

Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud

Ana Belén Valverde-Cano (1)

Investigadora Juan de la Cierva en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Diario LA LEY, Nº 10272, Sección Tribuna, 21 de Abril de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud](#)

[I. Introducción](#)

[II. Análisis de la inclusión del art. 177 ter en el Código Penal](#)

[1. Los aciertos de la reforma](#)

[A\) Adopción de un modelo «diferenciador» de regulación de los delitos de esclavitud](#)

[B\) La exclusión de las condiciones laborales del tipo básico de trabajo forzoso](#)

[2. Los problemas de la reforma: la crónica de los problemas concursales anunciados](#)

[3. Los aspectos mejorables de la reforma](#)

[A\) Elementos superfluos de la definición](#)

[B\) Reflexiones necesarias sobre la relevancia del engaño y el abuso de vulnerabilidad en el consentimiento a la relación laboral](#)

[III. Conclusión](#)

[IV. Bibliografía](#)

Normativa comentada

Convenio de Roma 4 Nov. 1950 (protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales)

PROTOCOLO ADICIONAL. AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Artículo 4. *Aplicación territorial.*

Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 Jul. 2002 (lucha contra la trata de seres humanos)

LO 10/2022 de 6 Sep. (garantía integral de la libertad sexual)

LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)

TÍTULO PRELIMINAR. De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal

Artículo 8

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO III. De las penas

CAPÍTULO II. De la aplicación de las penas

SECCIÓN 1.ª. Reglas generales para la aplicación de las penas

Artículo 62

Artículo 66.

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO III. De las lesiones

Artículo 149.

TÍTULO VI. Delitos contra la libertad

CAPÍTULO II. De las amenazas

Artículo 171

TÍTULO VII BIS. De la trata de seres humanos

Artículo 177 bis

TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad sexual

CAPÍTULO III. Del acoso sexual

Artículo 184.

CAPÍTULO V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores

Artículo 187

TÍTULO XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores

Artículo 311

Artículo 312

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 554/2019, 13 Nov. 2019 (Rec. 10121/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 396/2019, 24 Jul. 2019 (Rec. 10619/2018)

TSJAN, Sala de lo Civil y Penal, Sección Apelación, S 186/2021, 1 Jul. 2021 (Rec. 55/2021)

APSE, Sección 3ª, S 318/2022, 22 Jul. 2022 (Rec. 1276/2022)

APSE, Sección 1ª, S 494/2021, 26 Nov. 2021 (Rec. 4798/2021)

APSE, Sección 4ª, S 375/2020, 29 Oct. 2020 (Rec. 5410/2019)

Comentarios

Resumen

El Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos propone incluir en el Código Penal los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados. El objetivo de este trabajo es someter a discusión algunos de sus planteamientos. Me refiero primero a lo positivo, que es el diseño de la estructura de los delitos; después a lo negativo, que es que no se haya abordado el engarce con los delitos ya existentes en el Código Penal, que generará problemas concursales importantes; y, por último, a lo discutible. En concreto, desarrollo las razones por las que sería conveniente eliminar la referencia al engaño y abuso de situación de necesidad como medios típicos porque, en realidad, los casos en los que se está pensando son perfectamente reconducibles a la estructura de la intimidación.

I. Introducción

Adela Cortina, en su famosa obra *Aporofobia, el rechazo al pobre*, explica muy bien la importancia de poner nombre a las realidades sociales, especialmente aquellas que no se pueden ver o tocar, para poder reconocerlas, analizarlas y tomar posición ante ellas. En caso contrario, advierte, «si permanecen en la bruma del anonimato», ni siquiera se pueden denunciar (2) . Por eso es una buena noticia que el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos (en adelante, «el Anteproyecto»), público desde el 29 de noviembre de 2022, incorpore por fin al mundo de las (pre) normas penales los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados. Salvo por el delito de esclavitud, tipificado en el contexto de los delitos de lesa humanidad (*ex art. 607 bis.2.10º CP*), el resto tan solo estaban previstos como una de las cinco «finalidades» del delito de trata de seres humanos. Cuando la trata se consumaba y la explotación posterior — no abarcada por el delito de trata— le sucedía, los tribunales debían recurrir a los delitos contra los derechos de los trabajadores o a los de prostitución forzada para castigar situaciones materialmente idénticas a la esclavitud, a pesar de estar previstos para situaciones muy distintas (3) .

No voy a entrar en la discusión sobre si es mejor tener estos delitos expresamente tipificados que no tenerlos, básicamente, porque hay un acuerdo casi unánime en que era una reforma necesaria (4) , y sería, por tanto, un desperdicio dedicar demasiado espacio a tratar de persuadir sobre algo de lo que ya nadie discute (5) . El objetivo de este trabajo es de índole mucho más práctica: contribuir al debate público de la inclusión de los delitos de esclavitud



y figuras similares en el Anteproyecto (art. 177 ter CP) con algunas observaciones que ya sometí a discusión en el VI Congreso Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, celebrado en la Universidad de Granada los días 23 y 24 de marzo de 2023. Con ese objetivo en mente he estructurado los apartados de la siguiente manera: en el primero me refiero a los aspectos que considero muy bien resueltos y que deberían mantenerse; en el segundo a algunos problemas concursales que se generan con la reforma y que deberían dar lugar a modificaciones; y, en el tercero, aludo a algunos aspectos de la redacción que son mejorables o que requieren una mayor discusión. Avanzo ya las conclusiones: salvo por algunas mejoras desarrolladas en el apartado 3 —como la eliminación de las referencias al engaño o abuso de situación de necesidad o su equiparación a la intimidación—, la estructura y definición de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso es esencialmente correcta y refleja bien el injusto y cómo va incrementando su gravedad conforme nos acercamos al extremo de la esclavitud, lo que justifica a su vez los incrementos de pena. La inclusión de nuevos delitos, no obstante, en un ya muy abigarrado Código Penal generará necesariamente problemas concursales, especialmente con los delitos sexuales, que pueden determinar que el delito de esclavitud, por ejemplo, cuando sea de naturaleza sexual, constituya, contra todo criterio sensato, un tipo privilegiado. Por esta razón, la reforma debería extenderse a matizar otros delitos del Código Penal.

II. Análisis de la inclusión del art. 177 ter en el Código Penal

1. Los aciertos de la reforma

A) Adopción de un modelo «diferenciador» de regulación de los delitos de esclavitud

El Anteproyecto distingue entre tres modalidades de conducta que van de menor a mayor gravedad (trabajos forzados, servidumbre y esclavitud):

Artículo 177 ter.

