

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS Y TÉCNICAS RECIENTES

TÍTULO: *“EL CONSENTIMIENTO DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS.”*

Apellido y Nombres del/los alumno/s: TORROBA, Esteban y RODRÍGUEZ Y FIGUEIRA HUERGO, María Sol.

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Internacional Público.

Encargado de curso Prof.: BERTOLÉ, Cecilia Andrea.

Año que se realiza el trabajo: 2011.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes tiene por objeto analizar el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, para determinar si una víctima puede prestar un consentimiento válido y eficaz para ser explotada sexualmente.

Iniciamos esta senda en la idea de que aún en la actualidad, en lo que creemos un mundo socialmente civilizado y políticamente democratizado, asistimos anestesiados a un fenómeno de la esclavitud vigente y en plenitud.

Las leyes y los sistemas sociales empiezan siempre por reconocer el estado material de relaciones existente ya entre los individuos. Lo que en los comienzos no era más que un hecho brutal, un acto de violencia, un abuso inicuo, llega a ser derecho legal, garantizado por la sociedad, apoyado y protegido por las fuerzas sociales.¹

Así, la prostitución tiene sustento en la premisa social de que los varones tienen derecho a utilizar a personas prostituidas para satisfacer su “necesidad sexual”. Y es esta “situación de desigualdad socialmente aceptada” la que genera una miopía crónica frente a la trata de personas con fines de explotación sexual e impide ver con claridad que se ha instaurado un cruento sistema esclavista.

En tanto y en cuanto las formas de explotación acogidas en el Protocolo gozan de muy variada naturaleza, nos referiremos exclusivamente a la posibilidad de que una víctima de trata consienta su propia explotación sexual.

Para perseguir esta meta, comenzaremos por referirnos al nacimiento de los instrumentos internacionales para el combate de la delincuencia organizada

¹ “*La esclavitud femenina*”, pág. 15. John Stuart Mill.

transnacional, especialmente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

Luego, con perspectiva crítica, expondremos de forma general las principales debilidades del Protocolo en cuanto instrumento destinado a erradicar la trata de personas.

Nos detendremos especialmente a analizar la definición de trata de personas brindada por el Protocolo y buscaremos desentrañar cada uno de sus elementos.

En este contexto, en franco reproche de la técnica legislativa utilizada, vincularemos los medios comisivos descriptos en la figura delictiva con la posibilidad que tiene la víctima de consentir su propia explotación. Para este fin, realizaremos una interpretación exegética del texto de la norma que define la trata de personas y analizaremos, en el mismo sentido, los “travaux préparatoires” y las “notas interpretativas” del Protocolo.

Finalmente, una vez confirmado el espíritu del Protocolo que reconoce la posibilidad de que la víctima consienta su propia explotación, realizaremos un abordaje basado en el vínculo entre el consentimiento y la disponibilidad de bienes jurídicos.

II. ANÁLISIS GENERAL DEL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS.

1. Nacimiento de los instrumentos internacionales para el combate de la delincuencia organizada transnacional, especialmente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos adicionales nacieron de las labores del Comité Especial intergubernamental, creado por la resolución 53/111² de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con mandato ampliado por las resoluciones 53/114³ y 54/126⁴, con la finalidad primordial de elaborar un instrumento contra la delincuencia organizada transnacional.

El Comité Especial inició su labor el 19 de enero de 1999 y celebró 12 períodos de sesiones. En su décimo período (Viena, 17 a 28 de julio de 2000), aprobó el proyecto de convención y decidió presentarlo a la Asamblea General para que lo aprobara de conformidad con lo previsto en la resolución 54/126, de 17 de diciembre de 1999. En su 11^o período de sesiones (Viena, 2 a 28 de octubre de 2000), aprobó el proyecto de Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, y el proyecto de Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y decidió presentarlos a la Asamblea General para que los aprobara de conformidad con lo previsto en esa misma resolución. Finalmente, en su 12^o período de sesiones (Viena, 26 de febrero a 2 de marzo de 2001), el Comité aprobó el proyecto de Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, y decidió

² 20 de enero de 1999.

³ 20 de enero de 1999.

⁴ 26 de enero de 2000.

presentarlo a la Asamblea para que lo aprobara de conformidad con lo previsto en las resoluciones 54/126 y 55/25, de 15 de noviembre de 2000.⁵

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional representa una respuesta de la comunidad internacional a la necesidad de promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Y, mientras la Convención se ocupa principalmente de delitos que facilitan las actividades lucrativas de los grupos delictivos organizados, los Protocolos que la complementan se centran en determinados tipos de operaciones delictivas organizadas que exigen disposiciones específicas.⁶

Así, los fines primordiales del Protocolo contra la trata están establecidos en su artículo 2: *“a) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.”*

El vínculo entre la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, ha quedado plasmado en el articulado de los propios instrumentos.

En primer lugar, ningún Estado puede ser parte de los Protocolos, a menos que también sea parte en la Convención (artículo 37, párrafo 2, de la Convención). En segundo lugar, la Convención y el Protocolo deben ser interpretados juntamente y de manera complementaria (artículo 37, párrafo 4, de la Convención y artículo 1, párrafo 1 del Protocolo). En tercer lugar, las

⁵ *“Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”*, pág. v. Prefacio. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Publicación de las Naciones Unidas.

⁶ *“Manual para la lucha contra la trata de personas”*, pág. 2. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

disposiciones de la Convención se aplican “*mutatis mutandi*” al Protocolo, esto es “*con las modificaciones que sean del caso*” o “*con las modificaciones necesarias*”⁷. Por último, los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se consideran también delitos tipificados con arreglo a la Convención (artículo 1, párrafo 3, del Protocolo).

2. Perspectiva crítica del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

Más allá de sus loables fines, el Protocolo ha debido soportar innumerables críticas que han llevado a polemizar su efectividad en cuanto instrumento destinado a combatir el fenómeno de la trata de personas.

En cuanto a su naturaleza, se ha sostenido que el Protocolo es principalmente un instrumento de aplicación de la ley, cuando hubiese sido preferible elaborar un verdadero instrumento internacional de derechos humanos. Asimismo se ha manifestado que, en el ímpetu para desarrollar una herramienta tendiente a combatir el enorme crecimiento del crimen organizado transnacional, los redactores crearon un instrumento de aplicación fuerte de la ley con un lenguaje relativamente débil sobre las protecciones de los derechos humanos y la asistencia a las personas tratadas.⁸

Otro punto de crítica ha sido que el Protocolo sobre la trata no prevé ningún mecanismo para vigilar su aplicación o para exigir responsabilidades a los gobiernos por su no aplicación.

⁷ Así interpreta la expresión “*mutatis mutandi*” el “*Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º. Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*”, párr. 87. Naciones Unidas. Documento A/55/383/Add.1.

⁸ “*Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU Contra la Trata de Personas. Una herramienta de apoyo para el desarrollo de un marco normativo de derechos humanos para la elaboración de políticas públicas y legislación nacional sobre la trata de personas*”, pág. 2. Global Rights.

También se ha cuestionado profundamente el lenguaje laxo y permisivo que utiliza el Protocolo en muchas de sus disposiciones. En el texto existen medidas obligatorias, medidas cuya aplicación los Estado deben considerar o procurar y medidas facultativas. Muchas de éstas se han establecido para proteger derechos humanos de las víctimas y, sin embargo, han quedado sujetas a un compromiso voluntario por parte de los Estados, cuando deberían constituir, en cambio, verdaderas obligaciones internacionales.⁹

Además, ha existido oposición a la necesidad de probar que la trata de personas se configura como delito transnacional. A estos efectos el artículo 3.2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece que el delito es de carácter transnacional si: a) se comete en más de un

⁹ A modo de ejemplo, tómense en cuenta el artículo 6 del Protocolo: “Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas. 1. *Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte* protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata. 2. *Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas* con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda: a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa. 3. *Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas* destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de: a) Alojamiento adecuado; b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) Asistencia médica, sicológica y material; y d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación. 4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados. 5. *Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata* de personas mientras se encuentren en su territorio. 6. *Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas* que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.”

Estado; b) se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

En cuanto a las normas específicas, quizá la más controvertida y criticada del Protocolo sea la del artículo 3, que contiene la definición de trata de personas, sobre la cual se han suscitado innumerables debates entorno a su significación y sus alcances.

Entre los certeros ataques pronunciados¹⁰ se sostiene que: representa un retroceso significativo frente a las conquistas obtenidas a través de la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933, que ya establecía una definición del delito, existiera o no consentimiento; que el Protocolo se enrola en una tendencia reglamentarista que reconoce la división entre prostitución libre y forzada como consecuencia de admitir la existencia de víctimas que pueden consentir su situación de explotación; que asistimos a un fracaso rotundo del Protocolo de Palermo como consecuencia de que en él quedó excluido el problema de la prostitución; que constituye el origen de la trata de personas; que la configuración del delito de trata, tal como ha sido diagramada la norma, recae sobre una condición de la víctima y no en las acciones del delincuente; que es la propia víctima de trata quien debe probar su falta de consentimiento en la explotación; que el lenguaje utilizado por la norma es ciertamente ambiguo y confuso y que la definición no es apropiada para ser utilizada en los códigos penales domésticos, pues tiene demasiados elementos que tendrían que ser probados por los fiscales, haciendo así el procesamiento más difícil.

¹⁰ Ver por ejemplo *“Explotación Sexual. Evaluación y Tratamiento”*. Molina, María Lourdes; Barbich, Alejandra; Fontela, Marta. Págs. 46, 47 y 56; o la *“Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU Contra la Trata de Personas. Una herramienta de apoyo para el desarrollo de un marco normativo de derechos humanos para la elaboración de políticas públicas y legislación nacional sobre la trata de personas”* de Global Rights.

