



Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Distr. general
25 de agosto de 2015
Español
Original: inglés

Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas

Viena, 16 a 18 de noviembre de 2015

Tema 4 del programa provisional*

**Conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de
Personas, en particular los documentos temáticos
preparados por la Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito acerca del abuso de una
situación de vulnerabilidad, el consentimiento
y la explotación**

Conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de Personas, en particular los documentos temáticos preparados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito acerca del abuso de una situación de vulnerabilidad, el consentimiento y la explotación

Nota de la Secretaría

I. Introducción

1. En su resolución 7/1, la Conferencia de las Partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada decidió que el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas fuera un elemento constante de la Conferencia y presentara sus informes y recomendaciones a la Conferencia. En su quinta reunión, el Grupo de Trabajo, entre otras cosas, recomendó a la Conferencia que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) continuara su labor relativa a los conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de Personas en cooperación con los Estados Miembros, el Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas y la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. El presente documento de antecedentes ha sido preparado por la Secretaría para facilitar las deliberaciones de la sexta reunión del Grupo de Trabajo.

* CTOC/COP/WG.4/2015/1.



2. En el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se establece que la trata de personas se compone de tres elementos: i) una “acción”, consistente en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) un “medio” por el cual se realiza la acción (amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y iii) un “propósito” (de la acción o el medio mencionados), es decir, la explotación. Los tres elementos deben estar presentes para que exista la “trata de personas” según el derecho internacional. La única excepción se prevé cuando la víctima es un niño, en cuyo caso no es necesario demostrar que alguno de los actos se llevó a cabo mediante el uso de cualquiera de los “medios” enumerados. En la definición se aclara que el concepto de trata no se refiere únicamente al proceso por el cual se lleva a una persona a una situación de explotación, sino que también se incluye el mantenimiento de esa persona en una situación de tal carácter. En el artículo 3 también se dispone que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a la explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los “medios” enunciados en el artículo.

3. El Protocolo contra la Trata de Personas y su definición de trata de personas han sido aceptados ampliamente por los Estados y la comunidad internacional. No obstante, a lo largo del decenio pasado se ha hecho evidente que sigue habiendo dudas acerca de ciertos aspectos de esa definición, así como de su aplicación al derecho penal nacional. En particular, han surgido dudas relativas a los aspectos de la definición que no se describen en otras partes del derecho internacional ni se conocen de manera general en los principales ordenamientos jurídicos del mundo. La existencia de esas dudas implica que los parámetros acerca de lo que constituye la “trata” aún no están consolidados. Aquellos que apoyan una interpretación conservadora o restrictiva consideran que una definición demasiado amplia puede incluir prácticas que no alcanzan el nivel de gravedad que se presupone a la trata. Los que abogan por una interpretación más extensiva entienden que una visión demasiado limitada sobre lo que constituye la trata puede obstaculizar las investigaciones, los enjuiciamientos y los fallos condenatorios. Así, las dudas relativas a la definición de la trata tienen una dimensión tanto jurídica como política. En este documento se exploran y se plantean preguntas acerca de los conceptos de abuso de una de una situación de vulnerabilidad, consentimiento y explotación, que son partes integrales de la definición de trata.

II. Cuestiones para el debate

4. Los Estados parte tal vez deseen examinar en sus deliberaciones, entre otros, los siguientes aspectos.

5. En primer lugar, en relación con el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad, en las notas interpretativas para el Protocolo se confirma que el concepto 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”.

