 4 CEDH), el derecho absoluto a no ser reducida a la condición de objeto en manos de otra persona.

Bajo la tutela de este derecho humano, se propone la incorporación en el Código penal de un Capítulo que englobe, junto al delito de trata de seres humanos, las formas más severas de explotación.

ANEXO DOCUMENTAL

- Comunicación de la Comisión europea (2015) al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), 27 de mayo de 2015 (COM (2015) 285 final).
- Comunicación de la Comisión europea (2016) sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.
- Conclusiones del Consejo de la UE sobre el tráfico ilícito de migrantes, 10 y 11 de marzo de 2016 (Doc. n° 6995/16).
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2002), de 25 de abril de 2002, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal” [COM (2001) 672 final].
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2004), de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y

y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, 2016; Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión; Recomendación núm. 1663 del Consejo de Europa, de 22 de junio de 2004, sobre esclavitud doméstica. Cfr. C. VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito de trata de seres humanos”, op. cit., pp. 407 ss.; E. POMARES CINTAS, “Hacia una coalición regional sudamericana contra la trata de personas...”, op. cit., 2019, pp. 414 ss. En este sentido, Sentencia Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª), num. 229/2019, de 20 diciembre; Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, num. 211/2021, de 28 julio. Véase el art. 577. 2 *in fine* CP.

Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final].

- Informe ACCEM, (G.Susaj/K.Nikopoulou/A.Giménez-Salinas Framis, Coord.), 2006, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*.
- Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre el matrimonio servil, 2012.
- Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41).
- Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU (A/75/169, 17 de julio de 2020).
- Maydayterraceo - Proyecto (2018) Aita Mari, Asistencia y Socorro a embarcaciones de personas migrantes que utilizan las rutas marítimas del Mediterráneo, Monitorización del cumplimiento de los derechos humanos en la mar.
- Memorias de la Fiscalía General del Estado, Unidad de Extranjería, 2019.
- OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*.
- OIT (2006), *Trata de Seres Humanos y Trabajo Forzoso como Forma de Explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*.
- Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, SEC.GAL/48/22, 22 de abril de 2022.
- Resolución del Parlamento Europeo (2016), de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, 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 desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)).
- Resolución del Parlamento Europeo (2016), de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión [2015/2340(INI)].
- UNODC (2008), *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*.
- UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*.
- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU (2021), *Lethal Disregard. Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*. 2021.