Adelantamos que algunas de estas embestidas resultan, a nuestro juicio, sumamente acertadas y otras revisten un matiz demasiado funesto. Lo cierto es que antes de la aprobación del Protocolo sobre la trata, no existía ninguna definición precisa y reconocida mundialmente de la trata de personas. El proceso de redacción representó la primera oportunidad en decenios de abordar la relación entre la trata y la prostitución.¹¹

3. Una interpretación minuciosa y reflexiva de la definición de trata de personas contemplada en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

El Protocolo contra la trata es el instrumento internacional más moderno y específico para combatir la trata de personas y ha sido ratificado por una importante cantidad de Estados¹². En este contexto, es posible afirmar que la definición de trata aceptada internacionalmente en la actualidad es la que brinda el Protocolo y muchos Estados la han incorporado literalmente a sus ordenamientos jurídicos internos. El artículo 3 establece:

“Para los fines del presente Protocolo:

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

¹¹ “La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas”, párr. 61. David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

¹² 148 Estados, conforme datos de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en fecha 26/09/2008. Publicado en <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menuside>.

b) *El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*

c) *La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;*

d) *Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años."*

La definición planteada en el artículo 3, en todos sus apartados, nos ofrece cuatro elementos para determinar qué se entiende por trata: los tipos de víctima, las acciones, los medios y la finalidad perseguida.¹³

3. 1. Los tipos de víctima.

Son "víctimas" de trata todas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido un daño o menoscabo en sus derechos fundamentales como consecuencia de las acciones u omisiones desarrolladas en cualquier etapa de esta práctica delictiva. En el derecho internacional de los derechos humanos, la expresión "víctima" incluye además a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa¹⁴.

El Protocolo distingue entre la situación de las víctimas adultas y las víctimas que sean niñas o niños. Si la víctima es un adulto, la cuestión se

¹³ *"Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género"*, pág. 9. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sigma Huda. Resolución E/CN.4/2006/62, 20 de febrero de 2006.

¹⁴ Así: el principio 2 de los *"Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder"*, adoptada por la Asamblea General a través de la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985; y el principio N° 8 de los *"Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"*, adoptada por la Asamblea General a través de la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005.

dirimirá atendiendo al acto, el medio y el resultado final. Si la víctima es cualquier persona menor de 18 años, la consideración del medio empleado carece entonces de interés, y la cuestión de si se ha producido trata debe ser dirimida atendiendo únicamente al acto y el resultado final.¹⁵

La cuestión de considerar a los medios comisivos como un elemento de la figura delictiva abre inmediatamente el debate acerca del consentimiento, cuestión que será analizada en profundidad en otra sección.

3. 2. Las acciones de la trata de personas.

Las acciones de la trata abarcan las distintas etapas de un proceso dirigido a conseguir un resultado final, que no es otra cosa que la explotación de la víctima. El texto establece como actos de la trata a *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”*.

La primera etapa es la de captación y comprende una serie de actos tendientes a reclutar a la víctima, generando en ella un estado de convencimiento respecto de una situación económica, social o laboral ofrecida.

Captar comprende el hecho de ganar la voluntad de alguien atrayéndolo a su poder de hecho o dominio. Consiste en conseguir la disposición personal de un tercero para después someterlo a sus finalidades. Para conseguir el reclutamiento, previamente es necesario haber logrado hacerse de la voluntad y predisposición de una persona, para luego intentar dar cumplimiento a sus objetivos.¹⁶

En esta etapa aparecen en la mayoría de los casos, sino en todos, coyunturas caracterizadas por falsificación de documentos, promesas fraudulentas, secuestros, falso consentimiento del progenitor o el tutor de un

¹⁵ Sigma Huda, ob. cit., pág. 9.

¹⁶ *“El delito de trata de personas”*, pág. 2. Alejandro Tazza y Eduardo Raúl Carreras. Publicado en: La Ley 2008-C, 1053.

menor o reclutamiento en la que la víctima carece de capacidad de consentimiento.

La segunda etapa es la de transporte y comprende las operaciones necesarias para llevar a una persona de un lado a otro, hasta el lugar de explotación.

Si bien el Protocolo también se refiere a la acción de trasladar, idéntica acepción debe dársele que a transportar. Dentro de esta amplitud de criterio, transportar y trasladar son sinónimos.¹⁷

El transporte puede realizarse a otra zona del mismo país o a un país extranjero y a través de diversos medios. Esta etapa se caracteriza por casos de falsificación de documentos, infracción a las leyes de inmigración, corrupción de funcionarios y retención de documentos.

La tercera etapa es la de recepción por parte del tratante, y es un derivado indispensable de la etapa anterior, pues la víctima, una vez transportada, debe ser acogida en el lugar de arribo para garantizar el alejamiento y la destrucción de todo nexo con su núcleo familiar y así, agravar su estado de vulnerabilidad.

Esta acción debe entenderse realizada cuando el tratante le da refugio o lugar, o cuando procede a aceptarla, conociendo el origen del hecho y la finalidad que se le pretende otorgar.

El Protocolo hace referencia a dos acciones, *“la acogida o la recepción”*. Dada la similitud de nociones terminológicas existentes entre las conductas de acoger y recibir, la diferencia podría estar constituida por la circunstancia de que en el acogimiento se brinda también un refugio o lugar para el mantenimiento, aunque sea temporal, de la víctima, mientras que en la

¹⁷ *Ibíd.*

recepción ello no sería necesario, bastando el contacto personal materializado con la persona que es sujeto pasivo de este ilícito.¹⁸

3. 3. Los medios comisivos de la trata de personas.

Los medios comisivos son todos aquellos mecanismos o procedimientos utilizados por el tratante para lograr ejecutar los actos de la trata de personas y, en última instancia, hacer efectiva la finalidad perseguida de explotación. El texto menciona *“la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”*.

Los medios de *“amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción”* comprenden, en sentido amplio, todos los actos de violencia física, psicológica o económica¹⁹ que el autor ejerce sobre la víctima con el propósito de obligarla, contra su propia voluntad, a hacer, a no hacer o a tolerar una cosa.

El *“rapto”* es la práctica en la cual se sustrae o retiene a una persona por medio de coacción, intimidación o fraude, con la intención específica de menoscabar su integridad sexual. Discutida es su naturaleza, pues aunque puede ser tomado como un medio comisivo tendiente a hacer efectiva la explotación, lo cierto es que estamos frente a un acto de captación forzada de la víctima y podría ser entendido, paralelamente, como una de las etapas de la

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Este es el caso de la servidumbre por deuda. Como las víctimas carecen de recursos para el traslado al supuesto lugar de destino en donde tendrá el trabajo prometido inicialmente, el costo que genera eso lo solventa inicialmente el tratante. Cuando la víctima llega al lugar de destino, y se encuentra con que el trabajo prometido no está o es diferente a las condiciones pactadas el tratante exige la devolución de ese dinero y la persona queda inevitablemente coaccionada por la situación. La generación “permanente” de deudas constituye también un modo de coerción y también de abuso de situación de vulnerabilidad, en los casos en que se le suele exigir que costee los gastos de propaganda y vivienda del local en el que se prostituye (Alejandro Cilleruelo en *“Trata de personas para su explotación”*, LL 2008 - D, 781, citado por Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano en *“El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”*, pág. 18).

trata de personas. Inclusive, en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados, el rapto es en sí mismo un delito autónomo.

Los medios comisivos de “*fraude o engaño*” implican palabras o acciones tendientes a generar una idea falsa o distorsionada acerca de: a) la naturaleza de un trabajo o servicio a ser proveído; b) las condiciones de un trabajo; c) la extensión con la cual la persona será libre de dejar su lugar de residencia; d) otras circunstancias que refieran a la explotación de la persona.²⁰ Generalmente estos medios comisivos se utilizan en la etapa de captación o reclutamiento de las víctimas, aunque pueden ser utilizados también en etapas posteriores tales como la explotación.

El medio comisivo de “*abuso de poder*” comprende genéricamente todas aquellas acciones desarrolladas por quien, por razón de su cargo o posición, dispone de poder del que hace uso abusivo o ilegítimo de las potestades o derechos que tiene, influyendo decisivamente sobre la realidad de la víctima.

El medio de “*abuso de una situación de vulnerabilidad*” debe entenderse como referido a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata.²¹ Esto implica tomar ventaja de la posición de debilidad, indefensión o fragilidad en la que una persona está situada como resultado de: a) haber entrado al país ilegalmente o sin la documentación apropiada; b) embarazo o cualquier enfermedad psíquica o mental o discapacidad de la persona, incluyendo adicciones a cualquier tipo de sustancia; c) capacidad reducida de formar juicios en virtud de ser un niño, un enfermo, o una discapacidad física o mental; d) promesas o entregas de sumas de dinero u otra ventaja a personas que

²⁰ Así lo recomienda “*Model Law against Trafficking Persons*” de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, V. 09 - 81990 (E).

²¹ “*Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º. Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*, párr. 64. Naciones Unidas. Documento A/55/383/Add.1.

tengan autoridad sobre la persona; e) estar en una situación precaria desde el punto de vista de la exclusión social; f) el abuso de la situación económica de la víctima.²²

Finalmente, otro de los medios comisivos propios del delito de trata de personas, que no ofrece mayores dudas interpretativas, es *“la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima”*. Esta situación se plantea en los casos donde la víctima por sí misma no tiene capacidad para consentir y, en su lugar, quien tiene potestades sobre ella decide, a cambio de un provecho de cualquier tipo, entregarla al accionar de un tratante.

3.4. Las finalidades perseguidas por la trata de personas.

La finalidad perseguida en la trata de personas es la explotación, y comprende, como mínimo, *“la sumisión de la víctima a una situación de explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, de trabajos o servicios forzados, de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, de servidumbre o de extracción de órganos.”*

Si observamos la trata como un proceso, concluiremos que la explotación es la última etapa del mismo; pero es una etapa que sintetiza el propósito último de esta práctica, y frente a la cual las demás etapas precedentes revisten naturaleza instrumental.