- ¿Qué se entiende por opción verdadera? ¿La opción debe ser específica, viable y conocida? En ese caso, ¿para la víctima, para el perpetrador o para ambos?
 - ¿Es necesario establecer de manera objetiva la existencia de una opción determinada?
 - ¿Qué se entiende por opción aceptable? ¿Debe ser aceptable desde un punto de vista objetivo o la aceptabilidad de una opción viable se debe medir desde la perspectiva de la presunta víctima?
 - ¿Es necesario que el presunto perpetrador haya cometido un abuso real o basta con que el presunto perpetrador pretendiera abusar de la situación de vulnerabilidad de la víctima?
 - ¿Cuáles son los retos y las soluciones para determinar una situación de vulnerabilidad en términos probatorios?
6. En segundo lugar, respecto de la cuestión del consentimiento:
- ¿Es suficiente establecer únicamente que se hizo uso de algún medio o también es necesario probar que el medio utilizado invalidó realmente el consentimiento?
 - ¿Cuándo se tendrá en cuenta el consentimiento? ¿En relación con qué fase del proceso de trata o elemento del delito será pertinente el consentimiento? ¿El medio utilizado debería ser lo suficientemente grave para que el consentimiento quedara invalidado?
 - ¿Existe el riesgo de que se amplíe el concepto de trata de forma que trascienda el espíritu del Protocolo si se recurre al principio de no pertinencia del consentimiento cuando se establece el uso de algún medio y cuando se aplica una interpretación liberal de los medios?
 - ¿Existe el riesgo de que una interpretación restrictiva de la no pertinencia del consentimiento derive en una limitación del concepto de trata que no sea conforme al espíritu del Protocolo? ¿Se ignora en la práctica el principio de no pertinencia del consentimiento cuando se establece la recurrencia a algún medio?
 - Es necesario diferenciar entre casos de condiciones de empleo deficientes y situaciones en las que una persona es víctima de la trata. ¿Se debería examinar el consentimiento para tratar de hacer más riguroso y claro este difícil proceso? ¿Cuáles serían los riesgos de tomar el consentimiento de esta manera? ¿Cuáles serían las ventajas de servirse del consentimiento de esta forma?
7. En tercer lugar, el concepto de explotación no está definido en el Protocolo contra la Trata de Personas:
- ¿Cómo se define en la legislación nacional el concepto de explotación y las diferentes formas de explotación? ¿Se utilizan los tratados internacionales pertinentes para interpretar en mayor detalle y dar más sentido a los términos?
 - ¿Qué otras formas de explotación que no se definen específicamente en el Protocolo se deben considerar en particular?

- ¿En qué medida influyen los factores culturales y sociales en la percepción del concepto de explotación en lo que respecta a la aceptabilidad?

III. Orientaciones para la respuesta: situación de vulnerabilidad

8. Está aceptado que el abuso de una situación de vulnerabilidad es uno de los medios fundamentales para explotar a una persona. El concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad no se define en el Protocolo contra la Trata de Personas ni en ningún otro instrumento de derecho internacional. En las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) del Protocolo¹ se confirma que el concepto 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”. Por lo demás, este concepto no se define en el derecho internacional ni se presta a adaptarlo fácilmente a la legislación.

9. La noción de vulnerabilidad es esencial en cualquier interpretación del concepto de trata y el abuso de una situación de vulnerabilidad es un rasgo inherente en la mayoría de los casos de trata, si no en todos. Una de las varias definiciones establecidas es la de la vulnerabilidad como una situación derivada del modo como los individuos experimentan de manera negativa la interacción compleja entre los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que constituyen el contexto de sus comunidades². Algunos factores de vulnerabilidad, como la edad, la enfermedad, el sexo y la pobreza, son preexistentes o intrínsecos a la víctima. Otros, como el aislamiento, la dependencia y la situación jurídica irregular, son vulnerabilidades que pueden ser creadas por el explotador con el fin de maximizar el control ejercido sobre la víctima en el proceso de la trata. Se ha determinado que los niños son intrínsecamente vulnerables a la trata, ya que se dan otros factores de vulnerabilidad, como viajar sin acompañante o carecer de una partida de nacimiento. Los elementos que configuran la vulnerabilidad a la trata tienden a afectar de manera diferente y desproporcionada a grupos que ya sufren de una falta de poder y reconocimiento dentro de la sociedad.

