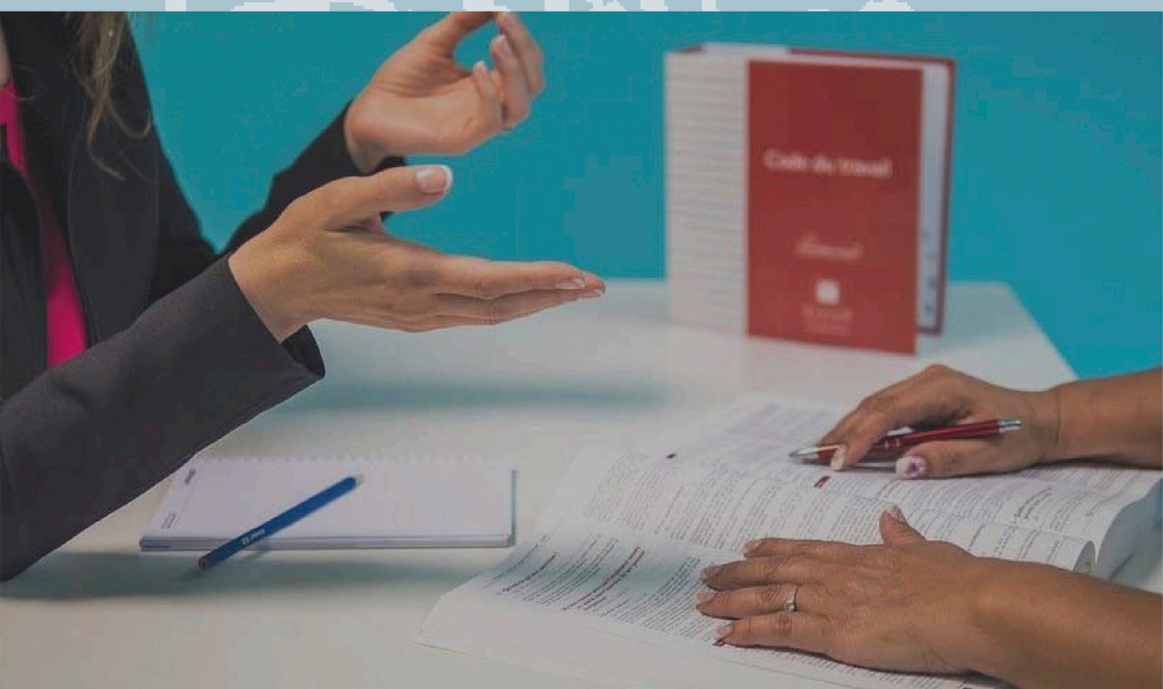


Superación de la doble pobreza de las mujeres víctimas de violencia de género

*Innovación y oportunidades
para el empleo*

COORDINADORAS

ANA VIDU
AITZIBER MUGARRA



**Superación de la doble pobreza de las
mujeres víctimas de violencia de género**
Innovación y oportunidades para el empleo

Ana Vidu
Aitziber Mugarra
(Coordinadoras)

Superación de la doble pobreza de las mujeres víctimas de violencia de género

Innovación y oportunidades para el empleo

Ana Vidu
Aitziber Mugarra
(Coordinadoras)

Organizan:



Colaboran:



INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE OÑATI

Colección “Derecho y Sociedad”
Editorial Dykinson
2021

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es> - <http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-600-2
Depósito Legal: M-18611-2021

ISBN electrónico: 978-84-1377-722-1

Índice General

Prólogo.....	9
Introducción	13

PRIMERA PARTE

Pacto de Estado contra la violencia de género: políticas públicas y propuestas legislativas

La protección sociolaboral de las víctimas de violencia de género tras el Pacto de Estado contra la Violencia de Género	17
Violencia de género y lugar de trabajo. Nuevos tiempos para viejos problemas	31
Profesiones jurídicas y género: roles familiares y estrategias de inserción laboral de jóvenes abogadas	51

SEGUNDA PARTE

Innovación y oportunidades para el empleo de las mujeres víctimas de la violencia de género

Nuevas medidas de protección social y económica de las víctimas de violencia de género	67
El empleo de las mujeres víctimas de violencia y el papel de la negociación colectiva.....	79
Nuevas oportunidades de empleo para las mujeres víctimas de violencia de género en el marco de la economía social y de la economía colaborativa	91
La agravante por razón de género como instrumento para luchar contra la violencia contra las mujeres: un debate sobre su eficacia	109

TERCERA PARTE

Visibilizando las formas invisibles de violencia de género

Situación de vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes temporeras de la fresa de Huelva: consideraciones en torno a las posibilidades de respuesta jurídico-penal y su eficacia preventiva	123
<i>Human due diligence</i> en la agricultura española: migración circular y la contratación en origen.....	145
Acoso Sexual de Segundo Orden (SOSH) como forma invisible de la violencia de género: innovación legal para abordar el acoso sexual	157
Trata de seres humanos desde una perspectiva de género	169

CUARTA PARTE

Estrategias de prevención de la violencia de género

El acoso sexual y sexista en el ámbito laboral: propuestas de prevención.....	187
Educación contra la desigualdad de género: aprendizaje-servicio como herramienta para fomentar la igualdad de género.....	201

Índice General

Estrategias de prevención de la violencia de género: sensibilización, concienciación y educación para prevenir la violencia de género.....	219
Un análisis de la pertinencia y acierto de la reforma de los planes de igualdad mediante el RDL 6/2019 de 1 de marzo.....	227
Abreviaturas	245
Resúmenes-Abstracts.....	249
Notas biográficas.....	259

Situación de vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes temporeras de la fresa de Huelva: consideraciones en torno a las posibilidades de respuesta jurídico-penal y su eficacia preventiva

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS¹¹⁸

1. Introducción

El sector fresero y de los frutos rojos constituye uno de los principales motores económicos de Huelva y, en general, de Andalucía, concentrando el 95% de la producción española. Según datos referidos a la campaña 2018/2019, se habrían destinado un total de 6045 hectáreas dedicadas al cultivo de la fresa, lo que ha supuesto una facturación de más de 450 millones de Euros, a pesar de que los precios han sido inferiores a los de campañas anteriores, pero en cualquier caso se ha requerido una elevada necesidad de mano de obra para una temporada de aproximadamente cinco meses, entre enero y mayo.¹¹⁹

Para cubrir la mano de obra en los meses de campaña, a principios de 2019 se ofertaron alrededor de 23.000 empleos, de los cuales ni un millar, en total 970, se cubrieron a través del Servicio Andaluz de Empleo, en una provincia con uno de los índices de paro más elevado, superior al 22%.¹²⁰ Para la campaña 2019/2020 el pronóstico se presenta similar. Si bien el pasado septiembre se sacaron 10.000 ofertas de trabajo local a través de la plataforma de Gestión de Empleo Agrario (GEA), de los 90.000 contratos que se prevén que se van a necesitar para la recogida de frutos rojos y cítricos solamente se habrían recibido 600 solicitudes en octubre, a pesar de que según el Servicio Andaluz de Empleo el paro vinculado al sector agrario habría subido un 4% en la provincia de Huelva.¹²¹

Los anteriores datos son suficientemente reveladores para indagar las razones por las que las y los trabajadores locales o de otras provincias del Estado han ido disminuyendo alarmantemente en este sector. Cuestión sobre la que la posición de la patronal y de los sindicatos no es coincidente, como no podía ser de otra manera. Para los primeros el descenso de trabajadoras y trabajadores locales se debería a la falta de interés. Para los sindicatos tendría que ver con las duras condiciones que implica el trabajo de temporera/o y las irregularidades e ilegalidades laborales que, en ocasiones, se cometen por las empresas

¹¹⁸ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación *Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021 (Referencia RTI2018- 095155-A-C22).

¹¹⁹ *Realidad de los asentamientos de la provincia de Huelva. Análisis, diagnóstico y propuestas*, Mesa de la Integración, 2017, p. 26-27.

¹²⁰ “Nadie quiere coger fresas en Huelva: 23.000 empleos ofertados y solo 970 solicitudes”. *La Voz del Sur*, 18 de febrero de 2019 (disponible en <https://www.lavozdelsur.es/nadie-quiere-recoger-fresas-en-huelva-23-000-empleos-ofertados-y-solo-970-solicitudes/>) [Acceso 15 noviembre 2019].

¹²¹ “Huelva no tiene quien recoja la fresa pese a contar con 9.000 parados en el campo”. *ABC Economía*, 6 de noviembre de 2019 (disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-huelva-no-tiene-quien-recoja-fresa-pese-contar-9000-campo-201911060217_noticia.html) [Acceso 15 noviembre 2019].

respecto del convenio colectivo aplicable. Para cubrir la mano de obra que se necesita, se viene recurriendo desde hace ya dos décadas en este y en otros sectores agrarios a la contratación de origen, instrumento desarrollado principalmente para campañas agrícolas que permite ordenar flujos migratorios. En esencia, ese mecanismo supone la autorización por parte del Ministerio de Trabajo de un cupo de personas extranjeras para ser contratadas en su país de origen por medio de una agencia, que se encarga de realizar el proceso de selección y contratación de las personas candidatas.

