



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Documento temático

**EL PAPEL DEL “CONSENTIMIENTO”
EN EL PROTOCOLO CONTRA LA TRATA DE
PERSONAS**



NACIONES UNIDAS
Viena, 2014

La descripción y clasificación de los países y territorios que aparecen en este estudio y la forma en que está organizado el material que contiene no implican, por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites, o de su sistema económico o nivel de desarrollo.

© Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2014

Agradecimientos

La presente publicación ha sido preparada por la Sección de Lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes de la UNODC, bajo la coordinación general de Ilias Chatzis y la orientación sustancial de Rahel Gershuni, en colaboración con Simone Heri. La Dra. Anne T. Gallagher (consultora) se encargó de la redacción del trabajo, con el apoyo de la Dra. Marika McAdam (consultora), quien realizó la mayor parte de las encuestas por países. Expresamos un agradecimiento especial a Silke Albert, Tatiana Balisova, Simona Schreier y Katharina Peschke, de la Sección de Lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, por sus aportaciones.

La UNODC desea expresar su agradecimiento a los asistentes a la consulta de expertos que se celebró en Viena los días 17 y 18 de febrero de 2014, que hicieron importantes contribuciones para su seguimiento: Philip A. Aguinaldo, Dalia Avramoff, Julia Borgianni Batho, Pamela Bowen, Carmela Bühler, Parosha Chandran, Marcelo Colombo, John Cotton Richmond, Arie Dharmanto, Federica Donati, Joy Ngozi Ezeilo, Patricia Fernández Olalla, Saša Gosia, Paul Holmes, Sommanat Juaseekoon, Vipon Kititasnasorchai, Lalu Muhamad Iqbal, Martha Lovejoy, Carla Menares Bury, Branka Milosavljevic, Eurídice Márquez Sánchez, Kerry Neal, Wanchai Roujanavong, Zoi Sakelliadou, Silje Elisabeth Stenvaag, Matthew Taylor, Shabda Thian y Lisa West.

Asimismo, queremos expresar nuestro agradecimiento al gran número de funcionarios públicos y profesionales, cuyos nombres figuran en el anexo 3, que generosamente ofrecieron su tiempo y conocimientos especializados para ayudar en los estudios de casos de países y revisar distintas secciones del texto.

Este trabajo se ha podido llevar a cabo gracias a la financiación recibida del Gobierno de Suiza.

Índice

Resumen	5
1 Antecedentes	14
1.1 Contexto del estudio	14
1.2 Mandato y atribuciones	15
1.3 Metodología	17
1.4 Estructura de la obra.....	19
2 El concepto en el derecho y la política internacional.....	21
2.1 Algunas observaciones generales sobre los principios y enfoques relativos al consentimiento en el derecho penal	21
2.2 El consentimiento en el contexto específico de la trata.....	23
2.2.1 <i>El Protocolo contra la Trata de Personas y el concepto de consentimiento</i>	24
2.2.2 <i>Instrumentos regionales</i>	28
2.3 Fuentes complementarias de información	30
2.3.1 <i>El consentimiento en el derecho penal internacional</i>	30
2.3.2 <i>El consentimiento en la definición del trabajo forzado</i>	32
2.4 Conclusiones sobre el concepto de consentimiento en la legislación y la política internacional	34
3 Legislación y prácticas nacionales: panorama general	36
3.1 Estados que han incluido una referencia explícita al consentimiento en su definición de trata	36
3.1.1 <i>Argentina</i>	37
3.1.2 <i>Australia</i>	39
3.1.3 <i>Indonesia</i>	44
3.1.4 <i>Filipinas</i>	46
3.1.5 <i>Serbia</i>	49
3.1.6 <i>España</i>	53
3.1.7 <i>Tailandia</i>	56
3.2 Estados que no hacen referencia explícita al consentimiento en su definición de trata.....	57
3.2.1 <i>Belarús</i>	58
3.2.2 <i>Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte</i>	60
3.2.3 <i>Estados Unidos de América</i>	65
3.3 Estados cuya legislación no hace referencia al papel del consentimiento pero sí disponen de jurisprudencia explícita	68

3.3.1	<i>Israel</i>	68
3.3.2	<i>Noruega</i>	71
4	Legislación y prácticas nacionales: principales conclusiones	76
4.1	Gran aceptación del principio de la irrelevancia del consentimiento	76
4.1.1	El principio en el derecho	76
4.1.2	Actitudes hacia el principio: valores subyacentes en torno al consentimiento	77
4.2	Independientemente del enfoque adoptado por la ley, el consentimiento a menudo tiene una gran pertinencia en la práctica	79
4.3	Los “medios” a menudo son decisivos en relación con las consideraciones acerca del consentimiento.....	82
4.4	El tipo de explotación y su gravedad también resultan relevantes para las consideraciones relativas al consentimiento	88
4.5	La cuestión de la responsabilidad penal de las personas objeto de trata puede poner al descubierto los límites del principio de la irrelevancia del consentimiento.....	92
4.6	La orientación debería tener en cuenta el equilibrio entre la necesidad de claridad y la flexibilidad:	93
5	Cuestiones para el examen y el debate	95
	ANEXO 1: Consideraciones fundamentales para los profesionales de la justicia penal al abordar la irrelevancia del “consentimiento” en la trata de personas	98
	ANEXO 2: Instrumento de encuesta	105
	ANNEX 3: Lista de personas consultadas, incluidos los participantes en la reunión del grupo de expertos	109

Abreviaturas y siglas

Conferencia de las Partes en la Convención	Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos
Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas	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
UE	Unión Europea
Convenio Europeo sobre la Trata	Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos
Directiva de la Unión Europea contra la trata 2011/36/UE	Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Trata	Trata de personas
Protocolo contra la Trata de Personas	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
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Convención contra la Delincuencia Organizada	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Resumen

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 (Protocolo contra la Trata de Personas), en su artículo 3 a), establece la definición de trata de personas, formada por tres elementos: i) una “acción”, que consiste en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) un “medio” por el que se realiza la acción (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y iii) un “fin” (de la acción): a saber, la explotación¹. La definición aclara, en el artículo 3 b), que el consentimiento dado por la víctima a la explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los “medios” enunciados. Para que exista “trata”, con arreglo al Protocolo contra la Trata de Personas, deben estar presentes los tres elementos. La única excepción es que, cuando la víctima es un niño, el elemento del “medio” no forma parte de la definición.

La definición del Protocolo ha gozado de una amplia acogida entre los Estados y la comunidad internacional. Sin embargo, en el último decenio, se ha puesto de manifiesto que todavía quedan dudas sobre ciertos aspectos de esa definición. Esto es importante, ya que el hecho de caracterizar una conducta determinada como “trata” tiene consecuencias importantes y de gran alcance para los presuntos autores y las presuntas víctimas de esa conducta. Actualmente, existe una dicotomía entre quienes apoyan una interpretación conservadora e incluso restrictiva del concepto de trata, y quienes abogan por su ampliación. La primera postura refleja la preocupación de que una definición demasiado amplia puede incluir prácticas que no alcancen el elevado umbral de gravedad esperado de la “trata”. La segunda responde a una preocupación diferente: que una definición demasiado restringida pueda impedir la investigación, el enjuiciamiento y la condena de prácticas que efectivamente deben recaer bajo la categoría de “trata”, o excluir de hecho ese tipo de prácticas por completo.

¹ La definición completa que figura en el artículo 3 del Protocolo contra la Trata de Personas es la siguiente: “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.”

Los Estados partes han reconocido que existe 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, sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad”, se terminó de elaborar y se publicó en 2012, junto con una nota orientativa para profesionales. El presente estudio, que trata el tema del “consentimiento”, irá seguido de un tercer estudio sobre el concepto de “explotación”. La metodología de cada estudio comprende i) una investigación documental de la literatura pertinente, incluida la legislación y la jurisprudencia; ii) una encuesta de Estados de diferentes regiones y tradiciones jurídicas, basado en el examen de leyes y casos, así como en entrevistas con profesionales; iii) la preparación de un proyecto de documento temático; iv) el examen del proyecto de documento y la elaboración de orientaciones adicionales en el marco de una reunión de un grupo internacional de expertos; y v) la finalización del documento temático y cualquier orientación conexas.

El presente documento temático se divide en cuatro partes. En la primera parte se ofrece una introducción e información de referencia. En la segunda parte se presenta un panorama general y análisis del marco jurídico y normativo internacional en torno al consentimiento y otros conceptos conexos examinados en el documento. En la tercera parte se resumen y analizan los resultados de la encuesta realizada sobre la legislación y la práctica nacionales relativas al consentimiento en el contexto de la definición de trata. En la cuarta parte se reúnen las conclusiones de la encuesta en un conjunto de declaraciones básicas. En la quinta y última parte, se expone una lista de cuestiones y preguntas para el debate.

Del examen del Protocolo contra la Trata de Personas y de los *Travaux Préparatoires*, así como de una variedad de textos interpretativos y de apoyo, estudiados en la segunda parte, se desprende lo siguiente:

La declaración del Protocolo sobre el consentimiento refleja los peligros previstos por los Estados miembros:

Los Estados miembros eran muy conscientes del riesgo de que el consentimiento se convirtiera en la primera línea de defensa de los acusados de delitos de trata, especialmente en los casos en que las víctimas pudieran haber dado su consentimiento en algún momento (por ejemplo, migrar para trabajar o para dedicarse a la prostitución). Este peligro se consideró especialmente grave, debido a que el Protocolo trataba de incluir los medios más sutiles de control que pudieran quedar enmascarados bajo un consentimiento aparente.

La irrelevancia del consentimiento forma parte integral de la definición de la trata de adultos del Protocolo y de su forma de entenderla:

La falta de consentimiento a una situación de explotación se considera parte integral del concepto de trata y, por efecto del elemento de los medios, se ha aceptado como parte distintiva y fundamental de la definición de la trata. En el Protocolo contra la Trata de Personas se establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata a la explotación prevista no se tendrá en cuenta cuando para obtenerlo se haya recurrido a cualquiera de los “medios” enunciados. Esta referencia a la irrelevancia del consentimiento cuando se ha recurrido a esos medios ha quedado reflejada en los principales instrumentos adoptados que se basan en el Protocolo y que incorporan una definición de la trata, y se ha reafirmado en los documentos de políticas y en los textos interpretativos.

La declaración del Protocolo contra la Trata de Personas es clara: el consentimiento nunca se tendrá en cuenta a la hora de determinar si se ha producido el delito de trata. En el caso de la trata de adultos, el consentimiento es improcedente, tanto si se ha recurrido a medios como la fuerza o el rapto, como si se han empleado medios más sutiles, como el “abuso de una situación de vulnerabilidad”. En el caso de los niños, el consentimiento es improcedente, con independencia de si se emplea o no algún medio. Sin embargo, en la práctica, las consideraciones relativas al consentimiento todavía pueden tener su importancia, como se desprende de las encuestas por países realizadas.

La irrelevancia del consentimiento forma parte integral de la definición de la trata de niños del Protocolo y de su forma de entenderla:

El Protocolo contra la Trata de Personas rechaza inequívocamente la relevancia del consentimiento en el delito de la trata de niños. La trata de niños queda establecida por el hecho de la existencia de un “acto” y un “fin” de explotación, sin necesidad de que se haya recurrido a ningún “medio” como elemento del delito.

Del Protocolo surgen cuestiones de interpretación sobre el tema del consentimiento:

A pesar de la claridad aparente de la declaración del Protocolo contra la Trata de Personas con respecto al consentimiento, hay cuestiones de interpretación que se plantean y a las que pueden darse diferentes respuestas legítimas en diferentes jurisdicciones. Por ejemplo:

- ¿Requiere el Protocolo que los “medios” realmente invaliden o menoscaben el consentimiento de una presunta víctima en particular?
- ¿Deben tener los medios un carácter suficientemente grave como para anular el consentimiento?
- ¿Cuándo resulta relevante el consentimiento y en relación con qué etapa del proceso de trata o elemento del delito?

El requisito del empleo de “medios” afirma que, al menos en el marco del Protocolo, las condiciones de explotación por sí solas no son suficientes para demostrar la trata de adultos:

El acuerdo para trabajar en una situación que podría considerarse de explotación no constituirá trata si ese acuerdo se obtuvo y sigue vigente sin que exista 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. Si bien la explotación en sí misma puede conllevar otros delitos, como la violación de los derechos humanos, para que se considere un delito de trata de adultos en el marco del Protocolo contra la Trata de Personas debe haberse recurrido al uso de “medios”.

* * *

La encuesta sobre las leyes y prácticas nacionales, presentada en las partes tercera y cuarta, así como las ideas que surgieron de la reunión del grupo de expertos posterior, muestran un amplio acuerdo sobre los principios y valores fundamentales de todo consentimiento, pero también una amplia gama de soluciones que reflejan diferentes enfoques, que a su vez están influidos por diferentes interpretaciones, prioridades contrapuestas y la propia realidad práctica. Parece que a muchos Estados les cuesta trabajo comprender el lugar que ocupa el consentimiento en el derecho interno y en el Protocolo contra la Trata de Personas. Por ejemplo, si bien el Protocolo *no* requiere que los “medios” utilizados influyan para invalidar o menoscabar el consentimiento, la encuesta confirmó que la cuestión de si los “medios” empleados han influido realmente en el consentimiento es un tema candente en algunas jurisdicciones. En las observaciones que figuran a continuación se resumen las principales conclusiones de la encuesta, modificadas, complementadas y matizadas a partir de las ponencias y comentarios de los profesionales durante la reunión del grupo de expertos que se celebró en Viena los días 17 y 18 de febrero de 2014. En la quinta parte se presentan con más detalle algunas “cuestiones para el examen y debate” con relación a estas conclusiones.

Gran aceptación del principio de la irrelevancia del consentimiento:

El *principio* de que el consentimiento nunca se tendrá en cuenta en los casos de trata de niños y que en los casos de trata de adultos no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido al uso de “medios” goza de gran aceptación, si bien se ve reflejado de diferentes maneras. En relación con la trata de niños, la encuesta confirmó que los Estados encuestados aceptan, ya sea explícita o implícitamente, el principio de que el consentimiento de un niño a cualquier parte del proceso de la trata o a su resultado siempre será irrelevante. Sin embargo, durante las consultas nacionales y la reunión del grupo de expertos, los profesionales señalaron que en la práctica se han producido casos en que el consentimiento cobró relevancia a pesar de que las víctimas eran menores. Además, algunos profesionales afirmaron que algunas víctimas adultas pueden ser incluso más vulnerables que los niños, por ejemplo, las personas con una discapacidad física o mental. Con respecto a la trata de adultos, la encuesta confirmó que el principio de la irrelevancia del consentimiento cuando se recurre al uso de medios se acepta de forma general. (No obstante, cabe señalar que

algunos Estados no vinculan la irrelevancia del consentimiento al empleo de “medios”, ni en la legislación, la jurisprudencia o la práctica). La mayoría de los Estados encuestados han incorporado el principio directamente en su derecho. Dentro de ese grupo, algunos han adoptado la formulación del Protocolo contra la Trata de Personas, mientras que otros han dispuesto que el consentimiento no puede invocarse como defensa ante cualquier conducta constitutiva de delito; que no tiene relación con la existencia de un delito relevante; que no exime de la responsabilidad al autor; o que no impide al Estado emprender acciones jurisdiccionales. Si en un Estado la legislación no hace referencia al consentimiento, no siempre debe interpretarse que no se pronuncia al respecto, ya que a menudo existe una afirmación jurisprudencial de su irrelevancia en los casos de trata o hay pruebas de que los profesionales conocen y apoyan el principio, al menos en el ámbito del Ministerio Público, que fue el tema central de la encuesta.

Actitudes hacia el principio: valores subyacentes en torno al consentimiento:

Todos los profesionales entrevistados expresaron un amplio apoyo a la idea de que no debe permitirse que los responsables de la trata eludan la acción de la justicia con el argumento del consentimiento aparente de las víctimas. La mayoría consideraba que el punto de mira debe estar más en la intención y las acciones del autor que en la intención y las acciones de la víctima. Particularmente en los debates en torno a casos complejos en que las víctimas siguen afirmando su consentimiento, un número importante de profesionales plantearon el concepto de los valores: no debe permitirse que el consentimiento prevalezca sobre valores humanos y sociales fundamentales como la dignidad, la libertad y la protección de las personas más vulnerables de la sociedad. No obstante, si bien existía armonía de criterios entre los profesionales acerca de la naturaleza de esos valores, no hubo un acuerdo unánime sobre cuáles eran esos valores y cómo debían entenderse y aplicarse, y es evidente que los “valores” pueden invocarse para apoyar posiciones muy diferentes en el tema de la trata. La cuestión de la trata con fines de explotación sexual es un buen ejemplo: a menudo se invoca el valor de la dignidad humana para apoyar una interpretación amplia de la explotación en este contexto, fundamentada en que no puede darse un consentimiento sustancial a la prostitución. Sin embargo, otros profesionales señalaron que rechazar la posibilidad de que algunas personas que trabajan en la prostitución la ejerzan de algún modo por propia iniciativa puede socavar los valores fundamentales de la autonomía y la libertad.

Independientemente del enfoque adoptado por la ley, el consentimiento a menudo tiene una gran relevancia en la práctica:

Una conclusión importante de la encuesta es que, aunque el Protocolo contra la Trata de Personas afirme que no se tendrá en cuenta el consentimiento una vez que se haya demostrado el uso de medios (en el caso de adultos), y al margen de que la irrelevancia del consentimiento esté enmarcada en la legislación (si es que lo está), la cuestión suele planear entre líneas en todas las etapas de la respuesta de la justicia penal a la trata: desde la identificación de las víctimas a la decisión sobre qué casos enjuiciar, o cuestiones de credibilidad durante el propio juicio y con respecto a la condena. Al tiempo que expresan un firme apoyo al *principio*, los profesionales de la justicia penal parecen tener verdaderas dificultades para asimilar un concepto que en

algunos sentidos parece ir en contra el sentido común, o al menos para transmitirlo de manera efectiva a los jueces y jurados. Puede que las cuestiones relativas al consentimiento no se planteen en los casos “graves” y “claros” de trata, pero esto generalmente se debe a que las circunstancias de los casos hacen patente que nunca ha habido consentimiento. Otras observaciones pertinentes que cabe señalar son las siguientes:

- En el caso de la trata de niños, las afirmaciones de consentimiento se rechazan por irrelevantes con mayor rapidez, aunque el consentimiento todavía puede ser un problema.
- El hecho de que la justicia penal se centre en la víctima (exacerbado por una gran dependencia del testimonio de la víctima) puede aumentar la atención sobre el tema del consentimiento.
- Aunque sea irrelevante desde el punto de vista jurídico, los tribunales aceptarán a menudo debates sobre el consentimiento, y los indicios de consentimiento pueden influir en la forma de percibir a la víctima y de interpretar sus acciones.
- El consentimiento aparente, especialmente cuando lo afirma la propia víctima, puede dificultar la acusación de los casos difíciles y hacer que los fiscales se muestren reacios a presentar cargos.
- El consentimiento puede ser relevante para determinar la intención del acusado.
- Los indicios de consentimiento y los medios por los que se obtiene pueden afectar a la condena.

Los medios a menudo son decisivos para determinar los criterios relativos al consentimiento:

En muchos de los Estados encuestados, el grado de relevancia del consentimiento en un caso concreto parece depender en gran medida de los “medios” utilizados y la forma en que se entiende y se aplica este elemento de la definición. Esto es así aun cuando los “medios” no constituyan un elemento formal del delito de trata, sino que estén ligados al elemento de los “fines”. 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, los Estados disponen de un margen considerable para elaborar y aplicar interpretaciones muy restrictivas, excesivamente amplias o incluso contradictorias de los medios concretos: desde interpretaciones por las que el medio debe considerarse de suficiente entidad como para invalidar o menoscabar seriamente el consentimiento, hasta interpretaciones en las que no es necesario que el medio invalide o menoscabe seriamente el consentimiento para que se recurra a la disposición relativa a la “irrelevancia del consentimiento”. (Cabe señalar de nuevo que en algunos de los Estados encuestados, la cuestión del consentimiento no estaba vinculada a los “medios”, ni la legislación, la jurisprudencia o la práctica). Entre otras observaciones pertinentes, cabe mencionar las siguientes:

- El tipo de “medio” utilizado tiende a afectar al planteamiento de las cuestiones relativas al consentimiento y la forma de considerarlas. Normalmente, la relevancia práctica del consentimiento disminuye en función de la gravedad de los “medios” utilizados y sus efectos sobre la víctima.
- Hay una falta de claridad acerca de los parámetros de algunos de los medios más “sutiles”. Una cuestión sujeta a interpretación es si los medios deben revestir determinada gravedad para que entre en juego la disposición sobre la

irrelevancia del consentimiento. Así pues, en las encuestas por países se suscitaban cuestiones relativas a si cualquier tipo de fraude, engaño o coacción, sin que importe lo insignificante que sea en sí mismo o su influencia, es suficiente para establecer el elemento del “medio” de la trata, y por tanto para que resulte irrelevante cualquier afirmación de consentimiento.

- El abuso de una situación de vulnerabilidad suele ser el “medio” de mayor relevancia en los casos de trata en que se indica o afirma el consentimiento de la víctima, lo que no es sorprendente, ya que afirmar el consentimiento cuando resulta evidente que se ha recurrido a medios flagrantes como la fuerza, el rapto o el fraude parece ir en contra de toda lógica.
- A pesar de que el Protocolo contra la Trata de Personas afirma claramente que el consentimiento no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados, no existe acuerdo entre los profesionales acerca de si basta con demostrar únicamente que se ha recurrido a algún medio o si también es necesario demostrar que los medios empleados han invalidado realmente el consentimiento. Esto no es sorprendente, teniendo en cuenta que el propio Protocolo parece abierto a ambas interpretaciones.
- Con el fin de determinar si se ha producido trata, en algunas jurisdicciones los profesionales examinan “una constelación de circunstancias” que van más allá de los “medios”, para incluir la naturaleza y gravedad de la explotación y, dependiendo de cómo esté formulada la ley, otras circunstancias.

La medida en que el consentimiento resulta relevante en un caso concreto también puede depender del tipo de explotación, así como de la gravedad de la explotación:

Si bien los profesionales afirmaron que el tipo de explotación no debe tener relevancia para la cuestión del consentimiento, hay firmes indicios de que, en la práctica, es un factor sumamente relevante. En algunos casos, ello se debe sencillamente a que la cuestión de si una persona ha consentido un acto que de otro modo sería lícito es fundamental para establecer la existencia de un delito (por ejemplo, el matrimonio consensuado frente al matrimonio forzado). En otros casos, parece que los valores y las actitudes respecto de lo que resulta aceptable y no aceptable en diferentes esferas de actividad pueden influir a la hora de determinar la relevancia relativa del consentimiento en una situación concreta. En general, los profesionales reconocieron que la gravedad de la explotación influirá en las consideraciones relativas al consentimiento de la misma manera que sucede con la gravedad de los medios: cuanto más grave sea la explotación, más obvio será para los funcionarios de la justicia penal, los tribunales y otros que cualquier consentimiento afirmado por el autor o la víctima es falso y debe desestimarse. La encuesta también puso de manifiesto una relación entre el tipo de explotación, su gravedad y las consideraciones relativas al consentimiento: así pues, en algunas jurisdicciones, mientras que el empleo de “medios” puede ser suficiente para establecer la irrelevancia del consentimiento en los casos de trata con fines de explotación sexual, en los casos de trata con fines de explotación laboral puede que sea necesario complementar las pruebas del uso de “medios” con pruebas de que la explotación sufrida ha sido particularmente grave. En cambio, al menos en una jurisdicción, prevalecía el enfoque opuesto, de manera que la explotación sexual requería pruebas de una mayor gravedad y la explotación laboral de una menor gravedad. Otras observaciones pertinentes que cabe señalar son las siguientes:

-
- En relación con las formas de explotación que conllevan en sí mismas los medios (como el trabajo forzado, que entraña el medio de la “fuerza”), el consentimiento tiene una relevancia directa para determinar la finalidad de la explotación, dado que el “medio” forma parte integral del delito. Esto sería así incluso si el elemento del “medio” no fuera un factor por separado.
 - “La extracción de órganos” es una anomalía en la medida en que no constituye necesariamente un ilícito inherente -o incluso un delito- en la legislación nacional. Es posible que el consentimiento funcione de manera diferente en relación con este propósito. Sin embargo, debido a la escasez de jurisprudencia y experiencia práctica resulta difícil extraer conclusiones firmes a este respecto.
 - El tipo de explotación vinculada a la trata en cuestión, en particular, si consiste en explotación sexual o explotación laboral, puede modificar la manera de entender la afirmación del consentimiento y cómo influye en el proceso de justicia penal. En general, el papel del consentimiento se considera más complejo en estos últimos casos y las cargas probatorias son diferentes, por lo general mayores. En algunas jurisdicciones, la forma de considerar el consentimiento en esos tipos diferentes de casos de trata tiene una importante dimensión de género.