10. El abuso de una situación de vulnerabilidad constituye en sí mismo uno de los medios mediante los cuales se perpetra la trata. Además, la vulnerabilidad y el abuso de esta se usan a menudo como medio secundario para fundamentar otro medio. Por ejemplo, es posible que se engañe a una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad mientras que otra menos vulnerable no habría sido embaucada. En algunos Estados, el término coacción alude a una variedad de conductas, incluido el abuso de una situación de vulnerabilidad. Mediante el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad también se puede explicar que una víctima no se identifique como tal y parezca dar su consentimiento teniendo

¹ 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, documento de las Naciones Unidas A/55/383/Add.1 (3 de noviembre de 2000), párr. 63.

² UNODC & UN.GIFT, *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*, Background paper, 2008, pág. 8. Disponible en inglés en el sitio www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf.

todavía derecho a asistencia y protección. Además, en algunos Estados³ la vulnerabilidad está ligada al concepto de explotación, lo que implica y la forma en que se define. Por otra parte, la aparente ausencia de vulnerabilidad no debería llevar a la conclusión de que una persona no es víctima de la trata.

11. Parece que se requieren dos requisitos probatorios para establecer que se ha cometido un abuso de una situación de vulnerabilidad: la prueba de la existencia de una situación de vulnerabilidad por parte de la víctima y la prueba de la intención de abusar de esa vulnerabilidad como medio por el cual se llevó a cabo el acto de trata. En los Estados donde el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad está previsto en la legislación⁴, la mera existencia de una situación de vulnerabilidad puede resultar suficiente para cubrir el elemento relativo al medio y, por tanto, favorecer un fallo condenatorio. Ciertos tribunales nacionales han determinado que el abuso o la intención de abusar de la vulnerabilidad puede deducirse del conocimiento de esa vulnerabilidad por parte del acusado⁵. El reto sigue siendo lograr un equilibrio entre el derecho del acusado a un juicio justo y el reconocimiento del concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad como medio para cometer un acto de trata. Según consta, los Estados en cuya legislación no se prevé el abuso de una situación de vulnerabilidad⁶ tienen dificultades para establecer la vulnerabilidad en términos probatorios.

IV. Orientaciones para la respuesta: consentimiento

12. En el Protocolo contra la Trata de Personas se establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a la explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando para obtenerlo se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados. En el caso de la trata de personas adultas, el consentimiento no resulta pertinente cuando se ha recurrido tanto a medios como la fuerza o el rapto, como a medios más sutiles como el abuso de una situación de vulnerabilidad, según se define en párrafos anteriores. Con respecto a los niños, el consentimiento nunca se tiene en cuenta, independientemente de que se haya recurrido o no a alguno de los medios enunciados. En la práctica, a menudo se examina el consentimiento dado por la víctima a la explotación intencional. El abuso de una situación de vulnerabilidad se suele considerar el medio más pertinente cuando se establece o reivindica el consentimiento de la víctima en un caso de trata. De hecho, reivindicar el consentimiento cuando resulta evidente que se ha recurrido a medios como la fuerza, el rapto y el engaño parece ir en contra del sentido común.

³ Por ejemplo, véanse el Código Penal de Canadá, artículo 279.04; y la Ley de administración y aplicación de la ley sobre (la prohibición de la) trata de personas de Nigeria de 2003, artículo 64.

⁴ Por ejemplo, véanse la Ley n° 64 relativa a la lucha contra la trata de personas de 2012 de Egipto, artículo 2; y la Ley para prevenir y combatir la trata de seres humanos de 2005 de la República de Moldova, artículo 2.

⁵ Para obtener más información sobre jurisprudencia, véase la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC, disponible en los sitios <http://sherloc.unodc.org> y <http://www.unodc.org/cld>.

⁶ Por ejemplo, el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad” no está recogido en la legislación contra la trata de Suiza (es decir, en su Código Penal) ni de Tailandia (es decir, en su Ley contra la trata de personas).

13. En otras palabras, no se puede apelar al consentimiento para exonerar de responsabilidad penal al presunto perpetrador si se ha recurrido a alguno de los medios especificados. También se hace uso de la relación entre el consentimiento y el medio, incluido el abuso de una situación de vulnerabilidad, para explicar e invalidar el consentimiento que una víctima parezca haber dado en algún momento del proceso de trata. La falta de un consentimiento válido a una situación de explotación se considera parte integral del concepto de trata y, mediante el elemento de los medios, se ha aceptado como parte distintiva y fundamental de la definición de la trata de personas.