En el caso concreto del sector fresero de Huelva, los puestos de trabajo se cubren por medio de contrataciones colectivas en Marruecos, país con el que España tiene un acuerdo de contratación en origen para regular el acceso al mercado europeo por medio de la migración circular, a través de la Agencia Nacional de Promoción de Empleo de este país árabe (ANAPEC). Para la campaña de 2019 el Ministerio de Trabajo del Gobierno de España autorizó la contratación en origen de 19.170 temporeros para trabajar durante los aproximadamente 5 meses que dura la temporada, de los cuales 11.500 repetían respecto del año anterior. De cara a la campaña de 2020 que comenzará en breve, está previsto un contingente similar en cifra, 19.000 trabajadores, esperándose nuevamente que en un alto porcentaje sean personas trabajadoras que repiten del año o años anteriores.¹²²

A la luz de los datos que se acaban de exponer, ha de advertirse que prácticamente la totalidad de las personas temporeras contratadas en Marruecos son mujeres. Según una estadística realizada en 2011–2012 por el Instituto de Desarrollo Local de la Universidad de Huelva el perfil que presentaban estas mujeres es que eran de mediana edad, con una media de 38 años, de las cuales el 86% estaban casadas o divorciadas, un 45% eran de origen rural, tan solo el 5,4% había completado estudios secundarios, un 18 % contaba con estudios primarios y prácticamente el 75% no sabía leer ni escribir. Y otro dato más que opera como condición básica de contratación para garantizar el retorno a Marruecos una vez finalizada la campaña: algo más del 96% tenían hijos dependientes, una media superior a dos por temporera.¹²³ Las anteriores variables son reveladoras de la potencial y en la mayoría de las ocasiones real situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estas trabajadoras, en las que confluyen a la ya condición de trabajadora, siempre en situación de inferioridad respecto del empleador, la de ser mujer, inmigrante, con escasa o nula formación, en numerosas ocasiones sin conocimiento del idioma y solas en un país que no es el propio y que además necesitan el trabajo en la recogida de fresa, por deficientes que puedan ser las condiciones y lo escasamente remunerado que esté, puesto que en comparación es más el dinero que reciben que el que podrían obtener en Marruecos con un trabajo de esta naturaleza.

2. Situación de vulnerabilidad de las trabajadoras temporeras inmigrantes y derecho penal: esquema normativo general

La contratación en origen es un instrumento de regulación de la contratación que, en principio, debe ser positivamente valorado en el marco de las políticas de fomento del empleo. Ahora bien, la vulnerabilidad laboral y humana inherente a estas mujeres las

¹²² “El Gobierno autoriza la contratación de 19.179 trabajadoras de Marruecos”. *Huelva Información*, 3 de enero de 2019 (disponible en https://www.huelvainformacion.es/huelva/Gobierno-autoriza-contratacion-trabajadoras-Marruecos_0_1315068767.html) [Acceso 15 noviembre 2019]. En la campaña de 2019 fueron finalmente 15.000 las mujeres marroquíes temporeras desplazadas, puesto que algunos contratos no se formalizaron y en otros casos la trabajadora desistió en el último momento o no se presentó a la empresa para la que trabajaba y tampoco volvió a su país.

¹²³ La encuesta incluye otras variables, como la procedencia local de las temporeras y temporeros en Marruecos. Pazos García et al. 2012, p. 169-189.

convierte en el retrato perfecto para ser potenciales víctimas de abusos, laborales y sexuales, como formas de manifestación de violencia de género. Un repaso a la hemeroteca revela la sistemática asiduidad con la que se ha denunciado o puesto en entredicho las condiciones de vida de estas mujeres y la constante sospecha, en el mejor de los casos, de las violaciones de derechos bajo la cobertura de una prestación laboral regular.¹²⁴ Igualmente se han incoado varios procesos ante los tribunales sobre abusos sexuales y laborales acontecidos en este sector agrícola. Uno de ellos saltó a los medios de comunicación en junio de 2018, cuando un grupo de temporeras marroquíes denunciaron abusos sexuales por parte del dueño de la empresa, así como las precarias condiciones laborales que sufrían. En otro caso iniciado poco después, 4 mujeres habrían denunciado a sus empleadores por acoso sexual, interponiendo además una demanda laboral contra la empresa. Ambos casos, tras una serie de avatares, han finalizado en archivo.

La existencia de procesos judiciales no debe llevar a la afirmación de que en este ámbito es generalizada la ilegalidad y el abuso. Pero tampoco hay que pasar por alto el alarmante dato de que el sector agrario es uno de los sectores en los que la precariedad laboral se manifiesta con mayor agudeza, pudiendo ser la fuente para la comisión de irregularidades y, efectivamente en los casos más graves, de abusos con relevancia penal. La Sentencia nº 142/2014 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Huelva condenó a un empresario que empleó a varias trabajadoras extranjeras por delito contra la integridad moral¹²⁵ y por delito de acoso sexual,¹²⁶ al considerar el tribunal que los hechos enjuiciados suponían una afectación a la dignidad que trascendía a las vicisitudes de la relación laboral, con sustantividad propia por la humillación y degradación con las que trató a las víctimas: entrar sin permiso en las habitaciones de las trabajadoras, someterlas a control fuera de las horas de trabajo, levantarles sin consentimiento las ropas de cama para despertarlas, proferirles insultos no continuados de “putas”, “hijas de puta”, “tontas”, “inútiles” y “muertas de hambre”, impedir su relación con trabajadoras de otras fincas, arrojar agua sobre una trabajadora, no recibir asistencia médica y no respetar la prioridad de la vivienda.

Lo anterior es solo una pequeña muestra del catálogo de delitos que, en su caso, podrían entrar en juego al albur de eventuales abusos en el marco de la relación contractual.

¹²⁴ Además de las numerosas noticias sobre la situación de las temporeras del sector fresero a las que se puede acceder en la prensa, han tenido especial impacto, por un lado, el informe titulado «Violación en los campos», investigación realizada por la revista alemana *Correctiv* y publicada el 30 de abril de 2018, al que se le ha acusado de tener segundas intenciones económicas (disponible en <https://correctiv.org/en/top-stories-en/2018/04/30/rape-in-the-fields/>) [Acceso 15 noviembre 2019], así como en España el programa de *Salvados* dedicado a estas temporeras, emitido en la Sexta Cadena el 10 de marzo de 2019.

¹²⁵ Artículo 173 del Código Penal: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

¹²⁶ Artículo 184 del Código Penal: “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

En el caso expuesto se condenó por delito contra la integridad moral, equivalente a la tortura cometida por un particular. Además del delito de acoso sexual del art. 184 del Código Penal, se abre el abanico de las distintas figuras delictivas que protegen la libertad sexual, abuso sexual, agresión sexual y violación, con sus distintas circunstancias agravatorias. Igualmente, las situaciones de abuso pueden manifestarse en sus casos más graves como delitos contra la integridad física y salud personal o, en lo más extremo, delitos contra la vida, artículos 147 y siguientes para las lesiones y 138 y siguientes para el homicidio y el asesinato, respectivamente. También en el ámbito de la protección de la libertad, en sus distintas manifestaciones, encontramos los delitos de detención ilegal (artículo 163), y los delitos de amenazas y coacciones, tipificados en los artículos 169 y siguientes y 173 y siguientes del Código Penal, respectivamente.

No obstante, este trabajo va a limitar fundamentalmente el análisis de la protección penal de las trabajadoras en el plano de la prestación de la relación de trabajo, puesto que existe un marco normativo de protección gradual en naturaleza e intensidad, desde la órbita del Derecho Administrativo, hasta la protección penal que dispensan los delitos laborales e, incluso, como forma más severa de explotación laboral, el delito de trata de seres humanos encaminada a este fin.

3. Límites penales a la protección de la persona trabajadora

3.1. Planteamiento

Según se ha adelantado previamente, en lo que sigue se van a abordar algunas de las figuras delictivas que, en un plano teórico, pueden ser tenidas en consideración cuando se trata del proceso de reclutamiento y desplazamiento de las trabajadoras extranjeras que migran temporalmente a España en la época de la recogida de fresas. El análisis se centrará en la protección de la prestación laboral que realizan, por lo que se va a restringir principalmente a dos delitos: el delito de trata con fines de explotación laboral y con fines de explotación sexual, así como el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo. No van a ser objeto de estudio la aplicación de otras figuras delictivas, ya mencionadas anteriormente, que eventualmente podrían concurrir en determinados casos, así como otros tipos penales del Derecho Penal laboral, como es el delito relativo a la infracción de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo que pone en concreto peligro la vida o la integridad física del trabajador. Aunque esta figura delictiva ofrece un interesante abanico de opciones de aplicación, razones de espacio impiden su abordaje en el contexto de este trabajo.

Teniendo presente este marco, es necesario igualmente realizar varias observaciones previas.

En primer lugar, el Derecho Penal cumple una finalidad de protección de bienes jurídicos, es decir, un fin de tutela de las condiciones esenciales para el desarrollo del individuo y de su participación en la sociedad. Es así una finalidad preventiva que se va a proyectar en el marco de este trabajo sobre el fenómeno de la migración circular, en la medida en que existirían colectivos que, más allá de los casos particulares planteados ante los tribunales, calificarían el propio proceso de contratación y posterior trabajo de trata de seres humanos. En efecto, la trata de seres humanos es una vergonzosa realidad con diversas modalidades sobre la que existen sentencias condenatorias en España, destacadamente cuando tiene por finalidad la explotación sexual. A distancia, le sigue la trata laboral, siendo el trabajo agrícola de temporada uno de sus escenarios preferidos; en general aquellos sectores en los que se manifiesta con mayor crudeza la precariedad laboral y es terreno

abonado para la posible comisión de abusos e ilegalidades de distinta naturaleza y gravedad. Sentada esta base y sin perder de vista el fin preventivo del Derecho Penal, la exposición que sigue pretende poner de manifiesto algunas de las dificultades que entraña la aplicación de este y otros tipos penales orientados a la protección de la persona trabajadora en el específico contexto que motiva este trabajo.

En segundo lugar, debe advertirse que el Derecho Penal, a pesar de ofrecer una respuesta punitiva por vía del castigo y, por antonomasia, la imposición de una pena privativa de libertad frente a las conductas más graves calificadas de delito, no siempre es la más efectiva en términos preventivos. La mera respuesta punitiva una vez ocurrido el hecho es reactiva y aunque incuestionablemente resulta necesaria, despliega un insuficiente efecto preventivo si no se ve acompañada de otros mecanismos. Algunos pueden ser de naturaleza jurídico-penal; otras medidas no penales tratarían de incidir en una detección más temprana de situaciones de abuso sobre la vulnerabilidad de estas mujeres o del riesgo de sufrir abusos. A ello se dedicará la última parte de este trabajo.