1. Será castigado como autor del delito de trabajos o servicios forzados con la pena de prisión de cinco a ocho años, quien, ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima (6) , la obligue a realizar cualquier trabajo o servicio, incluyendo prestaciones o actividades de naturaleza sexual, la mendicidad y la realización de actividades delictivas.
2. El que, mediante los procedimientos descritos en el apartado anterior, determine a una persona habitar en un lugar, o restrinja su libertad de movimientos, manteniéndola en un estado de dependencia y sometimiento respecto de quien la obliga a realizar trabajos o servicios, será castigado como autor del delito de servidumbre con la pena de prisión de seis a nueve años.
3. Quien, mediante las conductas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, someta o mantenga a una persona en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal, será castigado como autor de delito de esclavitud con la pena de prisión de ocho a doce años.

Es la opción que más se ajusta a los estándares internacionales (7) , pero este no puede ser el argumento definitivo (el que nos «homologue» a otros países) para defender la inclusión de esa estructura en el ordenamiento penal español. Es perfectamente posible adaptar o traducir las definiciones internacionales al Derecho interno, y, de hecho, es deseable porque el recurso a conceptos que ya existen y que tienen un bagaje normativo facilita su aplicación (8) . Partiendo de esta idea y de que, a su parecer, los conceptos y las definiciones de esclavitud y servidumbre parecen encorsetadas y obsoletas (9) , Pomares Cintas (una de las mayores expertas sobre la materia en España) ha defendido la creación de un único delito que englobe todas las formas de explotación económica severa (modelo que he denominado «diferenciador»). En concreto, en 2022 publicó la siguiente propuesta de incriminación, que es la reelaboración de una propuesta que había hecho en 2017:

Quien, ejerciendo sobre otra persona un poder de disposición o control, la obliga a realizar prestaciones, servicios o actividades, de cualquier naturaleza, reduciéndola o manteniéndola en un estado de sometimiento [...]

La reducción o el mantenimiento del estado de sometimiento de la víctima a que se refiere el párrafo anterior tendrá lugar cuando la conducta se realiza mediante violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de vulnerabilidad de la misma.

Para valorar la gravedad de dicho estado de sometimiento forzado se tendrá en cuenta el grado de control o disposición que se ejerce sobre la víctima, los espacios de libertad personal restringidos, y la entidad de los medios

utilizados para doblegar o anular su voluntad (10) .

Aunque en la propuesta «indiferenciadora» se encuentran todos los ingredientes de la del Anteproyecto, la adopción de un modelo «diferenciador», construido como una especie de escalera con situaciones de distinta gravedad, presenta tres grandes ventajas desde las perspectivas del principio de proporcionalidad y de legalidad, razones por las que creo que debería mantenerse.

Mitiga los problemas de proporcionalidad e inseguridad jurídica que generan los tipos penales excesivamente amplios que también, y necesariamente, incorporan horquillas penales muy amplias

En primer lugar, mitiga los problemas de proporcionalidad e inseguridad jurídica que generan los tipos penales excesivamente amplios que también, y necesariamente, incorporan horquillas penales muy amplias. Estos problemas se han puesto especialmente de relieve a raíz de la reforma de los delitos sexuales con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LA LEY 19383/2022): dándole a los aplicadores del derecho indicaciones precisas para distinguir, evitamos diferencias de trato excesivas entre casos materialmente idénticos. Como señala Lascuráin Sánchez, «también la iniquidad admite grados» (11) , y, de hecho, distinguir más y no menos lo que muestra es un progreso técnico-jurídico especialmente respetuoso con la seguridad jurídica y evita los efectos

perniciosos en la prevención: si el precio que tiene que pagar el delincuente es aparentemente el mismo, tenderá a elegir la conducta que sea más grave (12) . Esto, además, evita otros posibles efectos no deseados derivados de las reglas (obligatorias) de fijación de las consecuencias jurídicas del delito: el art. 62 CP (LA LEY 3996/1995), por ejemplo, obliga a rebajar la pena uno o dos grados cuando el delito se comete en grado de tentativa. Si un único tipo penal abarca todas las conductas que van de trabajo forzoso a esclavitud, se homogeneiza el tratamiento de la tentativa de ambas conductas, aunque una sea más grave que la otra, de la misma manera que lo hace si se aprecian dos atenuantes o una muy cualificada (art. 66 CP (LA LEY 3996/1995)). Por más que la pena del tipo sin modificar se pueda graduar atendiendo a la mayor o menor gravedad de los hechos, cuando concurre alguna de estas circunstancias gran parte de esta flexibilidad desaparece. Por lo tanto, cuanto más ajustadas sean las conductas a las categorías de gravedad, más justas serán también las soluciones que se alcancen (13) .

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, la opción «diferenciadora» es más ventajosa porque deja claras cuáles son las razones que llevan a graduar la pena, es decir, qué se valora negativamente para castigar más. El modelo «indiferenciador» de Pomares Cintas también las explicita, pero el que eso no lleve a una consecuencia jurídica concreta (por ejemplo, una referencia a que, si concurre violencia o intimidación, o si se priva de libertad, debe ponerse la pena en su mitad superior) nos lleva al problema anterior en relación con el principio de proporcionalidad porque un mismo hecho puede ser valorado de manera muy distinta en función del juzgador. Tal y como nos recuerda Agustina Sanllehí, «la cuestión de cómo se configura la escala de penas en un sistema de Derecho penal resulta decisiva para lograr una respuesta armónica (y, por tanto, justa) ante las distintas infracciones penales» (14) .

Por último, la tercera ventaja es la más difícil de medir, y es el potencial comunicador de los conceptos: en el modelo «indiferenciador» es tan autor de un delito de explotación forzosa el que compele a otro a trabajar que el que esclaviza, y, puesto que se trata de una palabra que ya se utiliza en el propio delito de trata de personas y que es empleada con cierta frecuencia por los tribunales (15) , no veo la razón para renunciar al estigma asociado a la palabra esclavitud y asignarlo a aquel que efectivamente esclaviza (y solo a él).

B) La exclusión de las condiciones laborales del tipo básico de trabajo forzoso

Como he mencionado, los delitos de esclavitud se construyen como una escalera donde cada escalón contiene, como mínimo, el injusto del trabajo forzoso. En otras palabras: el trabajo forzoso es el tipo básico, y la servidumbre y la esclavitud, modalidades agravadas. El injusto *extra* que suponen las restricciones de libertad en las distintas esferas es lo que nos permite dar el «salto» de tipo y de pena. Lo que comparten, por tanto, es una negación de la capacidad de autodeterminación de la persona proyectada en ciertos ámbitos: en el trabajo forzoso se determina a la víctima a trabajar; en la servidumbre, además, a habitar en un sitio; y en la esclavitud, además de lo anterior, se la priva *totalmente* de cualquier esfera de autonomía (16) .