14. De conformidad con el Protocolo contra la Trata de Personas, el acuerdo para trabajar en una situación que pueda considerarse de explotación no constituye trata si el acuerdo se garantizó y sigue vigente sin que exista amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Mientras que la explotación en sí misma puede abarcar otros delitos, incluida la violación de los derechos humanos, se debe establecer el uso de alguno de los medios para que se considere un delito de trata de personas adultas en el marco del Protocolo contra la Trata de Personas. No obstante, es posible que en esos casos también se hayan perpetrado contra la víctima otros delitos conexos. Entre otros, dichos delitos pueden incluir la extorsión, la tortura, la agresión sexual, la violación o la lesión corporal.

15. Muchos Estados han incorporado directamente en su legislación el principio de no pertinencia del consentimiento en caso de que se recurriera a alguno de los medios establecidos⁷. Algunos Estados han dispuesto que el consentimiento no se considerará argumento de defensa para conductas que de otra forma constituirían un delito⁸; no tendrá influencia sobre la existencia de un delito penal determinado⁹; no librará de responsabilidad al perpetrador¹⁰; o no impedirá que el Estado lleve a cabo enjuiciamientos¹¹.

16. En la práctica, la cuestión del consentimiento plantea problemas. Muchos consideran que el centro de atención debería ser la intención y las acciones del perpetrador, y no la intención y las acciones de la víctima. La cuestión relativa a los valores surge de manera particular en casos complejos en que la víctima sigue reivindicando el consentimiento: ¿se puede permitir que el consentimiento se imponga sobre valores sociales y humanos fundamentales como la dignidad, la libertad y la protección de los más vulnerables dentro de la sociedad? ¿Cuáles son

⁷ Por ejemplo, en los dos instrumentos legislativos de lucha contra la trata de personas de Bulgaria (es decir, el Código Penal, artículo 159a, y la Ley contra la trata de personas de 2003, disposición adicional) se prevé la no pertinencia del consentimiento. Lo mismo sucede en la Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes de 2007 de Malasia, artículo 16.

⁸ Por ejemplo, véase el Código Penal de Australia, artículo 270, subartículo D, 270.11.

⁹ Por ejemplo, véase el Código Penal de Serbia, artículo 388.10.

¹⁰ Por ejemplo, véase el Código Penal de la Nación Argentina, artículos 1, 125, 127 y 145bis, modificado por la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, de 2012.

¹¹ Por ejemplo, véase la Ley n° 21 de 2007 de Indonesia relativa a la erradicación del acto delictivo de la trata de personas, artículo 26. Para obtener más información acerca de la legislación contra la trata de personas, véase el portal SHERLOC de la UNODC, disponible en el sitio <http://sherloc.unodc.org>.

esos valores y cómo se pueden definir y aplicar? ¿Se puede recurrir a los valores para apoyar distintas posturas en relación con la trata de personas? La cuestión de la trata de personas con fines de explotación sexual es un buen ejemplo sobre el que existen opiniones divergentes: a veces se apela a la dignidad humana para afirmar que existe explotación sobre la base de que no se puede dar un consentimiento coherente a la prostitución o que esta constituye de facto un abuso de una situación de vulnerabilidad. Otros argumentan que el hecho de rechazar la posibilidad de que algunas personas trabajen en la prostitución por propia iniciativa puede socavar los valores básicos de autonomía y libertad.