A lo anterior debe añadirse, en tercer lugar, que la respuesta punitiva siempre ha de ser limitada o, mejor, restrictiva, pues toda intervención penal debe respetar los parámetros de razonabilidad constitucional que la legitiman (intervención mínima y última ratio, *non bis in idem* o prohibición de la doble sanción, principio de legalidad, principio de proporcionalidad, entre otros). Por ello no toda situación de vulnerabilidad e, incluso, ilegalidad en las condiciones laborales implica necesariamente que se haya cometido un delito, teniendo en cuenta que en el ámbito laboral la intervención penal es subsidiaria para la protección de los bienes jurídicos en juego. Gran parte de las conductas incriminadas en el Código Penal constituyen igualmente infracciones al orden social (fundamentalmente la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) o administrativo (Ley de Prevención de Riesgos Laborales, entre otras muchas). Cuestión distinta es la afectación de otros intereses dignos de tutela que eventualmente pueden verse vulnerados en el marco de la prestación laboral, como los ataques a la libertad sexual, a la salud o la vida, a la libertad personal, etc., dando lugar a otros delitos con autonomía propia. E, igualmente, la calificación de determinadas situaciones como de trata de seres humanos excedería el marco del delito laboral, con el que lindaría en el extremo de menor gravedad, para constituir uno de los crímenes más execrables que puede cometer el ser humano.

3.2. Delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral o explotación sexual

En verano de 2018, diez temporeras marroquíes presentaron una denuncia ante la Audiencia Nacional por delito de trata de seres humanos, así como por agresiones y abusos sexuales contra una empresa del sector de la fresa y sus propietarios. En fecha de 2 de octubre de este mismo año, la Audiencia Nacional se declaraba no competente para conocer de tales hechos, al considerar que ya estaban siendo enjuiciados por dos juzgados de instrucción de la Palma del Condado. La Audiencia Provincial de Huelva, mediante Auto de 18 de enero de 2019, revocó el auto de sobreseimiento provisional de los hechos por uno de los juzgados de instrucción, quedando pendiente la resolución del recurso sobre el sobreseimiento provisional que también dictó el segundo juzgado. La Audiencia Provincial señaló que debía procederse a tomar declaraciones a las denunciadas y practicar cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos. No obstante, el Juzgado de Instrucción volvió a archivar por segunda vez los hechos, por incomparecencia de las denunciadas, que a su vez habrían denunciado al Sindicato Andaluz de los Trabajadores que les apoyaba y asesoraba legalmente por apropiación indebida. Con independencia de lo controvertido de este caso y las consecuencias que ha tenido en el sector, algunas de ellas muy positivas para el fomento de

actuaciones de prevención y transparencia, debe insistirse en que ni debe adoptarse una postura generalizadora de la sistemática comisión de abusos, de naturaleza sexual o laboral, en este ámbito, como tampoco negar la posibilidad de su existencia. Por ello, en lo que sigue se procederá a analizar la calificación de trata en eventuales situaciones de explotación laboral en el escenario de las contrataciones en origen, destacando los principales problemas de aplicación que, con carácter general, suscita esta figura delictiva.

Los datos aportados por la Organización de Naciones Unidas indican que la trata se ceba fundamentalmente con la pobreza, busca sus víctimas entre los pobres, siendo el colectivo más predominante las mujeres, pues sufren una mayor inseguridad y precariedad en todos los ámbitos de la vida. Prueba de ello es que más del 70 % de las víctimas de trata en el mundo son mujeres y niñas.¹²⁷ Consciente de esta realidad, el legislador penal español introdujo en el año 2010 un artículo 177 bis en el Título VII bis del Código Penal, “De la trata de seres humanos”,¹²⁸ modificado en el año 2015 para dar transposición completa de la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/36/JAI del Consejo.

Conforme a la regulación actualmente vigente, se castiga en su tipo básico con penas de entre 5 a 8 años “(…) el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía (...)”.¹²⁹ Las penas imponibles serán de entre 8 a 12 años si la víctima es especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad, e igualmente cuando se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima.

A grandes rasgos, se está ante un delito en el que se castiga, alternativamente, todas las fases del proceso de trata, esto es, conductas de “reclutamiento” en el lugar de origen, movilización de personas y recepción o acogida,¹³⁰ realizadas por determinados medios ilícitos y con el propósito de llevar a cabo con ellas alguna de las finalidades que recoge la ley, de las que destacamos ahora la explotación laboral y la explotación sexual. Con ello se ataca frontalmente la dignidad de la persona humana, para algunos,¹³¹ o la integridad moral,

¹²⁷ United Nations Office on Drugs and Crime: *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, p. 12.

¹²⁸ Con anterioridad el fenómeno de la trata se tipificaba con carácter general en el art. 318 bis del Código Penal, Título XV bis, “De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, introducido por la LO 4/200’, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹²⁹ Además de las finalidades de explotación laboral y explotación sexual, el art. 177 bis incrimina la trata respecto de otras tres finalidades: “c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados”.

¹³⁰ Sobre las fases del delito de trata, véase solo ahora Fernández Olalla 2012, p. 108-110. Para una revisión crítica de la conducta típica, Villacampa Estiarte 2011, p. 410-411.

¹³¹ La dignidad es un referente de protección constante en la normativa europea e internacional sobre la materia en conexión con la vulneración de los derechos humanos de las personas objeto de trata. Siguiendo esta estela, se pronuncian en defensa de la dignidad humana la STS, 2º, nº 538/2016, de 17 de junio, así como la Circular 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración. En la

según otros (Pérez Alonso 2008, p. 177; Pomares Cintas 2013, p. 123), pero en definitiva cualquiera de las modalidades tipificadas implica la instrumentalización de la persona, su cosificación y reducción a un mero objeto para su explotación (Pomares Cintas 2013, p. 123). Sin embargo, no es necesario que la explotación laboral o sexual llegue a producirse efectivamente para entender consumado el delito. Basta con acreditar que la operativa de trata ha sido tendente a esa finalidad. Lo que sí es exigible es la concurrencia de los medios comisivos,¹³² esto es, empleo de violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, siendo además irrelevante el consentimiento de la víctima de trata para el castigo de las conductas tipificadas.

De la equiparación de tan variados medios comisivos parece desprenderse la necesidad de que sean idóneos para anular la voluntad de la víctima, algo que tradicionalmente se ha vinculado con el acometimiento o ataque físico (violencia), el constreñimiento o coacción psicológica (intimidación) y el engaño, es decir, la existencia de fraude, maquinación, falacia o reclamo (Guardiola Lago 2007, p. 355). Mayores dudas suscitan los medios de abuso de situación de superioridad, necesidad y vulnerabilidad. En este sentido, el propio legislador en el art. 177 bis ha incluido una cláusula sobre qué debe entenderse como situación de necesidad o vulnerabilidad,¹³³ en concreto, “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Lo que habrá de valorarse en atención a las concretas circunstancias personales de la víctima, entre ellas, el género, la edad, la pobreza, la situación familiar, o el nivel de formación o estudios.

A partir de los elementos típicos anteriores, las situaciones que pueden presentarse son muy diversas. En el caso de la migración circular, el recurso a la contratación en origen supone, en principio, un mecanismo positivo de fomento del empleo. Muchas de estas mujeres se ven motivadas a venir a trabajar en la recogida de la fresa debido a las mejores condiciones salariales que encuentran en trabajos similares en su país de origen. No obstante, y siempre en atención al caso concreto y los parámetros de imputación jurídico-penal objetivos y subjetivos, habría de valorarse posibles situaciones de engaño en el momento de la contratación. En algunas de las denuncias interpuestas en caso de temporeras se ha alegado que el contrato no estaba en árabe y no entendían lo que firmaban o, bien, las condiciones reflejadas en el contrato en cuanto a horas de trabajo, salario, manutención, etc., no se correspondían con lo que encontraban una vez que llegaban a España. Tampoco parece revestir especial complejidad la acreditación de vulnerabilidad o necesidad de estas mujeres, en atención a su especial condición de mujer, extranjera y situación socioeconómica,¹³⁴ si bien en el plano jurídico-penal esto no es suficiente, puesto que debe valorarse que ha existido un abuso, es decir, no existía otra alternativa que el sometimiento a la explotación, lo cual plantea dificultades para su apreciación, con carácter general, en estos casos. No toda situación de necesidad que motive a migrar temporalmente tiene por qué implicar la anulación de la

doctrina, por todos, Pérez Cepeda y Quintero Olivares 2006, p. 172-178; Villacampa Estiarte 2011, p. 396-409.

¹³² A menos que la víctima sea menor de edad, en cuyo caso no se exige su concurrencia.

¹³³ Reproduciendo literalmente la Directiva de 2011 en este extremo y ya, con anterioridad, la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. Aunque se distinguen ambos conceptos en la regulación penal española, las referencias normativas internacionales al abuso como medio comisivo de la trata se limitan al abuso de una situación de autoridad o de poder o al abuso de una situación de vulnerabilidad, de manera que el abuso de necesidad quedaría incluido en esta última, de contenido más amplio. Cfr. Villacampa Estiarte 2011, p. 427.

¹³⁴ Cfr. Dauris Rodríguez 2013, p. 99, incluyendo la marginación, pobreza extrema, el desamparo, la persecución política, las situaciones de conflicto armado, la enfermedad, la incapacidad, la falta de madurez física o mental, la drogadicción o cualquier otro tipo de desvalimiento físico o psíquico.

voluntad y, en consecuencia, determinar la irrelevancia del consentimiento por estar viciado (Daunis Rodríguez 2013, p. 101).