Vemos que estas conductas tratan, sobre todo, de privación de autonomía y de instrumentalización, que, al menos

en el caso de la esclavitud, dejan a la persona expuesta a cualquier abuso potencial (17) . Y hasta cierto punto, también engloban un *aprovechamiento* del valor de uso de la persona, de cuyo rendimiento (trabajo) se apropia el agresor (18) . No obstante, esto es distinto a afirmar que las conductas necesariamente deberían incorporar la referencia a condiciones laborales o de vivienda particularmente degradantes o vejatorias como parte del tipo básico, como ha defendido una parte cualificadísima de la doctrina (19) . Ellos defienden que debe ser trabajo forzoso no solo aquel que no solo se impone coactivamente, sino que, además, tiene naturaleza degradante o abusiva, para evitar que encajen en un mismo delito conductas que, a su juicio, no son equiparables. Stoyanova pone los ejemplos de un empresario que amenaza a un trabajador con el despido, o el de un Estado que obliga a prestar un servicio bien remunerado bajo la amenaza de retirar las prestaciones sociales. A su juicio, estas conductas no son equiparables a aquellas en las que normalmente pensamos, que son las formas de explotación extrema de personas vulnerables (20) .

En realidad, los ejemplos que utiliza son poco problemáticos porque constituyen acciones permitidas por nuestro ordenamiento, pero vamos a emplear uno que tenga los ingredientes que propone, esto es, trabajo no justificado realizado sin consentimiento y con una remuneración posterior. Por ejemplo, una mujer obligada a prostituirse y a la que, tras ello, se le retribuye generosamente. Aquí se ve más claramente que la compensación posterior no elimina el «mal» del trabajo forzoso previo impuesto —instrumentalización de la persona para quedarse con su valor de uso—, al igual que la «compensación» después de una agresión sexual no elimina la ilicitud de la agresión (de hecho, puede parecer, incluso, un trato degradante posterior, piénsese en el agresor que arroja a la cara de la víctima un fajo de billetes después de ser violada). El injusto del delito de trabajo forzoso o la agresión sexual ya han tenido lugar, aunque podamos tener en cuenta la conducta subsiguiente, en algunas ocasiones, a efectos de atenuar la pena. Por esa razón, la decisión de no incluir lo abusivo de las condiciones como elemento para configurar el tipo de trabajo forzoso en el Anteproyecto merece una valoración positiva, lo que no impide que unas condiciones especialmente degradantes puedan tenerse en cuenta a efectos de agravación, como de hecho hace el propuesto art. 177 ter.4.a) (21) .

2. Los problemas de la reforma: la crónica de los problemas concursales anunciados

Los aspectos negativos de la reforma poco o nada sorprenden a quienes estén al tanto de las últimas incorporaciones de delitos en el Código Penal: los nuevos tipos se insertan en un contexto normativo muy recargado y normalmente se solapan con delitos ya existentes. Esto es poco problemático si las penas de ambas conductas coinciden, como por ejemplo ocurre con las lesiones hiperagravadas del art. 149.1 y la mutilación genital del art. 149.2 CP (LA LEY 3996/1995) (penas de prisión de 6 a 12 años). Pero sí lo es cuando llevan a soluciones muy distintas que sabemos o intuimos que son involuntarias. Suele mencionarse para ilustrar estos problemas la anterior regulación del delito de acoso sexual en el trabajo del art. 184.1 CP (LA LEY 3996/1995) (que modifica la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022)) y el delito de amenazas condicionales del art. 171.1 CP (LA LEY 3996/1995), porque se daba la circunstancia de que se acababan castigando más las amenazas condicionales que el acoso sexual, a pesar de que no había diferencias en la gravedad de las conductas y a pesar de que se intuía que la intención era precisamente la contraria (22) . Y, aunque en estos casos se proponía la aplicación del tipo penal más grave *ex art.* 8.4 (23) , no debe olvidarse que esta es una cláusula subsidiaria que solo se aplica en defecto de los criterios anteriores (que incluye el principio de especialidad, principio que en realidad parecía el aplicable cuando se daban los presupuestos fácticos del acoso).

Por lo tanto, el que se hayan creado nuevos delitos «de la nada» y el que esto no haya conllevado ningún ajuste en otras partes del Código debe hacernos sospechar. Y las sospechas se confirman cuando analizamos con detenimiento el régimen de delitos contra la libertad sexual, especialmente los delitos de prostitución coactiva, y los comparamos con los nuevos delitos de esclavitud, que obligan a imponer la pena en su mitad superior cuando concurra la circunstancia de «especial gravedad de la explotación sexual determinada por *agresiones sexuales reiteradas* sobre la víctima» (cursivas propias).

Así, las conductas que castiga el delito de prostitución coactiva de adultos del art. 187.1 CP (LA LEY 3996/1995) (24) son exactamente las mismas a las que se refiere el nuevo delito de trabajo forzoso cuando los servicios tienen naturaleza sexual. La única diferencia, al menos la única que yo alcanzo a distinguir, es la pena: el art. 187.1 CP (LA LEY 3996/1995) prevé una de 2 a 5 años de prisión y el nuevo art. 177 ter.1, de 5 a 8 años. A falta de una derogación de esta modalidad coactiva del delito de prostitución (25) , aquí sí creo que sería de aplicación el principio de

alternatividad del art. 8.4 CP (LA LEY 3996/1995) (26) .

Otro problema más enconado se presenta cuando ponemos este régimen en comparación con el de los delitos de agresión sexual fuera de los contextos de prostitución. No es difícil darse cuenta de que la aplicación de un delito, por ejemplo, de esclavitud sexual, que implica numerosos contactos sexuales no consentidos por existir un contexto intimidatorio además de otros injustos, puede implicar una pena inferior que un supuesto de violación grupal, donde se castiga la autoría (de propia mano) del delito de agresión sexual en concurso con la co-autoría o cooperación necesaria en el delito de los demás intervinientes (que puede llegar, como vimos en el caso *Arandina*, a 38 años de prisión) (27) . No es aceptable que pueda salir «más rentable» someter a alguien a esclavitud sexual que a una violación grupal (28) . Por esta razón, debería aquilatarse una respuesta adecuada a estas situaciones: si no se racionaliza el sistema de castigos de los delitos sexuales, que parece demasiado elevado en algunos casos (29) , debería incorporarse alguna cláusula como la del art. 187.3 CP para evitar soluciones claramente desproporcionadas.