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas objeto de trata puede poner al descubierto los límites del principio de la irrelevancia del consentimiento:

El principio de la no penalización (o no criminalización) de las personas objeto de trata por delitos que se han visto obligadas a cometer o que han cometido como consecuencia directa de ser objeto de la trata está ampliamente aceptado. Sin embargo, 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 explotación de la trata, como sucede con la trata con fines de producción de drogas o el hurto organizado. La encuesta confirmó que la mayoría de los Estados no han adoptado una posición explícita acerca de esta cuestión. 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 esos casos, parece que el umbral para descartar el aparente consentimiento es relativamente más elevado y los tribunales han estado relativamente menos dispuestos a aceptar una interpretación amplia de los medios más sutiles (como el abuso de una situación de vulnerabilidad) como justificación para desestimar el consentimiento aparente en la comisión de actividades delictivas.

Los profesionales expresaron el deseo de una mayor claridad y de orientación sobre la cuestión del consentimiento. La orientación debería tener en cuenta el equilibrio entre la necesidad de claridad y la flexibilidad:

La encuesta puso de manifiesto un deseo de disponer de orientaciones claras sobre el consentimiento en aras de la justicia, la coherencia y certidumbre. A la mayoría de los profesionales este tema les resulta complejo y difícil de manejar en la práctica, aun cuando la ley u otras fuentes establezcan una determinada posición con mucha claridad. Por otro lado, durante la reunión del grupo de expertos, los profesionales

también afirmaron ser conscientes de la diversidad de enfoques legítimos con respecto a este tema y la complejidad de la cuestión, que requieren alcanzar un equilibrio entre la claridad y la flexibilidad. Así pues, algunos profesionales expresaron la opinión de que podría ser útil que en las orientaciones se plantearan las cuestiones que suscita el consentimiento, incluso si no se les diera una respuesta.

* * *

El documento temático concluye con una lista de preguntas y temas de debate, generalmente vinculados a las principales conclusiones de la encuesta mencionada anteriormente. A continuación figuran las principales preguntas que guardan una relación más directa con cuestiones de **política y riesgo**:

- ¿Existe el riesgo de que el principio de la irrelevancia del consentimiento, cuando se demuestra el uso de medios, especialmente cuando se aplica en el contexto de una interpretación liberal de los medios, se traduzca en una ampliación del concepto de trata que vaya más allá del espíritu del Protocolo y la intención de los Estados Miembros que participaron en su elaboración?
- ¿Existe el riesgo de que una interpretación restrictiva de la irrelevancia del consentimiento dé lugar a una contracción del concepto de trata que no esté de acuerdo con el espíritu del Protocolo y la intención de los Estados Miembros que participaron en su elaboración?
- ¿Existe el riesgo conexo de que en la práctica, cuando se demuestra el uso de medios, se haga caso omiso del principio de la irrelevancia del consentimiento: que los investigadores, los fiscales y los tribunales puedan utilizar indicios o afirmaciones del consentimiento para reducir la concentración en casos “difíciles” o “confusos” de trata? ¿Podría justificarse un enfoque de este tipo por razones pragmáticas? ¿Podría no justificarse por razones pragmáticas?
- ¿Es correcto, completo y realista el enfoque del Protocolo respecto del consentimiento? Concretamente, ¿existen situaciones en que efectivamente están presentes los elementos de la trata, pero el consentimiento afirmado por la “víctima” es tan significativo que no debe desestimarse?
- No todos los Estados han incluido el elemento del “medio” en su definición de la trata. ¿Es posible encontrar situaciones en que no se han empleado medios y todavía deba considerarse irrelevante el consentimiento?
- Sistemáticamente se pide a los sistemas de justicia penal que distingan las situaciones caracterizadas por las malas condiciones de trabajo de aquellos en que una persona es víctima de la trata. ¿Deben utilizarse las consideraciones relativas al consentimiento para ayudar a aportar rigor y claridad a este proceso difícil, pero necesario? ¿Cuáles serían los riesgos de utilizar el consentimiento de este modo? ¿Qué valor tendría utilizar el consentimiento de este modo?

1 Antecedentes

1.1 Contexto del estudio

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 Transnacional² (Protocolo contra la Trata de Personas) se considera “el principal instrumento jurídicamente vinculante a nivel mundial para combatir la trata de personas”³. En él se define la trata de personas, integrada por tres elementos: i) una “acción”, que consiste en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) un “medio” por el que se realiza la acción (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y iii) un “fin” (de la acción o el medio): a saber, la explotación⁴. Para que exista “trata de personas”, deben estar presentes los tres elementos, excepto en el caso de la trata de niños, que no requiere el elemento del “medio”⁵. El Protocolo puntualiza que no se tendrá en cuenta el consentimiento de una víctima adulta de trata cuando se haya recurrido a cualquiera de los “medios” enunciados⁶.

El logro de un acuerdo internacional sobre la definición de trata de personas se consideró en general un gran paso adelante en la articulación de un entendimiento común acerca de la naturaleza del problema y en el establecimiento de la base sobre la que se podría desarrollar la necesaria cooperación entre los Estados. En los 14 años que han transcurrido desde la aprobación del Protocolo contra la Trata de Personas, se ha producido un avance considerable en su aplicación, facilitado por la incorporación de los aspectos centrales de la perspectiva del Protocolo respecto de la trata en las leyes y políticas a nivel nacional, regional e internacional.

Sin embargo, ha quedado de manifiesto que sigue habiendo dudas sobre determinados aspectos de la definición, en especial aquellos que no están definidos en otras esferas del derecho internacional o que normalmente no resultan conocidos en los principales sistemas jurídicos del mundo. Los esfuerzos por dilucidar el

² 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, *United Nations, Treaty Series*, vol. 2237, pág. 319, firmado el 15 de noviembre de 2000, entró en vigor el 5 de diciembre de 2003 (Protocolo contra la Trata de Personas).

³ Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Decisión 4/4, “Trata de seres humanos”, reproducida en: Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 17 de octubre de 2008”, documento de las Naciones Unidas CTOC/COP/2008/19, 1 de diciembre de 2008.

⁴ Protocolo contra la Trata de Personas, art. 3.

⁵ *Ibid*, art. 3 c).

⁶ *Ibid*, art. 3 b).

alcance y el contenido sustancial de esos aspectos de la definición fortalecerán el marco jurídico internacional en torno a esta cuestión y apoyarán los esfuerzos nacionales para responder a la trata. En este sentido, cabe señalar que desde la aprobación del Protocolo contra la Trata de Personas, muchos Estados han revisado o promulgado legislación para dar respuesta a este problema. Muchas de esas leyes incorporan la definición del Protocolo contra la Trata de Personas presentada anteriormente. Algunos Estados han modificado la definición para adaptarla mejor a su visión del problema o a sus marcos jurídicos y normativos vigentes. No obstante, en general, existe una elevada correlación entre el Protocolo contra la Trata de Personas y las legislaciones nacionales en materia de trata, lo que subraya su valor de orientación sobre esas cuestiones o aspectos que siguen estando poco claros.

Cabe reafirmar una observación que se realizó en el contexto del primer estudio de esta serie⁷: que las cuestiones relacionadas con la definición de trata tienen una dimensión práctica y una dimensión jurídica. Esto es importante, ya que el hecho de caracterizar una conducta determinada como “trata” tiene consecuencias importantes y de gran alcance para los presuntos autores y las presuntas víctimas de esa conducta. Para un Estado, la caracterización de ciertas conductas como “trata” dará lugar a una serie de obligaciones en materia de penalización y cooperación, tanto a nivel interno como en relación con otros Estados. Es probable que los delincuentes implicados en una práctica identificada como “trata” estén sujetos a un régimen jurídico diferente y por lo general más severo que el que se aplicaría en el caso de no se hubiera determinado esa práctica. Las personas “víctimas de trata” tienen derecho a medidas especiales de asistencia y protección que no están al alcance de quienes se considera que no han sido objeto de trata.

Existe una dicotomía entre quienes apoyan una interpretación conservadora e incluso restrictiva del concepto de trata y quienes abogan por su ampliación: entre un esfuerzo comprensible por ampliar el concepto de trata, de manera que englobe la mayoría de las formas de explotación grave, si no todas; y el problema práctico de establecer prioridades y límites jurídicos claros, en especial para los órganos de la justicia penal que intervienen en la investigación y enjuiciamiento de la trata y los delitos conexos. El carácter complejo y fluido de la definición que figura en el Protocolo contra la Trata de Personas ha contribuido a esa dicotomía y puede, a la larga, suponer que esa tensión quede sin resolverse. Como en el caso del estudio anterior sobre el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, el objeto del presente estudio, el consentimiento, es un ejemplo de ello. La forma en que se entienda el consentimiento inevitablemente influirá ampliando o reduciendo la gama de prácticas identificadas como trata y, por tanto, las categorías de personas que se considere que han sido objeto de trata o que han cometido un delito de trata.

1.2 Mandato y atribuciones

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención contra la Delincuencia Organizada), en su artículo 32 1), establece una Conferencia de las Partes “con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para

⁷ UNODC, *Documento temático: Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas* (2012).

promover y examinar la aplicación de la presente Convención”⁸. Al principio, el mandato de la Conferencia de las Partes se aplicaba únicamente a la Convención contra la Delincuencia Organizada. Sin embargo, en su período de sesiones inaugural celebrado en julio de 2004, la Conferencia de las Partes decidió realizar las funciones que se le asignaban en el artículo 32 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, con respecto al Protocolo contra la Trata de Personas y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes⁹. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) desempeña las funciones de secretaría de la Conferencia. La UNODC es el organismo custodio de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los Protocolos que la complementan, y tiene el mandato de prestar apoyo a los Estados Miembros en su labor de aplicación de esos instrumentos.

En 2008, la Conferencia de las Partes estableció un Grupo de Trabajo Provisional de Composición Abierta sobre la Trata de Personas (Grupo de Trabajo) para que la asesorara y le prestara asistencia en el cumplimiento de su mandato en relación con el Protocolo contra la Trata de Personas. El Grupo de Trabajo tiene el mandato de i) facilitar la aplicación del Protocolo contra la Trata de Personas mediante el intercambio de experiencias y prácticas entre los expertos y los profesionales en esta esfera; ii) formular recomendaciones a la Conferencia sobre la mejor manera en que los Estados partes pueden aplicar las disposiciones del Protocolo; iii) prestar asistencia a la Conferencia en cuanto a impartir orientación a la UNODC en las actividades de ésta relacionadas con la aplicación del Protocolo; y iv) formular recomendaciones a la Conferencia sobre la mejor manera de coordinar con los diversos órganos internacionales la lucha contra la trata de personas en lo que respecta a aplicar, apoyar y promover el Protocolo¹⁰.

En su segundo período de sesiones, celebrado en enero de 2010, el Grupo de Trabajo determinó que la falta de claridad conceptual con respecto a la definición de la trata constituía un obstáculo para la aplicación efectiva del marco jurídico internacional relativo a la trata de personas y sus equivalentes nacionales. En concreto, se señaló que algunos conceptos fundamentales de la definición no se entendían con claridad y no se estaban incorporando y aplicando de manera uniforme. El Grupo de Trabajo recomendó que:

la Secretaría, en consulta con los Estados partes, preparara documentos temáticos a fin de prestar asistencia a los funcionarios de justicia penal en las actuaciones penales sobre cuestiones como el consentimiento; la acogida,

⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención contra la Delincuencia Organizada), aprobada en la resolución A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000, y que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, art. 32 1).

⁹ Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, CTOC/COP/2004/6, 23 de septiembre de 2004, Decisión 1/5: “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” y Decisión 1/6: “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”.

¹⁰ Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, CTOC/COP/2008/19, 1 de diciembre de 2008, Decisión 4/4: “Trata de seres humanos”.

recepción y transporte de personas; el abuso de una situación de vulnerabilidad; la explotación; y el carácter transnacional¹¹.

En octubre de 2010, en su quinto período de sesiones, la Conferencia de las Partes acogió con beneplácito las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre la trata de personas¹² y solicitó a la Secretaría que prosiguiera su labor sobre el análisis de los conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de Personas¹³.

El primer documento temático, sobre el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, junto con una nota orientativa para profesionales, se publicó en 2012 y se presentó a la Conferencia de las Partes en su sexto período de sesiones, celebrado del 15 al 19 de octubre de 2012. La Conferencia de las Partes acogió con beneplácito el documento temático sobre el abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de la trata de personas y solicitó a la Secretaría que:

prosig[uiera] su labor sobre el análisis de los conceptos básicos 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, preparando documentos técnicos similares¹⁴.

El presente documento temático sobre “consentimiento” es el segundo de la serie. A este le seguirá un estudio sobre el concepto de “explotación” en el contexto de la definición de la trata del Protocolo.

1.3 Metodología

La metodología para la elaboración de este documento temático fue similar a la adoptada en el primer estudio, con algunas modificaciones menores basadas en la experiencia adquirida:

Investigación documental inicial: que entrañó i) el examen y análisis de los artículos académicos y la documentación técnica existente; ii) el examen del derecho internacional y regional de los tratados, incluidos los recursos históricos; y iii) el examen de la legislación nacional y la jurisprudencia nacional utilizando las bases de datos de la UNODC.

Encuestas de países: preparación de un instrumento de encuesta con el propósito de recabar información adicional pormenorizada sobre las leyes, casos y prácticas relacionadas con el tema de estudio, así como la visión de los profesionales y sus puntos de vista sobre las cuestiones planteadas. El cuestionario (véase el anexo 2)

¹¹ “Informe sobre la reunión del Grupo de trabajo sobre la trata de personas celebrada en Viena del 27 al 29 de enero de 2010”, CTOC/COP/WG.4/2010/6, 17 de febrero de 2010, párr. 31 b).

¹² Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, CTOC/COP/2010/17, 2 de diciembre de 2010, Resolución 5/2: “Aplicación 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”, párr. 5.

¹³ *Ibid.* párr. 10.

¹⁴ Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, CTOC/COP/2012/15, 5 de noviembre de 2012, Resolución 6/1: “Aplicación eficaz de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, párr. 12.

se utilizó posteriormente para guiar las entrevistas en profundidad con profesionales y expertos de 12 Estados en los que estaban representadas las diferentes regiones y tradiciones jurídicas (Argentina, Australia, Belarús, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Indonesia, Israel, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Serbia y Tailandia).

Los Estados que participaron en el proceso se seleccionaron después de celebrar consultas con los Estados partes y con miras a mantener el equilibrio geográfico e incluir la experiencia de los sistemas de derecho romanista y anglosajón. También se recordó a los Estados partes el proceso durante las deliberaciones del tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo Provisional de Composición Abierta sobre la Trata de Personas, celebrado del 6 al 8 de noviembre de 2013, y fueron invitados a participar en las encuestas. Todos los Estados partes que expresaron interés en participar en el proceso han sido incluidos en la encuesta.

Se recibió Información adicional de varios Estados que no fueron encuestados formalmente para el estudio. La República Popular China presentó el resumen de un caso; el Japón envió las directrices de la policía y la fiscalía; el Asesor Principal de la Oficina del Ombudsman de las Minorías de Finlandia presentó varios casos; un fiscal de Tonga remitió el análisis de un caso. La UNODC también analizó la legislación de Kenya, que se incluyó en las conclusiones de la encuesta.

Ponencias y debates en el seno del Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas: la cuestión del consentimiento fue objeto de debate en varios actos celebrados durante el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo (noviembre de 2013): i) una mesa redonda plenaria con ponentes de Australia, Finlandia y Tailandia; y ii) un acto paralelo en el que participaron la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, la UNODC, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la consultora principal del presente documento temático.

Redacción de un proyecto de informe de la encuesta y del documento temático: los resultados de las encuestas por países, junto con un análisis detallado de esos resultados, se reunieron en un informe pormenorizado de la encuesta, que contribuyó de forma sustancial al presente documento temático. En el proceso de redacción del proyecto también se utilizó material analítico complementario preparado por la UNODC y la documentación reunida durante la investigación documental.

Examen por un grupo de expertos: la UNODC convocó una reunión de expertos en Viena los días 17 y 18 de febrero de 2014, a la que asistieron expertos nacionales de 12 jurisdicciones, entre ellas 11 de los Estados que habían participado en el proceso de encuesta¹⁵. También asistieron a la reunión representantes de organizaciones internacionales y regionales¹⁶ así como una representante de Suiza, país que ha prestado un apoyo financiero permanente a este proyecto. Se facilitó un proyecto del documento temático a los participantes con antelación. El propósito de la reunión fue debatir en profundidad los temas tratados en el proyecto con el fin

¹⁵ La Argentina, Australia, España, los Estados Unidos de América, Filipinas, Indonesia, Israel, Noruega, el Reino Unido, Serbia y Tailandia fueron encuestados y enviaron expertos a la reunión. Además, a la reunión asistió un experto del Canadá.

¹⁶ Entre ellas, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de la ACNUDH, y una representante de su Oficina, la OIT, la OIM, el UNICEF, la Oficina de la Coordinadora de la Unión Europea contra la trata de seres humanos, el programa de Asia y Australia de lucha contra la trata de personas y la UNODC.

de comprenderlos mejor. Uno de los temas que se debatió fue si sería útil elaborar unas orientaciones y la forma que deberían adoptar. Si bien se procuró asegurar una representación adecuada, tanto desde el punto de vista geográfico como de ordenamientos jurídicos, los Estados encuestados y los expertos que asistieron sólo representan una pequeña muestra de los Estados que han ratificado el Protocolo contra la Trata de Personas¹⁷. En un contexto de importantes variaciones en cuanto a legislación, jurisprudencia y prácticas, en los debates se pudieron plantear las cuestiones y problemas comunes fundamentales que existen en muchos Estados y presentar una diversidad de soluciones que han enriquecido el documento temático.

Examen del proyecto final por los expertos: después de la reunión del grupo de expertos, el proyecto fue revisado y presentado para su examen a los expertos que participaron en la reunión y a otros expertos. Las observaciones recibidas se tuvieron en cuenta en el documento temático final.

1.4 Estructura de la obra

En el Resumen se recogen las principales conclusiones del estudio. El documento temático propiamente dicho se divide en cuatro partes, y en esta parte inicial se exponen los antecedentes necesarios, incluido el contexto más general, el mandato y las atribuciones.

En la segunda parte se ofrece un panorama general y un análisis del marco jurídico y de política internacional sobre el “consentimiento” y otros conceptos conexos. Comienza con algunas observaciones generales sobre los principios en que se basa la defensa del “consentimiento” a la responsabilidad penal y la forma en que se trata el consentimiento en los principales sistemas jurídicos. En la sección siguiente se examina el “consentimiento” en el contexto específico de la trata: se resume brevemente cómo se trató el tema en los primeros tratados sobre trata; se realiza un examen detallado del concepto de consentimiento en el propio Protocolo contra la Trata de Personas; y se examina el enfoque adoptado por los instrumentos regionales especializados. Seguidamente se hace un breve repaso de otras fuentes de conocimiento y autoridad antes de extraer algunas conclusiones iniciales sobre el marco jurídico y de política internacional aplicable.

En la tercera parte se resumen y analizan los resultados de la encuesta de las leyes y prácticas nacionales en relación con el concepto de consentimiento, a fin de sentar las bases para un examen más amplio de las cuestiones y tendencias en la parte siguiente. Los 12 Estados encuestados se dividen en tres grupos: i) Estados que han afirmado de manera explícita, por ley, la irrelevancia del consentimiento; ii) los Estados que han omitido la referencia al consentimiento, cuando sus ordenamientos jurídicos no se pronuncian al respecto; y iii) los Estados que han omitido la referencia al consentimiento pero que han precisado claramente la irrelevancia del consentimiento en su jurisprudencia.

En la cuarta parte se reúnen en forma de declaraciones básicas las conclusiones extraídas a partir de la legislación, la jurisprudencia y las opiniones de los profesionales, basadas en las encuestas y las ideas formuladas en la reunión posterior

¹⁷ A fecha de septiembre de 2014, había 161 Estados partes en el Protocolo contra la Trata de Personas.

del grupo de expertos, entre ellas: i) el principio de la irrelevancia del consentimiento goza de gran aceptación; ii) independientemente del enfoque adoptado por la ley, el consentimiento a menudo tiene una gran relevancia en la práctica; iii) los “medios” a menudo son decisivos con respecto a los factores para determinar el consentimiento; iv) el tipo y la gravedad de la explotación también son relevantes para determinar el consentimiento; y v) la cuestión de la responsabilidad penal de las personas objeto de trata puede poner al descubierto los límites del principio de la irrelevancia del consentimiento.

En opinión de los profesionales consultados para el estudio, disponer de orientación internacional en materia de consentimiento podría contribuir a mejorar la claridad, la certidumbre y la coherencia de la interpretación y la aplicación de la ley. Durante la reunión del grupo de expertos, algunos profesionales hicieron hincapié en la necesidad de algún tipo de orientación que aportara claridad y flexibilidad, reconociendo la diversidad de los sistemas nacionales y la complejidad del tema. En el anexo 1 se ofrecen algunas “consideraciones básicas para los profesionales de la justicia penal sobre la irrelevancia del consentimiento en la trata de personas”.

2 El concepto en el derecho y la política internacional

El Protocolo contra la Trata de Personas, en su artículo 3 a), establece la definición de trata, formada por tres elementos: i) una “acción”, que consiste en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) un “medio” por el que se realiza la acción (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y iii) un “fin” (de la acción): a saber, la explotación. El artículo 3 b) de la definición señala que el consentimiento dado por la víctima a la explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los “medios” enunciados. En el caso de la trata de niños, el elemento de los “medios” no es necesario para demostrar que esta ha tenido lugar. Por lo general, se reconoce que, además de simplificar los requisitos probatorios en los procesos que afectan a niños, esto representa una afirmación más de que el tema del consentimiento nunca debe plantearse en esos casos. Por ley, suele reconocerse que los niños no tienen capacidad para dar su consentimiento a ciertos tipos de actividades, en reconocimiento del hecho de que son más vulnerables y puede existir un desequilibrio de poder. Esta definición de la trata, incluida su disposición sobre la irrelevancia del consentimiento, se ha incorporado en varios instrumentos y ha sido objeto de análisis en diversos textos interpretativos y guías. También existe una cierta jurisprudencia internacional al respecto, si bien es reducida.

Esta sección comienza con algunas observaciones generales sobre el lugar que ocupa el consentimiento en el derecho penal, antes de pasar a examinar la situación en materia jurídica y de política internacional y extraer algunas conclusiones preliminares.

2.1 Algunas observaciones generales sobre los principios y enfoques relativos al consentimiento en el derecho penal

El principio sobre el que descansa la defensa basada en el consentimiento ante la responsabilidad penal, *volenti non fit injuria* (no se injuria a quien consiente), se remonta al derecho romano del siglo VI¹⁸. Si bien originalmente suponía una barrera definitiva al procesamiento, la norma ha sido modificada a lo largo del tiempo en los diferentes sistemas jurídicos para dar cabida a ciertas excepciones, a menudo acciones que entrañan lesiones corporales graves o que se consideran dañinas para el conjunto de la sociedad. Este cambio ha sido normalmente consecuencia de reconocer la dimensión pública de daños considerados previamente

¹⁸ V. Bergelson, “The Right To Be Hurt Testing The Boundaries Of Consent” 75 *George Washington Law Review* 165 (2007), pág. 9.

del ámbito privado: “el individuo perdió la facultad de consentir a lo que el Estado consideraba un daño a la propia persona”¹⁹.

Las diferentes tradiciones jurídicas han relacionado de forma paralela las consideraciones en torno a las conductas en que el consentimiento invalida un elemento esencial del acto (por ejemplo, la violación o el robo con empleo de fuerza en las cosas) con la *calidad* del consentimiento. En todos los sistemas jurídicos principales en que puede invocarse el consentimiento como defensa, este debe cumplir un determinado criterio: en general, estar fundamentado y otorgarse libremente. El consentimiento a un acto del ofensor, obtenido por medios obstructivos como la coacción o el fraude, será nulo desde el principio. Además, se considera que ciertos grupos de personas, en especial los niños y las personas con discapacidad mental (pero a veces también las mujeres y quienes cuya capacidad de decisión se considera menoscabada de alguna manera) no tienen capacidad para otorgar un consentimiento con la calidad necesaria. Las leyes sobre la “edad mínima de libre consentimiento” han tratado de establecer una distinción entre la capacidad y la incapacidad legal para otorgar consentimiento válido en relación con cuestiones como las relaciones sexuales y el matrimonio.