Por otro lado, una de las finalidades de la trata consiste en la explotación sexual de las víctimas. Según se ha señalado, es la modalidad de trata que ha tenido mayor aplicación ante los tribunales, en casos en los que generalmente mediante engaño, con el cebo de trabajar en España bajo la expectativa de unas buenas condiciones laborales y de salario, una vez que llegan se les retira la documentación, se las confina y se las obliga a prostituirse mediante violencia y/o amenazas y a pagar una cantidad al mes para saldar una deuda que siempre crece. Sirva de muestra el caso enjuiciado en la Operación Zarpa, por la que se desarticuló una red de trata con fines de explotación sexual con víctimas de nacionalidad rusa a las que se atraía con la expectativa de trabajar en el sector agrícola. El Tribunal Supremo condenó por el entonces delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, antiguo artículo 318 bis del Código Penal y precursor del actual art. 177 bis, en su sentencia nº 525/2012, de 19 de junio, además de por delito de detenciones ilegales, determinación a la prostitución y delito laboral del art. 312.2.¹³⁵ Más recientemente, el mismo modus operandi se desprende de la SST, 2ª, nº 396/2019, de 24 de julio, respecto de unas mujeres nigerianas a las que se atrajo mediante engaño a España, es decir, expectativa de trabajo falsa, y se les obligó a ejercer la prostitución con amenazas e intimidación en distintos clubs de carretera.¹³⁶

Sin embargo, el proceso de contratación de temporeras extranjeras no sigue este modus operandi. En este sentido el engaño no recae sobre la naturaleza de la prestación que se va a realizar una vez que llegue a España, la recogida de la fresa o frutos rojos, que es real. Todo ello sin entrar ahora a valorar que el engaño sí ha podido recaer en las concretas condiciones económicas o materiales del trabajo. Siguiendo este planteamiento, el riesgo de sufrir una agresión sexual, abuso o acoso sexual, es consecuencia directa de la inherente condición de vulnerabilidad de la víctima que se intensifica cuando emigra temporalmente, pero no es en sí la finalidad por la que se contrata y se trae a España a estas mujeres. Por ello, cuando en el contexto de la prestación laboral de estas mujeres que han venido a desarrollar se comete un atentado a su libertad sexual, la respuesta penal ha de reconducirse a las figuras delictivas que la tutelan,¹³⁷ como así se han pronunciado los tribunales, pero no determina a mi juicio la calificación de trata con fines de explotación sexual de acuerdo con el art. 177 bis del Código Penal.

En relación con la trata con fines de explotación laboral,¹³⁸ el principal problema de aplicación que suscita es que la regulación penal no se refiere genéricamente a “explotación

¹³⁵ Art. 312.1: “Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

¹³⁶ Hechos muy similares son constitutivos de trata con fines de explotación sexual en las SSTs 2ª, nº 861/2015, de 20 de noviembre, y nº 270/2016, de 5 de abril, y la SAP Barcelona, Sec. 2ª, nº 532/2017, de 24 de julio.

¹³⁷ Y sin perjuicio de que puedan entrar en juego otros delitos si median actos de violencia o intimidación (lesiones, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, maltrato de obra, delito contra la integridad moral...).

¹³⁸ Según el Informe de Naciones Unidas sobre trata de 2018, el 35 % de las víctimas en la traba laboral son mujeres y niñas. United Nations Office on Drugs And Crime: *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, p. 12 (disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf) [Acceso 15 noviembre 2019]. Por su parte, conforme a los datos disponibles por la Fiscalía General del Estado, entre 2013 y 2018 la trata con fines de explotación laboral habría afectado a 166 mujeres y 422 hombres entre adultos y niños, lo que implica un

laboral”, sino a “trabajos forzados, esclavitud o prácticas similares a esta, servidumbre o mendicidad”. Estos términos son trasposición literal de la normativa europea e internacional sobre la materia, por las que se acogen las formas más severas de atentado a la dignidad humana, específicamente a la libertad de trabajo, sea en su aceptación, continuación o abandono. En este sentido, resulta obligada la remisión al art. 2.1. del Convenio núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso u Obligatorio de 1930; contenido que en esencia también recoge el Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Ahora bien, la Directiva de 2011 se limita a establecer una obligación de incriminación para los estados de mínimos por la que “como mínimo” se recojan las formas más extremas de explotación laboral,¹³⁹ pero no impide que los legisladores nacionales amplíen el catálogo de la finalidad de la trata. Obsérvese que el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008 se refería al respecto a “todos aquellos actos que supongan un peligro o lesión de los derechos reconocidos legalmente a los trabajadores, con independencia de su nacionalidad”, más en consonancia con el contenido del art. 1.1º de la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, en la que se aludía además de estas formas a “explotar su trabajo o sus servicios”.¹⁴⁰ No obstante, la redacción finalmente aprobada adoptó la postura más restrictiva posible,¹⁴¹ redacción que se ha visto refrendada tras la reforma de 2015. Con ello el legislador español parece que ha querido dejar fuera del art. 177 bis otras formas de explotación laboral, incluso existiendo un escenario de abuso de una situación de vulnerabilidad, que también podrían dar lugar a una imputación jurídico-penal por la vía de los delitos laborales, recogidos en el Título XV del Código Penal, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, a los que más adelante se hará referencia. Sin perjuicio de lo anterior, comparto la postura de un sector de la doctrina que el enfoque mayoritario de la normativa europea e internacional es más propio de formas de explotación del siglo XIX, pero no atiende a las modernas formas de explotación laboral actualmente existentes, particularmente originadas en el contexto de la grave crisis económica sufrida en la que se ha ido precarizando el trabajo (Daunis Rodríguez 2013, p. 108–111; López Rodríguez 2016, p. 167).¹⁴²

28,23% y un 71,76% de víctimas en esta modalidad de trata, respectivamente. *Memoria de la Fiscalía General del Estado* 2019, p. 1267 (disponible en <http://www.lifeinvasaqua.com/main-files/uploads/2019/09/MEMORIA-2019.pdf>) [Acceso 15 noviembre 2019]. El Ministerio del Interior ha anunciado que la Guardia Civil, en coordinación con la Inspección de Trabajo, habría realizado en 2018 un total de 732 inspecciones en lugares susceptibles de producirse explotación laboral, trabajo forzoso o trata de seres humanos. (disponible en http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/9843407, 22 de enero de 2019) [Acceso 15 noviembre 2019].

¹³⁹ Para una delimitación conceptual de estas modalidades de explotación, véase, por todos, Villacampa Estiarte 2011, p. 435-437; López Rodríguez 2016, p. 120-157.

¹⁴⁰ Art. 1.1 *in fine* de la Decisión Marco del Consejo, 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002: “(...) con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre (...)”.

¹⁴¹ Señala Pomares Cinta (2013, p. 126) que la redacción asumida en el Proyecto de Código Penal de 2009 al art. 177 bis.1º) acogía lo dispuesto en el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de 15 de noviembre de 2000, en el que se limitaba la finalidad de explotación laboral a “imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre”.

¹⁴² No es posible abordar en el marco de este trabajo la incomprensible y clamorosa laguna de punición que se produce en el caso en que, existiendo trata con fin de explotación laboral en el estricto sentido del art. 177 bis, la única vía de castigo se reconduce a los delitos laborales de los arts. 311 y 312, o, en los casos más graves, a un delito contra la integridad moral del art. 173 que podría entrar en concurso con los anteriores. Pero para los casos más graves de explotación laboral, enumerados en el art. 177 bis 1.a) no

En esta línea restrictiva del art. 177 bis 1.a) del Código Penal, el común denominador de las modalidades de explotación que recoge implica la imposición forzada de la condición de trabajador, de manera que no tiene libertad para decidir realizar la prestación laboral (Pomares Cinta 2013, p. 128–129). Este esquema tiene, a mi juicio, dificultades de apreciación en el caso de las trabajadoras extranjeras temporales agrícolas, en las que en principio se decide aceptar el trabajo, pero son las condiciones laborales las que, en su caso, se imponen.¹⁴³ Dicho de otra manera, no es la prestación de trabajo en sí la que se impone, sino las condiciones a las que se somete. Para estas situaciones, como se ha señalado, habrá que valorar la concurrencia de otras figuras delictivas propias del Derecho Penal laboral.

Al igual que sucede con la trata con fin de explotación sexual, la trata con fines de trabajo forzado presenta unas características distintivas de difícil concurrencia, siempre desde un planteamiento general, en las contrataciones en origen: la clandestinidad o irregularidad en la migración, el control del proceso de trata y explotación por grupos u organizaciones criminales, la promesa de trabajo falsa mediante engaño y/o abuso de una situación de vulnerabilidad y la confiscación de documentación cuando la persona llega a España, la obligación de trabajar en algo distinto a lo prometido mediante violencia o intimidación, la restricción de movimiento, el desembolso por parte de la víctima de una cantidad de dinero para obtener un contrato laboral o la servidumbre por deudas. La ausencia de estas variables, fundamentalmente en lo que atañe a la realización de una ocupación distinta de la que motivó el desplazamiento de la persona, la retención de la documentación, la restricción de movimiento y la servidumbre por deudas, ha llevado a que los tribunales no aprecien la existencia de trata.¹⁴⁴ Acorde con esto, en el caso de existir condiciones de trabajo abusivas o inseguras que no concurren con algunos o todos de los indicadores anteriores para valorar una situación de trata laboral,¹⁴⁵ la respuesta jurídico-penal habrá de reconducirse, según se ha señalado, a los delitos laborales que seguidamente se procede a abordar.¹⁴⁶

existe una figura penal específica. Consciente y crítica con esta laguna, la Fiscalía General del Estado ha creado en 2019 una comisión en la Secretaría Técnica del Ministerio de Trabajo para la redacción de un Plan de Acción Nacional contra el trabajo obligatorio y otras actividades humanas forzadas. Entre otras acciones, tiene como objetivo estudiar una reforma del Código Penal para tipificar como delitos la esclavitud, la servidumbre, el delito de trabajo obligatorio y otras actividades forzadas, sistematizar correctamente y actualizar la redacción de los delitos contra los derechos de los trabajadores y establecer un tratamiento específico de la responsabilidad de las personas jurídicas en la subcontratación de trabajadores sometidos a trabajos forzados. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019, p. 1263-1267.

¹⁴³ Asumen esta postura diferenciadora con carácter general del delito de trata con el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo Pomares Cinta (2013, p. 136-139) y López Rodríguez (2016, p. 180-181).