También se plantean problemas de concursos con los delitos contra los derechos de los trabajadores (especialmente el art. 311.5º CP (LA LEY 3996/1995) (30)). Aunque se puede salvar la distinción sosteniendo que, en el caso del art. 311 CP (LA LEY 3996/1995) lo que se castiga es la imposición de *condiciones laborales* —por tanto, hay un sustrato de consentimiento previo que alcanza a la relación laboral— y no la imposición de la *condición de trabajador*, que entraría en el terreno del trabajo forzoso (31) , creo que en la práctica las conductas son casi indistinguibles (32) y, de hecho, la doctrina propone la aplicación de este art. 311.5º CP para castigar los supuestos de trabajo forzoso (33) . En definitiva, la reforma requeriría también una revisión de los delitos contra los derechos laborales para garantizar o facilitar una respuesta armónica.

3. Los aspectos mejorables de la reforma

Por último, voy a plantear las cuestiones que me parecen discutibles y que tienen que ver, fundamentalmente, con la propia definición del tipo de trabajo forzoso. Esta cuestión no es baladí si tenemos en cuenta que constituye el pilar sobre el que se construye el resto de delitos. Esta definición contiene tres partes: en la primera se refiere al ejercicio de un «poder de disposición o de control»; en la segunda, a la extracción de trabajo o servicio (objeto de protección); y la tercera, a los medios (violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad del agresor o de vulnerabilidad de la víctima) que se utilizan para extraer el trabajo. A continuación, voy a explicar por qué la primera parte es superflua o incluso contraproducente, y después, la razón por la que debería eliminarse o matizarse la referencia a los medios «engaño y abuso de situación de vulnerabilidad» como medios comisivos de este delito, observaciones que también son aplicables a los medios mediante los que se restringen otras esferas de libertad en los delitos de servidumbre y esclavitud.

A) Elementos superfluos de la definición

La frase «ejercicio de poder de disposición o de control», que parece una varita mágica en los delitos de esclavitud, en realidad no discrimina en absoluto ninguna situación

La frase «ejercicio de poder de disposición o de control», que parece una varita mágica en los delitos de esclavitud, en realidad no discrimina en absoluto ninguna situación. Un poder de disposición lo ejerce un empresario cuando envía al trabajador a una reunión en Barcelona. O cuando los padres obligan a su hijo a comer todos los domingos en casa en contra de su voluntad. O cuando el encargado de seguridad de una discoteca «obliga» a las personas que acaban de llegar a esperar en una fila en un sitio concreto.

Es cierto que estoy poniendo ejemplos de situaciones consentidas o justificadas. No obstante, si se está de acuerdo con que el «poder de disposición o de control» relevante penalmente depende *por completo* del resto del tipo penal (que haya unos trabajos exigidos sin consentimiento o con consentimiento viciado), y no al contrario, entonces debe estarse también de acuerdo con que es una frase superflua cuya existencia nada cambia el sentido del tipo. Al contrario, puede enturbiar su significado porque más adelante el delito de servidumbre (art. 177 ter.2) vuelve a referirse al «estado de dependencia o sometimiento», y el delito de esclavitud (art. 177 ter.3) a la «situación de absoluta disponibilidad» (34) .

B) Reflexiones necesarias sobre la relevancia del engaño y el abuso de vulnerabilidad en el consentimiento a la relación laboral

El delito de trabajo forzoso castiga a quien obliga a una persona a trabajar (35) sin consentimiento o con

consentimiento viciado. Los medios típicos aptos para eliminar o viciar el consentimiento los enumera el propio art. 177 ter.1: violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad (36) . Voy a explicar por qué con los dos últimos (engaño y abuso) se está pensando en realidad en situaciones estructuralmente equivalentes a la intimidación.

Los problemas del engaño como fuerza perturbadora del consentimiento se han puesto muy de relieve con los delitos sexuales y, en concreto, con la discusión sobre la calificación jurídica del fenómeno popularizado como *stealth* (37) . Aunque no se mencione expresamente como medio típico, el engaño tenía (y tiene) cierta relevancia en los delitos sexuales (38) . Existe un acuerdo generalizado, al menos en la doctrina española, en excluir la relevancia penal de aquellos engaños que se refieren a las contraprestaciones o motivos (José consigue tener relaciones sexuales con Sara porque finge que es director de cine, sabiendo que ella no hubiera consentido de haber sabido la verdad), y no aquellos referidos al alcance de la propia relación sexual (consiente sobre la penetración vaginal, pero no la penetración anal), que aquí sí se consideran actos sexuales no consentidos penalmente relevantes (39) . Para clarificar el «campo de juego» de los engaños causalmente decisivos se han identificado criterios como si las pretensiones de veracidad están o no cubiertas por la norma (40) ; o el tipo de contacto físico involucrado, siendo distinto uno con preservativo de otro sin él (41) .

Esa discusión también debería trasladarse, *mutatis mutandi*, el ámbito de la relación laboral. El tipo propuesto incorpora la palabra «engaño», pero a nadie se le escapa que no todos los engaños deberían ser casualmente relevantes. Pongo algunos ejemplos:

- A) Engaño sobre las cualidades personales del empleador:** persona que finge tener estudios de cine en una conocida universidad norteamericana, circunstancia que es determinante para que la persona firme el contrato de trabajo. El empleador sabe que no trabajaría para él si no fuera por su mentira.
- B) Engaño sobre las condiciones del trabajo:** persona que acepta un trabajo con una única condición: debe ser un contrato de 8 horas, porque necesita cotizar ciertas horas para la jubilación. El empleador le da de alta únicamente por 4 horas al día sin decírselo.
- C) Engaño sobre el pago del salario:** persona que acepta un trabajo porque sabe que va a recibir un sueldo a cambio y no sabe que la persona que la contrata no tiene intención de pagárselo. Pasa el tiempo, y llega un momento en el que no quiere abandonar el trabajo porque cree que si lo hace nunca recibirá el salario que se le debe.
- D) Engaño sobre el pago del salario (inverso):** persona que acepta un trabajo con la condición de no cobrar más del salario mínimo, y el empleador le paga más sin comunicárselo.

En todas las situaciones hay un consentimiento viciado, pero solo debería ser penalmente relevante al menos a efectos del trabajo forzoso aquel que afecte significativamente al bien jurídico protegido por el delito de trabajo forzoso

En todas las situaciones hay un consentimiento viciado, pero solo debería ser penalmente relevante —al menos a efectos del trabajo forzoso— aquel que afecte significativamente al bien jurídico protegido por el delito de trabajo forzoso. El objeto sobre lo que recae el engaño, por tanto, importa por su capacidad para generar un daño: no es lo mismo engañar sobre la cualidad de la persona o sobre condiciones que no afecten a las posibilidades de supervivencia del trabajador, que sobre un elemento que lo haga estar en una condición mucho peor, como en el caso del *engaño sobre el pago del salario*, a diferencia del *engaño sobre el pago de salario (inverso)*.