La nulidad jurídica del consentimiento obtenido mediante coacción y fraude parece haber sido reconocida y defendida sistemáticamente en los principales sistemas jurídicos. Sin embargo, se han suscitado algunas cuestiones con respecto a las formas “más sutiles” de coacción o coerción, a menudo enmarcadas en términos de vulnerabilidad. En concreto: ¿puede viciarse el consentimiento, o menoscabarse su calidad, cuando la persona que otorga ese consentimiento es vulnerable de alguna manera y se refiere a un acto que parece ser lesivo para sí misma? En la jurisprudencia angloamericana existe abundante material de investigación a este respecto, que parece confirmar que el tema central es una cuestión de grado: cuanto mayor es la vulnerabilidad y más arriesgada y lesiva resulta la conducta, tanto más exigentes deben ser los requisitos de prueba del consentimiento²⁰. Cabe señalar que el origen del factor lesivo del consentimiento se ha considerado importante: así, “la coacción económica de las circunstancias” no invalidaría el consentimiento en el contexto del derecho penal en la medida en que emana de la persona que otorga su consentimiento y no de otra persona²¹. Como ha explicado un especialista en la materia, la compulsión de una persona a elegir entre trabajar o morir de hambre no hace que el consentimiento aparente para trabajar no sea voluntario: siempre y cuando la persona a la que se da el consentimiento no sea la causa del hambre o la falta de una alternativa razonable, el consentimiento debe considerarse válido²². Cabe señalar que este punto de vista no corresponde precisamente a la posición del Protocolo contra la Trata de Personas respecto del “abuso de una situación de vulnerabilidad”. Para que el consentimiento se considere irrelevante sobre esa base, la persona a quien se da el consentimiento debe haber abusado de una vulnerabilidad existente o creada (cuyo origen no hace al caso) con el fin de lograr un acto

¹⁹ *Ibid.*, pág. 11.

²⁰ *Ibid.*, pág. 31.

²¹ D. Beyleveld, y R. Brownsword, *Consent in the Law* (2007), pág. 127.

²² Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974), citado en Samuel Vincent Jones, “Human Trafficking Victim Identification: Should Consent Matter?” 45 *Indiana Law Review* 483 (2012), págs. 508 y 509.

destinado a causar la explotación²³.

Los principales sistemas jurídicos también han reconocido que, en el contexto del derecho penal, el consentimiento válido (es decir, el que está fundamentado y se otorga libremente) puede anularse por razón de interés, orden o moralidad públicas. Por ejemplo, varios Estados han afirmado un interés legítimo del Estado en rechazar el consentimiento como defensa ante la acusación de explotación de la prostitución.

A pesar de una esmerada racionalización jurídica de determinadas posiciones en materia de políticas relativas al consentimiento, es evidente que los *valores* han desempeñado un papel fundamental en la forma de perfilar y defender esas posiciones. Así, por ejemplo, en relación con el ejemplo anterior, son los “valores fundamentales” del interés público, el orden, la protección de las poblaciones vulnerables y la moralidad los que sirven para desestimar el consentimiento. Del mismo modo, las consideraciones relativas a la “dignidad humana” se han utilizado para reforzar la posición de que no puede darse el consentimiento a la prostitución o a lesiones corporales graves, o, de hecho, a la propia explotación, cualquiera que sea la forma que esta adopte. Un valor liberal que entra en competencia, o al menos actúa de contrapeso, en las leyes y políticas penales en materia de consentimiento es el de la “autonomía personal” y el valor conexo del respeto a los compromisos voluntarios. En este contexto, esas ideas reconocen que una persona puede tomar y toma decisiones que otros no tomarían; decisiones que son de alto riesgo; que entrañan penalidades e incluso cierto grado de daño; o que terminan mal. Aceptan el derecho del individuo a decidir qué es lo que más le interesa y rechazan los intentos de invalidar esas decisiones, cuando son racionales y voluntarias, incluso si son manifiestamente imprudentes o pueden dar lugar a daños a la persona. Naturalmente, algunos valores son susceptibles de invocarse para fines muy diferentes. Por ejemplo, el valor de la “dignidad humana” se ha utilizado para promover distintos enfoques respecto de la prostitución.

2.2 El consentimiento en el contexto específico de la trata

El consentimiento ha sido un elemento central del discurso en torno a la trata desde que las prácticas asociadas tradicionalmente a la trata (el traslado transfronterizo de mujeres y niñas para ser explotadas sexualmente) se sometieron a reglamentación internacional durante los primeros decenios del siglo XX. Los primeros acuerdos internacionales se centraron en la fuerza y el engaño, lo que implicaba que el consentimiento debía verse viciado o comprometido de alguna manera por las acciones del explotador²⁴. Sin embargo, el elemento del medio se eliminó posteriormente, haciendo del consentimiento algo completamente irrelevante una vez acreditados el acto (conseguir, arrastrar o seducir a cualquier mujer, de cualquier

²³ UNODC, *Documento temático: Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas* (2012).

²⁴ Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, Liga de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 1 (83); hecho el 18 de mayo de 1904; entrada en vigor: 18 de julio de 1905; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas; Sociedad de Naciones, *Treaty Series* vol. 3 (278); hecho el 4 de mayo de 1910; entrada en vigor: 8 de agosto de 1912. (Ambos modificados por un protocolo aprobado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1948; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 30 (23); y Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños; Sociedad de Naciones, *Treaty Series* vol. 9 (415); hecho el 30 de septiembre de 1921; entrada en vigor: 15 de junio de 1922.

edad, a otro país) y los fines (“para ejercer la prostitución”)²⁵. El Convenio para la Represión de la Trata de 1949 siguió estos planteamientos, requiriendo a los Estados:

Castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:
1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona²⁶.

Asimismo, los Estados partes estaban obligados a castigar a toda persona que “explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”²⁷.

La importancia central del consentimiento se mantuvo durante la elaboración y adopción del marco jurídico moderno establecido mediante la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos complementarios. El consentimiento a menudo se considera una característica que distingue el tráfico de migrantes de la trata: quienes han sido objeto de tráfico han *consentido* de alguna manera su situación²⁸; esta afirmación implica que quienes han sido víctimas de la trata no lo han hecho²⁹. El tráfico ilícito de migrantes se ha seguido entendiendo como algo voluntario³⁰. Sin embargo, existe un creciente acuerdo respecto de que esta distinción dicotómica no siempre refleja fielmente la realidad.

2.2.1 El Protocolo contra la Trata de Personas y el concepto de consentimiento

Como se ha señalado anteriormente, el Protocolo contra la Trata de Personas establece una definición de la trata que comprende tres elementos distintos: una *acción*; un *medio* por el cual se produce o se hace posible la acción; y un *fin* de la acción, que se especifica como explotación. El primer componente de la definición, el elemento de la “acción”, es una parte (y en el caso de la trata de niños, la única parte) del *actus reus* de la trata. Este elemento puede consumarse mediante las prácticas no definidas de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas. Estas actividades por sí y en sí mismas bien pueden ser neutrales, pero

²⁵ Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad; Sociedad de Naciones, *Treaty Series* vol. 150 (431). Hecho el 11 de octubre de 1933. Entrada en vigor: 24 de agosto de 1934. Modificado por un protocolo aprobado por la Asamblea General el 20 de octubre de 1947; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 53 (13).

²⁶ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 96 (271). Hecho el 2 de diciembre de 1949. Entrada en vigor: 25 de julio de 1951. Art. 1.

²⁷ Id.

²⁸ Véase, por ejemplo, la Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes de la UNODC, pág. 20 (“por lo general, una persona consiente en someterse a ese tráfico”).

²⁹ Por ejemplo, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, en su informe de 2000, declaró que “el carácter no consentido de la trata es lo que la distingue de otras formas de emigración”. “Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer”. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000. En ese mismo informe, la Relatora Especial afirmó: “La falta de consentimiento informado no debe confundirse con la ilegalidad de determinadas formas de migración. Toda trata es o debería ser ilegal pero no toda migración ilegal es una trata. Es importante procurar no confundir los conceptos de trata de personas y de migración ilegal. En la base de esta distinción está la cuestión del consentimiento”.

³⁰ Véase, por ejemplo, Crown Prosecution Service (Reino Unido), *Human Trafficking and Smuggling* (2012) (donde se describe el tráfico ilícito de migrantes como “acto voluntario”).

asumen otro carácter cuando se realizan de una manera concreta (*medios*) y con la intención de explotar (*fin*). El elemento del fin, “con fines de” introduce un requisito específico de *mens rea* en la definición, sujeto al criterio de *mens rea* de cada país. Habrá que tratar si la persona o entidad involucrada *tiene la intención* de que la acción (que, en el caso de la trata de adultos debe haberse producido o hecho posible a través de uno de los medios previstos) lleve a la explotación³¹. La trata es, por tanto, un delito de intención específica o especial (*dolus specialis*)³².

La segunda parte del *actus reus* de la trata, el elemento del “medio” (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) sólo es relevante en el caso de la trata de adultos. Este aspecto de la definición generalmente confirma la posición ya reflejada en los tratados anteriores sobre el tema, en el sentido de que una persona puede terminar en una situación de explotación a través de métodos indirectos, como el engaño y el fraude, además de la fuerza física pura. Aparte de una aclaración sobre el abuso de una situación de vulnerabilidad incluida en una nota interpretativa que forma parte de los *Travaux Préparatoires* del Protocolo³³, no se define ninguno de los “medios” estipulados y parece que existe un solapamiento considerable entre algunos de ellos. Hasta la fecha, el debate en torno a la cuestión de si debe haber un requisito de gravedad o grado de coacción, engaño, fraude o abuso de una situación de vulnerabilidad que pudiera constituir un “medio” a efectos de la definición de trata ha sido escaso.

El punto de referencia establecido por el Protocolo contra la Trata de Personas es que el consentimiento dado por una víctima adulta a la explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los “medios” enunciados³⁴. El consentimiento de un niño víctima de trata no se tendrá en cuenta, independientemente de si se ha recurrido o no a algún “medio”. El Protocolo contra la Trata de Personas *no* dice que los medios deban obrar invalidando o menoscabando el consentimiento. La falta de consentimiento no es un elemento del delito de trata de personas. A este párrafo se adjuntaron dos notas interpretativas. La primera, que un analista caracteriza de “desconcertante”³⁵, indica que el apartado

³¹ El Protocolo contra la Trata de Personas no define la “explotación”, sino que proporciona una lista abierta que incluye, *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”. Protocolo contra la Trata de Personas, art. 3 a). En los *Travaux Préparatoires* se indica que la expresión “como mínimo” se incluyó para asegurar que las formas de explotación no nombradas o nuevas no quedasen excluidas por deducción: UNODC, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2006) (en adelante, *Travaux Préparatoires*), pág. 362, nota 22 y pág. 363, nota 30.

³² UNODC, *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal* (2009), Módulo 1, pág. 5. La UNODC señala además que nada impide que los países permitan que el requisito de *mens rea* se establezca conforme a un criterio inferior, como imprudencia temeraria, ofuscación deliberada o incluso negligencia criminal): *ibid.*, pág. 6.

³³ Los *Travaux Préparatoires* del Protocolo contra la Trata de Personas contienen una nota interpretativa a efectos de que “la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”.

³⁴ Protocolo contra la Trata de Personas, art. 3 b).

³⁵ D. McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols* (2007), pág. 328 (El enigma reside en descubrir por qué alguien podría pensar que pudiera tener [un efecto sobre la aplicación de las obligaciones en materia de asistencia judicial recíproca]. Una posible explicación es que, a efectos de imponer la condena, podrían necesitarse pruebas del consentimiento de la víctima; la irrelevancia de

no debe interpretarse como una restricción de la prestación de asistencia judicial recíproca de conformidad con el artículo 18 de la Convención contra la Delincuencia Organizada³⁶. La segunda nota señala que el apartado no se debe interpretar como la imposición de restricción alguna al derecho de las personas acusadas a una plena defensa ni a la presunción de inocencia. Se indicará también que no se debe interpretar como la imposición de la carga de la prueba a la víctima. Como en toda causa penal, la carga de la prueba corresponde al Estado o al ministerio público, con arreglo al derecho interno³⁷. Esta última nota también remite al párrafo 6 del artículo 11 de la Convención, que resguarda los medios jurídicos de defensa aplicables y otros principios conexos del derecho interno de los Estados partes incluidos los “principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta”³⁸.

El análisis de los *Travaux Préparatoires* confirma que la cuestión del consentimiento no fue objeto de examen sustantivo hasta muy avanzadas las negociaciones, cuando se debatió y finalizó la definición de trata³⁹. En ese momento, parecía haber un acuerdo general entre los Estados participantes respecto de que el consentimiento de la víctima no debía ser una cuestión que hubiera de plantearse a la hora de determinar si se había demostrado o no el delito de trata. Quedaba pendiente la cuestión de si era necesario o conveniente hacer una referencia explícita. Algunas delegaciones propusieron una declaración explícita sobre la irrelevancia del consentimiento, mientras que otras recomendaron que no debía hacerse referencia en absoluto, no fuera a ser que, bajo determinadas circunstancias, esto implicara que efectivamente fuera posible consentir a la trata⁴⁰. Entre las alternativas propuestas figuraban “con o

esas pruebas en lo que respecta a la definición de "trata" no impediría el uso del artículo 18 para obtener las pruebas.

³⁶ “Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11º. Adición. 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, nota 67.

³⁷ *Ibid.*, párr. 68.

³⁸ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 11 6): “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho”.

³⁹ Obsérvense, no obstante, las referencias al consentimiento en las primeras propuestas de definiciones (tanto de la trata como de los fines particulares de “explotación sexual” y “trabajo forzado”. Véase *Travaux Préparatoires*, págs. 359 y 360, 371 a 374. Obsérvense también las reiteradas afirmaciones a lo largo del proceso de redacción de la irrelevancia del consentimiento de los niños a cualquier forma de trata relacionada con la explotación. Véase, por ejemplo, *Travaux Préparatoires*, págs. 361 y 362, 365, y 375 nota 20.

⁴⁰ *Travaux Préparatoires*, págs. 362 y 363 (“...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

sin el consentimiento [de la víctima]”; “independientemente del consentimiento inicial de la víctima”; y una afirmación de que la existencia de cualquiera de los medios enunciados “se considerará un factor invalidante de cualquier presunto consentimiento de una víctima de trata”⁴¹. La referencia a que el consentimiento podía quedar invalidado por el uso de los medios se mantuvo hasta el período final de sesiones de las negociaciones, cuando fue sustituida por la referencia a que “no se tendrá en cuenta” el consentimiento en ese mismo sentido⁴². La redacción final fue, en cierta medida, un compromiso: afirmar explícitamente la irrelevancia del consentimiento, pero dejando claro que estaba condicionada a la utilización de “medios”.

Los *Travaux Préparatoires* no aclaran por qué la irrelevancia del consentimiento se vinculó a la “explotación intencional”, en lugar de vincularse al elemento del acto de captación, traslado y demás (al cual se vinculan los “medios”). Tampoco está claro por qué se eligió la frase relativa a que “el consentimiento ... no se tendrá en cuenta”, frente a una declaración en el sentido de que el consentimiento no sería una defensa válida o que el uso de esos medios invalidaría el consentimiento.

Como organismo custodio de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos complementarios, la UNODC ha elaborado un conjunto de recursos y guías que, si bien no son determinantes, ofrecen información útil. A continuación se resume el trato que dan a la cuestión del consentimiento.

La **Guía Legislativa de la Convención y sus Protocolos**, publicada en 2004, sólo hace referencia de pasada al consentimiento, afirmando que “una vez acreditada la utilización del engaño, la coacción, la fuerza u otros medios prohibidos, el consentimiento no se tendrá en cuenta y no podrá utilizarse como defensa”⁴³. La Guía también hace referencia al consentimiento en el contexto del tráfico ilícito de migrantes que conlleva explotación, afirmando que “si no hay consentimiento [a la explotación] o si lo hay pero viciado o inválido conforme a lo dispuesto en ... el Protocolo contra la Trata de Personas, la incidencia de la explotación en lo que de otro modo sería un caso de tráfico ilícito hará por lo general aplicable la figura de delito de trata de personas...”⁴⁴.

examinaran ... opciones ...”). Un debate similar se celebró en el contexto de las deliberaciones sobre la diferencia entre la trata de niños y la trata de adultos y la cuestión de si esa diferencia debería expresarse en términos de consentimiento. En una nota de los *Travaux Préparatoires* se declara 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 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 el texto ... se evitaba esa confusión al no utilizarse la palabra “consentimiento”. (pág. 361, nota 17).

⁴¹ *Travaux Préparatoires*, pág. 363.

⁴² *Ibid.*, pág. 364.

⁴³ UNODC, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Publicación de las Naciones Unidas, Número de venta S.05.V.2 (2004), pág. 272.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 352.

La **Ley Modelo Contra la Trata de Personas** de la UNODC, de 2009, es más expansiva, y ofrece la siguiente interpretación del artículo 3 b):

[T]ras probar los elementos del delito de trata de personas, incluido el uso de uno de los medios descritos (coacción, engaño, etc.), toda defensa o alegación de que la víctima “prestó su consentimiento” carece de valor. Significa también, por ejemplo, que el hecho de que una persona sea consciente de que se la emplea en la industria del sexo o en la prostitución no excluye que esa persona se convierta en víctima de la trata. Aún consciente de la naturaleza del trabajo, la persona puede haber sido engañada en cuanto a las condiciones de trabajo, que han resultado ser de explotación o coacción.

Esa disposición reafirma las normas jurídicas internacionales existentes. Cuando se ha utilizado uno de los medios enunciados en la definición, el “consentimiento” es lógica y jurídicamente imposible. El consentimiento pleno solo es posible, y jurídicamente reconocido, cuando se conocen todos los hechos pertinentes y una persona ejerce su libre albedrío⁴⁵.

No todos los problemas encuentran solución a partir de la lectura del Protocolo contra la Trata de Personas y de los *Travaux Préparatoires*. Las preguntas fundamentales que se han planteado en el análisis anterior y que se han examinado en varios puntos a lo largo de este estudio son las siguientes: ¿Requiere el Protocolo que los “medios” realmente invaliden o menoscaben el consentimiento de una presunta víctima en particular? ¿Deben tener los medios un carácter suficientemente grave como para anular el consentimiento? ¿Cuándo resulta relevante el consentimiento y para quién?

2.2.2 Instrumentos regionales

El **Convenio Europeo contra la Trata**⁴⁶ retoma la definición de trata del Protocolo, incluido el elemento de los “medios” y la disposición relativa a la irrelevancia del consentimiento cuando se ha determinado el uso de cualquiera de los medios. En el informe explicativo que acompaña al Convenio se analiza esta disposición en relación con el fin de explotación del trabajo forzoso⁴⁷, teniendo en cuenta la definición jurídica internacional (“servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”⁴⁸) y citando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que, en determinadas circunstancias, un servicio “no puede tratarse como si se hubiera aceptado voluntariamente de antemano”; que el consentimiento, por tanto, no es suficiente para descartar el trabajo forzoso; y que su validez debe evaluarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso⁴⁹. El informe explicativo afirma, sin más

⁴⁵ UNODC, *Ley Modelo Contra la Trata de Personas* (2009), pág. 28.

⁴⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, Serie de los Tratados del Consejo de Europa n° 197, 16.V.2005. Hecho el 16 de mayo de 2005. Entrada en vigor: 1 de febrero de 2008 (Convenio Europeo contra la Trata).

⁴⁷ Consejo de Europa. *Explanatory Report on the Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Serie de los Tratados del Consejo de Europa n° 197, 16.V.2005, párrs. 90 y 91.

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT) Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 39(55), OIT Núm. 29. Hecho el 28 de junio de 1930. Entrada en vigor: 1 de mayo de 1932 (Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)), art 2.

⁴⁹ *Van der Müsselle v. Belgium* (sentencia de 23 de noviembre de 1983, Serie A, Núm.70), párr. 37.

citadas, que la disposición sobre la irrelevancia del consentimiento “sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Además, explica que consentir en un momento determinado, o a una forma concreta de explotación, no es lo mismo que consentir a la explotación:

La cuestión del consentimiento no es sencilla y no resulta fácil determinar dónde termina el libre albedrío y dónde empieza la coacción. En el caso de la trata, algunas personas no saben lo que les aguarda, mientras que otras son perfectamente conscientes de que, por ejemplo, deberán dedicarse a la prostitución. No obstante, si bien es posible que algunas personas deseen encontrar un trabajo y estén dispuestas a prostituirse, eso no significa que consientan en ser sometidas a todo tipo de abusos. Por este motivo, en el artículo 4 b) se dispone que la trata de personas se dará independientemente de que la víctima consienta o no en ser explotada⁵⁰.

En otro lugar se afirma que “el consentimiento de la víctima no altera la responsabilidad penal de los delincuentes”⁵¹.

Los mecanismos de aplicación establecidos con arreglo a la Convención han estado en funcionamiento desde 2007. En varios informes de los Estados partes se ha hecho referencia a la cuestión del consentimiento, en general, afirmando su irrelevancia y tomando nota de lo importante que resulta hacer que se conozca este punto.

La **Directiva 2011/36/UE de la Unión Europea sobre la trata**⁵² también reproduce la definición de trata que figura en el Protocolo, al tiempo que añade que el consentimiento puede referirse a la explotación consumada o prevista: “El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios ...”⁵³. En el contexto de la descripción de la explotación de la mendicidad como forma de trabajo o servicio forzado, la Directiva señala en sus considerandos la posible relevancia del consentimiento, indicando que: “Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido”⁵⁴. La falta de validez del consentimiento de un niño se debe presumiblemente a su incapacidad para dar su consentimiento, concepto que se ha extendido a algunos Estados para incluir también a quienes han alcanzado la mayoría de edad pero sufren discapacidad mental.

En 2002, la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) aprobó una **Convención sobre la trata**⁵⁵. Este instrumento no ha sido ratificado o aplicado por muchos países y se puede decir que se ha sustituido en gran medida por el Protocolo contra la Trata de Personas, en el que son parte la mayoría de los

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 97.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 226.

⁵² “Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo”, Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 101/1, 15 de abril de 2011, art. 2 1).

⁵³ *Ibid.*, art. 2 4).

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 11 del preámbulo.

⁵⁵ Convención de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución (hecha en Katmandú el 5 de enero de 2002; entrada en vigor: 1 de diciembre de 2005).

Estados miembros de la SAARC. Viene al caso en este punto por la referencia que hace al consentimiento en su definición circunscrita de la trata:

Por “trata” se entiende el traslado, la venta o la compra de mujeres y niños con fines de prostitución, dentro o fuera de un país, a cambio de remuneración monetaria o de otro tipo, con o sin el consentimiento de la persona objeto de trata...⁵⁶

La **Carta Árabe de Derechos Humanos**⁵⁷ se ocupa de la cuestión del consentimiento en relación con el uso de órganos y los matrimonios. En particular, en su artículo 9 establece que no podrá llevarse a cabo ninguna experimentación médica o científica o utilizarse órganos sin el consentimiento libre y con pleno conocimiento de las consecuencias. Además, el artículo 33 dispone que no podrá celebrarse el matrimonio sin el consentimiento pleno y libre de ambas partes. La **Ley Modelo Árabe contra la Trata de Personas**⁵⁸ sigue el Protocolo contra la Trata de Personas al vincular el consentimiento con los medios, y prevé normas especiales en relación con los niños y las personas que carecen de capacidad.

2.3 Fuentes complementarias de información

En esta sección se va un paso más allá del examen de los tratados especializados en materia de trata y orientaciones interpretativas conexas para estudiar fuentes complementarias que pueden aclarar la cuestión del consentimiento en el contexto específico de la trata de personas.

2.3.1 *El consentimiento en el derecho penal internacional*

El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁵⁹ determina como crímenes de lesa humanidad (actos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque) una serie de delitos potencialmente relacionados con la trata, como la esclavitud, la esclavitud sexual y la prostitución forzada. La definición de esclavitud del Estatuto es idéntica a la que figura en la Convención sobre la Esclavitud de 1926, con la adición de una cláusula que incluye específicamente en la definición el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad “en la trata de personas, en particular mujeres y niños”⁶⁰. Las Reglas de Procedimiento y Prueba⁶¹ que acompañan al Estatuto contienen afirmaciones relativas al consentimiento a la conducta prohibida en el artículo 7 y establecen los principios de la prueba siguientes en los casos de violencia sexual que se enmarcan dentro de ese artículo:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el

⁵⁶ *Ibid.*, art. 1 3).

⁵⁷ Consejo de la Liga de los Estados Árabes, Carta Árabe de Derechos Humanos, 22 de mayo de 2004.

⁵⁸ Artículo 2, Ley Modelo Árabe contra la Trata de Personas.

⁵⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187 (90), hecho el 17 de julio de 1998; entrada en vigor: 1 de julio de 2002.

⁶⁰ *Ibid.*, art. 7 2) c).

⁶¹ Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, “Reglas de Procedimiento y Prueba”, contenidas en el informe de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Primer período de sesiones, 3 a 10 de septiembre de 2002, Documentos Oficiales, Publicación de las Naciones Unidas ICC-ASP/1/3.

-
- aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
 - c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
 - d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo⁶².