¹⁴⁴ Así, la SAP Madrid, Sec. 3ª, nº 27/2017, de 20 de enero o las SSAP Albacete, Sec. 2ª, nº 435/2017, de 10 de noviembre y nº 518/2016, de 25 de noviembre, esta última en relación con temporeros extranjeros irregulares que trabajaban en la recogida del ajo.

¹⁴⁵ En relación con otros indicadores, como la restricción de movimientos y/o la violencia física o sexual, la respuesta penal se reconduce a los concretos delitos contra la libertad, en sus distintas manifestaciones, en el sentido en que se ha señalado a lo largo de este trabajo.

¹⁴⁶ Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019 entre los años 2013 y 2018 se han incoado 67 investigaciones por trata de seres humanos con la finalidad de explotación laboral, de las cuales 31 se han archivado, 36 están siendo tramitadas y 11 han terminado con sentencia condenatoria. En este sentido, el mayor número de casos se concentraría en la agricultura temporera con víctimas extranjeras. El detallado análisis de la Memoria de la Fiscalía evidencia las características de la trata señaladas en el texto. *Memoria de la Fiscalía General del Estado* 2019, p. 1267-1270.

3.3. *Delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo y su delimitación con las infracciones laborales del orden social*

Existe opinión unánime en la doctrina y la jurisprudencia en que el Derecho penal laboral refuerza la tutela de las personas trabajadoras, garantizando un plus de protección a un colectivo que estructuralmente se encuentra en una situación de inferioridad con respecto del empresario,¹⁴⁷ protegiendo la parte económica y socialmente más débil.¹⁴⁸ No obstante, aunque se protegen las condiciones laborales mínimas a las que no pueden renunciar las personas trabajadoras, la regulación primaria de la relación laboral no se encuentra en el Código Penal, sino en la legislación social, por lo que debe tenerse presente la frontera que delimita la aplicación de las normas de ambos sectores, teniendo en cuenta que no siempre la tutela penal tiene por qué resultar la más eficaz. Por resaltar un elemento diferenciador en la vía sancionadora de ambos regímenes de protección y sanción, en el orden social la carga de la prueba se desplaza en ocasiones al empresario (despidos, asuntos que impliquen la tutela de derechos fundamentales, o accidentes de trabajo); en el ámbito penal el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución proscribía la inversión de la carga de la prueba de la parte acusadora a la defensa, de manera que a quien denuncia le corresponde demostrar la comisión del delito.

Al margen de lo anterior, la protección de los trabajadores encuentra una línea de graduación normativa conforme al criterio, obviamente, de gravedad. Así, es constante la jurisprudencia a la hora de señalar el carácter fragmentario y de última ratio del Derecho penal, de manera que, en relación con la imposición de condiciones ilegales de trabajo, pero también en supuestos en los que se incumple la normativa preventiva de riesgo laboral, “no todo siniestro provocado por la infracción de normas preventivas de riesgo laboral se debe considerar delito contra el derecho de los trabajadores del artículo 316. Para integrar el tipo penal con la normativa de prevención de riesgos laborales solo deben quedar reservados al primer espacio punitivo las infracciones más graves, capaces de generar un grave peligro”¹⁴⁹ En el mismo sentido, tampoco la imposición de una condición laboral ilegal integra automáticamente la previsión del artículo 311.1º del Código Penal, puesto que para reservar la responsabilidad penal a los casos más graves y establecer así la difusa línea delimitadora con la correspondiente infracción o ilícito laboral,¹⁵⁰ el empleador debe haber impuesto o compelido al trabajador a aceptarla mediante engaño o abuso de una situación de necesidad o, en su tipo agravado (art. 311.3º), con violencia o intimidación.

En relación con el artículo 311.1º, el plus que permite cruzar la frontera entre el ilícito administrativo y el delito laboral está en que el mayor desvalor de acción en la imposición de condiciones de trabajo ilegales concurre en la presencia de engaño o abuso de situación de necesidad,¹⁵¹ lo que se castiga con una pena de prisión de 6 meses a 6 años y multa de seis a

¹⁴⁷ SSAP Barcelona, de 17 de julio de 2000 y AP Córdoba, Sec. 2ª, nº 117/2016, de 11 de marzo.

¹⁴⁸ STS, 2ª, de 3 de marzo de 1993.

¹⁴⁹ AAP Cádiz, Sec. 3ª, nº 252/2018, de 4 de junio, en relación a una caída accidental motivada por la presencia de una botella en el suelo, con origen en las fiestas de la localidad, en la que se alegaba la comisión de un delito laboral del art. 311 y 316, puesto que el denunciante llevaba 14 horas trabajando cuando ocurrieron los hechos, si bien era un hecho puntual. La audiencia provincial ratifica el sobreseimiento libre, sin perjuicio de lo que corresponda en sede administrativa.

¹⁵⁰ Infracciones recogidas como graves y muy graves, respectivamente, en los artículos 22 y 23 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁵¹ La SAP Córdoba, Sec. 2ª, nº 117/2016, de 11 de marzo, caracteriza el tipo penal en los siguientes elementos: - La acción típica puede consistir en imponer o mantener ilegalmente condiciones laborales y de Seguridad Social mediante engaño o abuso de situación de necesidad. - Esas condiciones laborales o sociales deberán derivar de disposiciones legales (entendiendo por tales, cualquier tipo de norma, general

doce meses. Si además la conducta se lleva a cabo con violencia o intimidación, la pena se impone en su grado superior, es decir de 6 años y un día a 9 años.

Se considera que existe engaño cuando la persona trabajadora no conoce el alcance del consentimiento prestado y, en consecuencia, del perjuicio que va a ocasionar a sus derechos. Como se recordará, en ocasiones las trabajadoras temporeras extranjeras denuncian que el desconocimiento del idioma las ha llevado a firmar en su país contratos laborales sin saber el contenido de lo que firman y su trascendencia. Ahora bien, consciente de que no es posible generalizar, podría dar lugar a una forma de engaño típica en el sentido del art. 311.1º si el desconocimiento o conocimiento equivocado de la trabajadora respecto a su situación laboral (Ortubay 2000, p. 336), lleva al empresario a imponer unas condiciones de trabajo injustas, siempre que el engaño sea idóneo, lo que dependerá en cada caso de la existencia de mecanismos de autoprotección de la trabajadora, como por ejemplo, prestaciones de asesoramiento legal en el momento de la contratación o presencia de traductores que informen a la trabajadora sobre el contenido del contrato. En este sentido, la intervención de las instituciones y organismos implicados en la contratación de origen, tanto marroquíes como españoles, resultan claves a la hora de proporcionar un marco de seguridad a estas mujeres. Otro factor del que dependerá una hipotética situación de engaño puede residir en la veteranía de la temporera, es decir, si no es la primera vez que es contratada, puesto que las posibilidades de apreciar engaño en el momento de la contratación decaen. Con todo, también puede darse situaciones de engaño cuando se comienza la prestación laboral, si el empresario que contrata no cumple dolosamente con las condiciones establecidas en el contrato.

El abuso de una situación de necesidad es la segunda de las modalidades típicas que acoge el art. 311.1º. En una primera aproximación, puede ponerse en conexión la conducta típica de este delito con la del art. 312.2, con la que encuentra afinidad (emplear en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato de trabajo a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo). Ambos tipos penales se delimitan por su ámbito subjetivo de aplicación, puesto que el segundo protege a las extranjeras/os sin permiso de trabajo. Además, en él no se exige la concurrencia de engaño o abuso de una situación de necesidad, lo que podría llevar a interpretarse en el sentido de resultar innecesario, por resultar implícitos en el hecho de encontrarse el extranjero sin posibilidad legal de trabajar.¹⁵² Ahora bien, las trabajadoras temporeras, aunque son extranjeras, cuentan con un permiso temporal de trabajo. Con todo, una interpretación de esta índole abre la puerta a considerar que la propia condición de extranjera es una circunstancia indiciaria de una situación de necesidad.

o sectorial, que origine derechos mínimos irrenunciables), convenios colectivos o contrato de trabajo. – La imposición de condiciones ilegales habrá de llevarse a cabo a través de ciertos medios típicos, el engaño o abuso de situación de necesidad. – Por tratarse de un delito de resultado cortado, no será necesario que el perjuicio material o efectivo se produzca, satisfaciéndose el tipo penal con una infracción del ordenamiento laboral por la cual se creen las condiciones para que, de no mediar otra intervención jurídica de corrección, el perjuicio se produzca eficazmente. – Se trata de un delito de consumación instantánea, que se perfecciona con la mera imposición de las condiciones ilegales o desfavorables, sin necesidad de que éstas, una vez impuestas, persistan a lo largo de todo el tracto contractual. – Igualmente, se trata de un delito de efectos permanentes, ya que los mismos perduran durante todo el tiempo que persiste la relación laboral, con dichas condiciones.

¹⁵² SAP Huelva, Sec. 2ª, nº 152/2002, de 28 de mayo. Un sector de la doctrina considera que al castigarse el “imponer” condiciones de trabajo ilegales en el art. 311.1º, resultaría también innecesario constatar el engaño o el abuso de una situación de necesidad, puesto que el que impone es porque está en condiciones de poder hacerlo. Asumen esta postura Baylos Grau y Terradillos Basoco (1997, p. 72).