Esta etapa se encuentra manchada en general por situaciones de coacción, amenazas, extorsión, encierro, drogadicción forzada, robo de documentos, violación y otras formas de agresión sexual, tortura, aborto forzado y muerte.

²² Así lo recomienda *“Model Law against Trafficking Persons”* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, V. 09 - 81990 (E).

El Protocolo no define la explotación, y cuando se refiere a que contiene “*como mínimo*”, significa que incorpora una lista no exhaustiva ni taxativa de formas de explotación.

Las distintas formas de explotación propias por la trata, que en el texto vigente del Protocolo se encuentran solamente enumeradas, fueron definidas y revisadas en diversos períodos de trabajo del Comité Especial. Sin embargo, terminó primando la postura de no establecer definiciones para determinar los alcances de las distintas formas de explotación. A pesar de ello, diversos instrumentos internacionales específicos nos permiten aclarar la cuestión.

Los “*trabajos forzados*” comprenden “*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.*”²³

El término “*la esclavitud*” es definido como “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.*”²⁴

“*Las prácticas análogas a la esclavitud*” incluyen: “*a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición; c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista*

²³ Así es definido en el artículo 2.1 del Convenio sobre el Trabajo Forzoso 2917 de la Organización Internacional de Trabajo.

²⁴ Así es definido en el artículo 1.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Esclavitud.

el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.”²⁵

La “*servidumbre*” no es definida en la legislación internacional pero se entiende que las precitadas prácticas son formas de *servidumbre*.²⁶ Sin embargo, la Convención Suplementaria contiene una lista de los casos específicos de *servidumbre* o prácticas análogas a la esclavitud. Otras formas evidentes de *servidumbre* están contempladas en los principios de la Convención Suplementaria, como el empleo de prácticas culturales utilizadas para despojar a una persona de cualquier capacidad de rechazar el sometimiento a los trabajos forzados o a la esclavitud.²⁷

²⁵ Estas prácticas están contenidas en el artículo 1 de la Convención Suplementaria de Naciones Unidas sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

²⁶ Nótese que hasta el noveno período del Comité Especial figuraba una definición de *servidumbre*, la cual fue posteriormente eliminada. Decía textualmente: “por *servidumbre* se entenderá la condición de una persona sometida ilícitamente por otra a obligación o coacción para que preste cualquier servicio a ésta u otras personas sin otra alternativa razonable que la de prestar el servicio, e incluirá la *servidumbre* doméstica y la *servidumbre* por deudas” (“*Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*”, pág. 364. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Publicación de las Naciones Unidas.)

²⁷ Global Rights, ob. cit., pág. 16.

También existe trata de personas cuando una persona es transportada con el objetivo de “extraerle sus órganos” para destinarlos al comercio. Pero el Protocolo contra la trata no cubre el transporte de los órganos solos.²⁸

La finalidad de “*la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual*” es posiblemente la más controvertida y las más de 100 delegaciones de países que negociaron el Protocolo contra la trata en la Comisión Especial fueron incapaces de acordar definiciones para estos dos términos y entonces decidieron dejarlos indefinidos.^{29 30}

Sobre este tema nos limitaremos a decir aquí que las mismas notas interpretativas dejaron en claro que “*el Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Sin embargo, debe destacarse que durante el quinto período de sesiones del Comité Especial, en base a la propuesta presentada por los Estados Unidos, se estableció que por “*explotación sexual*” se entendería: “*i) Con respecto a un individuo adulto, prostitución, servidumbre sexual o participación en la producción de material pornográfico para la cual dicho individuo no se ofrece con su libre consentimiento y con conocimiento de causa; ii) Con respecto a un niño, prostitución, servidumbre sexual o utilización del niño en la pornografía.*” Así está relatado en los “*Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*”, págs. 357 y 358. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Publicación de las Naciones Unidas.

³⁰ Otra definición podría ser tomada del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, donde se define como prostitución infantil a las “*actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”.

También podría ser utilizado el “*Proyecto de reglamento sobre la prohibición de la trata de personas en Kosovo*”, documento de las Naciones Unidas UNMIK/REG/2000, en el que se propone una definición: “*por explotación sexual se entiende la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual o la producción de material pornográfico como resultado de haber sido objeto de amenazas, engaño, coacción, rapto, fuerza, abuso de autoridad, servidumbre por deudas o fraude. Incluso si faltara alguno de esos factores, si la persona que participa en la prostitución, la servidumbre sexual o la producción de material pornográfico es menor de 18 años de edad, se considera que existe explotación sexual*”. El proyecto final del reglamento omitió esta definición de explotación sexual.

contexto de la trata de personas” y que la “explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual no se definen en el Protocolo, que en consecuencia no prejuzga la manera en que los Estados Parte aborden la prostitución en su respectivo derecho interno.”³¹

También recordaremos, por su relevancia conceptual, que en su período de sesiones de 1998, el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud aprobó una recomendación en la que declaraba que *“la trata transfronteriza de mujeres y niñas con fines de explotación sexual es una de las formas contemporáneas de la esclavitud y constituye una grave violación de los derechos humanos.”³²*

4. La cuestión del consentimiento en los apartados b) y c) del artículo 3 del Protocolo contra la trata.

Por su claridad la norma del artículo 3 c) del Protocolo no ofrece dudas interpretativas. *“Aun cuando no haya amenaza ni se emplee la fuerza en su contra o no sea objeto de coacción, secuestro o engaño, el niño no puede dar su consentimiento al acto de la trata.”³³* Se excluye toda posibilidad de consentimiento cuando la víctima es menor de 18 años.

Esta disposición busca preservar el ámbito de libertad y autodeterminación presente y futura del menor de edad y, en el caso específico de la explotación de la prostitución, persigue también garantizar el normal desarrollo sexual que se manifiesta en el presente con consecuencias en el futuro.

³¹ Naciones Unidas, documento A/55/383/Add.1., ob. cit., párr. 64.

³² *“Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 23º período de sesiones”*. Recomendaciones 3 y 4. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/14. El artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer exige que los Estados Partes supriman la “explotación de la prostitución de la mujer” y la visualiza como una forma contemporánea de esclavitud.

³³ *Ibidem*.

Entonces, si se trata de un niño, la consideración del medio empleado carece de interés, y la cuestión de si se ha producido trata será dirimida atendiendo únicamente al acto y el resultado final.³⁴

No sucede lo mismo entre el vínculo de los apartados a) y b) del artículo. Este último apartado establece que *“el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”*. Si lo que pretendemos es realizar una interpretación exegética de sus alcances en lo relativo al consentimiento, es posible concluir que:

- *“En ningún caso de trata que se ajuste a la definición del Protocolo se toma en cuenta si la víctima ha dado su consentimiento a las formas de explotación intencional descritas en el apartado a)”. Es decir que, “desde el punto de vista de la lógica es imposible que se produzca en el marco de la definición del Protocolo un caso de trata de adultos en el que no se hayan empleado uno o varios de los medios enunciados en el apartado a). Para que el acto en cuestión pueda considerarse trata, debe haberse empleado al menos uno de esos medios.”*³⁵ Por ello, una vez acreditada la conducta delictiva de trata con alguno de los medios comisivos detallados en el apartado a), eso alcanza para descartar cualquier incidencia del consentimiento.
- No se admite el consentimiento de una víctima adulta frente a una situación de trata cuando se utilizan medios comisivos como la fuerza, la coacción, el rapto, el engaño, el abuso de poder o un estado de vulnerabilidad o la utilización de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Lógicamente, la utilización de estos medios hacen desaparecer total o parcialmente la capacidad para consentir una situación semejante.

³⁴ Sigma Huda, ob. cit., pág. 9.

³⁵ Sigma Huda, ob. cit., págs. 9 y 10.

- Lo que el Protocolo parecería admitir es la posibilidad de que la víctima de trata otorgue su “consentimiento” para alguna “forma de explotación intencional” en el contexto exclusivo de un caso de trata de personas. Así, es posible llegar, al menos en el lenguaje del Protocolo, a un consentimiento válido por parte de una persona mayor de 18 años, libre por completo del empleo de medios ilícitos que vicien la voluntad. Y con ello, se respeta la capacidad de los adultos de tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, concretamente en cuanto a las opciones de trabajo y migración.³⁶

Dadas estas consideraciones, creemos que el Protocolo ha utilizado una técnica legislativa deficiente. No tiene ningún sentido hablar del “*consentimiento dado por la víctima de la trata de personas*”, pues resulta obvio que para configurarse una situación de trata deben existir indispensablemente los medios comisivos ilícitos, frente a los cuales, inherentes a la figura delictiva, no puede sostenerse un consentimiento válido.

Cuando el artículo 3 a) establece que por trata se personas “*se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a (...)*”, y enumera luego los medios comisivos, resulta evidente que estos últimos integran la descripción del tipo creado para reprimir el delito. Si en un caso concreto no pudiese probarse la existencia de alguno de esos medios comisivos ilícitos deberíamos descartar la posibilidad de alegar una situación de “trata de personas” y, consecuentemente, tampoco podríamos hablar de “víctima de trata”.

Es útil recordar que: “*como el verbo rector encierra y comprende el contenido sustancial de la conducta típica, es necesario desentrañar su alcance para decidir si es jurídicamente posible que el sujeto pasivo consienta o no en la realización de la conducta allí descripta; y de ese examen concluiremos que hay tipos respecto de los cuales tal consentimiento no es posible y otros que lo*

³⁶ *Manual para la lucha contra la trata de personas*, pág. xvi. Introducción. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

*admiten. Así, en aquellos casos en los que el propio verbo rector excluye toda posibilidad de consentimiento, porque supone coartación de la voluntad del sujeto pasivo, aquel no podrá ontológica ni jurídicamente existir.*³⁷

Para que un consentimiento sea válido y eficaz tiene que ser libre y voluntario, otorgado por una persona capaz y en pleno uso y libre ejercicio de sus facultades mentales, circunstancias que no se presentan en la descripción del tipo penal analizado.