En una causa emblemática del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal c. Kunarac*, se examina la cuestión del consentimiento en relación con la acusación de esclavitud⁶³. La Sala de Primera Instancia precisó varios indicadores de la esclavitud, afirmando que, en tales situaciones, los medios utilizados para ejercer el control sobre la víctima hacían que el debate sobre el consentimiento resultase irrelevante:

El consentimiento o la libre voluntad de la víctima están ausentes. A menudo es imposible que existan o resultan irrelevantes, debido por ejemplo a: la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción; el temor a la violencia, el engaño o falsas promesas; el abuso de poder; la posición de vulnerabilidad de la víctima; la detención o el cautiverio; la opresión psicológica o las condiciones socioeconómicas.

La decisión de la Sala de Primera Instancia fue objeto de apelación, fundamentada, entre otras cosas, en la afirmación de que no se había demostrado la falta de consentimiento de las víctimas, ya que las propias víctimas habían “testificado que tenían libertad de movimiento dentro y fuera de la vivienda, y, por tanto, podrían haber escapado o tratado de cambiar su situación”⁶⁴. Además de citar un conjunto más amplio de indicios de que no podía haberse producido el consentimiento o este no resultaba relevante, entre otras cosas por haberse recurrido al uso de “medios”, la Sala de Apelaciones rechazó el argumento de la parte apelante de que la falta de resistencia o la ausencia de una falta clara y persistente de consentimiento durante todo el tiempo de la detención podría ser interpretado como un signo de consentimiento:

Ciertamente, la Sala de Apelaciones no acepta la premisa de que la falta de consentimiento constituya un elemento del delito, ya que, en su opinión, la esclavitud se deriva de los derechos reivindicados de propiedad; en consecuencia, el Fiscal no tiene que probar la falta de consentimiento como elemento del delito. No obstante, el consentimiento puede ser relevante desde el punto de vista probatorio en lo que respecta a la cuestión de si el Fiscal ha probado el elemento del delito en relación con el ejercicio, por parte del

⁶² *Ibid.*, Regla 70. Obsérvese que el último elemento está reforzado por la regla 71, que prohíbe la admisión de pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo. Además, la regla 72 prevé un procedimiento especial para la situación que se produce cuando la defensa tenga la intención de presentar u obtener pruebas del consentimiento de la víctima a actos de violencia sexual. La Sala celebrará audiencias *a puerta cerrada* para determinar la pertinencia o la admisibilidad de esas pruebas, sopesando su valor probatorio y los derechos de la víctima y del acusado. Al valorar la prueba en el curso del proceso, la Sala aplicará los principios enunciados anteriormente.

⁶³ *Fiscal c. Kunarac*, Causa núm. IT-96-23, 22 de febrero de 2001.

⁶⁴ *Fiscal c. Kunarac*, Causas núms. IT-96-23 e IT-96-23/1-A [120], Sala de Apelación, 12 de junio de 2002, párr. 108.

acusado, de alguno o la totalidad de los atributos del derecho de propiedad. A este respecto, la Sala de Apelaciones considera que las circunstancias, que hacen que sea imposible expresar el consentimiento, pueden ser suficientes para presumir la falta de consentimiento”⁶⁵.

En resumen, si bien la formulación de la proposición es un tanto diferente, el derecho penal internacional afirma en general el enfoque adoptado por el Protocolo contra la Trata de Personas: i) no podrán inferirse afirmaciones de consentimiento cuando la víctima no esté en condiciones de dar un consentimiento voluntario y libre, dada la existencia de indicios, entre los que figura, de manera no exclusiva, el uso de “medios”; y ii) cuando la falta de consentimiento no es un elemento del delito, la fiscalía no está obligada a probar la falta de consentimiento. Particularmente útil para el tema de este estudio son los indicios de que el consentimiento puede ser efectivamente relevante para demostrar que de hecho se ha ejercido el derecho de propiedad.

2.3.2 El consentimiento en la definición del trabajo forzado

Durante el proceso de redacción del Protocolo contra la Trata de Personas, varias delegaciones señalaron que era importante matizar cualquier referencia al consentimiento, ya que nadie puede dar su consentimiento a la esclavitud, la servidumbre o el trabajo forzado⁶⁶. Esta posición refleja un principio firmemente establecido en las normas internacionales de derechos humanos: la inalienabilidad intrínseca de la libertad personal anula la relevancia del consentimiento en una situación en la que se ha arrebatado la libertad personal⁶⁷.

A pesar de la aceptación cuasi universal de este principio, la cuestión del consentimiento ha surgido en relación con varios fines identificados de la trata, muy especialmente y de manera sistemática con el “trabajo forzado” o “forzoso”, una de cuyas características definitorias fundamentales es que no se realiza de manera voluntaria⁶⁸. El derecho internacional 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 voluntariamente⁶⁹. La Comisión de Expertos en

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 120.

⁶⁶ *Travaux Préparatoires*, pág. 362.

⁶⁷ Esta cuestión se planteó a los redactores de la Convención Suplementaria sobre la Esclavitud (Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 266(3). Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999 (171). Hecho el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976), en el contexto de las propuestas para añadir el calificativo de “involuntaria” al término “servidumbre”. La propuesta fue rechazada en ambos casos, basándose en que “no debería ser posible que una persona pudiera contratarse a sí misma en servidumbre”: F.G. Jacobs y R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights* (1996), pág. 78, citando “Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights”, Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, décimo período de sesiones, Anexos, tema 28 del programa punto. II, 33, documento de las Naciones Unidas A/2929, 1 de julio de 1955 (preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas). La Comisión Europea de Derechos Humanos ha confirmado que “la libertad personal es un derecho inalienable al que la persona no puede renunciar voluntariamente”: *De Wilde, Ooms & Versyp v. Belgium*, 10 Eur. Ct. H.R. (ser. B) (1969), pág. 91 (citando *De Wilde, Ooms & Versyp v. Belgium*, (1967) *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 420 (Comisión Europea de Derechos Humanos)).

⁶⁸ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2ª ed., 2005), pág. 201.

⁶⁹ Convenio N° 29 de la OIT sobre el trabajo forzado, de 1930, art. 2.

Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha hecho hincapié en que, cuando se imponen trabajos o servicios (por ejemplo, mediante la explotación de la vulnerabilidad del trabajador) bajo la amenaza de una pena, el despido o el pago de salarios por debajo del nivel mínimo, esa explotación deja de ser una mera situación de malas condiciones de empleo y evoca la protección del Convenio N° 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso.

Con respecto a la “amenaza de una pena cualquiera”, los órganos de control de la OIT han reconocido que la coacción psicológica puede equipararse a la amenaza de una pena, si bien han estado menos dispuestos a reconocer que una situación de coacción económica, que mantiene a un trabajador en su situación, cumple con este elemento de la definición⁷⁰. Una coacción indirecta de ese tipo solo adquiere relevancia en conjunción con otros factores de los que el empleador es responsable⁷¹. El trabajo realizado bajo la “amenaza de una pena cualquiera” no es voluntario y la Comisión ha reconocido, además, que cuando el engaño y el fraude forman parte de la oferta de trabajo original, la aceptación del trabajador no puede considerarse voluntaria y con conocimiento de causa⁷². La Comisión identifica dos cuestiones distintas: i) si el consentimiento para trabajar se ha otorgado, de hecho, libremente; y ii) si el trabajador conserva la capacidad de revocar su consentimiento.

La OIT ha señalado que el Protocolo contra la Trata de Personas “tiene consecuencias importantes para la interpretación del concepto de consentimiento en una relación de trabajo o servicio”, afirmando que los “medios” (en virtud del artículo 3 b)) “descartan con carácter definitivo la emisión voluntaria o libre del consentimiento”⁷³. Los medios de coacción prohibidos por el Protocolo contra la Trata de Personas interferirían con la libertad de la persona para ofrecerse voluntariamente y, por tanto, harían irrelevante el consentimiento de una víctima del trabajo forzoso en virtud del Convenio N° 29 de la OIT⁷⁴.

Fundamentalmente, la OIT ha reconocido también la dimensión práctica que conlleva el consentimiento, así como cuestiones más generales relativas a qué constituye explotación, incluida la práctica de la trata: esos debates no son simplemente debates “intelectuales”. Lo que constituye “coacción”, “consentimiento” o, en último término, “trabajo forzado”, es en realidad una cuestión de quién recibe protección jurídica, de qué forma, en qué circunstancias, y de qué autoridades⁷⁵. De este modo, los debates sobre los conceptos de coacción y consentimiento son una negociación moral, política y práctica imprescindible sobre los tipos de presiones coercitivas que pueden considerarse legítimas e ilegítimas en las relaciones laborales⁷⁶.

⁷⁰ OIT, *Forced Labour and Human Trafficking: Casebook of Court Decisions* (2009), págs. 12 y 13.

⁷¹ Tal como ha señalado la OIT en sus directrices para el estudio del trabajo forzoso, la obligación de permanecer en un trabajo debido a la falta de otras oportunidades de empleo, por sí sola, no es equiparable a una situación de trabajo forzoso; sin embargo, si se puede demostrar que el empleador está explotando deliberadamente ese hecho (y la vulnerabilidad extrema que se deriva de ello), para imponer unas condiciones de trabajo más extremas de lo que sería posible de otro modo, sí que sería equiparable a trabajo forzoso. OIT, *Hard to See, Harder to Count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children* (2012), pág. 16.

⁷² Véase OIT, *El costo de la coacción* (2009), pág. 8.

⁷³ *Ibid.*, pág. 9.

⁷⁴ OIT, *General Survey on the fundamental Conventions* (2007), párr. 271.

⁷⁵ OIT, *Combating Forced Labour and Trafficking in Africa: Current responses and a way forward* (2013), pág. 5.

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 7.

2.4 Conclusiones sobre el concepto de consentimiento en el derecho y la política internacional

El consentimiento sigue siendo un aspecto problemático, complejo y no resuelto del derecho y la política internacionales en materia de trata. La disposición correspondiente del Protocolo contra la Trata de Personas ofrece una cierta orientación sobre la dirección general que han de seguir los Estados, pero no elimina la confusión conceptual, la diversidad de interpretaciones y los obstáculos prácticos. Es importante reconocer que los debates sobre el consentimiento no se limitan a la cuestión de la trata, sino que se plantean regularmente en todos los sistemas jurídicos, en relación con una serie de cuestiones, lo que refleja tensiones fundamentales entre valores y prioridades superpuestas, a veces en competencia.

El examen cuidadoso de los instrumentos pertinentes, así como de una serie de elementos interpretativos y complementarios apoyan las siguientes conclusiones preliminares con respecto al consentimiento en el derecho y la política internacional en materia de trata:

La declaración del Protocolo contra la Trata de personas sobre el consentimiento refleja los peligros previstos por los Estados Miembros: los Estados Miembros eran muy conscientes del riesgo de que el consentimiento se convirtiera en la primera línea de defensa de los acusados del delito de trata, especialmente en los casos en que las víctimas pudieran haber dado su consentimiento en algún momento (por ejemplo, migrar para trabajar o para dedicarse a la prostitución). Este peligro se consideró especialmente grave, debido a que el Protocolo trataba de abarcar los medios más sutiles de control que pudieran quedar enmascarados bajo un consentimiento aparente, y por tanto sentaron la base de que el consentimiento dado por la presunta víctima adulta a la explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a alguno de los “medios” enunciados.

El Protocolo distingue entre la trata de adultos y la trata de niños: el artículo 3 c) del Protocolo rechaza inequívocamente la relevancia del consentimiento en el delito de trata de niños, haya recurrido o no el responsable de la trata al uso de “medios”. La trata de niños queda demostrada por el hecho de la existencia de un “acto” y un “fin” de explotación, sin necesidad de que se haya recurrido a ningún “medio” como elemento del delito. Por otro lado, en cuanto a la trata de adultos, el consentimiento es irrelevante solo si se ha recurrido al uso de algún “medio”.

Las referencias en el Protocolo a la irrelevancia del consentimiento cuando se ha recurrido al uso de medios ha quedado reflejada en los principales instrumentos adoptados que se basan en el Protocolo y que incorporan una definición de la trata, y se ha reafirmado en los documentos de políticas y en los textos interpretativos.

El consentimiento no se tendrá en cuenta para demostrar la trata de adultos cuando se haya recurrido a algún medio para obtenerlo: la declaración del Protocolo contra la Trata de Personas de que el consentimiento no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a algún medio para obtenerlo, si bien es clara en algunos aspectos, en otros no lo es: La afirmación es clara con respecto a que el consentimiento es irrelevante cuando se utilizan medios como la fuerza o el rapto, o si se emplean medios más sutiles como “el abuso de una situación de vulnerabilidad”. Si no se emplean “medios”, el consentimiento de la víctima todavía

puede ser relevante para determinar qué tipo de delito, en su caso, se ha cometido, dado que el delito de trata incluye el elemento de los “medios”. Como se ha expuesto anteriormente, algunos expertos son de la opinión de que el Protocolo apunta a un determinado nivel de gravedad, que pueda anular, viciar o menoscabar el consentimiento de la presunta víctima. Señalan el riesgo de que una interpretación excesivamente amplia del delito de trata de personas puede tener consecuencias graves para los presuntos autores, y podría atenuar el delito. Otros apuntan a una interpretación diferente, haciendo hincapié en que no es posible dar un consentimiento válido a ciertas violaciones de la dignidad humana. Abrazan la idea de que si se impusiera esa exigencia, el resultado sería la obstaculización de las investigaciones y enjuiciamientos de la trata de personas. Sin embargo, está claro que el Protocolo no exige explícitamente que cada uno de los “medios” actúe en sí mismo sobre la presunta víctima en particular con el fin de invalidar su consentimiento. Tampoco requiere explícitamente que cada uno de los “medios” tenga, en sí mismo, un nivel de gravedad como para viciar o anular el consentimiento en general.

El requisito del empleo de “medios” afirma que, al menos en el marco del Protocolo, las condiciones de explotación por sí solas no son suficientes para demostrar la trata de adultos: el acuerdo para trabajar o prestar un servicio en una situación que podría considerarse de explotación no constituirá trata si ese acuerdo se ha obtenido y sigue vigente sin que exista 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. Si bien la explotación en sí misma puede conllevar otros delitos, como la violación de los derechos humanos, para que se considere un delito de trata de personas adultas en el marco del Protocolo contra la Trata de Personas debe haberse recurrido al uso de “medios”.

3 Legislación y prácticas nacionales: panorama general

En esta parte se ofrece un panorama general de la legislación, las políticas y las prácticas nacionales en torno a la cuestión del consentimiento en los 12 Estados encuestados formalmente. Su propósito es sentar las bases para un análisis posterior más detallado de las cuestiones y tendencias en la siguiente parte. A efectos de análisis, ha resultado útil distribuir a los Estados encuestados en tres grupos: i) Estados que han afirmado explícitamente, en su legislación sobre trata, la irrelevancia del consentimiento; ii) Estados que han omitido toda referencia al consentimiento; y iii) Estados que han omitido la referencia al consentimiento, pero, no obstante, han aclarado manifiestamente la irrelevancia del consentimiento en la jurisprudencia.

Las categorizaciones no son perfectas. En concreto, dentro de cada uno de estos grupos hay Estados que han reproducido la estructura de tres elementos de la definición que figura en el Protocolo y Estados que han omitido por completo el elemento de los “medios” (al que se vincula la disposición sobre consentimiento del Protocolo). Además, la cantidad y la calidad de la información disponible en cada país varían considerablemente. Algunos de los países encuestados cuentan con abundante jurisprudencia pertinente, mientras que otros no han podido aportar ningún caso relacionado directamente con el tema de estudio. En ocasiones, las autoras se han basado en resúmenes de casos (inevitablemente incompletos) extraídos de la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC⁷⁷. Los profesionales encuestados también contaban con capacidades y experiencia muy diferentes, lo que se ha reflejado en la calidad y exhaustividad de la información obtenida a través del proceso de entrevista.

El estudio también se ha visto favorecido por la información sobre la legislación y la práctica de varios Estados no incluidos formalmente en la encuesta. Cuando esa información se ha considerado útil para aclarar determinados puntos, se ha incluido en la sección analítica que sigue (cuarta parte).

La información proporcionada en esta sección es producto de las encuestas por países, complementadas con las aportaciones de los profesionales durante la reunión del grupo de expertos.

3.1 Estados que han incluido una referencia explícita al consentimiento en su definición de trata

Siete de los 12 Estados encuestados (la Argentina, Australia, España, Filipinas, Indonesia, Serbia y Tailandia) hacen referencia explícita al consentimiento en la definición de trata prevista en su legislación.

⁷⁷ La Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC puede consultarse en línea en: www.unodc.org/cld.

3.1.1 Argentina

Resumen: En la Argentina, la ley principal de lucha contra la trata, aprobada en 2012, define la trata con relación a los elementos del “acto” y el “fin”, pero no requiere que se acredite el uso de “medios”. En respuesta a lo que se consideraban sentencias absolutorias injustificables basadas en la admisión de alegaciones del consentimiento de la víctima, la nueva ley afirma explícitamente que el consentimiento de la víctima no eximirá de responsabilidad civil o penal a los autores. La jurisprudencia a este respecto (previa a los cambios legislativos) es escasa, aparte de la afirmación explícita de la irrelevancia del consentimiento en relación con la trata de niños. Los profesionales manifestaron un apoyo firme al trato que otorga la nueva ley a la cuestión del consentimiento. No obstante, señalaron la ausencia general de un punto de vista común acerca de cómo puede invalidarse el consentimiento en la práctica, y reconocieron que el concepto continuaría teniendo gran relevancia en la respuesta de la justicia penal a la trata.

Marco jurídico: La ley argentina de 2008 de lucha contra la trata tipificó como delito la participación en el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación sexual o laboral o de extracción de órganos. La definición incluía el elemento de los “medios” previsto en la definición del Protocolo. En diciembre de 2012 se promulgó una nueva ley más completa que elevó las penas y eliminó de hecho el elemento de los “medios” de la definición (conservándolos, no obstante, como circunstancia agravante que acarrea penas superiores). La nueva ley también amplió el elemento del “acto”, introduciendo dos nuevos actos, el ofrecimiento de una persona y la propia explotación, e incluyó también el matrimonio forzado y la pornografía infantil en el elemento del “fin”. Las modificaciones también afirman explícitamente que el consentimiento dado por la víctima no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad civil o penal. Esta modificación se produjo en respuesta a las acusaciones que no prosperaron por las alegaciones del consentimiento de la víctima, así como por la exigencia, planteada en varias causas procesadas con arreglo a la ley anterior, de que las víctimas debían demostrar su falta de consentimiento a la explotación sexual. En la ley no figura ninguna definición de consentimiento.

Jurisprudencia: La jurisprudencia examinada (correspondiente a la versión anterior de la ley y no a la nueva ley, que no exige el elemento de los “medios”) no trata explícitamente la cuestión del consentimiento excepto en relación con los menores, ámbito en el que se ha afirmado reiteradamente que la presencia de cualquier tipo de consentimiento es irrelevante para determinar la existencia de trata de niños⁷⁸. Sin embargo, en una serie de causas, relativas en particular a la explotación sexual relacionada con la trata, se ha confirmado la irrelevancia del consentimiento debido al abuso de la vulnerabilidad de las víctimas y el uso de otros “medios”⁷⁹. En una causa se señaló que la mejora en la situación de la víctima hecha posible por la explotación no bastaba para invalidar el abuso de la vulnerabilidad como medio de la

⁷⁸ Véanse Brunelli et al., 2010, 2011; Causa n° 12.967, Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (2011); 1.2.10. Sentencia n° 55/11, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe, 4 de octubre de 2011.

⁷⁹ Véanse, por ejemplo, Causa 2338 (2001), Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata 7/7/2011; Causa 2422, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata (2011); Causa 2432, 30 de agosto de 2012, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata; Causa 28/09 (2010), Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Pampa; Causa 2359, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata, 4 de julio de 2011; Causa 1264-10 Tribunal Oral en lo Criminal de Resistencia (08/09/2011).

trata: “La vulnerabilidad no tiene nada que ver con ese tipo de “mejoramiento posicional”, sino con el aprovechamiento por parte del tratante de todas esas situaciones en las que es imposible que la víctima ejerza la autonomía con plenitud”⁸⁰. La referencia a la irrelevancia del consentimiento en la nueva ley todavía está pendiente de examen en los tribunales.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Valores y premisas: Los profesionales manifestaron que una persona debe ser libre para elegir cualquier camino en la vida que la ley permita, pero que el valor de la dignidad humana establece límites a esa libertad: cuando el consentimiento legalmente válido entra en conflicto con la dignidad humana, debe dejar de considerarse válido. Este principio parece tener un significado distinto según quién lo interprete: para algunos profesionales, significa que “nadie elige trabajar en la prostitución”. Además, los profesionales afirmaron que las cuestiones relativas al consentimiento con frecuencia se centran erróneamente en la víctima, cuando son los hechos objetivos del caso los que deben examinarse. A menudo puede alegarse la falta de consentimiento a partir del examen objetivo de esos hechos, aun cuando la víctima asegure que ha consentido la situación.

Relevancia actual del consentimiento: Las conversaciones con los profesionales confirmaron que, a pesar de la referencia legislativa a la irrelevancia del consentimiento, la cuestión continúa siendo objeto de debate.

Relación con los “medios”: Los profesionales observaron que, si bien los medios ya no forman parte de la definición de trata, los funcionarios de la justicia penal siguen teniéndolos en cuenta a la hora de determinar cómo se ha producido el acto y si realmente se ha producido explotación. Se da por hecho que el uso manifiesto de la fuerza o la violencia invalidará cualquier presunto consentimiento. Cada vez es más habitual el uso de conceptos relacionados con el abuso de una situación de vulnerabilidad para explicar cómo las víctimas se ven reducidas a situaciones de explotación o permanecen en ellas. También se señaló que a menudo los “medios” colaboran a los fines de explotación, lo que, a su vez, plantea la cuestión del consentimiento. Por ejemplo, la guía relativa al delito de explotación laboral deja ver claramente que, para determinar la existencia de ese delito, es necesario probar que el servicio se ha exigido bajo la amenaza de castigo y que no se ha ofrecido voluntariamente⁸¹. En la explicación se aclara que se considerará que existe delito incluso cuando la víctima sostenga que su situación era peor antes de la explotación⁸².

Relación con los fines de explotación y consideraciones en materia de prueba: Los profesionales presumieron que probablemente sería más difícil determinar la existencia de trata en relación con actividades legales y susceptibles de ser consentidas como, por ejemplo, la explotación laboral. Señalaron que la ilegalidad de la explotación de la prostitución en la Argentina facilitaba un enfoque que consideraba irrelevante el consentimiento. En opinión de los profesionales, el tipo de explotación no debería, en principio, influir especialmente en las consideraciones sobre el consentimiento; sin embargo, observaron que el umbral sí parece ser superior para la explotación laboral que para la explotación sexual, lo que supone

⁸⁰ Causa 2432, 30 de agosto de 2012, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata; Causa n° 2537, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Martín, 05/08/2011.

⁸¹ Resolución PGN N° 46/11, folio 4.

⁸² *Ibid.*

que se necesitarían indicadores relativamente de mayor peso para invalidar el consentimiento aparente a una actividad que, en ausencia de consentimiento, sería legal. Con carácter más general, se señaló que la nulidad del consentimiento se encuentra implícita en lo tocante a algunos fines de la trata, como la esclavitud y el trabajo forzado.

Importancia de la referencia explícita a la irrelevancia del consentimiento: Los profesionales mostraron su apoyo a la reforma de 2012, afirmando explícitamente que el consentimiento no podía eximir de responsabilidad a los autores. Uno de ellos manifestó que la referencia explícita a la irrelevancia del consentimiento es esencial para asegurar que los jueces comprendan que la concurrencia de algún “medio” anula todo argumento que pretenda invocar el consentimiento como defensa y, viceversa, que si no se han empleado “medios” el consentimiento resulta relevante. (En este sentido, cabe reiterar que, aunque no constituyan un elemento del delito, los “medios” siguen teniéndose en cuenta en el contexto de la determinación del “acto” y del “fin” de explotación). Los profesionales indicaron que las modificaciones han aclarado las consideraciones relativas a la toma de decisiones sobre el consentimiento, y que el “abuso de una situación de vulnerabilidad” es el “medio” más habitualmente citado a la hora de determinar su irrelevancia. Aunque por el momento se han realizado pocas investigaciones con arreglo a la nueva legislación, el sentir general era que la abolición del elemento de los “medios” facilitará los enjuiciamientos, particularmente cuando se aleguen medios “más sutiles”, como el “abuso de una situación de vulnerabilidad” y el engaño, y cuando la presunta “explotación” sea relativamente menos grave. Todos los profesionales entrevistados manifestaron que hay determinados valores y premisas que entran en juego en relación con la forma de considerar y tratar el tema del consentimiento. Las modificaciones de 2012 se consideraron muy importantes para dar solución a actitudes judiciales que reflejan una falta de comprensión de las formas en que puede manipularse e invalidarse el consentimiento, especialmente en relación con la trata con fines de explotación sexual. Se considera que el argumento de que “cualquiera puede dar su consentimiento a cualquier cosa” y el estereotipo patriarcal de las mujeres que trabajan en la prostitución han estado detrás de sentencias absolutorias injustificables en delitos de trata, particularmente en los casos caracterizados por no haber mediado fuerza o violencia manifiesta.