Por su parte la jurisprudencia ha interpretado el abuso de necesidad como “una actuación de aprovechamiento por parte del empresario, en su propio beneficio y en perjuicio del trabajador, imponiendo a este en su actividad laboral una condiciones contrarias a la normativa laboral, obligándole a aceptarlas para poder tener acceso al trabajo, como consecuencia de su situación de necesidad; situación de necesidad que cabe apreciar en aquellos casos en los que existe una “necesidad” más intensa que la ordinaria o genérica que mueve a cualquier persona a buscar un trabajo, no pudiéndose equiparar tal situación de necesidad con la propia de cualquier búsqueda de trabajo”.¹⁵³ Con ello los tribunales parecen acoger una interpretación restrictiva o sentido específico del abuso de la situación de necesidad, seguida mayoritariamente por la doctrina (por todos, Ortubay Fuentes 2000, p. 344; De Vicente Martínez 2008, p. 231; Pomares Cintas 2013, p. 73) y la jurisprudencia,¹⁵⁴ en la que el objeto de la necesidad se identifica con la demanda de un puesto de trabajo (Ortubay Fuentes 2000, p. 347). Ahondando en esta idea, el abuso debe ir referido a los derechos mínimos y esenciales derivados de la contratación laboral, reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, puesto que son estos derechos los que concretamente se protegen en las distintas modalidades típicas del art. 311.1º (Martínez-Buján Pérez 2015, p.797),¹⁵⁵ condición esencial del equilibrio del mercado laboral.¹⁵⁶

La necesidad del empleo, de la que se aprovecha o abusa el empresario, generalmente vendrá motivada por razones de vulnerabilidad y precariedad, lo que deriva en que la persona trabajadora no pueda oponerse a la oferta del empleador o no pueda renunciar a ella, aun sabiendo que con ello se le está imponiendo condiciones laborales injustas. Siguiendo a Ortubay (2000, p. 349–350), para delimitar una situación de necesidad en relación con el empleo sirven de baremo las dificultades objetivas para acceder a un trabajo, como la cualificación profesional, el nivel de desempleo del sector laboral al que opta la persona, la pertenencia a un colectivo que por distintas razones sufren discriminación al competir en el empleo, o la urgencia en obtenerlo como medio de subsistencia por carencia de medios económicos. Aplicado a nuestro caso, no resulta difícil advertir la potencialidad de las temporeras marroquíes de cumplimentar varios o todos de estos factores que las coloca en una situación de necesidad a la hora de aceptar o no renunciar al puesto de trabajo ante un eventual prevalimiento por parte del empleador que se beneficia de ello.

La doctrina penal ha venido interpretando las condiciones laborales en el mismo sentido que la doctrina laboralista, como las condiciones con arreglo a las cuales los contratos se celebran, se ejecutan y se cumplen (Martínez-Buján Pérez 2015, p. 799). Así, se incumplen

¹⁵³ SAP Navarra, Sec. 1ª, de 11 de noviembre de 2004. La SAP Sevilla, Sec. 7ª, nº 216/2003 acoge un concepto más amplio de abuso de situación de necesidad: “(...) cualquier clase de aprovechamiento, o de hacer un uso excesivo e indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales; entraña, pues, una actitud coactiva por parte del empresario quien aprovechando en su propio beneficio dicha situación impone condiciones ilegales en contra de la voluntad del trabajador. Imponer supone someter la voluntad del trabajador en relación con su situación profesional, obligándole a aceptar unas determinadas condiciones laborales o de Seguridad Social. Lo relevante es que exista esa imposición que suprima la libertad del trabajador en el momento de la contratación”. Por su parte, la SAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 20 de noviembre de 2017 realiza una interesante equiparación entre la causa de justificación de estado de necesidad del art. 20.5 del Código Penal con la situación objetiva de necesidad que requiere el art. 311.1ª.

¹⁵⁴ SAP Córdoba, Sec. 1ª, nº 117/2016, de 11 de marzo.

¹⁵⁵ Por su parte, la SAP de Córdoba, Sec. 2ª, nº 117/2016, de 11 de marzo, considera que el objeto de tutela del art. 311 CP es múltiple “y puede ser definido como la prestación de trabajo por cuenta ajena en las condiciones establecidas por las normas legales o los convenios colectivos aplicables”.

¹⁵⁶ Cabe preguntarse si en una situación de crisis como la que se ha vivido y de la que apenas nos hemos recuperado, y habiendo iniciado una nueva recesión, no habrá que asumir una interpretación amplia y considerar que el abuso existe implícito en toda relación laboral como consecuencia normal de la estructura desigual del mercado de trabajo. Son partidarios de esta interpretación amplia Baylos Grau y Terradillos Basoco (1997, p. 73).

cuando se está ante trabajo negro o sumergido (como supuesto paradigmático castigado en la ley penal), la vulneración de la normativa laboral en relación con la jornada máxima, el salario mínimo, el trabajo nocturno, las horas extraordinarias, el descanso, las consecuencias económicas de la pérdida del puesto de trabajo, la negación de indemnizaciones reconocidas legalmente, o la modificación sustancial de condiciones de trabajo, etc.¹⁵⁷ Por su parte, por condiciones de la Seguridad Social se alude a las obligaciones de afiliación, altas, bajas, así como a las relativas al pago directo de prestaciones en materia de incapacidad temporal o maternidad y las que se deriven de los convenios colectivos sobre mejoras voluntarias de la acción protectora (Hortal Ibarra 2016, p. 516). Teniendo presente lo anterior, se ha condenado por aplicación del art. 311.1º cuando se hace constar en el contrato un menor número de horas semanales a las realmente trabajadas, sin que se abonaran en salario o vacaciones,¹⁵⁸ se suprime el salario de los trabajadores o no se conceden vacaciones retribuidas,¹⁵⁹ o se contrata sin sujeción a horario fijo ni vacaciones, con una retribución anual de 3.500 € y con obligación de pagar elevadas indemnizaciones si se abandona el puesto de trabajo.¹⁶⁰ Aquí se focalizaría principalmente, a mi juicio, la principal respuesta jurídico-penal a eventuales abusos laborales, pudiendo ser además la penalidad mayor si en el atentado a las condiciones dignas de trabajo concurre violencia o intimidación. Sin embargo, son pocos los casos de denuncias de este tipo de intolerables tropelías que, a pesar de su dificultad para ser calificadas penalmente de trata laboral según el Código Penal vigente, comparte con esta la cosificación de la persona y la vulneración de los más básicos derechos fundamentales. Al comienzo de este trabajo se hizo mención a la condena de unos empresarios que humillaban a estas trabajadoras y que fueron condenados por delito contra la integridad moral y abuso sexual. Irónicamente la sentencia no condena por la vía del art. 311.1º, por no haber sido solicitado por el Ministerio Fiscal, a pesar de que a juicio del tribunal algunos de los hechos probados habrían determinado la imposición de condiciones ilegales de trabajo. En concreto, el imponer la realización de la prestación laboral cuando la trabajadora se encontraba enferma o indispueta. Con todo, esta es la única sentencia condenatoria existente hasta la fecha en este ámbito del sector fresero, aunque el año 2018 parece haber sido un punto de inflexión con la incoación de varios (y controvertidos) procesos también mencionados a lo largo de este trabajo. Casos que, al margen del rumbo judicial que han seguido, han actuado de detonante, junto a la constante denuncia de la situación de estas mujeres por periodistas, sindicatos y organizaciones sociales, para el impulso y desarrollo de determinadas políticas de prevención y adopción de protocolos dirigidos a evitar situaciones de abuso laboral y sexual y, en su caso, trata, sobre lo que me referiré a continuación.

Un último apunte sobre la posibilidad de imputar penalmente el delito de discriminación en el empleo, tanto por el perfil de mujer que es contratada en origen como por las condiciones en las que realiza su prestación laboral. Se trata de una cuestión, sin duda, polémica y que trasciende del ámbito jurídico penal, puesto que afectaría de raíz al proceso de selección de estas mujeres temporeras y al perfil que presentan, así como al papel que en ello juegan las instituciones marroquíes y españolas y, por supuesto, los empresarios onubenses, que deben supervisar y velar porque la contratación garantice los derechos de estas mujeres¹⁶¹. En un plano estrictamente penal, el delito de discriminación laboral,

¹⁵⁷ STS, 2ª, de 28 de noviembre de 2006. Aunque las condiciones sindicales son igualmente condiciones laborales, se tutelan específicamente en el art. 315 del Código Penal.

¹⁵⁸ SAP Islas Canarias, Sec. 1ª, nº 41/2017, de 7 de marzo.

¹⁵⁹ SAP Córdoba, Sec. 2ª, nº 117/2016, de 11 de marzo.

¹⁶⁰ SAP Guadalajara, Sec. 1ª, nº 16/2013, de 7 de enero.

¹⁶¹ El artículo 9.5 de la Orden TMS/1426/2018, de 26 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019 (BOE de 31 de diciembre de 2018), dispone lo siguiente: “La participación de los trabajadores en cualquier fase del proceso de selección será gratuita. Los miembros de la comisión de selección velarán porque esta se desarrolle conforme a los principios de igualdad de

recogido en el artículo 314 CP (originar y mantener una grave discriminación en el empleo, público o privado) requiere para su aplicación, según la jurisprudencia, una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores, pero sin que justifiquen objetivamente la discriminación¹⁶². En este sentido, “es imprescindible que la diferencia empleada provoque un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que se perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia de una arbitraria e irracional diferencia de trato. Ahora bien, la mera discriminación en el empleo, sin más, no basta para que se cometa el delito, pues el precepto exige que venga acompañada de un requerimiento o sanción administrativa y que el requerimiento haya sido desoído (...) por lo que se trata de reservar al derecho penal los casos contumaces (...)”¹⁶³.

4. Eficacia de otros mecanismos penales y extrapenales para la promoción y mejora de las condiciones laborales de las mujeres temporeras inmigrantes

Todo lo expuesto ha tratado de poner de manifiesto que la eficacia preventiva del Derecho Penal opera de manera limitada, puesto que la coexistencia de otros regímenes de sanción, dentro del propio Derecho Penal, como entre este y el ordenamiento jurídico social y administrativo, restringen su aplicación a los atentados más graves a la dignidad de la persona, especialmente puesta de manifiesto para el caso de la trata con fines de explotación laboral. Junto al castigo penal existirían otras vías punitivas y preventivas complementarias, también dentro y fuera del Derecho Penal, que deben ser tenidas en consideración en aras de dar una respuesta integral para la protección de las mujeres temporeras trabajadoras y para el fomento de las condiciones laborales y materiales en las que se encuentran.