Entonces, encontramos en el artículo 3 b) una pretendida aclaración que no hace otra cosa que oscurecer el texto de definición de “trata de personas” e inducir a una seria confusión sobre los verdaderos alcances de los medios comisivos ilícitos como elementos componentes de la figura delictiva.

Tomando en consideración los fundamentos anteriormente vertidos, concluimos que la redacción del artículo 3 b) del Protocolo resulta deficiente, porque la terminología utilizada para definir la conducta punible del delito de trata de personas debería, por su irrelevancia lógica, excluir intrínsecamente el consentimiento de la víctima.

En el actual estado de cosas, de la interpretación conjunta de los apartados a) y b) del artículo 3, no es posible afirmar de manera contundente que el Protocolo descarte la posibilidad de que la víctima consienta el delito de trata. Por el contrario, en cuanto el apartado b) hace alusión a que “*el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación (...) no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados*” debe interpretarse, en sentido contrario, que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a una forma de explotación, sí debe ser tenido en cuenta cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios comisivos ilícitos.

³⁷ “*Antijuridicidad*”, pag. 258. Reyes Echandía, Alfonso.

5. La cuestión del consentimiento en los “travaux préparatoires” y las “notas interpretativas” del Protocolo contra la trata.

Si bien, como lo sostuvimos en el punto anterior, no compartimos la técnica legislativa utilizada en el artículo 3 b) del Protocolo, a causa de su inconsistencia lógica, efectuaremos un análisis pormenorizado del proceso de formulación de dicho artículo.

Para poder comprender en toda su significación la inteligencia de la norma que admite la posibilidad de un “consentimiento dado por la víctima de la trata de personas” analizaremos las alternativas propuestas en el seno del Comité Especial intergubernamental encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional.

En el noveno período de sesiones del Comité Especial hubo un amplio debate sobre si debía hacerse una referencia al consentimiento de las víctimas en la definición de trata de personas y, de ser así, cuál debía ser su tenor.

Hasta ese momento, la definición que se venía trabajando entendía por trata de personas a *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de fuerza, al rapto, a la superchería, al engaño, a la incitación, a la coacción o al abuso de poder, o recurriendo a la concesión o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, independientemente del consentimiento de la persona; la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la extirpación de órganos para fines ilícitos, o servidumbre.”*

“La mayoría de las delegaciones convino en que el consentimiento de la víctima no debía, como cuestión de hecho, ser pertinente en cuanto a si la

*víctima había sido objeto de trata.*³⁸ Esta consideración reviste una importancia superlativa, pues permite comprender que para la mayor parte de las delegaciones el consentimiento no constituye un elemento fáctico de utilidad para determinar si en una situación concreta ha existido trata de personas. En conclusión, para esta posición, el acto de trata se configura “independientemente del consentimiento” de la víctima.

*“Varias delegaciones expresaron inquietud por la posibilidad de que una referencia expresa al consentimiento implicase de hecho que en ciertas circunstancias sería posible dar consentimiento a comportamientos tales como el uso o la amenaza de fuerza, o a la superchería.”*³⁹ Esta posición reviste interés y relevancia, pues reconoce la peligrosidad de otorgar a una víctima la facultad de consentir conductas naturalmente coactivas o violentas. En el fondo, persigue la idea de no hacer en el texto ninguna referencia explícita al posible consentimiento de la víctima.

*“No obstante, muchas delegaciones expresaron preocupaciones de orden jurídico sobre el efecto que tendría excluir expresamente el consentimiento de una disposición en la que muchos de los medios enumerados, por su naturaleza, impedirían el consentimiento de la víctima.”*⁴⁰ Este planteo colisiona con los dos anteriores y, a nuestro juicio, es falaz desde el punto de vista lógico. Los sostenedores de esta idea argumentan que la incorporación de medios comisivos generadores de trata hace necesaria la correspondiente introducción de una referencia a la posibilidad de consentir libremente la captación, el transporte o la explotación, cuando no se presentan los medios comisivos. Pero esta posición, a nuestro juicio, pierde de vista que en la práctica la trata no puede llevarse a cabo sin medios comisivos basados en la coacción, el engaño o el abuso de poder o de una situación de

³⁸ *“Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”*, págs. 362 y 363. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Publicación de las Naciones Unidas.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

vulnerabilidad. Como ya lo hemos sostenido, estos medios comisivos son inherentes a la figura delictiva.

“Varias delegaciones señalaron que era difícil probar la falta de consentimiento dado que el consentimiento de la víctima o su capacidad de dar consentimiento variaba con frecuencia mientras que el delito se mantenía invariable. En los casos de trata, a menudo el consentimiento inicial de la víctima se retiraba o quedaba invalidado por cambios ulteriores de las circunstancias y podría darse el caso de que una víctima secuestrada sin consentimiento asintiera posteriormente a otros elementos de la trata.”⁴¹ Esta última posición, que puede ser considerada intermedia, tiene sustento pragmático y apunta a las dificultades probatorias de un consentimiento que puede variar significativamente según las distintas etapas del proceso de trata.

Lo cierto es que en el noveno período de sesiones del Comité Especial no se logró un consenso sobre las palabras *“independientemente del consentimiento de la persona”* y el Presidente pidió a las delegaciones que examinaran las siguientes opciones:

“a) La supresión de las palabras “independientemente del consentimiento de la persona”; su sustitución por un nuevo apartado, propuesto por el Presidente, del siguiente tenor: “La existencia de cualquiera de los medios descritos en el apartado a) del presente artículo se considerará un factor invalidante de cualquier presunto consentimiento de una víctima de trata”; y la inclusión en el apartado a) de las palabras “recurriendo a la amenaza o al uso de fuerza” a fin de aclarar a qué “medios” se hacía referencia en el nuevo apartado;

b) Una propuesta de España de enmendar el texto para que dijera “independientemente del consentimiento inicial de la víctima”;

c) Una propuesta de Colombia de trasladar el texto de esta disposición al párrafo 1 del artículo 3 (Obligación de penalizar);

d) Una propuesta de la Argentina de reemplazar el artículo por el texto siguiente: “(...) A los fines de este Protocolo se entenderá por “tráfico de

⁴¹ *Ibídem.*

personas” su traslado en cualquier circunstancia, con o sin su consentimiento, con fines de explotación; (...) Se entenderá por “explotación” la reducción a servidumbre, el sometimiento a la prostitución, esclavitud, trabajos forzados o pornografía infantil; (...) Los Estados Parte podrán considerar otras formas de “explotación”, según sus ordenamientos jurídicos internos.”⁴²

Finalmente, la propuesta elevada por el Comité a la Asamblea General de las Naciones Unidas se basó en la idea de que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación no se tendría en cuenta cuando se hubiese recurrido a cualquiera de los medios ilícitos enumerados, tal como consta actualmente en el artículo 3 b) del Protocolo.

Por otra parte, cabe que hagamos especial referencia a la nota interpretativa al artículo 3 b) del Protocolo.⁴³ Estas notas son de utilidad para que las delegaciones dejen constancia de aclaraciones a ciertas cuestiones que no figuran en el texto pero revisten importancia interpretativa. En concreto allí se establece que la referencia al consentimiento *“no se debe interpretar como la imposición de la carga de la prueba a la víctima”* y que, *“como en toda causa penal, la carga de la prueba corresponde al Estado o al ministerio público, con arreglo al derecho interno.”* La razón de ser de la nota apunta a evitar hacer recaer en la víctima la carga de probar la inexistencia de consentimiento en un proceso abierto por un caso de trata.

Esta nota, si bien no elimina todas las críticas posibles a la redacción del artículo 3 b) del Protocolo, al menos habilitaría cierta lucidez interpretativa que pone en cabeza del Estado la obligación de investigar, en caso de que el acusado por el delito de trata alegase que la víctima ha consentido dicha sumisión.

Aunque en realidad, si admitimos la posibilidad normativa de un consentimiento válido por parte de la víctima mayor de 18 años y reconocemos,

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Naciones Unidas. Documento A/55/383/Add.1, ob. cit., párr. 68.

como no puede ser de otra manera, que un acusado de trata de personas goza de la garantía de presunción de inocencia, no queda otra salida para el Ministerio Público que perseguir por todas las vías posibles la prueba de la existencia de medios comisivos que anulan o hacen irrelevante cualquier forma de consentimiento.

La principal conclusión que extraemos del proceso de formulación del artículo 3 b) del Protocolo es que la mayoría de las delegaciones participantes en las consultas oficiosas consideraron, al menos en algún momento, que la opción jurídicamente más conveniente era establecer que el consentimiento de la víctima no debía, como cuestión fáctica, ser relevante para determinar si la víctima había sido objeto de trata. Lo lamentable es que esta postura no haya primado por sobre la desacertada alternativa de hacer una referencia al “consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional”.

III. EL CONSENTIMIENTO DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL. UN ABORDAJE CRÍTICO BASADO EN EL VÍNCULO ENTRE EL CONSENTIMIENTO Y LA DISPONIBILIDAD DE BIENES JURÍDICOS.

1. Fundamentos de un abordaje específico del consentimiento de la explotación sexual. Modalidades de explotación sexual.

Habiendo afirmado ya que, a nuestro juicio, la redacción del artículo 3 es deficiente pero introduce la posibilidad de que las víctimas de trata presten un consentimiento para soportar ser explotadas, en esta sección analizaremos si ello es jurídica y fácticamente posible.