El elemento «abuso de situación de vulnerabilidad» también presenta unos problemas similares, aunque en este caso tenemos una definición auténtica en el delito de trata (art. 177 bis.1 CP (LA LEY 3996/1995)): se abusa de la situación de la vulnerabilidad cuando la persona no tiene más alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso (42) . En el ámbito laboral, no obstante, aceptamos cierto margen para un consentimiento no del todo libre. A nadie se le escapa que muchas personas aceptan trabajar porque la alternativa es peor. Por lo tanto, no toda instrumentalización de una situación de necesidad es penalmente relevante. Nuevamente es más fácil verlo con ejemplos:

- A) Caso de la ONG:** una ONG contrata a personas en riesgo severo de exclusión social.
- B) Caso de los invernaderos:** una empresa contrata a personas en situación administrativa irregular, en

riesgo de exclusión social, para que trabajen en unos invernaderos.

- a. Variante 1: las condiciones laborales son razonables.
- b. Variante 2: las condiciones laborales son muy abusivas.

En el primer caso, y sin más datos, difícilmente puede sostenerse que la ONG esté sometiendo a trabajo forzoso a esas personas por muy vulnerables que sean. Además de que supondría infantilizarlas por completo, impidiéndoles consentir y negándoles sus posibilidades de autodeterminarse, no se puede decir que exista antijuridicidad material o que la injerencia de la ONG ponga en riesgo el bien jurídico. Y es la misma situación que la de la variante 1 del *caso de los invernaderos* porque la persona se encuentra en mejor condición ahora que antes de iniciar la transacción. Esto no impide que pueda sancionársele por otros motivos penales o administrativos.

La variante 2, no obstante, es distinta porque las personas se encuentran en una situación peor después de iniciar la transacción (teniendo en cuenta no solo lo que ganan, sino lo que dejan de obtener) que sí pone en riesgo su supervivencia. Es entonces cuando cobran importancia otros factores que convierten la situación en algo parecido estructuralmente a una intimidación creada por la actuación antijurídica del empleador: las personas, en ese contexto, simplemente «eligen» el menor de los dos males (continuar trabajando en condiciones de explotación) para evitar el mal mayor. El empleador no podría aducir que pensaba que estaban consintiendo porque, a diferencia de la variante 1, hay una situación perjudicial que es imputable a su injerencia antijurídica (no pagarles).

El «abuso de situación de vulnerabilidad», por tanto, aunque discrimina algunos casos porque alude al *abuso* y no meramente a la instrumentalización de una situación de vulnerabilidad, no discrimina lo suficiente porque si se extiende demasiado llegaríamos a consecuencias que no estamos dispuestos a aceptar, como que las personas vulnerables no pueden consentir. En realidad, cuando el tipo del art. 177 ter CP se refiere al abuso de situación de vulnerabilidad como forma de someter a una persona a trabajo forzoso (castigándolo nada más y nada menos que con una pena de 5 a 8 años de prisión) debe estar pensando en supuestos equivalentes a la intimidación, situaciones que se crean más fácilmente cuando las personas parten de una situación vulnerable.

En definitiva, lo anterior me lleva a afirmar que, por regla general, los medios típicos «engaño» y «abuso de situación de vulnerabilidad» deberían ser causalmente relevantes para el trabajo forzoso cuando conduzcan a una situación intimidatoria o violenta que ponga en riesgo el bien jurídico, circunstancia que debería reflejarse de alguna manera en el tipo penal (dejando quizás la referencia al abuso cuando se trate de menores o personas con discapacidad (43)). Al final, una razonable interpretación teleológica restrictiva del «engaño» o «abuso» hace que estos no sean distinguibles de la intimidación en lo sustancial cuando las víctimas son adultas.

III. Conclusión

Como anunciaba al principio, el objetivo de mi trabajo era contribuir al debate público sobre la incorporación al mundo de las normas penales de los delitos de esclavitud en el Anteproyecto de la ley integral contra la trata. La valoración general es positiva: el propuesto artículo 177 ter.1 presenta una estructura proporcionada que diferencia tanto en la etiqueta como en la pena situaciones de distinta gravedad, lo que es más ventajoso en términos de seguridad jurídica, igualdad material y justa asignación de estigma.

El Anteproyecto suspende, no obstante, en lo relativo al engarce de los nuevos delitos en un Código Penal que ya castiga, y a veces mucho, muchas de esas conductas. Los problemas concursales pueden anticiparse cuando se observa que las nuevas conductas típicas coinciden casi por completo con las que ya describen los delitos de imposición de condiciones laborales mediante violencia o intimidación o los delitos de prostitución coactiva, castigados con una pena sensiblemente inferior. Más perturbadora resulta la comparación con los delitos de agresión sexual, que se castigan con una pena significativamente superior, porque el resultado (seguramente no deseado) es que puede castigarse más un supuesto de violación grupal que una situación de esclavitud sexual.

Por último, propongo mejoras en la definición del tipo de trabajo forzoso. Por un lado, sugiero la eliminación de frases superfluas, como la de «estado de dependencia o sometimiento», que solo confunde y nada añade. Por otro, argumento que deberían eliminarse o matizarse las referencias al engaño y al abuso de situación de necesidad como medios típicos porque los que son (o deberían ser) penalmente relevantes resultan en realidad reconducibles a la estructura de la intimidación: el engaño porque, sin más, no pone el riesgo el bien jurídico. Y el abuso de una situación de vulnerabilidad porque, sin ponerlo en relación con un contexto intimidatorio, puede llevarnos a negar la

posibilidad de consentir de grupos vulnerables.

Necesitamos nombres que designen realidades sociales que no podemos tocar para poder tomar posición ante ellas. Pero los nombres, sin una buena definición detrás, no son más que una cáscara vacía o, peor, herramientas que pueden usarse con fines distintos a los previstos o queridos. Una vez reclamado el nombre (el continente), debemos dejar bien atado el contenido para que diga exactamente lo que queremos decir (o prohibir).

IV. Bibliografía

AGUSTINA J. R. (2023). «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la "confusión típica" a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en AGUSTINA, J. R. (coord.), *Comentarios a la Ley del «solo sí es sí»*. Barcelona: Atelier, pp. 37-50.

ÁLVAREZ GARCÍA, J. (2023). «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LA LEY 19383/2022)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 25, pp. 1-28.

BASSO, G. J. (2019). *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Madrid: Marcial Pons.