4.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Con la reforma operada en el Código Penal por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, se incorporó un artículo 31 bis que regula los requisitos legales bajo los que una persona jurídica puede ser condenada penalmente. Su inclusión es concreción de una determinada corriente político-criminal que considera a las personas jurídicas como factores de riesgo de primer orden en el desarrollo de su actividad empresarial: *ad intra*, en atención fundamentalmente al respeto de las condiciones dignas de trabajo de sus trabajadores; *ad extra*, en lo relativo a que de su actividad no se deriven resultados lesivos para intereses de terceros merecedores de tutela penal (medioambiente, libre competencia, salud de los consumidores, patrimonio, entre otros).

oportunidades, no discriminación y transparencia, facilitando que todos los candidatos conozcan con precisión las condiciones de la oferta de empleo y el ámbito geográfico y de ocupación de la correspondiente autorización de trabajo”. A su vez, el apartado 4 del mismo precepto establece que “la selección se llevará a cabo por la comisión de selección, que estará formada por los representantes de la Dirección General de Migraciones y/o de la correspondiente misión diplomática, por los órganos competentes en el país de origen y, a elección del empleador, por sus representantes directamente o por organizaciones empresariales. Será obligatoria la participación de los empleadores ofertantes cuando el volumen de la oferta o el perfil profesional solicitado lo haga necesario, así como cuando se vayan a realizar pruebas prácticas a los trabajadores”.

¹⁶² ATS, 2ª, rec.633/2010, de 2 de junio de 2010.

¹⁶³ AAP Sevilla, Sec. 1ª, nº 134/2017, de 9 de febrero.

En un intento de resumir la filosofía que inspira esta regulación, de la que se han producido hasta la fecha tres modificaciones,¹⁶⁴ instituye lo que se denomina la autorregulación empresarial (Gómez-Jara Díez 2008, p. 256–258), especialmente tras la reforma de 2015. La ley recoge una regulación pormenorizada de un modelo de organización empresarial “ideal” dirigido a prevenir delitos, especificando el papel que juega en la atribución de responsabilidad de la persona jurídica. En esencia, lo que subyace a la regulación es que las empresas, a partir de su libertad de organización, están obligadas a controlar los riesgos que generan, desarrollando en consecuencia una política de integridad en el desarrollo de su actividad (Nieto Martín 2013, p. 203–205) que al Estado corresponde fiscalizar y valorar en su eficacia preventiva para la comisión de delitos cuando ocurre precisamente un hecho delictivo.

Para imponer eventualmente una pena a una persona jurídica, los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal regulan dos posibles hipótesis: a) comisión del delito por el representante legal o persona que individual o colegiadamente posea autoridad para tomar decisiones, organizar o controlar. Además, es necesario que el delito se cometa en nombre o por cuenta de la entidad y que haya sido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica¹⁶⁵; y b) comisión del delito por aquellos sometidos a la autoridad de las personas mencionadas anteriormente. También aquí el delito debe cometerse por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, con otras dos condiciones: el delito se comete en el ejercicio de actividades sociales y ha sido posible por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. En ambas hipótesis la existencia con anterioridad a la comisión de la infracción penal de un programa de prevención de delitos (*compliance program*) puede actuar de causa exoneratoria para la persona jurídica o, en su caso, de atenuación de la responsabilidad, si se cumplen las condiciones legamente establecidas y se demuestra que su implementación fue eficaz.

Descrita en sus rasgos principales la regulación, solamente es aplicable a los casos legalmente previstos. En lo que aquí interesa, la responsabilidad penal de personas jurídicas sí está prevista en el delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis apartado 7, consecuencia directa del carácter organizado que caracteriza a este fenómeno delictivo y que puede encubrirse bajo formas organizativas estructuradas y hasta reconocidas jurídicamente. Sin embargo, inexplicablemente no se prevé para ninguno de los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV del Código Penal, entre los que se encuentra la imposición de condiciones ilegales de trabajo.¹⁶⁶ Esta omisión, buscada o inconsciente por parte de nuestro legislador, resulta a mi juicio sumamente disfuncional, porque si hay un ámbito en el que la comisión del hecho delictivo tiene conexión con una cultura y política sistemática de incumplimiento de legalidad, es el de la protección del trabajador. Se ha señalado como origen de esta disfuncionalidad la ausencia de un instrumento normativo europeo o internacional en esta dirección, a diferencia de lo que sucede respecto de otros ámbitos delictivos en los que se prevé la aplicación del art. 31 bis, si bien eso no es óbice para que el

¹⁶⁴ La LO 7/2012 incluyó como entidades sometidas de responsabilidad a los partidos políticos y sindicatos; la LO 1/2015 reguló pormenorizadamente los modelos de prevención de requisitos y su incidencia en la responsabilidad penal en la persona jurídica. Por su parte, la LO 1/2019, de 20 de febrero, amplió el ámbito de delitos a los que es de aplicación este régimen de sanción penal.

¹⁶⁵ Por ejemplo, un incremento de beneficios, un ahorro de costes o una mejor posición en el mercado.

¹⁶⁶ El artículo 318 del Código Penal prevé para los delitos laborales la aplicación de un régimen complementario de sanción cuya regulación general se contiene en el art. 129 del Código Penal y que, sin poder entrar a analizar, resulta disfuncional en este ámbito, puesto que en puridad solo es aplicable a antes sin personalidad jurídica y acoge unos requisitos de aplicación más laxos que el art. 31 bis y siguientes. Para un análisis de la situación, véase Gil Nobajas 2019, p. 82-84.

legislador nacional tenga autonomía para valorar político-criminalmente la conveniencia y adecuación de someter a sanción penal a la empresa en determinados ámbitos delictivos, junto a la persona o personas físicas que materialmente cometen el delito. Ello no significa que deba valorarse su introducción como mecanismo exclusivamente punitivo o de reacción cuando el hecho delictivo ya se ha cometido, sino precisamente porque la necesidad de que la empresa deba implementar y ejecutar eficazmente un sistema de prevención de delitos, adelanta la protección a estadios anteriores. Y, además, por la interesante vía que abre no solo en relación con los abusos laborales producidos al comenzar la prestación laboral, sino igualmente, a mi juicio, en el papel que las empresas del sector fresero asumen en el proceso de selección y contratación en Marruecos acorde con los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad a los que se refiere el art. 31 bis b) del Código Penal.

Con todo, debe advertirse que la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica tampoco alcanza a otros delitos conectados con la situación de vulnerabilidad de las temporeras que anteriormente se han señalado, en especial los delitos contra la libertad sexual que pudieran sufrir estas trabajadoras y que también podrían ser expresión de un déficit organizativo de las empresas para las que desempeñan su actividad laboral. Solamente el delito de trata de seres humanos, en cualquier de sus modalidades, contempla esta posibilidad, con lo problemático que resulta la aplicación de esta figura a eventuales situaciones de abuso y explotación laboral, como se ha destacado.

4.2. Protocolos de actuación para la prevención de la trata de seres humanos y otras formas de manifestación de la violencia de género y otras medidas preventivas para la protección de trabajadoras en situación de vulnerabilidad

El hecho de que las contrataciones en origen de las temporeras marroquíes en los campos de Huelva no puedan calificarse, per se, de trata laboral, no significa en modo alguno que deban relajarse los mecanismos de protección y prevención orientados a evitar y detectar situaciones de esta naturaleza.

Según se ha visto, la Directiva 2011/36/UE impone a los estados miembros el desarrollo de unas normas mínimas para garantizar que sea punible la trata de seres humanos; requerimiento que se ha plasmado, en mi opinión insuficientemente, en la tipificación que ofrece el art. 177 bis del Código Penal. Pero la Directiva también establece la obligación de los estados de abordar esta cuestión desde una perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito. Más allá del debate que pueda suscitarse de si la incriminación sustantiva de las diversas modalidades de trata en la regulación española acoge esta perspectiva de género, cabe cuestionarse hasta qué punto el legislador, pero también las instituciones públicas, se han tomado en serio dicha perspectiva en atención a la protección de las víctimas y medios de prevención. No solo eso, directamente si se han considerado las necesidades de las víctimas de cara a su protección y los mecanismos preventivos desarrollados a tal efecto, algo que ya exigía la derogada Decisión Marco de 2002. A este respecto, no resulta aceptable que únicamente a raíz de los casos de denuncias presentadas en distintos juzgados, haya sido en el año 2019 cuando se ha activado un protocolo de prevención para la trata de personas, explotación laboral y sexual, dentro del Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial.¹⁶⁷

¹⁶⁷ La elaboración de este Protocolo Marco se encuadra en el Plan Integral contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual aprobado por el Consejo de Ministros con fecha de 12 de diciembre de 2008.

Por otro lado, la visibilización social de las condiciones en las que estas mujeres realizan su prestación laboral, no solo a raíz de las denuncias presentadas ante los tribunales, sino igualmente por parte de los medios de comunicación, organizaciones sociales y sindicatos, han servido de revulsivo y llamamiento a los poderes públicos para adoptar otra serie de iniciativas, algunas de carácter general, otras específicamente encaminadas a mejorar la situación de estas trabajadoras. Así, el Ministerio de Interior presentó el 22 de enero de 2019 la campaña de la Guardia Civil sobre #trabajoforzoso contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Continuando con la labor realizada en campañas anteriores, pretende prevenir y concienciar a la sociedad sobre esta dura realidad, en palabras del ministro, en aquel entonces en funciones, Fernando Grande-Marlaska.¹⁶⁸ La campaña se vincula con la entrada en vigor el 20 de septiembre de 2018, tras ser ratificado por España, del Protocolo relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930, adoptado en Ginebra en 2014 y que entró en vigor el 9 de noviembre de 2018.