Si bien es posible concebir diversas formas de explotación⁴⁴, nos centraremos exclusivamente en la “explotación sexual”. *“Existen varios motivos que justifican un abordaje particular respecto de este tipo de trata (...):*

- *Si bien mediante la trata se violan de múltiples formas los derechos humanos de las mujeres y los niños, la trata con fines sexuales constituye una modalidad en la que se vulneran los derechos de estas personas precisamente porque son mujeres y niños;*
- *A diferencia de los compradores de productos de consumo fabricados por trabajadores que han sido víctimas de la trata, el usuario de la prostitución crea la demanda y (al acoger a la persona traficada) forma a la vez parte de la cadena de la trata;*
- *Al participar en una actividad de sexo comercial, el usuario esta infligiendo a la víctima de la trata un daño adicional y sustancial equivalente a la violación que trasciende los métodos nocivos empleados por otras personas para lograr la entrada de dicha víctima en la prostitución o su continuidad en ella;*
- *Existen buenas razones para creer que muchos usuarios son conscientes de que las mujeres y los niños prostituidos cuyos servicios*

⁴⁴ Entre ellas, el artículo 3 del Protocolo contra la trata reconoce, como mínimo, la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos.

utilizan son sometidos a los métodos ilícitos descritos en el Protocolo y que, pese a ello, hay normas culturales muy extendidas que fomentan el empleo de personas prostituidas;

- *Pocos motivos inducen a pensar que exista en todo el mundo una proporción significativa de las actividades de la prostitución en las que no se empleen uno o varios de los métodos ilegales enumerados en el Protocolo;*
- *El uso de la fuerza, las amenazas, la coacción, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad tienen una presencia tan fuerte en tantos aspectos de la actividad sexual no comercial, que es muy poco probable que un número elevado de usuarios de la prostitución se abstenga de utilizar esos servicios porque la persona que se prostituye haya sido víctima de dichos métodos ilegales;*
- *Es probable que incluso los usuarios mejor intencionados sean incapaces de discernir cuál es la diferencia entre las mujeres que han sufrido los métodos ilícitos descritos en el Protocolo y las que no.”⁴⁵*

Pero no se trata de un abordaje aislado de la explotación sexual, pues como lo han establecido las notas interpretativas “*el Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la trata de personas*”.⁴⁶

Entre las modalidades de explotación sexual pueden reconocerse⁴⁷:

- La “*explotación de la prostitución ajena*”, que existe cuando el dinero ganado mediante la prostitución llega sistemáticamente a manos de cualquier persona que no sea la que se prostituye.

⁴⁵ Sigma Huda, ob. cit., págs. 14 y 15.

⁴⁶ Naciones Unidas. Documento A/55/383/Add.1, ob. cit., párr. 64.

⁴⁷ Estas definiciones han sido extraídas, en su mayor parte, de “*La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*”, de David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, publicado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

- La participación en la “*producción forzada de material pornográfico*” para la cual dicho individuo no se ofrece con su libre consentimiento y con conocimiento de causa.
- La “*prostitución forzada*”, que se produce cuando una persona es prostituida contra su voluntad, es decir, cuando se ve obligada bajo coacción o intimidación a realizar actos sexuales a cambio de dinero o de un pago en especie, ya se transmita ese pago a terceros o lo reciba la propia víctima de la prostitución forzada.
- La “*esclavitud sexual*”, que se produce cuando una persona es prostituida contra su voluntad, pero sin motivación de lucro. Se trata simplemente de la imposición de un control o poder absoluto de una persona sobre otra.

2. Referencia histórica relativa a la importancia del consentimiento en la normativa internacional.

En este enfoque particular del consentimiento de la explotación sexual es pertinente analizar la evolución de la normativa internacional. Los instrumentos internacionales relativos a la trata de personas que se aplicaban en la primera parte del siglo XX se centraban en los casos en que se transportaba a mujeres y niñas a través de fronteras internacionales, con y sin su consentimiento, con fines de prostitución.⁴⁸ Por consiguiente, durante mucho tiempo la trata de personas ha estado asociada a la prostitución en los tratados. En 1910, el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas impuso a las Partes la obligación de castigar a toda persona que

⁴⁸ Estos instrumentos eran el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, de 18 de mayo de 1904, nota 17 supra; el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas, de 4 de mayo de 1910, United Nations Treaty Series, vol. 98, pág. 101; el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921, League of Nations Treaty Series, vol. 9, pág. 415 (entró en vigor para cada país en la fecha de su ratificación o adhesión); y el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933. La Sociedad de las Naciones elaboró en 1937 un nuevo proyecto de convenio, pero no fue aprobado.

introdujera a una menor en la práctica de la prostitución, aun con su consentimiento. En 1933, en el artículo 1 del Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad se estableció la obligación de prohibir, evitar y castigar la trata de mujeres, aun con el consentimiento de éstas.⁴⁹

“Esta tendencia a considerar delito el reclutamiento de mujeres en un país para que ejerzan la prostitución en otro, con o sin su conocimiento y consentimiento previos, continuó después de la segunda guerra mundial con la adopción en 1949 del Convenio para la represión de la trata. Este tratado unificó los instrumentos anteriores relativos a la trata de blancas y al tráfico de mujeres y niños, definiendo como delito el hecho de que una persona concierte la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona. De ahí que, según lo dispuesto en el Convenio para la represión de la trata, la cuestión del consentimiento de la víctima carece de importancia. Por consiguiente, los Estados Partes están obligados a castigar la concertación tanto voluntaria como involuntaria de la prostitución de otra persona. Este planteamiento refleja la intención general expresada en el Preámbulo del Convenio, donde se define la prostitución como una práctica incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana (...).”⁵⁰

Esta concepción represiva ha variado actualmente con el Protocolo contra la trata de personas, pues la definición estima que la captación de mujeres y hombres adultos con fines de prostitución constituye trata si lleva aparejada la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, engaño, abuso de poder o el uso de pagos para obtener el control sobre las mujeres o los hombres en cuestión, y si, una vez en la prostitución, un tercero se beneficia de sus ganancias.

⁴⁹ David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, ob. cit., párr. 65.

⁵⁰ David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, ob. cit., párr. 66.

En estas condiciones ingresamos en plenitud al debate sobre la posibilidad de la víctima de consentir su propia explotación sexual.

3. Primeras consideraciones acerca de la posibilidad de que una víctima de trata preste su consentimiento para ser explotada sexualmente.

“La discusión en torno a si una víctima puede o no consentir un delito se entronca inevitablemente con la posibilidad de que le sea concedida la facultad de disponer de aquél bien jurídico o interés social que el legislador tuvo en miras al momento de configurar la sanción penal.”⁵¹

En el derecho penal, el bien jurídico se encuentra estrechamente vinculado al principio de lesividad. Este último asegura que ningún derecho pueda legitimar una intervención punitiva del Estado cuando no media afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, o cuando la lesión del bien ha sido consentida por su titular.

Sin entrar a polemizar sobre un concepto proteico⁵², aceptaremos que los bienes jurídicos son *“bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos”⁵³* o, sencillamente, que son todos los *“intereses jurídicamente protegidos”⁵⁴*.

Tampoco ingresaremos, por no ser materia del presente seminario, en debates acerca de las teorías del consentimiento.⁵⁵ Al respecto nos limitamos a

⁵¹ *“El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”*, pág. 2. Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano.

⁵² Hans Welzel sostenía que “el bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto” (Welzel, Hans 58, §. 491 ss., 509, citado por Günther Jakobs en *“Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”*)

⁵³ *“Strafrecht. Allgemeiner Teil. Parte I”*, pág. 4. Hans Welzel.

⁵⁴ *“Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil”*, pág. 213. Reinhart Maurach.

⁵⁵ Suelen distinguirse tres diversas posiciones teóricas: 1) la teoría dualista que distingue entre “acuerdo”, que impide la configuración del tipo, y “consentimiento”, que afecta la antijuridicidad; 2) la doctrina unitaria o de la atipicidad, que entiende que todo “consentimiento” excluye el tipo

afirmar que, dadas ciertas circunstancias, la lesión de un bien jurídico puede ser consentida por su titular y ello llevará a descartar la protección otorgada por el derecho penal, transformando la conducta en no punible por exclusión del tipo⁵⁶. Y también reconocemos en general una facultad amplia de consentir, pues el consentimiento es una manifestación inmediata de la libertad de acción

y considera superflua la aludida distinción dualista; y 3) la llamada teoría diferenciadora, que distingue por un lado al “acuerdo” como causa de atipicidad y, por el otro, al “consentimiento” algunas veces como excluyente también del tipo y otras de la antijuridicidad. Claus Roxin sintetiza magistralmente lo que para las doctrinas dualistas tradicionales son las diferencias esenciales entre el acuerdo y el consentimiento: 1. En el acuerdo se trataría sólo de la voluntad interna de quien asiente, aun cuando esa voluntad no se haya manifestado al exterior; por el contrario, en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones. 2. El acuerdo presupondría para su eficacia sólo la voluntad “natural” de la víctima, incluso cuando a ésta le falte capacidad de comprensión por su edad juvenil o por una perturbación mental. En el consentimiento, por el contrario, es presupuesto de su eficacia que el afectado goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras. 3. Los vicios de voluntad serían irrelevantes para el acuerdo, pero harían ineficaz el consentimiento. 4. Con respecto a la situación en la que el autor del delito desconoce que ha sido autorizado por la víctima, esclarece que a nivel de acuerdo tan solo entra en consideración una tentativa, ya que no se considera realizado el “tipo objetivo”, resultando estar dirigido el dolo infractor por el agente hacia un objeto inidóneo. No obstante, siempre que acaece el mismo desconocimiento del autor acerca de daños y lesiones, con respecto al consentimiento del portador del bien, es posible que se considere realizado el tipo, ya que no se aparta dicho resultado típico ni el “dolo delictivo del autor dirigido a su realización. 5. En relación al caso de suposición errónea de una aprobación inexistente, el acuerdo recibe tratamiento jurídico de exclusión del dolo, mientras en el consentimiento hay un error acerca de “los presupuestos objetivos de una causa de justificación”. En realidad contiene una diferenciación adicional respecto del caso de las lesiones en relación a las buenas costumbres, pero ha sido omitida por referirse particularmente al artículo 226 del Código Penal alemán. (*“Derecho Penal. Parte General. Tomo I”*, págs. 513 a 515)