CANCIO MELIÁ, M. (2022). «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal2023*, Madrid: Francis Lefebvre.

— (2016). «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal2023*, Madrid: Francis Lefebvre.

CASTELLVÍ MONSERRAT, C., MINGUEZ ROSIQUE, M. (2021). «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealth*», *Diario La Ley*, No. 9962.

CHALMERS, J., LEVERICK, F. (2008). «Fair Labelling in Criminal Law», *Modern Law Review*, Vol. 71, No. 2, pp. 217-246.

COCA-VILA, I. (2022). «El *stealth* como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio (LA LEY 341209/2021) y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (LA LEY 262338/2020)», *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal. Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès*, No. 4, pp. 294-308.

CORNFORD, A. (2022). «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Criminal Law*, Vol. 42, No. 2, pp. 985-1011.

CORTINA ORTS, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona: Paidós.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019). «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 21, No. 10, pp. 1-29.

DOUGHERTY, T. (2013). «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, Vol. 123, pp. 717-744.

FARALDO CABANA, P. (2019). «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», *Revista de Derecho Penal y Criminología. 3.ª Época*, No. 22, pp. 381-420.

GILI PASCUAL, A. (2021). «*Stealth*»: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, No. 135, pp. 85-134.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (2023). «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA, J. R. (coord.), *Comentarios a la Ley del «solo sí es sí»*. Barcelona: Atelier, pp. 51-62.

— (23 de noviembre de 2022). «Las penas de los delitos sexuales: tres preguntas», *El País*.

— (2020). «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (y II)», *Almacén de Derecho*.

LUCIFORA, A. (2019). «From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labour after the Chowdury case», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, No. 3, pp. 251-267.

MAQUEDA ABREU, M. L. (2018). «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., SAINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (dirs.), *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Madrid: Dykinson, pp. 1251-1264.

- (2009). *Prostitución, Feminismos y Derecho Penal*. Granada: Comares.
- NAVARRO FRÍAS, I. (2010). *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Comares.
- PÉREZ ALONSO, E. (2022). «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 24, pp. 1-50.
- POMARES CINTAS, E. (2022). «¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del plan de acción nacional contra el trabajo esclavo y las víctimas olvidadas», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 42, pp. 1-36.
- (2017). «Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares», en PÉREZ ALONSO, E. (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 775-794.
- (2013). *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- POZUELO PÉREZ, L. (2022). «La agresión sexual en autoría mediata. Proxetas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, Vol. 1, pp. 206-229.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2023). «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA, J. R., *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*. Barcelona: Atelier, pp. 167-177.
- STOYANOVA, V. (2017). *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2021). «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 41, pp. 1-57.
- VALVERDE-CANO, A. B. (2023). *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022). «La ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en España: el porqué y el cómo de una propuesta de lege ferenda», en RODRÍGUEZ VÁZQUES, J. R. (coord.), *V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud Veinte años después del Protocolo de Palermo. Tomo I*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, pp. 349 - 388 : <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/187574/V%20Congreso%20Jur%c3%addico%20Tomo%20I.pdf?sequence=6&isAllowed=y> [último acceso 30/03/2023]
- (2021). «¿Lo sé cuándo lo veo? El bien jurídico a proteger en las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 23, No. 14, pp. 1-34.
- (2017). «Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el Código Penal español», en PÉREZ ALONSO, E. (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 426-445.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2022). «Introducción: acerca de la conveniencia de una Ley Integral para afrontar la trata y la explotación severa de seres humanos», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 29-50.
- (2016). «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi.
- (2013). «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.^a Época, No. 10, pp. 293-342.
- WITTGENSTEIN, L. (1974). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Londres: Routledge.

(1) Quiero agradecer especialmente los comentarios a las ideas de este texto realizados en el VI Congreso Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, celebrado en la Universidad de Granada los días 23 y 24 de marzo de 2023 (y fuera de él), a Esteban Pérez Alonso, Inmaculada Ramos Tapia, Esther Pomares Cintas, Paz de la Cuesta Aguado, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Octavio García Pérez y Leopoldo Puente Rodríguez. Lo malo (o poco convincente) que quede en el texto es únicamente imputable a su autora.