17. A pesar de la clara afirmación establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas de que el consentimiento no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enumerados, parece que no existe acuerdo entre los expertos de los Estados acerca de si basta con determinar únicamente que se ha recurrido a algún medio o si también es necesario demostrar que el medio empleado invalidó realmente el consentimiento. Dado que los medios no se definen de manera clara en el Protocolo contra la Trata de Personas, ni en la mayoría de las legislaciones nacionales, hay un margen considerable para que los Estados elaboren y apliquen interpretaciones restrictivas, amplias y, en ciertos casos, incluso contradictorias de algunos medios: desde interpretaciones por las cuales el medio debe considerarse lo suficientemente grave como para invalidar o influir significativamente sobre el consentimiento, hasta interpretaciones en las que no es necesario que el medio invalide o influya significativamente sobre el consentimiento para que se recurra a la disposición relativa a la no pertinencia del consentimiento¹². A fin de determinar si se ha cometido un delito de trata de

¹² En el documento *Travaux Préparatoires*, págs. 361 a 363, se indica que 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. 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”. 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, impedían el 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. 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. Hubo acuerdo en que tanto el Protocolo como la legislación promulgada para aplicarlo debían mitigar este problema en la mayor medida posible para los fiscales y las víctimas. En el noveno período de sesiones del Comité Especial no se logró un consenso y el Presidente pidió a las delegaciones que examinaran distintas opciones. Se celebró un debate parecido acerca de la diferencia entre la trata de niños y de personas adultas y la cuestión en torno a si esa diferencia debía expresarse en términos de consentimiento. En una nota del documento *Travaux Préparatoires* se establece que otra forma de penalizar la trata de niños podría ser la de declarar que los niños no pueden dar su consentimiento a ciertas actividades. No obstante, una delegación expresó su inquietud por el hecho de que la utilización de una salvedad relativa al consentimiento para algunos fines podría significar que se podría otorgar el consentimiento para otros fines. Varias delegaciones también expresaron su preocupación por el hecho de que una salvedad sobre el consentimiento

personas, los expertos de algunas jurisdicciones evalúan una “constelación de circunstancias” que trasciende los medios y tiene en cuenta el carácter y gravedad de la explotación y posiblemente otras circunstancias.

18. Asimismo, en algunos Estados la pertinencia del consentimiento en un caso determinado puede depender del tipo de explotación, así como de su gravedad. Cuanto más grave sea la explotación, más evidente resultará para los funcionarios y tribunales de la justicia penal que todo consentimiento reivindicado es falso y no debería tenerse en cuenta. En ciertos casos, la cuestión acerca de si una persona dio su consentimiento, y en qué momento, a un acto que de otra forma sería lícito es crucial para determinar la existencia de un delito. Ejemplo de ello es la diferencia entre un matrimonio consensuado y uno forzoso. Además, los valores y actitudes culturales en torno a la aceptabilidad o inaceptabilidad, así como la dimensión de género, influyen al determinar la pertinencia relativa del consentimiento en situaciones específicas.

19. La cuestión de la responsabilidad penal de las víctimas de la trata puede poner al descubierto los límites del principio de la no pertinencia del consentimiento. El principio de no criminalización o no penalización de las víctimas de la trata por delitos que se han visto obligados a cometer o que han cometido como consecuencia directa de ser objeto de la trata está aceptado de manera generalizada, a pesar de no estar incluido en el Protocolo contra la Trata de Personas. No obstante, la situación es menos clara en lo que respecta a la responsabilidad jurídica por la participación de la víctima en actividades delictivas cuando esas actividades parecen ser el propósito de la explotación de la trata, como sucede con el tráfico y la fabricación de drogas o el hurto organizado. Sin embargo, en la práctica parece claro que los delitos cometidos incidentalmente en el transcurso de la explotación de una persona se pasan por alto más fácilmente que aquellos cometidos como manifestación directa del fin de la explotación, especialmente si en este último caso hay indicios de un posible consentimiento. En esas situaciones parece que el límite para ignorar un consentimiento aparente es mayor, y los tribunales se han mostrado más reticentes a aceptar interpretaciones amplias de los medios más sutiles (como el abuso de una situación de vulnerabilidad) como justificación para ignorar el consentimiento aparente a la participación en actividades delictivas.