⁵⁶ Así, Claus Roxin señala que *“la concepción que distingue entre acuerdo como forma de exclusión del tipo y consentimiento como causa de justificación, tan clara y resuelta en sus diferenciaciones sistemáticas y reales, ha entrado en la discusión moderna en el fuego cruzado de una crítica que surge de dos partes. Una opinión en expansión niega la diferenciación sistemática de acuerdo y consentimiento y atribuye a toda aprobación eficaz del portador del bien jurídico el efecto excluyente del tipo. Todos estos ataques a la estricta bisección de la doctrina tradicional son justificados en lo esencial”*. (*“Derecho Penal. Parte General. Tomo I”*, pág. 516.

y del desarrollo de la personalidad, derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

“El consentimiento es una figura ilustrativa del grado de libertad que el Estado confiere a los ciudadanos. Así, cuanto más democrático sea el sistema jurídico constitucional-penal correspondiente, mayor será la libertad conferida al ciudadano para consentir, sin que ello en ningún momento pueda significar una libertad ilimitada, sin reglas o criterios que la impidan tornarse en un libertinaje contra el equilibrio de las relaciones humanas.”⁵⁷

Además, tomaremos como premisa que *“bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo”*.⁵⁸ No en vano también se sostiene que el *“bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”*.⁵⁹

4. Los requisitos del consentimiento.

Efectuadas estas consideraciones previas, es posible abordar la cuestión de los requisitos del consentimiento en profundidad. Para que el consentimiento sea válido y eficaz se exigen cuatro requisitos fundamentales: a) que el ofendido, en el momento de consentir, pueda comprender el significado y las consecuencias de su decisión, es decir, que disponga de capacidad para entender y querer; b) que el consentimiento del titular del derecho sea libre, sin ninguna coacción, simulación, fraude u otro vicio de la voluntad; c) que exista una manifestación inequívoca del consentimiento por

⁵⁷ *“El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito”*, págs. 228 y 229. Tesis doctoral de Ricardo Vital de Almeida. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal. Cita a Gómez Narvajas, Justa, en *“La protección de los datos personales”*.

⁵⁸ Claus Roxin, ob. cit., pág. 518.

⁵⁹ *“Manual de Derecho Penal”*, pág. 289. Eugenio Raúl Zaffaroni.

parte del titular del bien jurídico y su reconocimiento externo por parte del autor; y d) que el bien jurídico esté dentro del ámbito de disponibilidad de su titular.⁶⁰

4.1. Necesidad de que el ofendido, al momento de consentir, tenga capacidad para comprender el significado y las consecuencias de sus actos y decisiones.

El primero de los requisitos necesarios para conseguir un consentimiento válido y eficaz es que titular del bien jurídico posea, sobre todo, una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de renuncia al interés protegido y el alcance del hecho.⁶¹

*Pero “la mera capacidad de obrar no es suficiente para emitir un acuerdo jurídico-penalmente válido que afecta a un bien de la persona, y que sería perfectamente punible si no concurriera tal voluntad acorde. Se exige, pues, una capacidad jurídica superior, que se ha de concretar en una capacidad de comprensión de la magnitud del acuerdo. La capacidad de entendimiento y voluntad es, pues, presupuesto imprescindible para la eficacia del acuerdo o consentimiento. Crítica y drásticamente: si no se tiene capacidad de comprensión en el acuerdo difícilmente puede acordarse algo”.*⁶²

Para no transformar la cuestión excesivamente compleja⁶³, diremos que genéricamente resultan incapaces para consentir tanto los menores, como los

⁶⁰ Ricardo Vital de Almeida, ob. cit., pág. 229. Cita a “Curso de Direito Penal, Parte Geral”, pág. 405 de Rene Ariel Dotti.

⁶¹ “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, pág. 410. Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas.

⁶² “¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal”. Pág.16. Miguel Polaino-Orts.

⁶³ La doctrina suele establecer que el consentimiento se puede dividir en tres categorías que hacen variar las exigencias de capacidad: 1) el “consentimiento de primer grado”: depende únicamente de la expresión de la voluntad natural del titular del derecho de disponer (también los dualistas en general lo llaman “acuerdo”, “conformidad” o “consentimiento atípico”); 2) el “consentimiento de segundo grado”: necesita de la manifestación de la voluntad natural con discernimiento mínimo del titular del bien jurídico originalmente protegido (una parcela de la doctrina igualmente lo llama “acuerdo”, mientras otros “consentimiento atípico” y todavía

alienados mentales e igualmente los que no puedan discernir a causa de un estado psicológico o psicosomático turbado o de momentos de inconsciencia.

No se puede, con seguridad razonable, plantear una regla general sobre la capacidad para consentir que se aplique con rigor a todos los supuestos jurídicos o a las variaciones estructurales que pueden presentarse en cada caso real, sobre todo con respecto a la mayor o menor protección que a cada bien jurídico se otorgue.⁶⁴

“El hilo conductor de la interpretación debe ser la idea de que ahí donde el consentimiento ya excluye la realización de un determinado elemento del tipo, sólo la interpretación del elemento concreto puede determinar las exigencias en cuanto a capacidad de comprensión. Por el contrario, donde el consentimiento como causa de exclusión del tipo se coloca junto a los demás elementos del tipo, son admisibles afirmaciones generalizables, porque el consentimiento se presenta aquí sólo como expresión de la libertad de acción en general, más allá de las singularidades de los elementos del tipo en particular.”⁶⁵

Sin embargo, por principio, el propio Protocolo contra la trata contiene, al establecer que el niño no puede dar su consentimiento al acto de la trata, un claro límite a la capacidad para comprender el significado y las consecuencias de su decisión, basado en la edad de la víctima.

terceros “consentimiento justificante”); y 3) el “consentimiento de tercer grado”: exige la voluntad natural con discernimiento satisfactorio (los dualistas lo adoptan como causa de justificación y también lo llaman “consentimiento en sentido estricto”). *“El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito”*. Pág. 164. Ricardo Vital de Almeida. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal.

⁶⁴ Ricardo Vital de Almeida, ob.cit., págs. 228 y 229. En el mismo sentido Claus Roxin, ob. cit., pág. 536., pues allí afirma que *“la pregunta de qué entidad debe exigirse a la capacidad de comprensión para la eficacia de un consentimiento, no se puede responder de modo uniforme”*.

⁶⁵ Claus Roxin, ob. cit., pág. 536.

Lógicamente también deben incluirse como supuestos de anulación de la capacidad para discernir, todas las condiciones que lleven a la perturbación permanente o transitoria de las facultades mentales, que impidan totalmente la inteligencia de los actos que se realizan y la voluntad de llevarlos a cabo.

Especial relevancia tiene para la temática, la cuestión de la drogadicción en las víctimas de explotación sexual. En este ámbito es muy común que se las obligue a consumir estupefacientes o drogas psicoactivas para mantenerlas controladas. También es habitual que las víctimas mismas hayan desarrollado adicciones como medio para soportar su situación. Dependiendo del grado de perturbación de las facultades mentales, es posible mencionar esta situación como un supuesto de ausencia de capacidad para consentir su situación.

En conclusión, todo esto significa que, en principio, si la víctima de explotación sexual fuese mayor de 18 años y tuviese plenas aptitudes mentales para comprender los alcances y consecuencias de sus actos y decisiones, podría válida y eficazmente consentir su situación. Pero, hasta aquí, esto implica una interpretación aislada, con independencia de todos los demás requisitos.

4.2. Necesidad de que el consentimiento del titular del bien jurídico se otorgue sin vicios de la voluntad.

Para que el consentimiento tenga relevancia es imprescindible que la voluntad del titular del bien sea expresada con libertad, es decir, sin vicios de ninguna clase.

Ya hemos analizado en una sección anterior los medios comisivos típicos del delito de la trata de personas y el modo en que pueden reducir la esfera de autodeterminación. En materia de explotación sexual se reconocen como vicios más recurrentes a la coacción física o psicológica, al fraude o engaño y al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.

Resta aquí señalar que la irrelevancia del consentimiento sólo debe acaecer cuando esa interferencia viciosa afecta sustancialmente la voluntad de

la persona que consiente, siendo capaz de imposibilitar su libre expresión de autodeterminación.

No sólo desde la perspectiva de la víctima resulta inverosímil que un ser humano pueda inmolar “voluntariamente” sus más sagrados derechos frente a una práctica esclavista de explotación sexual. También desde la perspectiva del explotador está sobradamente demostrado que las prácticas orientadas hacia la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual rara vez pueden desarrollarse sin la utilización de medios ilícitos.

En tal sentido, la propia Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, afirma que, en base a su experiencia e investigaciones como titular de su mandato, considera evidente que *“la mayor parte de la prostitución implica uno o varios de los medios ilícitos señalados en el apartado a) del artículo 3 del Protocolo, y que por lo tanto constituye trata”*.⁶⁶

La trata de personas debe entenderse como un proceso más que como un delito aislado: empieza la captación de una persona, continúa con el transporte del individuo y a ello le sigue la fase de explotación.”⁶⁷ Por más que abordemos particularmente la cuestión de la explotación sexual, es en esta idea de delito complejo que supone una acumulación de actos donde debemos analizar si resulta posible un consentimiento verdadero y pleno. Recordamos que el Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la trata de personas.

Debe quedar en claro que el consentimiento de la víctima en una etapa del proceso no puede considerarse un consentimiento en todas las etapas del proceso, y sin consentimiento en cada una de las etapas tiene lugar el delito de trata. Por ende, la trata se produce si el consentimiento queda anulado o

⁶⁶ Sigma Huda, ob. cit., pág. 11.