- (2) CORTINA ORTOS, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017, pp. 18-19. Se trata de una idea que estaba presente desde mucho antes. No puede dejar de reseñarse aquí la conocidísima frase de WITTGENSTEIN de que «los límites del lenguaje son los límites de mi mundo» de su *Tractatus Logico-Philosophicus*, Routledge, Londres, 1974, *passim*.
-
- (3) Como hacen, por ejemplo, la STS 554/2019, de 13 noviembre (LA LEY 164835/2019) (que confirma la resolución que castiga por delitos de trata en concurso con delitos de prostitución coactiva y atentados contra los derechos de los trabajadores); o la SAP de Sevilla (Sección 3ª) 318/2022 (LA LEY 210783/2022), de 22 julio o la de la SAP de Sevilla (Sección 1ª) 494/2021, de 26 noviembre (LA LEY 231265/2021) (ambas castigan por trata de seres humanos en concurso con delitos de explotación laboral del art. 312.2 CP (LA LEY 3996/1995)).
-
- (4) Esto lo había señalado especialmente VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, No. 10, 2013, pp. 336-341, y también en VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Introducción: acerca de la conveniencia de una Ley Integral para afrontar la trata y la explotación severa de seres humanos», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 34; pero también TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 41, 2021, p. 31; POMARES CINTAS, E., «¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del plan de acción nacional contra el trabajo esclavo y las víctimas olvidadas», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 42, 2022, pp. 1-36 (aunque lo había sostenido en muchas otras ocasiones); LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (y II)», *Almacén de Derecho*, 10 de junio de 2020; PÉREZ ALONSO, E., «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 24, 2022, pp. 41-47; VALVERDE-CANO, A. B., «Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el Código Penal español», en PÉREZ ALONSO, E. (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 426-445 (aunque lo abordo con muchísimo más detalle en mi tesis doctoral). MAQUEDA ABREU había propuesto la creación de un delito de servidumbre para abarcar situaciones no cubiertas por el antiguo concepto de esclavitud en *Prostitución, Feminismos y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2009, pp. 125 y ss.; y, más adelante, la creación de un concepto que aunara todas prácticas de explotación extrema que equivalen a la cosificación (con independencia de cómo se llame tal delito) en MAQUEDA ABREU, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., SAINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (dirs.), *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 1263.
-
- (5) Si alguien preocupado por el populismo punitivo alberga dudas sobre la necesidad de incluirlos expresamente, y sospecha de que puede tratarse de otra suerte de descargo en el Derecho penal de los problemas que requieren otro tipo de respuestas, me remito a otro trabajo en el que desarrollo extensamente las razones por las que considero que la criminalización específica es más proporcional que la actual regulación: VALVERDE-CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 297-376 (esquema aplicable, por cierto, a cualquier propuesta de incriminación).
-
- (6) Nótese aquí la observación de LA CUESTA AGUADO, realizada durante el Congreso, de que sería conveniente diferenciar entre abuso de situación de superioridad *del autor*, y el abuso de situación de necesidad o de vulnerabilidad *de la víctima*.
-
- (7) A esta «tríada» aluden normalmente los tratados internacionales, como el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), y están definidos en instrumentos distintos: el concepto de esclavitud aparece por primera vez en la Convención de 1926 sobre la Esclavitud; el de servidumbre en la Convención Suplementaria de 1956 sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud; y el de trabajos forzados en el Convenio No. 29 de la Organización Internacional del Trabajo, en 1930.
-
- (8) Es muy crítica con esta forma de legislar (y con razón) MAQUEDA ABREU, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, ¿pero qué son?», *cit.*, p. 1263; y también VALVERDE-CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, *cit.*, p. 414 (donde aludo a algunas de las razones por las que es imprescindible traducir los conceptos que proceden del Derecho internacional al lenguaje de los ordenamientos nacionales, especialmente si generan algún tipo de responsabilidad penal).
-
- (9) POMARES CINTAS, E., «¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del plan de acción nacional contra el trabajo esclavo y las víctimas olvidadas», *cit.*, pp. 11 y 13.
-
- (10) *Ibid.*, pp. 28-29, donde indica que «[e]n lugar de diversificar los conceptos de esclavitud, servidumbre y servicios o trabajos forzados contenidos en el art. 4 CEDH (LA LEY 16/1950), y en el art. 177 bis.1 CP (LA LEY 3996/1995), se propone una formulación capaz de englobar el sustrato esencial que fundamenta el relieve penal de todo sometimiento forzoso a una situación de explotación (p. 24). Las bases de esta propuesta las encontramos en POMARES CINTAS, E., «Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares», en PÉREZ ALONSO, E. (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 787-788.
-
- (11) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA, J. R. (coord.), *Comentarios a la Ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 53.
-
- (12) «De ahí proviene toda una laboriosa tradición penal empeñada en aquilatar minuciosamente el desvalor de las conductas antisociales y en desgranar y especificar los conceptos que lo expresan»: *ibid.*
-
- (13) A la vertiente igualitaria del principio de legalidad se refiere, por ejemplo, NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada, 2010, pp. 40 y ss.; y también tiene que ver con lo que los angloamericanos han acuñado como *fair labelling*: CHALMERS, J., LEVERICK, F., «Fair Labelling in Criminal Law», *Modern Law Review*, Vol. 71, No. 2, 2008, pp. 217-246; y también, más recientemente, CORNFORD, A., «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Criminal Law*, Vol. 42, No. 2, 2022, pp. 985-1011. Desarrollo más esta idea en VALVERDE-CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, *cit.*, pp. 296-297, 367-370.
-
- (14) AGUSTINA J. R., «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la "confusión típica" a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en

el sistema de penas", en AGUSTINA, J. R. (coord.), *Comentarios a la Ley del "solo sí es sí"*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 39. Esta idea (y otras más amplias sobre determinación judicial de la pena) aparece también extraordinariamente bien explicada en BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 329-334.

- (15) Véase, por ejemplo, la STS 656/2023, de 1 de marzo, y la STS 396/2019, de 24 de julio (LA LEY 104628/2019) —frecuentemente reproducida en resoluciones posteriores—, que indica: «No hace falta irse a lejanos países para observar la esclavitud del siglo XXI de cerca, simplemente adentrarse en lugares tan cercanos, a lo largo de los márgenes de nuestras carreteras, en donde hallar uno o varios clubs de alterne en cuyo interior se practica la prostitución con personas forzadas, esclavizadas, a las que, sin rubor alguno, se compra y se vende entre los distintos establecimientos, mientras tales seres humanos se ven violentados a "pagar" hasta el billete de ida hacia su indignidad».
- (16) Análisis con detenimiento cada una de estas figuras y sus condiciones «necesarias y suficientes», con perspectiva histórica, en: VALVERDE-CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, cit., pp. 65-116 (esclavitud); 117-162 (servidumbre); 163-204 (trabajo forzoso). De hecho, mi propia propuesta de delito, publicada antes del propio Anteproyecto, es muy similar: VALVERDE-CANO, A. B., «La ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en España: el porqué y el cómo de una propuesta *de lege ferenda*», en RODRÍGUEZ VÁZQUES, J. R. (coord.), *V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud Veinte años después del Protocolo de Palermo. Tomo I*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2022, pp. 361-362. Propuse un artículo 162 ter CP en los siguientes términos: «Será castigado como reo de *trabajos o servicios forzados* con la pena de prisión de cinco a ocho años quien, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la compeliere u obligare a realizar, para sí o para un tercero, trabajos o servicios, incluyendo la mendicidad, la realización de actividades delictivas, o prestaciones o actividades de naturaleza sexual. Quien, además de la conducta descrita en el apartado anterior, obligue a la persona a habitar en un determinado lugar o utilice medios o procedimientos para mantenerla en dicha situación e impedir que pueda abandonarla, quedando así sometida a la voluntad de otra persona y siendo dependiente de ella, será castigado como reo de *delito de servidumbre* con la pena de prisión de seis a nueve años. Quien, además de la conducta descrita en el apartado anterior, someta o mantenga a otra persona en una situación de absoluto control o dominio, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona y de su vida, será castigado como reo de *delito de esclavitud* con la pena de prisión de ocho a doce años».
- (17) Me refiero a que esto en realidad supone un atentado contra la personalidad jurídica («derecho a tener derechos»), como concreción a la lesión de la dignidad que normalmente propone la doctrina como bien jurídico en estos delitos en: VALVERDE-CANO, A. B., «¿Lo sé cuándo lo veo? El bien jurídico a proteger en las conductas de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 23, No. 14, 2021, pp. 1-34.
- (18) VALVERDE CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, cit., p. 285.
- (19) STOYANOVA, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 270 y ss.; y LUCIFORA, A., «From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labour after the Chowdury case», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, No. 3, 2019, pp. 263 y ss.
- (20) STOYANOVA, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, cit., p. 277.
- (21) «4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que se impongan condiciones de trabajo o cualesquiera condiciones de vida particularmente degradantes o vejatorias.»
- (22) Cfr., las versiones del *Memento Práctico Penal* de 2023 (a cargo de CANCIO MELIÁ, M., núm. 9423) y de 2016 (también de CANCIO MELIÁ, M., núm. 9447): MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.
- (23) Como hace, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, C., en *Memento Práctico Penal 2023*, cit., 2016, núm. 9447.
- (24) «1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años.»
- (25) Como, de hecho, propongo en VALVERDE-CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, cit., pp. 502-503; y también PÉREZ ALONSO, E., «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español», cit., p. 32.
- (26) Confieso que esta solución me plantea problemas debido a la cláusula del art. 187.3 CP (LA LEY 3996/1995) («3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida»), que implica, en realidad, que el régimen sea *potencialmente* mucho más punitivo que el de trabajos forzados sexuales al poder castigarse la imposición del estado de trabajador sexual en concurso con las agresiones sexuales correspondientes, que serán todas las que conozca la persona (proxeneta) que obliga a la víctima a prostituirse. Esta cláusula, no obstante, ha tenido una reducidísima incidencia práctica, como demuestra POZUELO PÉREZ, L. en «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, Vol. 1, 2022, especialmente pp. 224-225.
- (27) Véase la discusión en FARALDO CABANA, P., «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.^a Época, No. 22, 2019, pp. 392-395 y 409-413 (sobre el caso de los exjugadores de La Arandina).
- (28) No es aceptable, por ejemplo, que sea más conveniente para una posible defensa seguir la estrategia de demostrar que el agresor sometió momentáneamente a la víctima a esclavitud sexual, en lugar de que intervino en un acto de agresión sexual grupal.
- (29) ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LA LEY 19383/2022)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 25, 2023, pp. 21-24; Díez Ripollés, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual

identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 21, No. 10, 2019, p. 26. La incomodidad generalizada de la doctrina española acerca de la hiperinflación de las penas del régimen de delitos contra la libertad sexual (y la distorsión que eso irradia en el resto de delitos del CP) lo explica muy bien LASCURAÍN SÁNCHEZ cuando responde a la pregunta de «¿es necesariamente malo reducir las penas en los delitos sexuales?» en la columna de opinión de *El País*: «Las penas de los delitos sexuales: tres preguntas», *El País*, 23 de noviembre 2022.

- (30) «5.º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores [inclusive la imposición de condiciones laborales perjudiciales] se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado».
- (31) 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. En el mismo sentido también DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 115; véase la discusión en VALVERDE-CANO, A. B., *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, cit., pp. 327-335.
- (32) Al menos, por el elemento distorsionador que supone la exigencia de utilización de ciertos medios comisivos (engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación).
- (33) VILLACAMPA ESTIARTE, C., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1153; TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», cit., pp. 29-30.
- (34) Esta fue, de hecho, una de las observaciones de LA CUESTA AGUADO en el *VI Congreso Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud*, el 23 de marzo.
- (35) Trabajo que debería no consistir en un único acto aislado (susceptible de ser castigado como coacción), sino que debería tener un componente tendencial de ocupación.
- (36) Nótese que estos parecen proceder del delito de trata del art. 177 bis.1 CP (LA LEY 3996/1995), por lo que las observaciones que se hagan aquí son aplicables también en el contexto de la trata.
- (37) Véase, por ejemplo, el interesantísimo análisis de CASTELLVÍ MONSERRAT, C., MINGUEZ ROSIQUE, M., «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealth*», *Diario La Ley*, No. 9962, 2021; el, igualmente interesante, estudio de COCA-VILA, I., «El *stealth* como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio (LA LEY 341209/2021) y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (LA LEY 262338/2020)», *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal. Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès*, No. 4, 2022, pp. 294-308; y la muy sugerente reflexión de RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA, J. R., *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 167-177; también resulta de enorme utilidad en este punto la lectura del trabajo de GILI PASCUAL, A., «*Stealth*»: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, No. 135, 2021, pp. 85-134.
- (38) Como explica COCA-VILA, antes de la reforma del año 2022, se había defendido que la limitación del estupro (relaciones sexuales obtenidas mediante engaño) a los engaños de personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años podía interpretarse, *sensu contrario*, como tendente a negar relevancia típica al engaño como medio comisivo de un delito de abuso sexual. Señala, no obstante, que la doctrina española se venía negando desde antes a limitar la relevancia de los engaños únicamente a efectos del estupro: COCA-VILA, I., «El *stealth* como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio (LA LEY 341209/2021) y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (LA LEY 262338/2020)», cit., p. 300.
- (39) En contra, algunas tesis radicalmente subjetivistas sostienen que el delito sexual protege única y exclusivamente la autonomía sexual, y cualquier engaño a la víctima sobre una condición *sine qua non* para obtener su consentimiento debería ser penalmente relevante: DOUGHERTY, T., «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, Vol. 123, 2013, pp. 717 y ss.
- (40) COCA-VILA, I., «El *stealth* como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio (LA LEY 341209/2021) y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (LA LEY 262338/2020)», cit., pp. 303-304.
- (41) Esta posición puede resumirse de la siguiente manera: como un acto sexual con preservativo es uno distinto a uno sin él porque en el último caso hay contacto directo entre membranas mucosas y en el primero no, y como para consentir un acto sexual resulta imprescindible ser consciente de él, no puede hablarse de contacto físico consentido cuando no se ha informado correctamente sobre el contacto físico concreto que implica ese acto sexual: CASTELLVÍ MONSERRAT, C., MINGUEZ ROSIQUE, M., «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealth*», cit.; interpretación que «compra» RAMOS VÁZQUEZ en «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», cit., pp. 169-170. De manera parecida, GILI PASCUAL sostiene que el *stealth* tiene entidad propia porque es un acto sexual *distinto*: GILI PASCUAL, A., «*Stealth*»: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», cit., p. 123.
- (42) Definición de vulnerabilidad que procede de la Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002 (LA LEY 9842/2002), relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI).
- (43) Soy consciente de que, como se me dijo en el Congreso, la completa eliminación de las referencias al engaño o al abuso podrían conducir a inesperados problemas de aplicación por los operadores jurídicos, excluyendo situaciones que deberían incluirse (sobre todo cuando las víctimas sean migrantes en situación administrativa irregular) porque no haya una intimidación muy clara (quizás, alguna como los casos de personas nigerianas a las que se les ha hecho un ritual vudú en su país y, una vez en España, son obligadas a trabajar o prostituirse). No obstante, si queremos evitar los problemas que enumero y, en la medida de lo posible y razonable, creo que debería hacerse una referencia a la equiparación estructural del engaño y el abuso a la intimidación (cuando la víctima sea adulta sin discapacidad relevante) para garantizar una respuesta armónica.