Declaraciones formuladas en el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo y durante la reunión del grupo de expertos: Los Representantes de la Argentina manifestaron que, dado que una persona no puede dar su conformidad a un acto de esclavitud, el consentimiento siempre será irrelevante, y que no debería impedirse la condena de los autores basándose en alegaciones de consentimiento. Se trata de una cuestión de dignidad y libertad humanas.

3.1.2 Australia

Resumen: En las modificaciones introducidas recientemente en la ley australiana contra la trata se afirma que el consentimiento o aquiescencia de la víctima no podrá invocarse en defensa de una conducta que constituiría, por lo demás, un elemento de cualquiera de los delitos previstos (trata, esclavitud, captación mediante engaño,

servidumbre por deudas, etc.). En la práctica, el consentimiento continúa siendo relevante respecto de determinadas formas de explotación, especialmente si se tiene en cuenta que la jurisprudencia australiana actual en materia de trata y esclavitud mantiene su influencia por medio del sistema de derecho anglosajón. Asimismo, el consentimiento también puede tener relevancia a la hora de tomar la decisión de investigar, remitir a otras instancias o enjuiciar, dado que la afirmación del consentimiento puede complicar los procesos. Al tiempo que señalaban esas dificultades, los profesionales mostraron un apoyo unánime al rechazo por ley de la exigencia del consentimiento, citando la necesidad de alejarse de la consideración acerca de si las víctimas *piensan* que son libres (prueba subjetiva) para centrarse en si *son* realmente libres (prueba objetiva).

Marco jurídico: El marco legislativo australiano aplicable a la trata de personas y delitos conexos queda expuesto en el Código Penal del Commonwealth, cuya división 270 penaliza la esclavitud y las condiciones análogas a la esclavitud, y cuya división 271 contiene los delitos relacionados con la trata. La ley, modificada en 2013, penaliza tanto la esclavitud como la trata, siguiendo, con carácter general, la estructura de tres elementos de la definición del Protocolo contra la Trata de Personas, si bien hay determinados delitos (trata de niños, delitos conexos como la esclavitud, el tráfico de órganos y la servidumbre por deudas) que no requieren que se acredite la existencia de coacción, amenaza o engaño. A través de los conceptos de esclavitud y trata, la definición aborda por sí misma la mayoría de los fines de explotación previstos en el instrumento internacional y añade la servidumbre por deudas y el matrimonio forzado. Además de ampliar el ámbito de los fines y reajustar las penas, las modificaciones de 2013 se propusieron dar solución a varios problemas que habían obstruido la acción de la justicia, en concreto al i) abarcar formas más sutiles de coacción, como la **opresión psicológica** y el **abuso de poder o de la vulnerabilidad de una persona**; y ii) permitir a jueces y jurados tener en cuenta factores como la relación económica entre la víctima y el infractor y las circunstancias personales de la víctima a la hora de determinar si esta ha sido objeto de coacción, amenaza o engaño, si ha consentido la extirpación del órgano o se ha sometido a una servidumbre por deudas. Las modificaciones de 2013 hacen referencia explícita al consentimiento. Este no se declara irrelevante; sin embargo, la disposición explica claramente que el consentimiento o aquiescencia de la víctima no podrá invocarse como defensa ante conductas que, de otro modo, constituirían un elemento de cualquiera de los delitos previstos: *“Para evitar dudas, no puede invocarse como defensa en un procedimiento por un delito ... el hecho de que una persona contra quien presuntamente se ha cometido el delito haya consentido o accedido a una conducta que constituye un elemento del delito”*. Hasta el momento no existen orientaciones legislativas acerca de la distinción entre consentimiento y aquiescencia.

Jurisprudencia: El consentimiento se ha esgrimido hasta la fecha como defensa fundamental ante cargos de trata y esclavitud, y si bien los tribunales no lo han aceptado como eximente, sí que han debatido regularmente la cuestión del consentimiento⁸³. Así pues, en relación con los procesos contra la esclavitud, aun cuando los tribunales reconocen expresamente que la falta de consentimiento no constituye un elemento del delito, la actitud de la víctima se ha considerado relevante

⁸³ Véase, por ejemplo, *R v Wei Tang* (2008) 237 CLR 1, 17-18, [32]; *Ho and Ho v the Queen*; *Ho and Leech v the Queen* [2011] VSCA 344 [80] y [83].

a la hora de determinar probatoriamente si se han ejercido sobre ella los atributos del derecho de propiedad. Las instrucciones transmitidas a los jurados pueden incluir y, de hecho, incluyen, referencias al consentimiento. Para determinar si una víctima ha sufrido coacciones o amenazas o ha sido objeto de engaño, la ley prevé expresamente que el tribunal podrá tomar en consideración circunstancias no exhaustivas, como la relación económica entre la víctima y el acusado, las cláusulas de cualquier contrato o acuerdo verbal o por escrito entre ellos, las circunstancias personales de la víctima, incluido su derecho a permanecer en Australia y su capacidad para hablar, escribir y entender inglés u otro idioma, y su grado de dependencia social y física del presunto delincuente⁸⁴. En los delitos de servidumbre y trabajos forzados, el hecho de que la víctima pueda o no pueda escapar o que lo haya intentado o no, no constituye un elemento determinante⁸⁵.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Relevancia actual del consentimiento: Aunque por el momento no se han celebrado procesos con arreglo a las modificaciones de la nueva ley, los profesionales confirmaron que el consentimiento continúa siendo un elemento relevante. Por ejemplo, aunque ahora se rechaza formalmente el consentimiento como defensa, el fiscal sigue teniendo la obligación de probar la existencia de todos los elementos del delito más allá de la duda razonable, lo que incluye, en su caso, los “medios” de coacción, amenaza y engaño. En este punto es donde inevitablemente se planteará el problema del consentimiento. Esto se refleja en la jurisprudencia, que ha planteado y debatido recurrentemente cuestiones relativas al consentimiento. Por ejemplo, en el caso *R v Wei Tang* se utilizó el medio sutil de la “opresión psicológica”. El consentimiento fue un rasgo destacado de este caso, en el que cinco mujeres tailandesas aceptaron ir a Australia para trabajar en la industria del sexo. El caso fue juzgado antes de que se introdujeran las modificaciones de la ley que hacían explícitamente irrelevante el consentimiento. La defensa señaló el consentimiento de las mujeres, destacó el hecho de que no se emplearon medios “severos” y apuntó a la mejora que experimentaron las mujeres en su vida al establecerse y trabajar en Australia. Aunque el tribunal señaló la irrelevancia del consentimiento para determinar los elementos del delito y subrayó que el consentimiento de la víctima no podía invocarse como defensa, el juez consideró que las pruebas de consentimiento resultaban relevantes para dirimir la cuestión de si las mujeres eran esclavas. En el recurso presentado por la fiscalía ante el Tribunal Superior de Australia, a raíz de la revocación de las declaraciones de culpabilidad por el Tribunal de Apelaciones de Victoria, el fallo resultante, que las restablecía, apuntaba el hecho de que la esclavitud podía ser voluntaria o involuntaria y que, pese al carácter voluntario inicial, las mujeres no conservaron su libertad para rechazarla⁸⁶. El sistema australiano de derecho anglosajón garantiza que esta jurisprudencia continuará teniendo influencia y que las instrucciones transmitidas a los jurados podrán incluir e incluirán referencias al consentimiento. Los profesionales coincidieron en que, aun con la nueva disposición sobre consentimiento, será difícil afirmar que la disposición mental de la víctima es completamente irrelevante.

⁸⁴ Véase el Código Penal, artículos 270.10, en relación con las pruebas admisibles en los delitos análogos a la esclavitud, y 271.11A, en relación con las pruebas admisibles en los casos de trata y servidumbre por deudas.

⁸⁵ Véase el artículo 270.6 (3) en relación con el trabajo forzado, y el artículo 270.4(3), en relación con la servidumbre.

⁸⁶ *R v Wei Tang* (2008) 237 CLR 1, 17-18.

Los profesionales también señalaron que las cuestiones acerca de si las presuntas víctimas “han consentido” a la situación resultan relevantes para la policía a la hora de decidir qué casos se remiten a la fiscalía, y para los fiscales, a la hora de decidir qué casos se presentan ante los tribunales. En pocas palabras, a menudo será difícil que prospere la acusación en los casos que atañen a víctimas que piensan que han (o parecen haber) consentido la explotación, habida cuenta de que se depende en gran medida del testimonio de la víctima al no existir otras pruebas que acrediten los hechos. Es posible que esos casos no prosperen por esta razón. La defensa también esgrime frecuentemente pruebas del consentimiento a parte o la totalidad de la conducta del acusado para socavar la credibilidad de la víctima, en un intento de apartar las simpatías del jurado por la víctima y atraerlas, de ese modo, en favor del acusado. También se señaló que los casos en que se plantea el tema del consentimiento de la víctima suelen encontrarse entre los menos graves dentro de la escala de explotación: la explotación grave parece excluir prácticamente de manera automática el consentimiento, tanto para los investigadores policiales como para los fiscales y los tribunales. Esto se debe a que la explotación puede probarse mediante una evaluación objetiva de los hechos o circunstancias. El hecho de que las pruebas objetivas sean menos claras significa que el consentimiento puede convertirse en un elemento importante, por ejemplo, para distinguir entre una víctima de trata y una persona mal pagada en la prostitución. En resumen: cuanto más grave y objetivamente verificable es la explotación, menor relevancia tiene el consentimiento.

En general, hubo acuerdo sobre el carácter multifactorial de las decisiones sobre qué casos investigar, remitir a otras instancias o llevar ante los tribunales, destacándose las consideraciones sobre los recursos, el interés público, la gravedad y la disponibilidad de pruebas. La cuestión del consentimiento surgirá con frecuencia en los casos “límite”, y puede haber múltiples justificaciones para no presentar acusaciones en estos casos, justificaciones que se ven reforzadas por el hecho de que pueden plantearse (y se plantean) dudas acerca del estado de ánimo de la víctima.

Relación con los “medios”: La legislación australiana contempla un grupo de delitos relacionados con la trata que engloba la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado, la captación engañosa de mano de obra y servicios y el matrimonio forzado. Además, incluye una serie de delitos de trata de personas y delitos conexos de tráfico de órganos, así como delitos relativos a la servidumbre por deudas. Solamente algunos de esos delitos requieren el empleo de “medios”. Entre los que no requieren “medios” figuran la esclavitud y algunas formas de trata⁸⁷.

Entre los que sí requieren la concurrencia de “medios” están la servidumbre, el trabajo forzado, el matrimonio forzado (los cuales requieren el uso de *coacción*, *amenaza* o *engaño*) y determinadas formas de trata (algunas de las cuales requieren el uso de *coacción*, *amenaza* o *engaño*, mientras que otras solamente exigen el *engaño*).

En los casos en que el “medio” constituye un elemento del delito, la legislación reconoce el uso de “medios sutiles”, dado que la definición de “coacción” incluye la “opresión psicológica”, el “abuso de poder” y el “aprovechamiento de la vulnerabilidad de una persona”.

⁸⁷ Los delitos de trata que no requieren el empleo de “medios” figuran en los artículos 271.2 (1B) y (1C) del Código Penal.

Consideraciones procesales y en materia de prueba: Una de las profesionales participantes en la reunión del grupo de expertos mencionó la existencia de un patrón por el que los tratantes han pasado a centrarse en los “medios sutiles”, en contraposición a los “medios duros”, tal como refleja la legislación mediante la expresión “opresión psicológica”. Subrayó que esas situaciones plantean dificultades a los fiscales y tribunales, que deben abordarse “afrontando directamente el tema del consentimiento” y reuniendo cuanta información sea posible acerca de las circunstancias en las que se ha otorgado aparentemente dicho consentimiento. La legislación australiana es particularmente receptiva a este enfoque por cuanto que permite explícitamente al tribunal considerar una constelación de circunstancias no exhaustiva⁸⁸.

El consentimiento en formas de explotación que incluyen el empleo de “medios”: En relación con determinadas formas de explotación, el consentimiento es directamente relevante y servirá de defensa en función de cómo se formule el delito. Por ejemplo, determinar la existencia de un delito de matrimonio forzado depende de que se demuestre la falta de consentimiento al matrimonio. La cuestión entonces es dilucidar si el “consentimiento” aparente es auténtico. En relación con formas de explotación como el trabajo forzado también se plantearán cuestiones sobre el tema del consentimiento: si una presunta víctima se encuentra realmente satisfecha con lo que, objetivamente, son condiciones de explotación laboral y no acepta cooperar, será difícil elaborar un escrito de pruebas que resulte creíble. El consentimiento también es relevante para determinar el delito de captación engañosa, ya que es necesario probar que las condiciones de la captación no son las que aceptó la presunta víctima. Sin embargo, el consentimiento no podría invocarse ante determinadas conductas (como las que suponen restricciones graves a la libertad), dado que el derecho penal aplica a quienes cometen abusos contra los derechos humanos la norma más estricta que repudia esa conducta, independientemente del estado de ánimo de la víctima.

La manera de definir ciertas formas de explotación también ha contribuido a desviar el debate sobre el consentimiento, al introducir un elemento de objetividad: en concreto, la servidumbre y el trabajo forzado se demuestran al probarse que “una persona razonable en la posición de la víctima no se consideraría libre”.

Perspectivas de futuro: Los profesionales mostraron un alto grado de acuerdo sobre el valor de contar con una política contundente de enjuiciamiento (pero flexible), así como con disposiciones penales que se materialicen en pruebas objetivas y que promuevan un alejamiento de la consideración del estado de ánimo subjetivo de la víctima. Naturalmente, es importante ser conscientes del riesgo de caer en el paternalismo al eliminar la capacidad de juicio individual y no tener en cuenta las diferencias sustanciales que existen respecto de lo que las personas consideran que son condiciones de vida y de trabajo “aceptables”. Sin embargo, en cierto sentido, esto también justifica el enfoque de que “el consentimiento no puede invocarse como defensa”: a los delincuentes debe exigírseles una norma de conducta adecuada que corresponda al contexto socioeconómico australiano: las opiniones de la víctima acerca de lo que constituye una norma adecuada no deben erigirse en patrón con el que medir si se ha producido efectivamente una explotación delictiva.

⁸⁸ Véanse los artículos 270.10(2) y 271.11A(2) del Código Penal.

3.1.3 Indonesia

Resumen: La legislación indonesia aplicable a la trata define esta de acuerdo con los tres elementos del Protocolo. La irrelevancia del consentimiento se afirma con referencia a una lista de actos cometidos “con o sin el consentimiento de la víctima”. Por otro lado, la ley también afirma explícitamente que el consentimiento de la víctima no invalida el derecho a procesar a los autores. No se dispone de jurisprudencia pertinente. Los profesionales están de acuerdo en que es esencial defender la irrelevancia del consentimiento para garantizar la detección y el enjuiciamiento de las prácticas de explotación y alentar a las víctimas a denunciar. Sin embargo, se observó que, en la práctica, el consentimiento puede resultar un obstáculo para el enjuiciamiento, especialmente cuando las víctimas se niegan a testificar porque alegan haber prestado su consentimiento al acuerdo por el que son explotadas.

Marco jurídico: El pilar central del marco legislativo indonesio aplicable a la trata de personas es una ley de 2007 que prohíbe cualquier manifestación de esa práctica, definida con carácter general con arreglo al Protocolo contra la Trata de Personas, de manera que incluye los tres elementos del acto, los medios y el fin. El ordenamiento jurídico comprende otras leyes y reglamentos, en particular el Código Penal (en relación con delitos contra la libertad personal y contra la moral, incluida una definición más restringida de la trata de personas), si bien la mayor parte de los enjuiciamientos se emprenden al amparo de la ley especial. Se señaló que los casos de trata con fines de explotación laboral pueden incumplir a las leyes sobre inmigración, tributación y derecho laboral. La ley de 2007 contiene dos referencias al consentimiento: el elemento de la explotación se define por remisión a una lista de actos cometidos “con o sin el consentimiento de la víctima”. Además, el artículo 26 declara explícitamente que el consentimiento de las víctimas no invalidará el derecho a procesar el delito de trata. Por tanto, a diferencia del Protocolo, la irrelevancia del consentimiento no se vincula al uso de “medios”, aunque los “medios” se mantienen como elemento de la definición. Cabe señalar que el preámbulo de la ley menciona explícitamente que la trata de personas viola valores como la dignidad y los derechos humanos.

Jurisprudencia: Los profesionales entrevistados para el estudio no hicieron referencia a jurisprudencia específica en materia de consentimiento. Aunque varios casos incluidos en la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC han abordado esta cuestión, ninguno aporta claridad o ideas sobre las cuestiones fundamentales que se estudian en este trabajo⁸⁹. Los profesionales defendieron firmemente la idea de que el consentimiento se considera irrelevante en la práctica y no desempeña papel alguno a la hora de determinar la existencia del delito o de imponer la condena.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Interpretación de la referencia legislativa al consentimiento: Las orientaciones que existen sobre la ley de 2007 no aportan claridad a ninguna de las dos referencias al consentimiento. Sin embargo, funcionarios del gobierno confirmaron que la

⁸⁹ Obsérvese, sin embargo, que se informó de un proceso con sentencia condenatoria contra la explotación sexual en circunstancias en que, al parecer, las personas afectadas consintieron las condiciones de su empleo sin encontrarse en situación de aparente coacción. 3.2.1. No 1230 K/PID SUS/2009.

intención de la ley era asegurar la responsabilidad penal de los explotadores, aun cuando la víctima estuviera dispuesta a ser explotada mediante trata por motivo de presiones económicas o de otro tipo. De acuerdo con esta posición, el estado de ánimo de la víctima debería ser irrelevante a la hora de dirimir la responsabilidad de los autores por sus delitos.

Importancia de la referencia específica al consentimiento: Los profesionales de la policía entrevistados para el estudio afirmaron la importancia práctica de esta disposición, señalando que muchas víctimas son muy vulnerables a las presiones económicas y, por tanto, fáciles de persuadir para que “consientan” la explotación. En su opinión, la afirmación explícita de la irrelevancia del consentimiento contribuye a la investigación y el enjuiciamiento al evitarse la necesidad de demostrar la existencia de fuerza y otros “actos delictivos manifiestos”. Por lo que respecta a los resultados prácticos, se observó que la disposición se traduce en que nunca se pregunta a las víctimas si han aceptado o no la situación, porque esto restaría valor a la interpretación del concepto de explotación. No se explicó cómo funciona ese planteamiento en situaciones en que no es posible acceder fácilmente a pruebas objetivas de la concurrencia de “medios” o de explotación.

Para los profesionales entrevistados, la irrelevancia explícita del consentimiento, y la desvinculación del elemento del “medio”, constituía una cualidad indispensable del ordenamiento jurídico indonesio. Asimismo, expresaron la opinión de que el hecho de que la prostitución fuera ilegal en Indonesia facilitaba la labor de lucha contra la trata. El hecho de que una persona reciba un pago o una promesa de pago a cambio de servicios sexuales no supone un obstáculo al procesamiento por trata o a la protección de las presuntas “víctimas”, como se especuló que sucedería en las jurisdicciones donde la prostitución es legal. Se subrayó que el papel de los profesionales de la justicia penal en el contexto de la irrelevancia del consentimiento consiste en descubrir la explotación, incluso en situaciones en que la persona no se sienta explotada. Aun cuando la persona considere que ha ganado autonomía por su situación, como víctima debe ser tratada como una persona explotada y tener acceso a una restitución, y las personas que han intervenido en su explotación deben ser procesadas.

Irrelevancia del consentimiento en la práctica: En general se afirmó que el consentimiento no se tiene en cuenta a la hora de determinar las acusaciones que se imputan al autor, pero en la práctica puede tenerse en cuenta para poder acceder a servicios de reinserción y para poder obtener una restitución. (En relación con esto último, parece ser que aunque la afirmación del consentimiento a la explotación no impide que una víctima sea identificada como tal, en la práctica estas personas pueden evitar o rechazar las ofertas de ayuda). Los profesionales expresaron unánimemente la opinión de que el consentimiento no se tiene en cuenta al imponer la condena, en la que tampoco tiene efecto alguno como agravante o atenuante. Por el contrario, lo que se subraya es el daño, como refleja la definición ajustada a derecho de víctima como “persona que sufre un trauma psicológico, mental, físico, sexual, económico o social a consecuencia del delito de trata de personas”. Esta disposición implica (cuestión que no se mencionó durante las entrevistas) que a una persona que consiente su explotación pero no sufre ningún trauma como consecuencia puede no serle reconocida la condición de víctima y, de hecho, que la

ausencia de un daño visible o documentado podría suponer un obstáculo para el procesamiento.

Relación con los “medios”: La ley de 2007 no vincula la irrelevancia del consentimiento a los “medios” de la trata: según explicaron los profesionales, aunque debe demostrarse la existencia de los tres elementos (un acto, un medio y un fin de explotación), no es necesario demostrar que el “medio” haya invalidado el consentimiento. En este sentido, el consentimiento y las pruebas de su existencia se consideran verdaderamente irrelevantes: es necesario demostrar la presencia de los elementos, pero no es necesario mostrar explícitamente que se ha empleado el “medio” para invalidar el consentimiento de la víctima. Sin embargo, la falta de jurisprudencia hace difícil determinar cómo funciona este principio en la práctica. Por ejemplo, ¿qué efecto tiene este enfoque sobre los “medios” más sutiles como el abuso de una situación de vulnerabilidad?

Relación con el fin (la explotación): Se considera que la irrelevancia del consentimiento se ve reforzada por la referencia explícita a que el fin “cuenta o no con el consentimiento de la víctima”.

Consideraciones procesales y en materia de prueba: Uno de los profesionales que participó en la reunión del grupo de expertos destacó que la mejor forma de abordar el tema del consentimiento en los procesos judiciales es que la fiscalía y el tribunal sepan todo lo posible acerca de las circunstancias en las que se ha otorgado aparentemente el consentimiento, lo que denominó “profundizar en el consentimiento”, a fin de poner de manifiesto toda la constelación de circunstancias existentes antes, durante y después del proceso de trata.

3.1.4 Filipinas

Resumen: La ley filipina contra la trata se ajusta estrechamente a la definición de trata prevista en el Protocolo. Contiene varias referencias al consentimiento: el elemento del acto queda acreditado con independencia de que se realice “con o sin el consentimiento o el conocimiento de la víctima”, y en una modificación introducida en 2013 se reproduce la formulación del Protocolo que establece que el consentimiento no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido al uso de medios. Existen otras referencias a la irrelevancia o inadmisibilidad del consentimiento que acompañan a la disposición de la ley sobre la no penalización de las víctimas y a sus normas probatorias. De la escasa jurisprudencia que existe en materia de consentimiento se colige que este será rechazado como defensa en los delitos de trata con fines de explotación sexual, aun cuando la existencia aparente de consentimiento parezca poner en duda que se haya recurrido al uso de “medios”. Los debates con los profesionales confirmaron que en ocasiones el principio de la irrelevancia del consentimiento se aplica de forma rígida, aun cuando no sea evidente en absoluto que se haya recurrido a ningún “medio”. Sin embargo, también está claro que el consentimiento sigue teniendo en cuenta en la práctica: por ejemplo, la acusación se complica cuando existen indicios de peso del consentimiento o cuando la presunta víctima no se reconoce como tal.

Marco jurídico: El marco jurídico de la trata de personas y delitos conexos de Filipinas queda recogido en varios textos legislativos, en particular en la Ley 10364 de la República, que amplía la Ley 9208 de la República. En febrero de 2013, el Gobierno promulgó una serie de modificaciones a fin de definir actos adicionales constitutivos del delito de trata (como el acto de “mantener”, que se interpreta en sentido lato y es, por tanto, ampliamente utilizado); otorgar un tratamiento especial a los niños y las personas vulnerables⁹⁰; incluir disposiciones que permitieran el procesamiento por trata en grado de tentativa; ampliar el alcance extraterritorial del instrumento; definir delitos conexos que fomentaran la trata; y afirmar la irrelevancia del consentimiento⁹¹. La definición de trata que figura en la ley es casi idéntica a la que establece el Protocolo, con la excepción de que al elemento del “acto” se añade la frase “con o sin el consentimiento o el conocimiento de la víctima”. En otra disposición de la ley se afirma la consideración de las personas objeto de trata como víctimas y el principio de la no penalización de los delitos cometidos por la víctima en el curso de la trata. Concluye como sigue: “En este sentido, no se tendrá en cuenta el consentimiento otorgado por una persona objeto de trata a la explotación intencional prevista en esta Ley”. Las modificaciones de 2013 dieron lugar a la introducción de una nueva disposición en las normas probatorias, que afirma la irrelevancia del consentimiento, si se acredita el uso de medios, y declara que la conducta sexual pasada o la predisposición sexual de una persona objeto de trata no se admitirá como prueba a efectos de demostrar el consentimiento de la víctima a la conducta sexual. El efecto de estas diferentes disposiciones no está claro. Por ejemplo, ¿cuál es el sentido de vincular la irrelevancia del consentimiento a la disposición sobre la condición de víctima y la no penalización de las víctimas por delitos cometidos en el curso de la trata? ¿Qué consecuencias tiene el hecho de vincular el consentimiento al elemento del “acto” de la trata y al fin pretendido de explotación?