⁶⁷ “Manual para la lucha contra la trata de personas”, pág. 38. Capítulo III: Marco legislativo. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

viciado en alguna etapa del proceso debido al empleo de medios ilícitos por los tratantes.⁶⁸

Esto es así porque estamos frente a un injusto estructurado sobre la base de varias acciones alternativas entre sí, dando lugar a lo que se conoce como tipo penal complejo alternativo, siendo suficiente que el autor realice una sola de las conductas señaladas para que el delito quede perfectamente configurado.⁶⁹

Si bien es factible reconocer cierto consentimiento o cooperación iniciales entre las víctimas y los tratantes, después se registra una tendencia invariable de situaciones de coacción, violencia y abusos que se hacen intolerables para cualquier ser humano. El posible consentimiento inicial queda efectivamente anulado cuando comienza la utilización de un medio compulsivo en cualquiera de las etapas posteriores.⁷⁰

“Por ejemplo, una mujer puede consentir emigrar para trabajar en la prostitución en una ciudad determinada, en un burdel específico, por una cantidad de dinero determinada. Sin embargo, si en realidad el demandado tuvo la intención de retener a la mujer a la fuerza o la coacción para ejercer cualquier actividad sexual, entonces no hay ningún consentimiento, porque todo lo que el demandado dijo a la mujer era mentira. Nadie puede consentir basado en una mentira. Incluso si una persona acepta trabajar en condiciones muy precarias, por muy poca remuneración, con restricción a su libertad, sería una persona tratada si el demandado tuviera la intención de someter a la persona a la servidumbre por deuda, condiciones involuntarias o forzadas.”⁷¹

⁶⁸ “Manual para la lucha contra la trata de personas”, pág. xix. Introducción. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

⁶⁹ Alejandro Tazza y Eduardo Raúl Carreras, ob. cit., pág. 2.

⁷⁰ Manual para la lucha contra la trata de personas”, pág. xix. Introducción. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

⁷¹ Global Rights, ob. Cit, pág. 12.

En conclusión, un consentimiento válido y eficaz es sólo posible, y legalmente reconocible, cuando no existen vicios de la voluntad y cuando se conocen todas las circunstancias y hechos relevantes de una situación, sólo así una persona se encuentra posibilitada de actuar y decidir en libertad. Y, por definición, debería reconocerse que la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual representan prácticas donde se anula lisa y llanamente cualquier forma de consentimiento libre por la necesidad de los explotadores de coaccionar a la víctima para mantenerla en una situación de vulnerabilidad; si ello no sucede en las etapas iniciales, irremediablemente ocurrirá en etapas posteriores.

4.3. Necesidad de que exista una manifestación inequívoca del consentimiento por parte del titular del bien jurídico y su reconocimiento externo por parte del autor.

Respecto de este requisito, existen tres abordajes sistemáticos distintos: a) la “teoría de la declaración de la voluntad”⁷²: fue concebida como un negocio jurídico recepticio, en el que la declaración de voluntad del que renuncia o consiente ha de ser manifestada al agente verbalmente o por escrito; b) la “teoría de la dirección de la voluntad”⁷³: para ella, un consentimiento jurídico y penal meramente interno del titular del derecho ya es bastante para darle eficacia; c) la “teoría intermedia”⁷⁴: para la expresión del consentimiento no exige una fórmula rígida sino una acción concluyente en ese sentido.

Para nosotros, en sintonía con la última tesis, el titular del bien jurídico ha de exteriorizar su voluntad acorde a la realización de la acción típica y todo actor ha de conducirse sobre la base de la existencia de dicha aprobación. Y

⁷² Esta teoría, atribuida a Zitelmann, ha quedado hace tiempo en desuso, principalmente por concebir al consentimiento más como una obligación que un acto de expresión libre de la voluntad.

⁷³ Esta teoría, con Mezger como uno de sus principales referentes, también implica una versión extremista, pues para renunciar a la protección jurídico-penal basta una actividad meramente psíquica, lo que implica que no hace falta ninguna manifestación de ese asentimiento interno al exterior.

⁷⁴ Uno de sus principales defensores ha sido Claus Roxin.

además, la voluntad aprobatoria del titular del bien jurídicamente protegido para su menoscabo ha de ser fehaciente, clara e inequívoca; y para esto vale cualquier forma de expresión.⁷⁵

*“Sin duda alguna en el consentimiento se expresa la voluntad interna del titular del bien jurídico; pero un pensamiento no manifestado no es expresión de la voluntad y, por falta de comprobabilidad, no es adecuado para vincular consecuencias jurídicas al mismo”.*⁷⁶

En conclusión, independientemente del bien jurídico de que se trate en cada caso concreto, para que el consentimiento otorgado renunciando a la protección jurídico-penal sea válido, es necesaria una manifestación externa e inequívocamente reconocible y su plena comprensión por parte del autor.

4.4. Necesidad de que el bien jurídico esté dentro del ámbito de disponibilidad de su titular.

Ya hemos reconocido que la facultad de consentir, y consecuentemente disponer de ciertos bienes jurídicos, resulta ser una manifestación inmediata de la libertad de acción y del desarrollo de la personalidad.

Pero “no todos los bienes personales jurídicamente protegidos pueden ser objeto de consentimiento válido por parte de su respectivo titular, y aún menos en todas circunstancias, lo que, si así fuera en ambos casos, sería inadmisibile filosófica, sociológica y jurídicamente en el marco de todo y cualquier sistema vinculado al equilibrio de las relaciones humanas en sociedad. Ello es así aunque sea indudable la base constitucional de la autodeterminación de la persona hacia el desarrollo amplio de su personalidad, pues lo que se atribuye como desarrollo, en determinadas situaciones extravagantes del comportamiento del individuo, puede tratarse de una lesión o

⁷⁵ “¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal”, pág.15. Miguel Polaino-Orts.

⁷⁶ Claus Roxin, ob. cit., pág. 533.

*amenaza tanto a la persona en particular como a bienes y valores jurídicamente protegidos y de titularidad colectiva.*⁷⁷

Entonces, resulta necesario especificar cuál o cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el derecho frente a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, analizados exclusivamente en el contexto de la trata de personas. Sólo así podremos analizar la disponibilidad de los mismos.

La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual implican una violación compleja y continuada de derechos, implicando un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana.

- La violación es compleja o múltiple porque están en juego una pluralidad de derechos: el derecho a la vida⁷⁸; el derecho a la integridad psíquica y física; el derecho a no sufrir torturas ni tratamientos inhumanos, crueles o degradantes; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; el derecho a la personalidad jurídica; el derecho a la libertad y seguridad personales; el derecho a la libertad sexual; el derecho a desarrollar el propio plan de vida; el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia; el derecho a la libertad de tránsito y de residencia; el derecho a la libertad para elegir la actividad laboral; y el derecho al respeto de la vida privada y honra de la persona.
- La violación es continuada porque el explotador persigue un aprovechamiento económico duradero de la prostitución ajena u otra forma de explotación sexual y genera, para mantener su forma de vida parasitaria, una subyugación permanente de la víctima. La idea misma

⁷⁷ Ricardo Vital de Almeida, ob. cit., pág. 233.

⁷⁸ En este sentido resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, en esencia y en virtud de su carácter fundamental, el derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a condiciones de existencia digna (Cfr. Caso "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 156; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 128; Caso Myrna Mack Chang, párr. 152; Caso Villagrán Morales y otros, párr. 144; y Caso "Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay", párr. 161.)

de explotación sexual supone en sí misma una práctica que se prolonga desgarradoramente en el tiempo.

La trata con fines de explotación sexual, en cualquiera de sus modalidades, es una de las formas contemporáneas de la esclavitud, constituye una grave violación de los derechos humanos⁷⁹, es intrínsecamente abusiva y, producto de estas características, es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana.⁸⁰

El hecho de que se admita a la explotación sexual en el contexto de trata como una forma contemporánea de esclavitud, no resulta una cuestión menor. Con ello se reconoce que la esclavitud en la actualidad adopta diversas formas y que no todas ellas se corresponden con su concepto tradicional, pero en todos los casos como resultado de alguno o todos los poderes atinentes al derecho de propiedad, hay alguna destrucción de la personalidad jurídica. La destrucción es mayor en la esclavitud en su sentido tradicional, pero la diferencia es sólo de grado.⁸¹

En estas prácticas análogas a la esclavitud la víctima se cosifica y el dueño puede exigir de ella que se someta a la más innoble degradación a que

⁷⁹ Así, el *"Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 23º período de sesiones"*. Recomendaciones 3 y 4. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/14.

⁸⁰ En este sentido, es dable destacar que la esclavitud y todas las prácticas con ella relacionadas, constituyen: "a) Un "crimen de guerra" cuando son practicados por un Estado beligerante contra los nacionales de otro Estado beligerante; b) Un "crimen de lesa humanidad" cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y la nacionalidad de ésta; c) Un "delito internacional común" cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona. Así, David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, ob. cit., párr. 7.

⁸¹ Caso *"Prosecutor v Kunarac, Kovac y Vukovic"* del Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables por serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Esta idea ha sido tomada de Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, ob. cit., pág. 6.

es capaz de descender un ser humano, obligándola a ser, a pesar suyo, instrumento de una función animal.⁸²

Así, se afecta irreparablemente la *“libertad de elegir un plan de vida en el que pueda seguir considerándose la persona (...) y aquel plan de vida individual cuya libertad de elección busca defenderse a través del derecho penal debe conservar, así todo, un estándar que garantice un piso mínimo de dignidad.”*⁸³

Y en estas condiciones, ¿es todavía posible sostener que puede consentirse la propia esclavitud? ¿Puede igualmente argumentarse que es libertad el poder enajenar de manera absoluta la propia libertad? ¿Pueden sacrificarse un complejo de derechos que sólo encuentran síntesis en estándares mínimos de dignidad?