En el plano de las temporeras extranjeras del sector fresero, también han cuajado una serie de medidas orientadas a la mejora del entorno laboral y a la prevención de situaciones de abuso laboral y sexual. En concreto, en septiembre de 2018 se suscribió por la Comisión de Gobierno de la Asociación Interprofesional de la Fresa Andaluza (Interfresa) el “Plan de Responsabilidad Ética, Laboral y Social del Sector” (PRELSI). En él se fijan las medidas encaminadas a prevenir situaciones de acoso de índole laboral o sexual y se establece una hoja de ruta para denunciar los casos en los que se detecten prácticas de este tipo. Específicamente, se prevé la formación preceptiva de los cargos intermedios o manijeros para asegurar, como fin último, la seguridad y la salud de las personas trabajadoras de base. En este sentido, para la campaña 2019/2020 se han impartido cursos de formación a aproximadamente unos 600 empleados, entre cargos intermedios y manijeros. Además, el Plan crea la figura del consultor de integración, que “deberá conocer perfectamente el idioma de los jornaleros que vaya a tener a su cargo para así asegurar la convivencia y el diálogo comunitario”, según su apartado 3.1. Sus funciones serán fundamentalmente de asesoría y apoyo, tanto para las trabajadoras como para los cargos intermedios de la empresa. En palabras del Plan, tiene una misión fundamentalmente correctiva y no sancionadora, previo, en su caso, a la vía judicial.¹⁶⁹ En cumplimiento de estas previsiones, se ha formado un total de 14 consultores de integración, uno por localidad onubense vinculada al sector, de procedencia mayoritariamente marroquí pero afincados desde hace tiempo en España. Según ha informado la organización que aglutina a las empresas del sector, entre sus objetivos está el que las temporeras y temporeros estén informados de todos los servicios sociales, asistenciales y sanitarios en los municipios próximos a los campos freseros, así como horarios de transporte, alojamientos y conocimiento de las distintas culturas, costumbres e idiomas para una mejor integración de todos los colectivos. También entre su cometido está el de informar de la legislación española, principalmente laboral y penal.¹⁷⁰

Por otro lado, el 3 de abril de 2019 se firmó por la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior de la Junta de Andalucía un protocolo general de colaboración entre la Fundación Tres Culturas del Mediterráneo e Interfresa para el

¹⁶⁸ Ministerio del Interior, Sala de Prensa, 22 de enero de 2019 (disponible en http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/9843407) [Acceso 15 noviembre 2019].

¹⁶⁹ Dispone el apartado 3.4. del Plan que “el consultor de integración llevará a cabo un trabajo profuso. Investigará per se la situación laboral de cada finca y atenderá con más inri aquellas irregularidades que sean reivindicadas por la presunta víctima, por sus representantes legales o por cualquier persona conocedora de primera mano de la presunta conducta constitutiva de infracción legal”.

¹⁷⁰ “Interfresa forma a 14 personas para que actúen como consultores de integración en la campaña fresera”. 20 minutos, 15 de enero de 2019.

desarrollo del Programa IntegrARTE. Con ello se trata de impulsar actividades que ayuden a favorecer la participación e integración social, económica y cultural de la comunidad marroquí trabajadora en la sociedad andaluza, con acciones formativas y divulgativas, así como culturales.¹⁷¹

Queda por ver el impacto que iniciativas como las anteriores tendrán en el sector. De entrada, sin perjuicio de los aciertos, lagunas o errores que quepa achacar al Plan de Responsabilidad elaborado, y aunque el camino por recorrer es largo y se integra en un sector laboral precario y con un futuro poco halagüeño, deben valorarse positivamente todos los pasos dados, judiciales, normativos y preventivos, para dotar la mejor protección posible a estas mujeres que vienen a España en condiciones de vulnerabilidad y, en general, a todas las personas trabajadoras del sector.

Conclusiones

Se procede, a continuación, a enumerar las principales conclusiones del presente estudio:

1. El concreto perfil de las mujeres temporeras inmigrantes que cada año son contratadas en origen para cubrir la demanda de mano de obra en la recogida de fresas en Huelva las convierte en las perfectas víctimas potenciales de abusos de diversa índole por parte de sus empleadores, pudiendo afectar en un plano estrictamente penal a distintos bienes jurídicos y, por ende, ser constitutivos de una pluralidad de delitos de naturaleza muy dispar. El presente trabajo ha analizado la respuesta penal de eventuales abusos y situaciones de explotación referidos a la prestación de la relación de trabajo, en concreto por la vía de los delitos contra los derechos de los trabajadores y del delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual.

2. Los eventuales abusos en el marco de la relación laboral cubierta por la contratación en origen difícilmente resultan encuadrables, con carácter general, en el delito de trata con fin de explotación sexual, en atención a los requisitos de este tipo penal. En concreto, no es posible considerar que el posible atentado contra la libertad sexual que sufran las trabajadoras constituya per se la razón de la contratación en origen, esto es, no concurriría engaño en cuanto a la naturaleza de la prestación que van a realizar una vez que lleguen a España. En consecuencia, cuando en el contexto de la relación laboral se comete un atentado a la libertad sexual la respuesta penal habrá de reconducirse a las figuras penales que la tutelan.

3. En relación con la trata con un fin de explotación laboral los casos planteados ante los tribunales y, fundamentalmente, denunciados por sindicatos, sociedad civil y medios de comunicación, también presentan dificultades para cumplimentar los elementos del tipo penal en atención a los indicadores que los tribunales vienen exigiendo para definir la existencia de trata (clandestinidad, irregularidad en la migración, control y explotación por grupos u organizaciones criminales, promesa de trabajo falsa mediante engaño y/o abuso de una situación de vulnerabilidad, confiscación de documentación, servidumbre por deudas...).

4. Acorde con lo anterior, la respuesta jurídico-penal deberá reconducirse a los delitos laborales, fundamentalmente por la vía del artículo 311.1º, por el que se castiga la imposición de condiciones ilegales de trabajo mediante engaño o abuso de situación de necesidad. No

¹⁷¹ Pueden consultarse las actividades realizadas hasta la fecha en la página web de la Fundación: <http://tresculturas.org/proyecto/programa-integrarte/> [Acceso 15 noviembre 2019].

resulta difícil advertir la potencialidad de las temporeras marroquíes de cumplimentar los factores que las coloca en una situación de necesidad a la hora de aceptar o de renunciar al puesto de trabajo ante un eventual prevalimiento por parte del empleador que se beneficia de ello; modalidad típica que presenta más posibilidades de concurrencia que la del engaño, puesto que gran parte de estas mujeres son veteranas que acuden a la migración circular anualmente.

5. Sin perjuicio de la respuesta punitiva que ofrecen los delitos laborales, existirían otras vías punitivas y preventivas complementarias, dentro y fuera del Derecho Penal, que deben ser tenidas en consideración para ofrecer una respuesta integral de protección y fomento de las condiciones laborales y materiales de las mujeres temporeras trabajadoras. En este sentido, la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos laborales, no prevista incomprensiblemente en la regulación vigente, permitiría valorar la actuación de la empresa empleadora en la implementación y ejecución eficaz de un sistema de prevención de delitos, adelantando la protección a estadios anteriores a la existencia de la situación de abuso. Igualmente abriría una vía interesante sobre el papel que las empresas del sector fresero asumen en el proceso de selección y contratación en Marruecos acorde con los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, según exige el art. 31 bis b) del Código Penal.

6. En el marco de otras medidas preventivas extrapenales, la visibilización social de las condiciones en las que estas mujeres realizan su prestación laboral ha motivado la adopción de diversos protocolos de actuación, con carácter general y particular. En este sentido, debe valorarse negativamente que solo a raíz de determinadas denuncias ante los tribunales, en el año 2019 se haya activado un protocolo de prevención para la trata de personas, explotación laboral y sexual, que venía siendo de obligada implementación desde 2011. Por otro lado, se han adoptado otras iniciativas específicas para las temporeras extranjeras en el sector fresero orientadas a mejorar su entorno laboral y prevenir situaciones de abuso laboral y sexual, en concreto el Plan de responsabilidad Ética, Laboral y Social del Sector (PRELSI), de la que todavía es pronto para valorar su impacto por ser de reciente implementación.

Bibliografía

- Baylos Grau, Antonio y Juan María Terradillos Basoco (1997): *Derecho penal del trabajo*. 2ª ed., Madrid: Trotta.
- Daunis Rodríguez, Alberto (2013): *El delito de trata de seres humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Vicente Martínez, Rosario (2008): *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Olalla, Patricia (2012): «Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos», en S. García Vázquez y P. Fernández Olalla edtr., *La trata de seres humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 99–149.
- Gil Nobajas, María Soledad (2019): «Protección penal del trabajador y responsabilidad penal de personas jurídicas», en S. Almeida et al. edtr., *III Congresso Ibero-americano de intervenção social. Direitos humanos e mediação*, Carviçais: Lema d'Origem, p. 75–85.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2008): «La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J.L. Arroyo Zapatero et al. edtr., *Autorregulación y sanciones*, Madrid: Lex Nova, p. 256–302.

- Guardiola Lago, María Jesús (2007): *El tráfico de personas en el Derecho español*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Hortal Ibarra, Juan Carlos (2016): «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Teoría General. Imposición y mantenimiento de las condiciones ilegales de trabajo (art. 311)», en M. Corcoy Bidasolo y V. Gómez Martín edtr., *Manual de derecho penal económico y de la empresa: parte general y parte especial. Tomo 1*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 511–521.
- López Rodríguez, Josune (2016): *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos (2015): *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, Alberto (2013): «La privatización de la lucha contra la corrupción», en J.L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín edtr., *El derecho penal económico de la era compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 191–210.
- Ortubay Fuentes, Miren (2000): *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Servicio editorial – Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua.
- Pazos García, Francisco José et al. (2012): «El contratado en origen: perfil, impresiones y características», en J.A. Márquez Domínguez edtr., *Más allá de la competencia agrícola hispano marroquí. La gestión colectiva de los contratos de origen*, Huelva: Universidad de Huelva, p. 169–189.
- Pérez Alonso, Esteban (2008): *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel y Gonzalo Quintero Olivares (2006): «Las normas penales españolas: cuestiones generales», en M. García Arán edtr., *Trata de personas y explotación sexual*, Granada: Comares, p. 157–195.
- Pomares Cintas, Esther (2013): *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, Carolina (2011): *El delito de trata de seres humanos*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.