Jurisprudencia: Pese al elevado número de procesamientos de trata de que se informó, la jurisprudencia en materia de consentimiento es escasa y concierne solamente a la trata con fines de explotación sexual. El consentimiento ha sido rechazado como defensa en varias causas relativas a la “venta” de servicios sexuales por mujeres y niñas⁹² en que los tribunales han defendido explícitamente la irrelevancia del consentimiento, subrayando que el consentimiento o conocimiento de las víctimas carece de importancia. La jurisprudencia parece afirmar que el consentimiento de la víctima no exime al autor de la responsabilidad penal ni la atenúa y que un acusado no puede aprovecharse del hecho de que las víctimas hayan sido captadas libre y voluntariamente⁹³. Este razonamiento parece explicar el procesamiento satisfactorio de diversos casos de trata que previamente se podrían haber juzgado como proxenetismo. No está claro si se adoptaría la misma posición respecto de la irrelevancia del consentimiento o conocimiento de la víctima en relación con la trata con fines de trabajo forzado o de explotación laboral.

⁹⁰ Artículo 3 b) de la Ley 10364 de la República de 2012, que incluye, junto a los niños, a toda persona mayor de 18 años “pero incapaz de cuidarse o protegerse completamente contra el abuso, el abandono, la crueldad, la explotación o la discriminación, debido a su discapacidad o estado físico o mental”.

⁹¹ Estados Unidos de América, Departamento de Estado, *Trafficking in Persons Report: June 2013* (2012), Filipinas (págs. 300 a 303).

⁹² Véanse, entre otros, Crim. Case No. CBU-81474 (UN RefPHL045), Crim. Case No. R-LLP-08-2900-CR (UN RefPHL039), Case No. CR-HC No.04882 (UN RefPHL033), Crim. Case No. 111-286939 (UN Ref PHL034), Crim. Case No. 132048 (UN Ref PHL021) y Crime Case No. 81474 (UN Ref PHL045).

⁹³ Por ejemplo, *Crim Case No. 2009-37 (UN Case No PHL007)*.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Importancia del consentimiento y su vinculación al empoderamiento de las víctimas: Los profesionales explicaron que la irrelevancia del consentimiento está directamente vinculada a la protección, como forma importante de empoderar a las víctimas para que denuncien. Asimismo, se explicó que las disposiciones relativas al consentimiento se aprobaron en respuesta a una necesidad del derecho penal general, que normalmente exigiría examinar si el consentimiento es nulo (es decir, no existe en absoluto) o invalidable (existe consentimiento pero está viciado).

Relación con los medios: Los profesionales señalaron que, incluso si no hubiera fuerza y fraude, podría demostrarse la existencia de trata si se ha producido un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, lo que refuerza la irrelevancia del consentimiento. Por lo demás, los profesionales no abordaron la cuestión de la irrelevancia del consentimiento en el contexto de la acreditación de los medios, si bien algunos manifestaron la opinión de que el procesamiento resultaría más fácil si no se exigiese la concurrencia del elemento de los medios. Existe algún indicio, como en los casos citados anteriormente, de que aunque la definición del delito de trata incluye los medios, al menos en relación con la explotación sexual (los únicos casos de que se dispone), no hay necesidad de señalar y demostrar la concurrencia de medios específicos para asegurar el enjuiciamiento por trata. El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad con frecuencia se encuentra implícito en la explicación de la supuesta necesidad de dinero de la víctima, aunque generalmente como explicación de por qué la víctima accede a la prostitución, y no para explicar de qué forma se ha aprovechado el presunto responsable de la trata de la vulnerabilidad. En definitiva, el elemento de los “medios” no se consideró problemático ni obstáculo para obtener una sentencia condenatoria, presumiblemente porque no se trata de un elemento esencial en la práctica.

Relación con el fin (la explotación): Los profesionales de la justicia penal mencionaron la dificultad que entraña el elemento de la “explotación”. En muchos de los casos examinados se observó que se desdibujaba la distinción entre la trata con fines de explotación sexual y otros delitos (normalmente mucho menos graves), como la explotación de la prostitución ajena y el proxenetismo⁹⁴. Los profesionales confirmaron que a menudo los casos de proxenetismo se enjuician con arreglo a las disposiciones sobre trata, lo que da lugar a condenas muy superiores a las que habrían correspondido de otro modo.

Relevancia práctica actual del consentimiento: En la práctica, resulta evidente que el consentimiento no es, ni se considera, completamente irrelevante. Esto se debe particularmente a la gran consideración que se otorga al testimonio de la víctima en los procesos. Así, por ejemplo, los profesionales indicaron que las víctimas que se desplazan al extranjero y pueden enviar dinero a sus familias rara vez testifican no haber dado su consentimiento al acuerdo. La carga de la prueba corresponde a quien alegue la invalidez del consentimiento. La falta de voluntad de las víctimas para testificar (particularmente de quienes han aceptado el trabajo, aun cuando no hayan aprobado sus condiciones, incluido el nivel de remuneración) se citó como problema importante que se ve exacerbado por la excesiva dependencia del testimonio de la víctima.

⁹⁴ Por ejemplo, Case No. CR-HC NO. 04882 (UN Ref PHL033) y 5.2.6. Crime Case No. 81474 (UN Ref PHL045).

Perspectivas de futuro: Los profesionales manifestaron unánimemente que la afirmación explícita de la irrelevancia del consentimiento en la legislación era importante como principio y de gran valor práctico para la respuesta de la justicia penal. La irrelevancia del consentimiento se veía como la expresión de varios valores fundamentales: i) que el consentimiento tiene un carácter situacional, cultural e histórico y puede depender del trasfondo de la persona que lo otorga; y ii) que el verdadero consentimiento solamente puede otorgarlo quien es libre y se encuentra en condiciones de igualdad con la otra parte⁹⁵.

3.1.5 Serbia

Resumen: La ley aplicable define en general la trata de conformidad con la definición del Protocolo e incluye una afirmación explícita a la irrelevancia del consentimiento. La jurisprudencia de que se dispone es muy escasa. Los profesionales apoyaron el principio de la improcedencia del consentimiento, pero no hubo acuerdo entre policías, fiscales y organismos de apoyo a las víctimas con respecto al papel que desempeña (o no desempeña) el consentimiento en la práctica. Los organismos de apoyo a las víctimas, por ejemplo, señalaron que la percepción de consentimiento constituye una barrera importante para establecer formalmente la trata o para que la víctima se reconozca como tal. Se han planteado cuestiones en torno al consentimiento en casos en que las víctimas parecen gozar de cierta libertad de acción y movimiento. Cuanto más graves los medios, más fácil resultará rechazar cualquier alegación de consentimiento. En opinión de los profesionales, el consentimiento probablemente sea una cuestión mucho más importante en relación con la explotación laboral que con la trata con fines de explotación sexual.

Marco jurídico: La legislación serbia en materia de trata se encuentra recogida en el Código Penal, modificado en 2009. La ley tipifica diversos delitos de trata y delitos conexos, siguiendo en términos generales la definición de tres partes del Protocolo, con una lista diferente de “actos, que coinciden con los del Protocolo solo parcialmente”⁹⁶, una lista ligeramente distinta de “medios”⁹⁷ y una lista más amplia de los fines de la explotación⁹⁸. El código dispone específicamente que “el consentimiento a la explotación o a la creación de una relación de esclavitud o análoga a la esclavitud ... no influye en la existencia de los delitos” correspondientes”.

⁹⁵ Cabe señalar que este punto de vista concuerda con la “declaración de política” del artículo 2 de la Ley, donde se afirma que el Estado valora la dignidad de cada ser humano y garantiza el respeto de los derechos individuales. De conformidad con esa política, se dice que el Estado priorizará los programas que promuevan la dignidad humana y protejan a las personas contra cualquier amenaza de violencia y explotación.

⁹⁶ Se incluye, además, la venta, la compra, la actuación como intermediario en la venta, la ocultación o la retención, pero no se incluye explícitamente la acogida o la recepción.

⁹⁷ Se incluye “el abuso de autoridad, de confianza, de una relación de dependencia, de las circunstancias difíciles de otro”, en lugar del abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, como prevé el Protocolo, y se incluye asimismo “la retención de documentos de identidad, la entrega o aceptación de dinero u otro beneficio (en lugar del texto “la concesión o recepción de pagos o beneficios” que aparece en el Protocolo). Faltan asimismo “otras formas de coacción” “el rapto” y “el fraude” entre los medios (solamente aparece “el engaño o mantenimiento del engaño”).

⁹⁸ Se incluye además la explotación laboral, la comisión de delitos, la falsedad, la pornografía y el servicio en conflictos armados.

Jurisprudencia: La jurisprudencia disponible es escasa. Se examinaron para el estudio varias causas de la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC que parecieron confirmar que el consentimiento aparente no constituye una defensa válida o un obstáculo al enjuiciamiento siempre que pueda determinarse el empleo de medios (incluido el abuso de una situación de vulnerabilidad). La mayor parte de las causas estudiadas y debatidas guarda relación con la explotación sexual. Sin embargo, también se estudió una causa de trata con fines de mendicidad.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

El consentimiento en la práctica: diversidad de puntos de vista: Todos los profesionales entrevistados manifestaron su acuerdo con la idea de que la afirmación explícita de la irrelevancia del consentimiento en la ley ha sido muy beneficiosa. Sin embargo, existen discrepancias sobre el papel del consentimiento en la práctica, particularmente entre los funcionarios de la justicia penal y quienes trabajan en apoyo y asistencia a las víctimas. La policía y los fiscales insistían por lo general en la irrelevancia práctica del consentimiento en relación con la identificación, la investigación y el enjuiciamiento. Uno de los profesionales explicó que, desde el punto de vista de la investigación, cualquier consentimiento otorgado se ve invalidado por el hecho de la explotación. Asimismo, se señaló que las referencias de los testigos al consentimiento podrían llegar a ser eliminadas de las actas judiciales y dictarse instrucciones para que no se tengan en cuenta dichas referencias. Sin embargo, se reconoció que esta práctica “ideal” dependería en gran medida del presidente del tribunal, lo que significa que no existen garantías de que esto vaya a suceder, y no se ofrecieron ejemplos específicos. Los fiscales señalaron que aunque el Código Penal no considerara irrelevante el consentimiento, las normas generales del derecho penal tendrían el mismo efecto. Esas leyes reconocen de hecho que el consentimiento de la parte perjudicada puede invalidar la responsabilidad penal, pero solo con relación a determinadas categorías de delitos menos graves. Habida cuenta de la gravedad y la condición de la que goza la prohibición en el derecho internacional, el consentimiento de una persona a la trata es irrelevante debido al valor social que se otorga a la protección de estos valores.

Los profesionales que trabajan con las víctimas indicaron que el consentimiento no es totalmente irrelevante en la práctica, señalando que algunas víctimas no se identifican como tales porque piensan que han consentido la situación y que el consentimiento aparente podría ser una barrera importante para su reconocimiento formal. (Los investigadores afirmaron que las víctimas que claramente no han dado su consentimiento podrían ser más fácilmente identificadas como tales que quienes parecen haber consentido). Los profesionales que trabajan con las víctimas señalaron también que la apariencia de consentimiento puede llevar a que los casos de trata se consideren menos graves e incluso se diriman como delitos de proxenetismo. Algunos jueces sí admiten pruebas relativas al consentimiento, aunque ello no se traduce necesariamente en que este se considere a la hora de dictar sentencia o imponer la condena. Los profesionales que trabajan con las víctimas pensaban que la falta de una investigación proactiva (en parte como consecuencia de que la trata no sea juzgada en el sistema de tribunales especializados) contribuye a depender en gran medida del testimonio de la víctima y al inevitable examen de los aspectos relativos al consentimiento.

Relación con los medios: Los funcionarios de la justicia penal explicaron que, en la práctica, la prueba del uso de uno o más medios (la lista es más amplia que la que figura en el Protocolo contra la Trata de Personas e incluye, por ejemplo, el abuso de confianza, la relación de dependencia o circunstancias difíciles de otro tipo) sirve para invalidar el consentimiento sin necesidad de otras investigaciones. La probabilidad de que una víctima manifieste que ha mantenido su consentimiento es mayor cuando se han utilizado medios más “sutiles”. En relación con las condenas, cuanto más grave sea el medio empleado, mayor será probablemente la condena. Por tanto, el vínculo entre el consentimiento y la condena es incidental, al depender del medio que se utilice para invalidar el consentimiento, considerándose medios particularmente graves la fuerza y la violencia.

En el debate se afirmó que efectivamente el consentimiento tiene relevancia al examinar si se han empleado determinados medios. La fiscalía puede aportar consideraciones subjetivas y objetivas para demostrar que se ha invalidado el consentimiento; para que este sea válido debe concernir a cada uno de los elementos de la situación, incluidas las condiciones de trabajo (en contextos sexuales, por ejemplo, el número de clientes, la libertad de movimiento, el dinero percibido por los servicios). Ha habido casos en que el tribunal, por ejemplo, ha considerado que la libertad de movimiento de una persona es prueba de su predisposición; entonces corresponde al fiscal demostrar que existen otros medios que hay que tener en cuenta. En un caso mencionado, el acusado había amenazado presuntamente con informar a los padres de la víctima de que era prostituta, con el fin de que siguiera ejerciendo la prostitución, pese a que ella quería dejarlo. En primera instancia, el acusado fue condenado a tres años de reclusión, que posteriormente se redujeron a un año tras un recurso de apelación. Un fiscal entrevistado interpretó que esto se debió a que en la primera instancia el tribunal no estaba seguro de si el delito era de trata o de proxenetismo, e impuso una de las máximas condenas aplicables al proxenetismo como solución de compromiso, mientras que la reducción de la condena del tribunal de apelación implica que estimó que el caso era de proxenetismo.

Relevancia del fin de la explotación: Cuando se introdujo el debate de las formas de explotación de carácter no sexual, los profesionales subrayaron que la explotación laboral no tiene una gran prioridad en Serbia, ya que, dado el umbral para determinar su existencia, muchas personas empleadas en Serbia se encontrarían en esa situación. Los profesionales expresaron la opinión de que, en comparación con la trata con fines de explotación sexual, el consentimiento sería efectivamente relevante en esos casos, o, al menos, se requeriría una explotación más grave para convencer a los tribunales de que la situación constituye potencialmente un caso de trata. Asimismo, se señaló que en el caso de la explotación laboral sería más difícil probar los medios susceptibles de invalidar el consentimiento. Se especuló que los medios sutiles, como el abuso de una situación de vulnerabilidad o incluso el engaño, eran insuficientes para explicar el consentimiento, mientras que los medios más evidentes, como la fuerza y la violencia, podrían dar una mayor solidez al caso. En general, se indicó que, en el contexto no sexual, la “explotación” es un concepto cargado de valor que debería estudiarse de forma diferente dependiendo del contexto nacional.

En relación con el tema **de la trata con fines de explotación en actividades delictivas** se citó un caso. Si bien los hechos de este caso no están claros, parece que el tribunal confirmó la condición de la víctima como tal, pero decidió que los medios

que habían hecho posible esa condición de víctima no eran suficientes para absolverla de su responsabilidad penal. Los profesionales señalaron que esos casos presentan inevitablemente obstáculos. Por ejemplo, una víctima solo puede ser detectada realmente en el curso de una investigación penal en la que ella misma es presuntamente delincuente, momento en que será difícil cambiar el curso. Los fiscales subrayaron que no existe responsabilidad penal en relación con actos realizados bajo la influencia del poder, amenazas o fuerza en el derecho penal general, pero que no hay un umbral establecido para determinar cuándo esa influencia es lo suficientemente importante para absolver a una persona de la responsabilidad por el delito que ha cometido. Además, se consideró pertinente la gravedad del delito en cuestión, aumentando potencialmente la carga de la prueba sobre la persona de que no ha existido un verdadero consentimiento por su parte. Algunos profesionales manifestaron su preocupación por el hecho de que los delincuentes pudieran abusar del principio de coerción previsto por el derecho penal general (al no existir una disposición específica sobre la no penalización aplicable a las víctimas de trata) para eludir la responsabilidad derivada de sus acciones.

Cuestiones probatorias: Todos los profesionales señalaron que muchas víctimas no se identifican como tales. Los hombres son particularmente reacios a reconocer que han sido engañados y son víctimas de un delito grave. El hecho de que las víctimas defiendan que han dado su consentimiento a un acuerdo laboral concreto inevitablemente obstaculiza el enjuiciamiento de los explotadores, ya que puede hacer muy difícil demostrar el elemento de los “medios”. Además, puede influir en la condena.

Otras incoherencias entre la irrelevancia del consentimiento prevista por ley y su aplicación en la práctica se observan en el uso de las pruebas periciales. Los profesionales entrevistados señalaron que los psiquiatras forenses pueden desconocer el uso de medios más sutiles para invalidar el consentimiento de la víctima y confirmar la idea errónea de que la trata requiere el uso de fuerza física o la incapacidad material de la víctima para abandonar un lugar. A falta de pruebas materiales de que no ha habido consentimiento o de que claramente se ha invalidado, el testimonio de un psiquiatra de que la víctima estaba en plena posesión de sus facultades mentales cuando ha prestado su consentimiento puede tener funestas consecuencias para un enjuiciamiento.

Perspectivas de futuro: Varios profesionales manifestaron el punto de vista de que, en el proceso de enjuiciamiento, la atención debe apartarse de la víctima para centrarse en las intenciones y acciones del presunto delincuente: son las acciones y el estado de ánimo del autor lo que resulta pertinente para determinar la existencia de responsabilidad penal; las acciones y el estado de ánimo de la víctima deberían ser irrelevantes. Todos los profesionales afirmaron la importancia de la referencia explícita a la irrelevancia del consentimiento en la legislación nacional. Además de esto, algunos advirtieron de que las orientaciones generales pueden no ser útiles en los casos individuales, excepto en relación con la condena.

3.1.6 España

Resumen: El código penal español penaliza la trata en consonancia con la definición del Protocolo e incluye su disposición sobre la irrelevancia del consentimiento. Otros delitos relacionados con la trata son la esclavitud y la prostitución forzada. Los profesionales se mostraron partidarios de la referencia explícita al consentimiento en la legislación, si bien algunos pensaban que era innecesaria, dado que el principio se entendía claramente y no causaba problemas a los profesionales de la justicia penal. Sin embargo, la escasa jurisprudencia al respecto impide verificar la aplicación de la disposición relativa a la irrelevancia del consentimiento por los tribunales españoles. Las opiniones en torno a la relación entre el consentimiento y los medios y entre el consentimiento y la explotación fueron diversas. No obstante, sí que parece que el consentimiento es relevante para diferenciar entre la prostitución sin que concurra explotación y la explotación sexual en la prostitución (que puede constituir tanto trata como prostitución forzada). En el caso de la explotación laboral, el consentimiento siempre es irrelevante puesto que este tipo de explotación se equipara a la esclavitud.

Marco jurídico: España prohíbe toda forma de trata de seres humanos a través de modificaciones introducidas en su Código Penal que entraron en vigor en diciembre de 2010. La trata se define en términos generales de conformidad con la definición en tres partes del Protocolo, que incluye la disposición relativa al consentimiento: “El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados...” (En la lista de medios se incluyen todos los previstos en el Protocolo con la excepción del rapto y la “concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”). El código penal no prohíbe ni regula la prostitución, pero sí sanciona a quien “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”. Pese a la redacción de la ley, los profesionales señalan que lucrarse de la prostitución es de hecho legal en España al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. El Tribunal Supremo ha adoptado la posición de que lucrarse de la prostitución no es legalmente aceptable cuando concurren cuatro condiciones. En primer lugar, que la persona dedicada a la prostitución haya sido forzada a ello; en segundo, que quien se lucre no sea la persona prostituida y sea conecedor de la situación de coacción a la que la persona prostituida está sometida; en tercer lugar, que el lucro obtenido sea fruto de algo más que un acto aislado o episódico; y en cuarto lugar, que el lucro se recoja directamente de la persona prostituida. Cuando *no* se cumplen esos requisitos, lucrarse de la prostitución no se considerará ilegal. Para diferenciar entre la trata con fines de explotación sexual y el delito de prostitución forzada debe tenerse en cuenta que el delito de trata se considera consumado en una fase inicial, sin necesidad de que haya llegado a producirse la explotación. En los casos en que se ha producido explotación, de manera que la víctima, por ejemplo, se ha visto forzada a ejercer la prostitución o a trabajar, tanto la trata como la explotación específica podrán ser punibles.

Jurisprudencia: La jurisprudencia existente se limita a cuatro causas de la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC, las cuales conciernen a la trata con fines de explotación sexual, sin abordar específicamente el

tema del consentimiento⁹⁹. Los profesionales confirmaron que actualmente se encuentran varios casos bajo investigación, si bien indicaron que no se podía revelar información sobre ellos.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Interpretación del objeto de la disposición relativa a la irrelevancia del consentimiento: Los profesionales explicaron que en el derecho penal español no existe un principio general que aluda al consentimiento y que la cuestión es objeto de trato diferente en función del tipo de delito: la existencia de consentimiento puede suponer que un acto que de otro modo sería considerado delito no lo sea, pero también puede ser irrelevante para el delito. En general, se pensaba que las referencias específicas al consentimiento en la legislación sobre trata son superfluas debido a que el recurso a los medios hace el consentimiento irrelevante en cualquier caso. Sin embargo, se señaló la utilidad de la referencia para asegurar que no se pasen por alto los medios más sutiles. Los participantes coincidieron unánimemente en la idea de que el consentimiento siempre debería ser irrelevante. Varios criticaron la redacción del Protocolo por considerar que puede dar a entender que el consentimiento *tiene* relevancia en algunos casos: en su opinión, habría sido más útil afirmar la irrelevancia del consentimiento como resultado lógico de la propia definición.

En un informe publicado por la oficina de Defensor del Pueblo se explica la posición del derecho español aplicable al consentimiento en el contexto de la trata, del modo siguiente: “el consentimiento dado por la víctima resulta irrelevante cuando se demuestre que se ha conseguido mediante medios ilícitos¹⁰⁰. En el mismo informe se explica la disposición sobre consentimiento de la Directiva de la UE de una forma que implica que el consentimiento se considerará válido salvo que se obtenga por medios ilícitos¹⁰¹. El informe también identifica, como factor que impide la protección (pero no el enjuiciamiento), “la suposición errónea de que las víctimas de trata pueden haber consentido su explotación, sobre todo cuando están involucradas en trabajo sexual y otras actividades que enfrentan la desaprobación general de la sociedad”¹⁰². De estos ejemplos parece derivarse que aquellas situaciones en las que las mujeres trabajan como prostitutas en virtud de acuerdos aparentemente consensuados sin pruebas del empleo de medios ilícitos y sin aparente “explotación” podrían, pese a ello, ser enjuiciadas como casos de trata, así como por lucrarse de la prostitución.

Relación con los medios: Los profesionales explicaron que los medios son un elemento esencial para entender la trata y comprender cómo el consentimiento se considera irrelevante en todo el proceso de la trata. La prueba de la existencia de medios más manifiestos (por ejemplo, el uso de la fuerza o la violencia) por lo general sería suficiente para invalidar cualquier consideración acerca del consentimiento. Sin embargo, en relación con el abuso de una situación

⁹⁹ No obstante, cabe señalar que el consentimiento se planteó en una causa abierta en torno a un grupo de inmigrantes irregulares que había viajado a España para trabajar en la prostitución. Se impusieron condenas por el delito (suprimido posteriormente) de tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual. *José y Florencia*, Sentencia nº 196/2011 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 23 de marzo de 2011.

¹⁰⁰ *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles* (Defensor del Pueblo, 2012); Resumen, pág. 1.

¹⁰¹ “Con relación a la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio, la Directiva señala que deberá evaluarse en cada caso, con la excepción de los casos de menores en los que el posible consentimiento no debe considerarse válido”. *Ibid.*, pág. 55.