Ya hacia 1869 John Stuart Mill decía: *“La libertad del individuo en cosas que sólo a él conciernen, implica la libertad análoga para cualquier número de individuos, de regirse de mutuo acuerdo en todo aquello que conjuntamente les atañe, y no atañe a nadie más que a ellos (...) Pero un compromiso por el que una persona se comprometiera a ser vendida como esclava sería nulo y sin ningún valor; ni la ley ni la opinión impondrían su cumplimiento. El motivo por el que así se limita el poder de un individuo sobre sí mismo es manifiesto, y ello se ve muy en este caso extremo. El motivo para no intervenir en las acciones voluntarias de un individuo (a menos que sea en beneficio de otras personas) estriba en el respeto o consideración de su libertad. Su elección, por ser voluntaria, prueba que lo que él elige es deseable, o al menos soportable para él, y después de todo no hay modo mejor de asegurar a nadie su dicha que el de permitirle que elija lo que desea. Pero, al venderse como esclavo, un hombre abdica de su libertad; abandona, después de ese acto único, todo uso futuro de su libertad. Destruye, pues, en su propio caso, la razón por la cual le era permitido disponer libremente de su persona. Y no sólo dejará de ser libre,*

⁸² “La esclavitud femenina”, pág. 32. John Stuart Mill.

⁸³ Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, ob. cit., pág. 4.

sino que, desde entonces, permanecerá en una posición que presumiblemente ya no será de su agrado y que, por lo tanto, habrá dejado de ser voluntaria. El principio de libertad no puede exigir en ningún caso que se sea libre para no serlo. No es libertad el poder enajenar la libertad propia".⁸⁴

Paralelamente, la lesión a la dignidad humana representa un límite al consentimiento de la víctima como excluyente del ilícito. En este ámbito se ha entendido que hay actos que son inadmisibles debido a que violan la dignidad de los participantes y la dignidad es tan esencial a nuestra humanidad que, en caso de conflicto entre un consentimiento legalmente válido y la dignidad del primero, debe estarse a favor del segundo. La razón por la cual debe rechazarse la esclavitud, incluso en el hipotético caso de los "esclavos felices", es debido a que la esclavitud representa un "paradigma de injusticia" que, según sus propios términos, niega valor moral a las personas y por lo tanto no les confiere respeto.⁸⁵

En conclusión, el derecho a consentir como manifestación de la libertad de autodeterminación y del desarrollo de la personalidad, encuentra un límite infranqueable en la prohibición de una voluntaria asunción de condiciones de vida que puedan ser consideradas como esclavas o análogas, en donde se suprimen de manera prolongada, sino permanente, las condiciones mínimas y básicas de dignidad humana.

Allí donde pretende admitirse la cosificación humana, el sacrificio absoluto de la libertad y la destrucción de la personalidad, bajo excusa del ejercicio de la autodeterminación, la conducta individual adopta relevancia

⁸⁴ "Sobre la libertad", págs. 225 y 226. John Stuart Mill.

⁸⁵ Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, ob. cit., pág. 4. Cita y traducción de ideas de: "Basic Values and the Victim's state of mind" de Dan Cohen, Meir; "Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment" de Dubber, Markus Dirk; "Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non Coercively" de Wright, George; "Happy Slaves: A Critique Of Consent Theory" de Herzog, Dog; y "The right to be hurt testing the boundaries of consent" de Bergelson, Vera.

social y el derecho concurre a fijarle límites para evitar la posibilidad de consentir semejante inmolación.

5. La obligación de los Estados de desalentar en forma general la prostitución. Consecuencias de un diseño legislativo deficiente.

Lamentablemente, esta convicción que niega la posibilidad jurídica de que una víctima consienta su propia explotación no se identifica con el diseño legislativo implementado en el Protocolo contra la trata.

Cuando el Protocolo permanece obnubilado frente a consentimientos ficticios de las víctimas, no hace otra cosa que enrolarse en el objetivo de erradicar la trata de personas y proteger y ayudar a las víctimas, excluyendo de entre sus metas intermedias la prevención y el combate de la prostitución. Así, no logra identificar el vínculo inextricable que existe entre el fenómeno de la trata y explotación de la prostitución ajena.

Y esto representa, a nuestro juicio, un grave retroceso en materia de protección de los derechos humanos de las víctimas de trata. Ya la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, no obstante sus falencias, se refiere a la prostitución como *“perversa”* e *“incompatible con la dignidad y el valor de la persona”*, y se propone abolir la prostitución al impedir que las mujeres se incorporen, aun sea en forma voluntaria, a la industria del sexo.

El Protocolo, por su parte, no exige necesariamente de los Estados la abolición de todas las formas posibles de prostitución. Este cambio fue debido, entre otras cosas, a la escasa cantidad de Estados que ratificaron la Convención de 1949 y con el fin de que en este caso se produjera una ratificación mucho mayor; como de hecho ocurrió.

No obstante ello, bien puede extraerse del Protocolo la obligación de los Estados de actuar de buena fe para lograr la abolición de todas las formas de prostitución infantil y de todas las formas de prostitución de adultos que

impliquen la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación de la prostitución de esa persona.⁸⁶

El párrafo 5 del artículo 9 reza así: *“Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas”*.

Sin embargo, a pesar de esta obligación genérica, sucede que el Protocolo no emite opinión referente al trato que los Estados den a la prostitución en sus derechos internos. Y esto convierte la obligación del párrafo 5 del artículo 9 en un compromiso un tanto distendido.

El problema de fondo es que la mayor parte de la prostitución, tal y como se practica actualmente en el mundo, suele reunir los requisitos para que pueda ser considerada trata⁸⁷.

En la actualidad, la prostitución tiene sustento en la premisa de que los varones tienen el derecho a utilizar a personas prostituidas. Esa premisa debería rechazarse: los hombres no tienen derecho a usar a estas personas. En algunos ordenamientos jurídicos, se ha concedido a los varones el derecho legal a valerse de personas prostituidas, pero ese derecho está directamente en conflicto con los derechos humanos de las personas que se prostituyen, que en su mayoría han sido objeto de los métodos ilegales descritos en el párrafo a) del Protocolo y, por tanto, son víctimas de la trata. Cuando los derechos

⁸⁶ Sigma Huda, ob. cit., pág. 10.

⁸⁷ Sigma Huda, ob. cit., pág. 10.

humanos de dichas víctimas entren en conflicto con las prerrogativas legales de los usuarios de la prostitución, deben prevalecer los derechos de las primeras: eso es una verdadera perspectiva de derechos humanos en la trata con fines sexuales.⁸⁸

Atento a lo antes señalado y en consideración a que *“el camino que lleva a la prostitución y a ese estilo de vida una vez que se ha caído en ella, raramente se caracterizan por el pleno ejercicio de derechos de las víctimas o la obtención de oportunidades adecuadas”*⁸⁹ es que consideramos que, sobre los Estados Partes que legalizan, o no condenan, la industria de la prostitución, recae la responsabilidad de velar por que las condiciones asociadas a la prostitución dentro de sus fronteras no tengan que ver con los medios ilícitos descritos en el apartado a) de la definición del Protocolo, y de esta manera evitar que sus regímenes legales de prostitución no sean simples instrumentos de perpetuación de una trata extendida y sistemática.

⁸⁸ Sigma Huda, ob. cit., pág. 18.

⁸⁹ Sigma Huda, ob. cit., pág. 10.

IV. CONCLUSIÓN.

El artículo 3 del Protocolo que define la trata de personas, a través de una redacción deficiente, introduce la posibilidad de que las víctimas presten su consentimiento para ser sometidas a alguna forma de explotación.

Esta fórmula posiblemente haya herido de muerte la efectividad misma del instrumento internacional.

El camino al fracaso comenzó a delinearse durante las sesiones del Comité Especial, creado con la finalidad de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional, donde las más de 100 delegaciones participantes no pudieron llegar a un consenso para lograr definir los conceptos de “explotación de la prostitución ajena” y “otras formas de explotación sexual”.

Luego, la levedad en la generación de compromisos internacionales prosiguió con la incorporación de una nota interpretativa que estableció como decisión simplista que, en tanto y en cuanto el Protocolo no define esos conceptos, no se prejuzga la manera en que los Estados Parte abordan la prostitución en su respectivo derecho interno.

Esto ha colaborado en fatigar el brío de la norma que obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas.

El Protocolo parece pretender desconectar la erradicación del fenómeno de la trata del combate de la prostitución, cosa ostensiblemente inviable, pues esta última actividad funciona como motor impulsor de aquél fenómeno.

Finalmente, las desprolijidades llegaron a su punto cúlmine en la redacción de la definición de trata que, al reconocer que el consentimiento dado por la víctima de trata de personas a toda forma de explotación no se tiene en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios comisivos

enunciados, da lugar a interpretaciones a partir de las cuales el consentimiento es leído como la contracara de esos medios.

Sin embargo, en nuestra opinión, no es jurídicamente posible que una víctima de trata preste consentimiento válido y eficaz para sufrir explotación sexual. Esto sucede principalmente, por la improcedencia de dos de los requisitos esenciales: el bien jurídico no está dentro del ámbito de disponibilidad de su titular; y, además, la generalidad de los casos, el consentimiento de la víctima se encuentra afectado por vicios de la voluntad.

Frente a este panorama, nuestra convicción no supera la esfera de las buenas intenciones y refleja la franca voluntad de que en los años venideros se auspicien textos normativos que tiendan a eliminar dudas y ambigüedades en lo que a la esclavitud de las personas se refiere, se aborde con entereza el problema de la prostitución y su posible penalización internacional y, en última instancia, se sumerja el ánimo de lucrar con almas humanas en los confines del olvido.