V. Orientaciones para la respuesta: explotación

20. El tercer elemento constitutivo de la trata, el fin auténtico y básico, es la explotación. El Protocolo contra la Trata de Personas no define la explotación, pero proporciona una lista no exhaustiva de fines de explotación, entre ellos, 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. Este enfoque flexible permite que se puedan incluir formas de explotación nuevas u ocultas en el ámbito de la trata.

en el caso de los niños sugeriría que los adultos podrían dar su consentimiento a la esclavitud, el trabajo forzado o la servidumbre cuando, en realidad, nadie debería dar su consentimiento a la esclavitud, el trabajo forzado o la servidumbre. En la definición se evitó esa confusión al no utilizarse la palabra “consentimiento”.

21. Los Estados deben incluir en sus legislaciones nacionales, como mínimo, las formas de explotación enumeradas en el Protocolo. Dado que el Protocolo contra la Trata de Personas deja espacio para la interpretación, existen diferencias considerables en los enfoques legislativos. Algunos Estados han decidido incluir en su legislación nacional una lista no exhaustiva de fines de explotación con el objetivo de permitir una cierta flexibilidad. Otros Estados han considerado que una lista no exhaustiva de fines de explotación no es conforme al principio de legalidad. Ciertos Estados han ampliado la lista con nuevos conceptos y otros han interpretado nociones que no estaban definidas, reflejando así alguna conducta pertinente en un contexto cultural determinado. El reto sigue estando en mantener la gravedad del delito de trata.

22. Determinadas formas de explotación suscitan ciertos retos de carácter práctico y probatorio. Algunas formas de explotación, como la explotación laboral, a menudo se ocultan tras empresas lícitas y, por tanto, son difíciles de identificar. Otras formas de explotación parecen aceptables desde el punto de vista político y social en determinados contextos y grupos marginados de la sociedad. Además, con frecuencia resulta complicado establecer la diferencia entre condiciones laborales deficientes y fines de explotación, así como identificar otros casos dudosos. Por consiguiente, se precisa flexibilidad para determinar lo que constituye explotación. A su vez, es necesario establecer parámetros claros con miras a defender el principio de legalidad.

23. Por esa razón es importante definir de forma clara el término explotación o cada una de las formas de explotación con el fin de velar por que exista una interpretación uniforme y se den respuestas óptimas por parte de la justicia penal. En el plano internacional, teniendo en cuenta que en el Protocolo no se define la explotación como tal, es necesario revisar las definiciones de cada una de las formas de explotación para entender el concepto. A este respecto los instrumentos del derecho internacional son de gran importancia.

24. Resulta muy pertinente que se interprete el contenido relevante de las definiciones jurídicas que existen a nivel internacional de la esclavitud y los trabajos forzados en el marco del Protocolo contra la Trata de Personas. La esclavitud se define en el derecho internacional como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”¹³. En el derecho internacional se define el trabajo forzado como “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”¹⁴.

25. Es directamente pertinente que el contenido relevante de las concepciones jurídicas existentes de la servidumbre, las prácticas análogas a la esclavitud y la explotación de la prostitución se interpreten en el marco del Protocolo contra la Trata de Personas. A pesar de que ninguno de estos tres conceptos tiene una definición jurídica clara en el plano internacional, en el derecho existe un entendimiento general de los aspectos más significativos relativos a su ámbito y contenido. El término prácticas análogas a la esclavitud comprende la servidumbre

¹³ Convención sobre la Esclavitud de 1926, modificada por el Protocolo de 1953, artículo 1. Para obtener otras definiciones, véase la Ley modelo contra la trata de personas de la UNODC de 2009.

¹⁴ Convenio n° 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso y obligatorio, artículos 2 y 25.

por deudas, la venta de niños con fines de explotación, la servidumbre de la gleba y el matrimonio servil, conceptos que están definidos en el derecho internacional¹⁵. Las definiciones de estas formas de explotación pueden aplicarse al Protocolo contra la Trata de Personas. La servidumbre incluye esas cuatro prácticas y, además, abarca la explotación atroz que ejerce una persona sobre otra pero que, aunque en esencia se trata de esclavitud, no alcanza el elevadísimo nivel para ser considerada como tal.