¹⁰² *La trata en España: Víctimas invisibles* (Defensor del Pueblo, 2012), pág. 140.

de vulnerabilidad resulta más difícil demostrar que los medios se han utilizado de forma que invaliden el consentimiento, es decir, que una persona no ha tenido otra alternativa real o aceptable más que someterse. Por tanto, en esos casos, es importante que exista una declaración explícita acerca de la irrelevancia del consentimiento, particularmente si se tiene en cuenta el escaso conocimiento de las formas en que puede abusarse de la vulnerabilidad de las víctimas para asegurar su consentimiento aparente.

Los profesionales señalaron que los medios son particularmente importantes para diferenciar entre el delito de lucrarse de la prostitución y el delito de trata con fines de explotación sexual. Sin embargo, no está claro cómo funciona esta distinción en la práctica, particularmente cuando el consentimiento se considera explícitamente irrelevante en relación con ambos delitos.

Relación con la explotación: En los debates sobre la explotación, los profesionales señalaron que el tipo de explotación influye de forma determinante en la irrelevancia del consentimiento. Se ofreció el ejemplo de las mujeres que migran a España para ejercer la prostitución. Una persona puede prestar su consentimiento a trabajar como prostituta, pero no puede prestarlo a determinadas condiciones de explotación. En relación con la explotación laboral, la situación es ligeramente diferente. La legislación española equipara la explotación laboral a la esclavitud, a la que no puede prestarse consentimiento, por lo que cualquier consentimiento resulta irrelevante *ipso facto*. Las reformas legislativas propuestas tratan de abordar esta distinción para que el consentimiento se considere irrelevante tanto en contextos laborales como sexuales. Aunque la esclavitud no se encuentra definida en el Código Penal, su artículo 312.2 castiga a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. El Tribunal Supremo español considera que este artículo protege los derechos de los trabajadores, incluidos quienes reciben una remuneración a cambio de prestar servicios. Los profesionales informaron de que en varias sentencias se ha establecido que los delitos contra los derechos laborales deben tenerse en cuenta en los casos relacionados con la prostitución, aunque esta no se encuentre regulada como forma de trabajo. Lo que se pretende al incluir situaciones en que las personas trabajan en actividades que no son regulares junto a las que lo hacen en trabajos regulares es garantizar que la protección alcance a las personas que se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad.

Los delitos en razón de la condición y la explotación en actividades delictivas: La ley incluye una cláusula general de no penalización que exige la existencia de un vínculo directo entre los medios y el delito, además de una “adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”. La Fiscalía General del Estado ha afirmado que la disposición podría aplicarse más allá de los delitos en razón de la condición (por ejemplo, la entrada ilícita en el país o el trabajo ilícito) a casos en que la víctima ha sido explotada para cometer ciertos delitos (como el carterismo, los hurtos en comercios o el tráfico de estupefacientes) y en los que la víctima contribuye a la victimización de otras personas a petición de los responsables de la trata (por ejemplo, participando en la captación). El tema del consentimiento de la víctima no se ha planteado o debatido en la jurisprudencia. Los profesionales afirmaron que el principio de la no penalización podría aplicarse aun en los casos que

podrían no considerarse trata (como el traslado de personas para someterlas a un empleo explotador con fines de cultivo de drogas).

Consideraciones procesales y en materia de prueba: Los profesionales subrayaron que el testimonio de la víctima aseverando que ha consentido la explotación no supone ningún obstáculo jurídico o práctico para obtener una declaración de culpabilidad. El testimonio de la víctima se puede contextualizar aportando otras pruebas (por ejemplo, la confirmación mediante el uso de técnicas especiales de investigación), y a través del testimonio de peritos de la policía especializada y de trabajadores y psicólogos de organizaciones no gubernamentales. Además, el consentimiento se considera irrelevante para la imposición de la pena, si bien se señaló que el uso de determinados medios podría considerarse una circunstancia agravante.

3.1.7 Tailandia

Resumen: La ley tailandesa sobre trata sigue en general la definición del Protocolo, aunque la referencia a la irrelevancia del consentimiento no se vincula al elemento de los medios sino al del “fin” a través de la definición de explotación. No se aportó jurisprudencia. Los profesionales manifestaron tener una idea matizada de cómo se manipula el consentimiento en los casos de trata y mostraron su acuerdo con que la referencia explícita a su irrelevancia supone una orientación importante para los investigadores, los fiscales y los tribunales.

Marco jurídico: La ley tailandesa sobre trata se aprobó en 2008, y modificaba la legislación anterior en la materia. El artículo 6 1) de la Ley contra la Trata de Personas adopta la definición de tres elementos que figura en el Protocolo, incluidos todos los medios enumerados excepto el abuso de una situación de vulnerabilidad, y amplía algo las formas de explotación para las que una persona puede ser objeto de trata (para incluir, por ejemplo, la producción o distribución de material pornográfico o la incitación a la mendicidad). La ley no declara que el consentimiento de las víctimas sea irrelevante cuando se recurra a cualquiera de los medios enumerados. Antes bien, la referencia al consentimiento se vincula al elemento de la explotación. La definición de explotación ofrece una lista de fines de explotación y concluye con la frase “*independientemente del consentimiento de dicha persona*”.

Jurisprudencia: Si bien los profesionales entrevistados para el estudio citaron diversos casos, no se aportaron sentencias o documentos afines. No obstante, se habían analizado 12 causas de trata, adaptándose al formato de la UNODC, y se habían publicado en la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Interpretación del funcionamiento del “consentimiento” en la práctica: Los profesionales entrevistados para el estudio confirmaron que muchas víctimas de la trata en Tailandia se encuentran en situaciones en las que son inducidas a tolerar el trato cruel de los responsables de la trata, como la amenaza, el uso de la fuerza física o el fraude. Muchas víctimas “consienten” de hecho la explotación en el sentido de que aceptan realizar un trabajo que bien es intrínsecamente explotador (como la prostitución o el empleo de muy baja remuneración) o adquiere carácter explotador

muy rápidamente (como el trabajo en la industria pesquera). Con frecuencia, el consentimiento inicial se refiere a la naturaleza del trabajo, pero las víctimas son engañadas con respecto a las condiciones, de manera que el consentimiento deja de tener validez. Un ejemplo ilustrativo es el de una víctima que acepta ejercer la prostitución en un burdel disfrazado de bar de karaoke con la condición de que podrá elegir a sus propios “clientes”, pero el acuerdo se incumple y la víctima es obligada a recibir muchos “clientes” al día contra su voluntad. En este caso, el consentimiento inicial no constituiría un impedimento al enjuiciamiento.

Trato judicial de la defensa basada en el consentimiento: En varios casos presentados ante los tribunales, los intentos de plantear la cuestión del consentimiento aparente de la víctima como defensa han sido infructuosos y los autores han sido condenados. Los profesionales utilizaron estos ejemplos para afirmar que, en la práctica, así como por ley, el consentimiento de las víctimas a determinada parte del acto de la trata no impide el procesamiento: que los responsables de la trata serán acusados y juzgados aunque las víctimas presten su consentimiento, siempre que los medios empleados hayan conducido a la explotación de las víctimas. No está claro si el principio funcionaría de la misma forma en casos de explotación intencional, si bien los profesionales señalaron que los casos de trata normalmente no salen a la luz hasta que se ha producido la explotación. Los profesionales resaltaron la importancia decisiva de centrarse en los hechos de la explotación y no en el consentimiento de la víctima.

Enfoque de los profesionales: En los debates generales en torno al papel del consentimiento, los profesionales señalaron que el “consentimiento” aparente es inevitablemente fruto de la desesperación de las víctimas y de su vulnerabilidad. En el contexto de la explotación nunca es auténtico, por lo que no debería permitirse que forme parte del análisis de la responsabilidad penal de los autores. En ese sentido, es esencial reconocer la desigualdad en el poder de negociación que existe inevitablemente entre los responsables de la trata y las víctimas.

Perspectivas de futuro: Los entrevistados expresaron en general su apoyo a la declaración explícita del Protocolo acerca de la irrelevancia del consentimiento y a la adopción de este principio por Tailandia. En su opinión, esto tiene el efecto de evitar que los delincuentes recurran al consentimiento aparente como excusa para eludir la justicia. Los profesionales no veían gran diferencia entre el enfoque de Tailandia de vincular el consentimiento al fin de explotación y el del Protocolo, que vincula el consentimiento a los medios. Los profesionales subrayaron la importancia de centrarse en la conducta del autor y no en la de la víctima.

3.2 Estados que no hacen referencia explícita al consentimiento en su definición de trata

Cinco de los 12 Estados encuestados (Belarús, los Estados Unidos de América, Israel, Noruega y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) no hacen referencia al consentimiento en la definición de trata prevista en su legislación. Tres de esos Estados se estudian a continuación, y los otros dos, que cuentan con jurisprudencia específica en materia de consentimiento, se analizan en la subsección siguiente.

3.2.1 *Belarús*

Resumen: La definición de trata en Belarús requiere solamente la presencia de los dos elementos del “acto” y el “fin”¹⁰³, y los “medios” se consideran circunstancias agravantes. Sin embargo, en una nota en que se explica el término “explotación” parece indicarse que se necesitaría la concurrencia de medios para demostrar la existencia de “una situación en la que la persona no puede expresar rechazo”. La ley no contiene ninguna referencia explícita al consentimiento. La escasa jurisprudencia que existe parece indicar que el consentimiento aparente no impide el enjuiciamiento, al menos en los casos de presunta explotación sexual. Los profesionales señalaron que el consentimiento de la víctima puede tenerse en cuenta para determinar si una situación concreta constituye efectivamente trata, o si bien cabe una acusación diferente. Asimismo, afirmaron que los “medios” se tienen ciertamente en cuenta y que cuando solamente concurren medios sutiles puede resultar más difícil el enjuiciamiento.

Marco jurídico: El marco jurídico de la trata en Belarús comprende una disposición del código penal de 2001, una modificación legislativa de 2005 y varios decretos presidenciales. La definición de trata que recoge el código penal contiene solamente dos elementos: un acto que “se comete con fines de explotación”. La explotación no se define, pero en una nota que acompaña al código se explica como coacción ilegal de una persona para que trabaje o preste determinados servicios en una situación en la que la persona no puede expresar rechazo. La definición no contiene un elemento de “medios”, aunque la comisión del delito empleando determinados medios (que corresponden en general a los previstos en el Protocolo) entraña una pena más severa. Determinadas formas de explotación (como la explotación sexual o la extracción de órganos o tejidos) también se identifican como formas agravadas que acarrear penas relativamente más severas. La ley no contiene ninguna referencia explícita al consentimiento.

Jurisprudencia: Se examinaron varias causas extraídas de la Base de Datos de Jurisprudencia sobre la Trata de Personas de la UNODC. Si bien ninguna atañe directamente al consentimiento, sí que ofrecen alguna indicación de que el consentimiento a la prostitución no impide el enjuiciamiento por trata con fines de explotación sexual. Los fiscales también citaron diversos casos en que se llegó a una sentencia condenatoria pese al aparente consentimiento de la víctima, porque se pudo demostrar que el responsable de la trata había invalidado el consentimiento, despojándolo de sentido. No se ofrecieron más detalles de esos casos.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Interpretación de los profesionales: Aunque la legislación bielorrusa no se pronuncia sobre el consentimiento, los profesionales entrevistados afirmaron que los jueces y fiscales comprenden y aplican el principio de irrelevancia previsto en el Protocolo. Por consiguiente, la inexistencia de una disposición específica sobre consentimiento no se veía como una carencia.

Relevancia práctica actual del consentimiento: Pese a defender con firmeza la irrelevancia del consentimiento, los profesionales señalaron que el consentimiento de

¹⁰³ En Belarús, los “actos” incluyen, además de los enumerados en el Protocolo, “la compra o venta de una persona u otra transacción cometida contra una persona”. Aunque aparece un fin de explotación, no se enumeran ejemplos.

la víctima puede tenerse en cuenta para determinar si una situación concreta constituye efectivamente trata o si bien cabe una acusación diferente. Por ejemplo, en relación con la explotación sexual, el consentimiento de la víctima puede llevar a la acusación de “participación en actividades de prostitución”, en lugar de trata.

Relación con los medios y los actos: Como se ha indicado anteriormente, los “medios” no son elementos necesarios del delito, sino que se consideran circunstancias agravantes que elevan las penas. Los profesionales afirmaron que el consentimiento es en efecto irrelevante cuando se ha recurrido a cualquiera de los medios. Sin embargo, explicaron que pueden plantearse consideraciones relativas al consentimiento en situaciones en que se han utilizado medios sutiles. Además, la condena puede variar en función del tipo y alcance de los medios empleados en la comisión del delito de trata. En ese sentido, los profesionales subrayaron que el derecho penal se centra correctamente en las acciones del delincuente, en lugar del estado de ánimo de la víctima u otros factores. Siendo ese el caso, cuando el “acto” delictivo consiste en la compra y venta de una persona, no cabe duda de que se da una situación de trata. Sin embargo, cuando ese no es el caso, pueden entrar en juego otros factores y el consentimiento puede desempeñar, de hecho, un papel secundario.

Relación con la explotación: Los profesionales afirmaron que su interpretación de la explotación corresponde a lo que señala la nota que acompaña a la legislación: la imposibilidad de rechazar la situación. Por tanto, la trata queda acreditada cuando un acto se comete con fines de explotación cuyo resultado es impedir que la víctima exprese su rechazo. Se mencionó que no hay ninguna diferencia a la hora de considerar el consentimiento en los casos de trata con fines de explotación laboral y en los casos con fines de explotación sexual. Sin embargo, los profesionales manifestaron que, en muchos casos de explotación laboral, las personas afectadas “acceden voluntariamente” a la situación, dificultando el enjuiciamiento. Se señaló que la línea que separa la explotación laboral del mero incumplimiento de las normas civiles en materia laboral en ocasiones puede desdibujarse. Los actos de “comprar” y “vender” pueden ser particularmente importantes para determinar que un caso concreto es efectivamente un caso de trata con fines de explotación laboral. En resumen, en el debate sobre este punto se identificó una dificultad relativamente mayor para prescindir del consentimiento en los casos de trata con fines de explotación laboral y se indicó que sería necesario un nivel relativamente mayor de explotación, o medios más agresivos, para demostrar que el consentimiento había quedado invalidado en esos casos.

Consideraciones procesales y en materia de prueba: Los profesionales reafirmaron su posición de que no se puede interpretar que el consentimiento inicial u otorgado en algún momento equivalga a consentir el hecho de la explotación. Se señaló que la legislación permite la aportación de diversas pruebas para demostrar que el consentimiento de la víctima no se ha otorgado realmente o que ha sido invalidado y que la persona acusada ha tenido algo que ver con ello o lo sabía. Cuando los testigos aseguran la existencia de consentimiento o cambian en el curso del proceso para afirmar su consentimiento (debido, según los profesionales, a las amenazas de los responsables de la trata), puede suceder que el tribunal modifique la acusación de trata a la de explotación de la prostitución, si se trata de un caso de explotación sexual.

Uno de los profesionales señaló que el consentimiento no debería tenerse en cuenta en el proceso de identificación, dado que muchas víctimas rehúsan identificarse como tales por motivos que se explican por su situación.

3.2.2 Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Resumen: El derecho británico aplicable a la trata es complejo y se encuentra recogido en diversos textos legislativos. Los delitos relacionados con la trata reflejan en términos generales la estructura de tres elementos del Protocolo, aunque no hacen referencia al consentimiento, excepto en relación con las personas jóvenes y las personas vulnerables. La jurisprudencia existente parece indicar que el consentimiento puede ser desestimado cuando se prueba la concurrencia de medios, pero esto se realiza normalmente a través del estudio de las circunstancias generales del caso. Las directrices oficiales del Ministerio del Interior apoyan este planteamiento. En una serie de casos recientes se ha abordado la cuestión más específica del papel que desempeña el consentimiento en situaciones en que personas objeto de trata son captadas para la realización de actividades delictivas. En general, los profesionales mostraron su apoyo al principio de la irrelevancia del consentimiento cuando se emplean medios, tanto en los casos de trata como en los de explotación delictiva a través de la trata en los que se plantea la culpabilidad de la víctima. Señalaron que, pese a todo, el consentimiento mantiene su relevancia a lo largo de todo el proceso de la justicia penal, desde las decisiones sobre los casos que deben recibir prioridad hasta las opiniones de los jurados sobre la credibilidad y “valía” de las víctimas que prestan testimonio.

Marco jurídico: La legislación del Reino Unido en materia de trata se encuentra actualmente en proceso de revisión a raíz de un proyecto de ley contra la esclavitud que está bajo trámite en el Parlamento. El marco legislativo vigente es complejo y no contiene una definición específica de “trata”¹⁰⁴. La trata y delitos conexos se abordan a través de diversas leyes, entre las que cabe destacar la ley de delitos sexuales de 2003 (*Sexual Offence Act 2003*), que se emplea para perseguir la trata hacia, desde y dentro del Reino Unido u otro país con fines de explotación sexual (modificada por la *2012 Protection of Freedoms Act* (ley de protección de las libertades de 2012)), y la *Asylum and Immigration Act 2004* (ley de asilo e inmigración de 2004; modificada en virtud de la misma ley de 2012), que penaliza la trata con cualquier fin de explotación¹⁰⁵. También son importantes la *Coroners and Justice Act 2009* (ley de forenses y justicia de 2009; artículo 71, esclavitud, servidumbre y trabajo forzado u obligatorio)¹⁰⁶; la *National Immigration and Asylum Act 2002* (ley de nacionalidad,

¹⁰⁴ Sin embargo, el delito es descrito por la Fiscalía de la Corona en términos muy similares a los de la definición del Protocolo contra la Trata de Personas, de la manera siguiente: “La trata supone el transporte de personas en el Reino Unido con el fin de explotarlas mediante el uso de la fuerza, la violencia, el engaño, la intimidación o la coacción. Puede darse en forma de explotación sexual de carácter comercial y de servidumbre por deudas. Las personas objeto de trata tienen pocas posibilidades para decidir lo que les sucede y normalmente sufren abuso debido a las amenazas y el uso de violencia contra ellas o su familia”. *Crown Prosecution Service*, www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/human_trafficking_and_smuggling/#a19.

¹⁰⁵ Obsérvese que la ley de protección de las libertades de 2012 modifica la legislación sobre trata para aportar coherencia a la redacción de la ley de delitos sexuales de 2003 y la *Asylum and Immigration (Treatment and Claimants) Act 2004* y para ampliar la jurisdicción en ambos casos.

¹⁰⁶ En el informe *2011 US Trafficking in Persons Report* se señala que el artículo 71 de la ley de jueces y forenses de 2009 todavía no se ha empleado en el procesamiento de delitos de trata. *United States of America, Department of State, Trafficking in Persons Report: Junio de 2011 (2010)*, pág. 370.

extranjería y asilo de 2002); y la *Gangmasters Licensing Act 2004* (ley de autorización de suministradores de mano de obra para la agricultura de 2004), así como la legislación escocesa que penaliza la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio.

La explotación se define en referencia a la esclavitud y el trabajo forzado, así como al trasplante de órganos. El concepto de explotación también engloba de manera importante lo siguiente:

- someter a una persona a fuerza, amenazas o engaño con el fin de inducirla a i) prestar servicios de cualquier tipo; ii) proporcionar a otra persona beneficios de cualquier tipo; o iii) permitir a otra persona obtener beneficios de cualquier tipo¹⁰⁷, o
- solicitar o inducir a una persona a que realice cualquier actividad, cuando haya sido elegida para ser objeto de dicha solicitud o inducción en razón de que i) tiene una enfermedad o discapacidad mental o física, es joven o tiene un vínculo familiar con una persona; y ii) una persona sin la enfermedad, la discapacidad, la juventud o el vínculo familiar probablemente rechazaría la solicitud o resistiría a la inducción¹⁰⁸.

Estas disposiciones tienen el efecto de introducir un elemento de medios en el concepto de explotación y, por tanto, de la trata (fuerza, amenazas, engaño, abuso de vulnerabilidad por motivo de la edad, enfermedad o discapacidad mental o física, o vínculo familiar). Además, parecen ampliar el concepto de “explotación” para incluir “servicios o beneficios de cualquier tipo” y “cualquier actividad”, siempre que tenga relación con uno de los medios señalados anteriormente.

Los artículos 57, 58 y 59 de la ley de delitos sexuales de 2003, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004, fueron abolidos y modificados por la ley de protección de las libertades de 2012, en cuyo artículo 59A se tipifica la trata hacia, desde o dentro del Reino Unido u otro país con fines de explotación sexual. Los correspondientes delitos se definen en la primera parte de la ley de delitos sexuales de 2003 y en el artículo 1 1) a) de la ley de protección a la infancia de 1978 (*Protection of Children Act 1978*) y engloban un conjunto de delitos como la violación, la agresión sexual, los delitos sexuales contra niños o el abuso de niños a través de la prostitución o la pornografía.

La legislación no hace referencia al consentimiento. Se puso a disposición del estudio una cantidad considerable de jurisprudencia, que fue analizada por los profesionales durante las entrevistas. Buena parte de esa documentación trataba solamente la cuestión específica del papel que desempeña el consentimiento en relación con situaciones en que personas objeto de trata son captadas para actividades delictivas. En el momento de la firma del Protocolo contra la Trata de Personas, el Reino Unido se reservó el derecho a realizar una declaración interpretativa en relación con el artículo 3 b) relativo al consentimiento. Dicho derecho no se ha ejercido aún.

¹⁰⁷ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants) Act 2004*, artículo 4 4)c.

¹⁰⁸ *Ibid.*, artículo 4 4) d.

Jurisprudencia: Los aspectos más destacados de la jurisprudencia disponible pueden resumirse del modo siguiente:

- La vuelta aparentemente consensuada de un trabajador a una situación de explotación “no constituye una prueba de que las condiciones a las que estuviera sometido el trabajador fueran aceptables sino que, en las circunstancias del presente caso, es prueba de la explotación por parte de los infractores de circunstancias personales de las que sabían que podían aprovecharse”¹⁰⁹.
- El hecho de que las víctimas opten por permanecer en una situación de explotación o, tras marcharse, opten por regresar, podría ser un factor atenuante de la condena¹¹⁰.
- El consentimiento aparente para ejercer la prostitución, junto con las pruebas de que la persona en cuestión ha recibido remuneración, podría impedir el enjuiciamiento por trata¹¹¹.
- Ciertamente, es posible que un adulto o un niño presten su consentimiento a una situación de explotación que no alcance un umbral determinado (por ejemplo, el trabajo forzado)¹¹².
- Se plantean cuestiones en torno al consentimiento en relación con el enjuiciamiento de víctimas de trata por participar en actividades delictivas. Los tribunales han reconocido en ocasiones (pero no de manera uniforme) que el consentimiento aparente dejará de ser relevante en razón de los medios que han hecho posible la trata (fuerza, fraude, coacción, abuso de vulnerabilidad)¹¹³.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Interpretación de los profesionales: Los profesionales destacaron unánimemente la importancia de la irrelevancia del consentimiento, señalando que, si bien no queda recogida explícitamente en la legislación del Reino Unido (excepto en relación con las personas jóvenes y las personas vulnerables), queda no obstante clara a través de las orientaciones del ministerio del interior británico a su mecanismo nacional de derivación sobre cómo demostrar si una persona es víctima de trata. Determinadas decisiones judiciales también han sido útiles en este sentido, por ejemplo, al describir el regreso a una situación de explotación como prueba de vulnerabilidad, en lugar de plantear cuestiones relativas al consentimiento.

Relevancia práctica del consentimiento: Pese a la existencia de cierto apoyo jurisdiccional, sigue habiendo discrepancias entre la “teoría” de la irrelevancia del consentimiento y la situación en la práctica. Los profesionales señalaron que, en la mayoría de los casos, se encuentra presente algún elemento de “consentimiento” y que, en principio, esto no debería suponer un obstáculo al enjuiciamiento. Sin embargo, hay casos en que existe un claro consentimiento que pueden no prosperar por razones relativas a la práctica de la prueba o por la idea que el jurado

¹⁰⁹ *R v Khan, Khan and Khan* [2010] EWCA Crim 2880, párr. 18.

¹¹⁰ *R v Connors* [2013] EWCA Crim 324 (14 de febrero de 2013).

¹¹¹ Véase, por ejemplo, *R v Besmir Ramaj and Hasan Atesogullari* [2006] EWCA Crim 448; *R v Makai (Atilla)* [2008] 1 Cr.App.R.(S.) 73.

¹¹² *R v N* y *R v LE* [2012] EWCA Crim 189 (20 de febrero de 2012), pendiente actualmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citado como *A.N. c. el Reino Unido*, Solicitud núm. 74603/12.