26. Es importante señalar que el Protocolo no equipara la prostitución con la trata. El fin pertinente es la explotación de la prostitución ajena. Este término no hace referencia a la prostitución en sí misma, sino a la obtención de algún tipo de beneficio de la prostitución ajena. Corresponde específicamente a cada Estado parte abordar en su legislación y políticas nacionales la prostitución y las cuestiones conexas que estén al margen de la trata de personas¹⁶.

27. El significado de los términos que no tienen definición o interpretación jurídica a nivel internacional puede inferirse razonablemente del contexto y los antecedentes de redacción del Protocolo, así como de sus fuentes de conocimiento complementarias. A pesar de que el término servicios forzados no está definido en el derecho internacional, se puede deducir que abarca desde el trabajo forzado hasta las prácticas y condiciones que posiblemente no se consideren universalmente como trabajo, sino exigidas a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente¹⁷.

28. La extracción de órganos es un caso excepcional entre las formas de explotación establecidas, ya que, a diferencia de la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la prostitución y la explotación sexual, no se trata de una práctica que pueda considerarse explotación de manera intrínseca. En las notas interpretativas para el Protocolo se indica que “la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor por razones médicas o terapéuticas legítimas no se considerará explotación”, norma también aplicable *mutatis mutandis* en el caso de la extracción consensuada de los órganos de un adulto “por razones médicas o terapéuticas legítimas”.

29. Muchos Estados han ido más allá de la lista de formas de explotación establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas, ya sea de manera explícita, añadiendo en su legislación otras formas de explotación, o de manera implícita, interpretando que algunas de las formas establecidas abarcan otras prácticas. Un ejemplo de una forma de explotación generalmente aceptada es la mendicidad forzada. La adopción ilegal ha sido una cuestión controvertida, especialmente en situaciones en las que la adopción no tiene fines de explotación. Surgen problemas análogos en relación con el alquiler de úteros, la trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a los bebés y la explotación en actividades delictivas¹⁸.

¹⁵ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, artículo 1.

¹⁶ Véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párr. 64).

¹⁷ Véase la definición de trabajo forzado prevista en el Convenio n° 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso y obligatorio, artículo 2.

¹⁸ Para obtener más información en torno a la legislación contra el tráfico de personas véase el portal SHERLOC de la UNODC, disponible en el sitio <http://sherloc.unodc.org>.

VI. Principales instrumentos y recursos recomendados

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Trilogía de documentos temáticos relativos al abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el marco de la definición de la trata de personas, al papel del consentimiento en el Protocolo contra la Trata de Personas, y al concepto de “explotación” en el marco del Protocolo contra la Trata de Personas

30. Los Estados parte han reconocido el riesgo de que algunos de los conceptos fundamentales del Protocolo no se comprendan con claridad y, por tanto, no se apliquen de manera uniforme. En 2010, el Grupo de Trabajo Provisional de Composición Abierta sobre el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas) recomendó a la UNODC que preparara una serie de documentos temáticos “a fin de prestar asistencia a los funcionarios de justicia penal en las actuaciones penales” en relación con varios conceptos problemáticos. El primer documento temático, acerca del concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios”, se terminó de elaborar y se publicó en 2012, junto con una nota orientativa para los profesionales. El segundo estudio, en que se abordaba la cuestión del consentimiento, se elaboró y publicó en 2014. A partir de ese documento no se elaboró una nota orientativa, sino que se formuló una lista de consideraciones clave para profesionales que se incluyó como anexo en el documento temático. El último documento se centraba en el tercer concepto cuya definición se consideraba problemática: la explotación.

31. En todos los documentos se empleó una metodología similar, con algunos ajustes a fin de reflejar la experiencia adquirida. La metodología abarca i) un estudio preliminar de la bibliografía existente, entre otras cosas, leyes y jurisprudencia; ii) un estudio de países de diversas regiones y tradiciones jurídicas por medio del examen de leyes y casos, así como de entrevistas a profesionales; iii) la preparación de un proyecto de documento temático; iv) el examen del proyecto y la elaboración de más orientación a cargo de una reunión de expertos internacionales; y v) la finalización del documento y de toda orientación pertinente.

Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

32. Como parte del portal SHERLOC, la UNODC ha creado una base de datos de casos de trata de personas para proporcionar acceso inmediato al público a casos oficialmente documentados de este delito. Contiene detalles sobre la nacionalidad de las víctimas y de los delincuentes, las rutas de tráfico, los fallos dictados y otra información relacionada con casos juzgados en todo el mundo. No contiene solamente un registro detallado de los enjuiciamientos y las condenas, sino también las historias reales de las víctimas de la trata, documentadas por los tribunales. La base de datos tiene por objeto ayudar a los jueces, los fiscales, las autoridades encargadas de formular políticas, los investigadores de los medios de comunicación y otros, dando a conocer los detalles de casos reales con ejemplos sobre la forma en

que pueden aplicarse las leyes nacionales respectivas para enjuiciar a los responsables de la trata de seres humanos.

Disponible en el sitio <https://www.unodc.org/cld//index.jsp?lng=es&tmpl=old>. Se puede acceder a la legislación contra la trata de personas en el sitio <http://sherloc.unodc.org>.

Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Naciones Unidas, Nueva York, 2004

33. La finalidad principal de las Guías legislativas es prestar asistencia a los Estados interesados en ratificar o aplicar la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos complementarios. Las Guías se han elaborado de modo tal que contemplan distintos ordenamientos jurídicos y diversos niveles de desarrollo institucional y ofrecen, cuando procede, opciones de aplicación. En las Guías se exponen los requisitos fundamentales de la Convención y de sus Protocolos, así como las cuestiones que cada Estado parte debe abordar, y se ofrece al mismo tiempo una gama de opciones y ejemplos que los legisladores nacionales tal vez deseen tener en cuenta al intentar aplicar la Convención y sus Protocolos.

Disponible en el sitio https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/Spanish%20Legislative%20guides_Full%20version.pdf.

Ley modelo contra la trata de personas

34. La Ley modelo contra la trata de personas se elaboró para ayudar a los Estados a poner en práctica las disposiciones del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención. Tiene por fin facilitar el examen y la introducción de enmiendas en la legislación vigente así como la aprobación de nuevas leyes. Cada una de las disposiciones incluidas en la Ley modelo va acompañada de un comentario detallado y se ponen a disposición de los legisladores diversas opciones, según proceda, y fuentes jurídicas y ejemplos.

Disponible en el sitio <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>.

Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal

35. El Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal es fruto de un proceso de cooperación global al que han aportado su competencia técnica y experiencia representantes de círculos académicos, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales, funcionarios encargados de la aplicación de la ley, fiscales y jueces de todo el mundo. En consonancia con el Protocolo contra la Trata de Personas, la finalidad del Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal es prestar apoyo a los profesionales de la justicia penal en la prevención de la trata, la protección de sus víctimas, el enjuiciamiento de los culpables y la cooperación internacional necesaria para lograr esos objetivos.

Comentario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas

36. El Comentario pretende ofrecer una orientación clara sobre la cuestión de la situación jurídica definiendo los aspectos de los Principios y Directrices que pueden vincularse a derechos y obligaciones jurídicas internacionales establecidos. Se basa en los Principios y Directrices para estructurar un panorama detallado de los aspectos jurídicos de la trata de personas, centrándose particularmente, aunque no de forma exclusiva, en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ilustrar la traducción a la práctica de los Principios y Directrices se presentan decisiones de cortes y tribunales.

Disponible en el sitio http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf.

Manual para Parlamentarios: La Lucha contra la Trata de Personas

37. La Unión Interparlamentaria (UIP) y la UNODC elaboraron un manual en el marco de la iniciativa UN.GIFT para inspirar a los parlamentarios para que promulgaran leyes firmes y adoptaran buenas prácticas que fortalecieran las respuestas nacionales a la trata de personas.

Disponible en el sitio https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Handbook_for_Parliamentarians_Spanish.pdf.