¹¹³ Véase, por ejemplo, una serie de causas en las que se examinó la responsabilidad penal de menores y jóvenes adultos vietnamitas participantes en la producción de cannabis que manifestaron o confirmaron ser víctimas de trata, *R v L* [2013] EWCA Crim 991 (21/06/2013); *R v N* and *R v LE* [2012] EWCA Crim 189 (20 de febrero de 2012); *R v HTB* [2012] EWCA Crim 211 (24 de enero de 2012); y *Vinh van Dao, Hoang Mai and Muoi Thi Nguyen v R* [2012] EWCA Crim 1717 (31 de julio de 2012).

se ha formado de las víctimas como “de poco mérito”, y no se llevan a los tribunales por este motivo. El consentimiento también puede tener un papel a la hora de determinar qué casos se priorizan para formular cargos. Todos los profesionales pudieron señalar casos en que el consentimiento había sido objeto de análisis. En algunos casos, ello se debía a la falta de conocimiento de la ley; en otros, los debates generados en torno al consentimiento reflejaban una preocupación real sobre la responsabilidad penal del acusado. En particular, se señaló que los jurados consideran el consentimiento aparente de la víctima relevante para sus deliberaciones. También es probable que sea un factor importante en los interrogatorios de las víctimas por parte de los representantes de los acusados.

Asimismo, se señaló que el consentimiento también puede ser una cuestión pertinente en el proceso de identificación: que hay personas que aceptan ir al Reino Unido a trabajar y no están siendo identificadas como víctimas, pese a las pruebas de la existencia de engaño, coacción y abuso¹¹⁴.

Relación entre el consentimiento y los medios: El vínculo entre el consentimiento y los medios se ve complicado por la estructura de la legislación. Sin embargo, en general hubo acuerdo en que el hecho de poder demostrar el empleo de medios concretos, como la coacción o el abuso, permite mostrar más fácilmente cómo se ha invalidado el consentimiento. También se coincidió en que los “medios” son especialmente importantes para permitir a los jueces explicar a los jurados que una persona se vio reducida a la explotación y que el consentimiento aparente puede no ser auténtico, particularmente en casos en que concurren “medios” menos extremos, como el abuso de una situación de vulnerabilidad.

Relevancia del fin (la explotación): Se consideró que el tipo de explotación es relevante con relación a las consideraciones en torno al consentimiento: la prueba de consentimiento aparente puede considerarse más fácilmente en los casos de trata con fines de explotación laboral que en los relacionados con la explotación sexual. La gravedad con que se percibe la explotación también es un factor que hay que tener en cuenta: los casos de trata con fines laborales que no suponen una explotación muy grave, especialmente en los que existe algún indicio de cierto “consentimiento”, son más difíciles de presentar ante un jurado. También está la cuestión del umbral del delito del trabajo forzado. Muchas víctimas de esos casos no se consideran explotadas y, de hecho, su situación puede haber mejorado. En ocasiones, las autoridades se ven presionadas para enjuiciar ciertos casos como trata, aunque puedan ser abordados más adecuadamente con arreglo al derecho laboral o de otro tipo: el consentimiento puede ser relevante para distinguir entre situaciones de malas condiciones de empleo en el mercado libre (donde existe consentimiento) y situaciones en que la persona es víctima de explotación laboral (donde no existe consentimiento o este se encuentra invalidado o menoscabado). De forma semejante, el consentimiento puede ser relevante para distinguir entre el matrimonio forzado (donde no se presta consentimiento, o se emplea el medio de la “fuerza” para obtenerlo) y el “matrimonio concertado” (donde las personas en cuestión parecen haber prestado efectivamente su consentimiento en ausencia de fuerza).

¹¹⁴ “Report Concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the United Kingdom, First Evaluation Round”. Estrasburgo, 12 de septiembre de 2012, GRETA(2012)6, pág. 52 [223]. Puede consultarse en: www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2012_6_FGR_GBR_en.pdf.

La explotación en actividades delictivas y la no penalización: Los límites del principio de la irrelevancia del consentimiento se hacen evidentes en relación con una serie de casos en los que se ha examinado si las víctimas de trata debían ser enjuiciadas o penalizadas por su participación (aparentemente consensuada)¹¹⁵ en actividades delictivas. La cuestión fundamental en los casos recientes parece estar en dilucidar si los hechos muestran que la víctima “se encontraba sometida a un grado de coacción, lo que significa que, en realidad, la culpabilidad queda anulada” y si el acto delictivo era “parte integrante o consecuencia de la explotación” de la que era víctima¹¹⁶.

Consideraciones procesales y en materia de prueba: Se mencionaron los aspectos siguientes (no todos coherentes entre sí):

- Existe la presunción de que una persona en circunstancias de explotación no puede haber prestado su consentimiento: cuando se refuta esa presunción probablemente no prosperará la acusación.
- Aunque el consentimiento sea relevante, debe demostrarse que lo es, normalmente por remisión a medios como la coacción o la servidumbre por deudas, pero quizá también por remisión a la naturaleza y el tipo de explotación.
- Aunque la existencia de indicios de consentimiento en el testimonio de la víctima no debería plantear dificultades, sí pueden surgir problemas en los juicios con jurado. Puede resultar útil intentar evitar por completo la cuestión del consentimiento y centrarse en los medios que hacen posible la explotación.
- Aunque está generalmente aceptado que el consentimiento es irrelevante en los casos de trata, en la práctica con frecuencia es un problema que debe abordarse sin ambages, presentando la imagen más completa de las circunstancias de la víctima a fin de que se entienda la situación que ha llevado al consentimiento aparente.
- Los “medios” sutiles plantean dificultades particulares al principio de la irrelevancia del consentimiento, pero habida cuenta de la tendencia en virtud de la cual se han convertido en “el modelo de negocio de los que se dedican a la trata”, los fiscales no deben abstenerse de iniciar procesos en los que concurren esos “medios”.
- El enfoque adoptado en materia de consentimiento en relación con otros delitos puede servir de orientación. Por ejemplo, el delito de “controlar la prostitución con fines de lucro” no requiere que se considere el consentimiento.
- El consentimiento tiene relevancia para probar la concurrencia de los medios necesarios para invalidarlo: por ejemplo, las pruebas de que se ha prestado consentimiento a un determinado acto o situación hacen difícil acreditar el uso de fuerza o coacción en relación con esa situación aparentemente consensuada.
- En las directrices para la imposición de penas en los casos de trata con fines de explotación sexual se otorga gran importancia al grado de coacción al que ha estado sometida la persona. La relevancia del consentimiento a la hora de imponer penas también ha sido confirmada por la jurisprudencia; en el caso de una condena por trata con fines de explotación sexual esta fue ratificada, aunque

¹¹⁵ Cabe señalar que en uno de los casos examinados en *R. v. L [2013] EWCA Crim. 991 (21/06/2013)* [33], especialmente el relativo a HVN, los vecinos testificaron que el niño fue sacado del local con las manos atadas, lo que parece apuntar a una falta de voluntariedad.

¹¹⁶ *R v L and Others [2013] EWCA Crim 991 (21/06/2013)* [33]. Véase también *Victims of Human Trafficking, Competent Authority Guidance*, v. 1.0 Home Office, 24 de octubre de 2013.

se redujo la condena basándose en que, si bien las víctimas estaban siendo explotadas, no habían sido forzadas, engañadas o coaccionadas¹¹⁷.

3.2.3 *Estados Unidos de América*

Resumen: La legislación de los Estados Unidos sigue en líneas generales la estructura del Protocolo contra la Trata de Personas, pero no contiene ninguna referencia explícita al consentimiento. El examen de la legislación, la jurisprudencia pertinente y las conversaciones con los profesionales parecen confirmar que el estado de ánimo de la víctima (es decir, si piensa que ha prestado su consentimiento o ha manifestado satisfacción con el acuerdo) no es objeto de debate. Por el contrario, la atención se centra en la intención del acusado y los medios que haya empleado. Sin embargo, como se explica a continuación, el consentimiento se aborda indirectamente a través del elemento de los medios que concurren en los delitos correspondientes, que sirven para demostrar que la víctima ha sido, de hecho, “obligada a servir”. De las deliberaciones con los profesionales y otros interesados se desprende que, aunque el consentimiento se considera irrelevante con arreglo a derecho, el tema puede plantearse en el contexto de las decisiones relacionadas con la investigación y la formulación de cargos, así como durante el propio juicio. La existencia de pruebas evidentes de que la víctima ha consentido la explotación puede suponer un obstáculo para que la acusación prospere y que esos casos no se eleven ante los tribunales por esa razón, especialmente si la explotación se encuentra en el extremo menos grave de la escala.

Marco jurídico: La ley de protección de las víctimas de la trata de 2000 (*2000 Trafficking Victims Protection Act*) es el principal instrumento legislativo en materia de trata de los Estados Unidos. Aunque existen algunas diferencias entre la definición de trata prevista en la ley de protección de las víctimas de trata y la que figura en el Protocolo, la definición de la ley adopta el enfoque de tres elementos del Protocolo, es decir, se requiere una “acción” (captación, acogida, transporte, mantenimiento, entrega u obtención), a través de un “medio” (fuerza, fraude o coacción), con un “fin” específico (trabajo forzado, trata con fines de explotación sexual, servidumbre involuntaria o peonaje). En el caso de la trata de niños con fines sexuales no se requiere la acreditación de los “medios” si puede demostrarse que el responsable de la trata conocía la edad del menor o ha desestimado por negligencia las pruebas de su edad. En el caso de la trata con fines de trabajo forzado, la ley no hace mención a la edad de la víctima y es necesario demostrar el empleo de “medios” independientemente de que se trate de un menor o un adulto. La legislación no contiene ninguna referencia al consentimiento.

Jurisprudencia: Se aportó una gran cantidad de jurisprudencia al estudio, que confirmó en términos generales la afirmación de que el consentimiento de la víctima se considerará irrelevante o se rechazará como defensa en los procesos por trata cuando se demuestre la concurrencia de fuerza, fraude o coacción. En este sentido, cabe señalar que la jurisprudencia afirma una interpretación amplia de la coacción que incluye medios que en el Protocolo recaerían bajo el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad”. Las sentencias judiciales también han confirmado la irrelevancia del pasado sexual de la víctima.

¹¹⁷ En referencia a *Fernandez and Zammit* [2007] 2 Cr.App. R. (S.) 85.

Consentimiento parental / menores: “Cuando los padres renuncian explícitamente a su relación parental, al vender a una hija como esclava o abandonarla a una servidumbre involuntaria, el consentimiento paterno no podrá invocarse como defensa posteriormente por un tercero”¹¹⁸. La jurisprudencia es clara al señalar que el consentimiento es irrelevante en relación con la explotación de niños, incluida la que se realiza a través de la trata¹¹⁹.

Consentimiento y medios: En el derecho estadounidense, el elemento de los “medios” se **interpreta** en función del efecto pretendido desde la perspectiva de una persona sensata en una situación similar a la de la víctima. Por ejemplo, la definición del término “coacción” incluye “cualquier estrategia ... que tenga por objeto hacer creer a una persona que su negativa a realizar una acción resultaría en un daño grave o en la restricción física de cualquier persona...” (Código de los Estados Unidos, título 18, 1591 (2)(B)) o, como ha explicado el Departamento de Justicia: “*si la conducta de los acusados intimidaría y coaccionaría a una persona sensata en la situación de la víctima hasta el punto de hacerla creer que debe permanecer al servicio del acusado*”.

De forma semejante, el “daño grave” se define como “cualquier daño ... que sea suficientemente grave, de acuerdo con todas las circunstancias del contexto, para obligar a una persona sensata del mismo entorno y en las mismas circunstancias que la víctima a realizar la actividad a fin de evitar que se produzca ese daño”. Por tanto, el elemento de los “medios” se encuentra vinculado al consentimiento, pero de manera que, según los profesionales, se evite la trampa de vincularlos mecánicamente, centrando la atención en las acciones y la intención del responsable de la trata y no en el estado de ánimo de una víctima específica. Al mismo tiempo, este enfoque ofrece un alto grado de flexibilidad, al permitir a la partes y al tribunal tener en cuenta una variedad de factores en cada caso para poder determinar mejor si se ha producido realmente un delito de trata.

La posición adoptada por los Estados Unidos respecto del concepto de coacción también resulta pertinente para la cuestión del consentimiento, puesto que permite a los tribunales examinar una amplia variedad de factores de vulnerabilidad para comprender, por ejemplo, por qué las víctimas “se han sentido obligadas a trabajar o a servir, y por qué no han abandonado una situación de explotación”¹²⁰. Entre los factores pertinentes identificados por los tribunales figuran el entorno, la experiencia, la educación, la situación socioeconómica y las desigualdades con respecto a los acusados¹²¹, así como la edad, la condición de extranjero ilegal, el estado físico y mental y falta de contacto con cualquier persona que no sea el acusado¹²².

¹¹⁸ *United States v. King*, 840 F.2d 1276, 1283 (6th Cir.1988).

¹¹⁹ *United States v. Abad*, 350 F.3d 793, 797 (8th Cir.2003) (“Cuando las agresiones sexuales se producen contra niños..., el consentimiento no es una eximente” (citando *Guarro v. United States*, 237 F.2d 578, 581 (D.C.Cir.1956))).

¹²⁰ Véase, por ejemplo, *United States v. Djoumessi*, 538 F.3d 547, 552 (6th Cir. 2008).

¹²¹ *Kozminski*, 487 U.S. at 948 (que interpreta el Código de los Estados Unidos, título 18, art. 1584).

¹²² *United States v. Djoumessi*, 538 F.3d 547, 552 (6th Cir. 2008) (que aplica el Código de los Estados Unidos, título 18, art. 1584); *Bradley*, 390 F.3d at 152–53. También *Veerapol*, 312 F.3d 1128, 1132 (9th Cir. 2002) (en torno a la mejora de las sentencias cuando existe vulnerabilidad en virtud del Código de los Estados Unidos, título 18, art. 1584); H.R. Rep. No. 106-939, at 101 (2000) (Conf. Rep.) (“Los términos y disposiciones del artículo 1589 deben interpretarse en relación con las circunstancias individuales de las víctimas que sean relevantes para determinar si un tipo concreto o cierto grado de daño o coacción es suficiente para mantener u obtener el trabajo o los servicios de la víctima, incluidas la edad y entorno de las víctimas”).

En los casos de trata con fines de explotación sexual, los tribunales han mantenido que las pruebas de prostitución previa son irrelevantes a la hora de determinar si las víctimas han consentido trabajar como prostitutas e incluso si *han* consentido en algún momento; el acto de la trata queda demostrado por el uso (o amenaza del uso) de la fuerza, el fraude o la coacción para acoger o mantener a las víctimas con objeto de obligarlas a ejercer el sexo comercial¹²³.

Limitaciones prácticas y en materia de prueba: Como sucede en los estudios de otros países, existen desacuerdos entre los profesionales con respecto al lugar que ocupa el consentimiento a la hora de ejercer la discrecionalidad procesal y gestionar los casos ante los jurados. Algunos profesionales señalaron que el consentimiento podría resultar relevante para determinar la intención del acusado de ejercer la conducta explotadora. También hicieron hincapié en que cuando una víctima no testimonia que su libre albedrío se ha visto doblegado por las acciones del responsable de la trata, puede ser difícil, si no imposible, conseguir una condena. Por ejemplo, aunque la ley estadounidense no considera directamente el tema del consentimiento, el testimonio de la víctima acerca de su reacción ante las acciones del acusado tiene, no obstante, gran relevancia para determinar la intención del responsable de la trata de ejercer la coacción. Y, en cualquier caso, sin el testimonio sólido y persuasivo de la víctima es poco probable que el ministerio fiscal pueda persuadir con eficacia a un jurado para que adopte una decisión condenatoria. A modo de ejemplo (expuesto anecdóticamente), en un caso relativo a la explotación de varias personas para la realización de trabajo forzado en los Estados Unidos, la defensa citó a testigos para que declararan haber visto a las víctimas trabajar durante varios años, aparentemente de forma voluntaria. El ministerio fiscal respondió satisfactoriamente, interrogando a esos testigos acerca de su conocimiento de las palizas y violaciones a las que se había sometido a las víctimas, introduciendo así el uso de medios para invalidar el aparente consentimiento otorgado por las víctimas.

Uno de los profesionales que participó en la reunión del grupo de expertos manifestó que todos los casos de trata son difíciles, al menos en parte, debido a problemas relacionados con el consentimiento, pero que esto no debía disuadir a la fiscalía de formular cargos. Algunos ejemplos de puntos débiles endémicos que se mencionaron son los siguientes: las víctimas que piensan que han prestado su consentimiento a menudo no se identifican como víctimas ni cooperan con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, lo que puede suponer que el caso nunca llegue a descubrirse. Incluso si se descubre, podría considerarse que la víctima carece de credibilidad por no haber denunciado inmediatamente; el testimonio de las víctimas habitualmente es frágil o incluso está viciado; el consentimiento implícito a menudo incide negativamente en la credibilidad de la víctima; el consentimiento de las víctimas a actividades ilícitas como la entrada ilegal en el país puede entenderse como consentimiento a la trata; los estereotipos existentes entre los profesionales pueden desempeñar un papel fundamental en casos en que las víctimas alegan haber dado su consentimiento, lo que puede llevar a falsos negativos entre los funcionarios de policía encargados de la respuesta inicial e influir sobre otros policías, fiscales, jueces y jurados. Dado que la mayoría de los casos de trata entrañan esas dificultades probatorias, el profesional expresó la opinión de que, si bien en la mayoría de las causas penales los fiscales deben trabajar para poner de manifiesto los puntos débiles,

¹²³ *United States v. Cephus*, 684 F.3d 703 (7th Cir.2012).

en las causas relativas a la trata de personas deben trabajar para “sacar a la luz las pruebas que se esconden entre los puntos débiles”.

Este profesional señaló una tendencia por la que los responsables de la trata suelen optar por emplear medios sutiles porque requieren un esfuerzo menor, lo que lleva a la conclusión de que esto, por sí solo, no debe disuadir a los fiscales de presentar acusaciones.

3.3 Estados cuya legislación no hace referencia al papel del consentimiento pero sí disponen de jurisprudencia explícita

De los cinco Estados encuestados que no hacen referencia al consentimiento en su definición de trata, dos cuentan con jurisprudencia específica y pertinente sobre el consentimiento (Israel y Noruega).

3.3.1 *Israel*

Resumen: La legislación israelí penaliza la trata y diversos delitos conexos, como la esclavitud y el trabajo forzado. Ciertos delitos fundamentales no requieren el elemento de los “medios”. La ley no hace referencia explícita al consentimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo israelí ha afirmado la irrelevancia del consentimiento en relación con la trata con fines de prostitución, y los tribunales inferiores han ratificado posteriormente la irrelevancia del consentimiento en dos condenas por esclavitud. Los profesionales afirmaron la importancia de mantener la irrelevancia del consentimiento, señalando a la vez que este sigue teniendo una importante “presencia soterrada”. Explicaron que, aun cuando no se exige formalmente la concurrencia de medios, para demostrar la existencia del delito de trata normalmente debe examinarse una “constelación de circunstancias”, que a menudo pondrán de manifiesto que se ha menoscabado el consentimiento de la víctima. Los casos en que no se han empleado medios manifiestos, que atañen a víctimas que no muestran claramente vulnerabilidades y en los que se afirma o demuestra que ha habido consentimiento son más difíciles de llevar ante los tribunales.

Marco jurídico: El ordenamiento jurídico israelí en materia de trata reconoce cinco delitos distintos: la trata de personas (artículo 377A a) del Código Penal); la retención de una persona en condiciones de esclavitud (artículo 375A del Código Penal); el trabajo forzado (artículo 376 del Código Penal); el rapto con fines de trata (artículo 374A del Código Penal); y la incitación a una persona para que abandone un Estado con fines de prostitución o esclavitud (artículo 376B del Código Penal). La explotación (no definida) de poblaciones vulnerables también constituye delito (artículo 431 del Código Penal). Existen diferencias importantes entre la definición de trata expuesta en el Protocolo contra la Trata de Personas y el modo en que se definen los diversos delitos relacionados con la trata en la legislación israelí. Es particularmente significativo que mientras que el delito de “rapto con fines de trata” sigue la estructura de tres elementos del Protocolo, los delitos de “trata” y “esclavitud” requieren solamente que se demuestre la concurrencia de los elementos

del “acto” y el “fin”. Además, en los artículos sobre la trata y la esclavitud no se emplea el término “explotación”, sino que se enumeran diversos fines, como los delitos sexuales, la esclavitud y el trabajo forzado. Por último, el *actus reus* de la trata es muy diferente del que aparece en el Protocolo; es “una transacción de un ser humano”. En la legislación no se hace referencia explícita al consentimiento.

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo israelí ha dictaminado que el consentimiento de la víctima es irrelevante para demostrar el delito de trata con fines de prostitución¹²⁴. El Tribunal afirmó que la ley no exige que el ministerio fiscal demuestre la falta de consentimiento de la víctima. Asimismo, justificó su posición con relación a los “valores fundamentales”¹²⁵. En general, se supone que este fallo se aplicaría *mutatis mutandis* a otros delitos conexos a la trata. Otras fuentes jurisprudenciales (de tribunales de rango inferior) han afirmado que el consentimiento es irrelevante para el delito de retención de una persona en condiciones de esclavitud¹²⁶.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Relación con los medios: Los profesionales entrevistados calificaron de irrelevante el consentimiento con relación a los delitos cuya definición no contempla un medio (lo que incluye la trata) y de “piedra angular” de los delitos conexos a la trata que sí requieren la presencia de medios. En relación con este último grupo de delitos (el trabajo forzado y el rapto con fines de trata), lo importante de la legislación es que cualquier consentimiento aparente de la víctima se ve menoscabado por el uso de medios. No obstante, se señaló que incluso cuando no se exigen formalmente como elemento del delito (incluso en la trata), los “medios” a menudo mantendrán su importancia como trasfondo, tanto ante un tribunal como en el ejercicio de la discrecionalidad procesal, de manera que, sin medios, la condena será más difícil y la fiscalía podría dudar si presenta acusaciones. No obstante, en ese sentido cabe

¹²⁴ Criminal Appeal 10545/04 *State of Israel v. Felix Aldenko*: aborda el consentimiento en el contexto de la trata con fines de prostitución; Criminal Appeal 5863/10 *Angelique Sabag Gatier v. State of Israel*: aborda el consentimiento en el contexto de la trata con fines de prostitución; Criminal Appeal 3204/03 *State of Israel v. Yaish Ben David*: caso de ausencia de violencia o amenazas manifiestas en que el Tribunal Supremo falló una condena más elevada (8 años de reclusión) que la impuesta por el Tribunal de Distrito (5 años de reclusión) debido a que el delito de trata viola derechos fundamentales del ser humano por cuanto que niega la libertad a la persona y viola su dignidad; Criminal Case (Haifa) 290/01 *State of Israel v. Fisher*: aborda el consentimiento en el contexto de la trata con fines de prostitución; Misc. Criminal Request 291/01 *Reuben Reviei v. State of Israel*: aborda el consentimiento en el contexto de la trata con fines de prostitución en una solicitud de libertad bajo fianza; Misc. Criminal Request 7502/01 *Shlomo Shmuelov v. State of Israel*: aborda el consentimiento en el contexto de la trata con fines de prostitución en un recurso de apelación de la decisión del tribunal de distrito de detener al acusado hasta la conclusión del procedimiento penal; Misc. Criminal Request 9190/02 *Yaish Ben David v. State of Israel*: aborda el consentimiento en el contexto de la trata con fines de prostitución en un recurso de apelación de la decisión del tribunal de distrito de detener al acusado hasta la conclusión del procedimiento penal; Misc. Criminal Request 11367/03 *Vitali Morskovitz v. State of Israel*: desestimación del recurso de apelación a la retención hasta la conclusión del procedimiento penal pese a que en el presunto delito de trata con fines de prostitución no concurría violencia o coacción e incluso, según se alegó, cuando la víctimas deseaban las transacciones que se llevaron a cabo; Serious Felony 910/02 *State of Israel v. Dushkar and Borisov* (Beer-Sheva District Court).

¹²⁵ El tribunal sostuvo que dado que la trata viola los valores fundamentales de la libertad y la autonomía, el consentimiento prestado por una mujer a ser objeto de trata con fines de prostitución no podía ser aceptado por una sociedad que se basa en los derechos humanos. Véase *Gatier ibid*.

¹²⁶ Criminal Case 13646-11-10 *State of Israel v. Giuliani* (Tribunal de Distrito de Jerusalén) – aborda el consentimiento en el delito de retención de una persona bajo condiciones de esclavitud. **Obsérvese** que en este caso no se emplearon medios de control físico. Criminal Cases 6749-08-11 and 6774-08-11 *State of Israel v. D.A. and A.M.*: aborda el consentimiento en el delito de retención de una persona bajo condiciones de esclavitud. En este caso, concurrieron violencia física y humillación extremas.

señalar que los tribunales han reconocido diversas formas “más sutiles” de coacción y presión que pueden describirse como “abuso de una situación de vulnerabilidad”, lo que ha permitido ampliar el abanico de situaciones que recaerán en el ámbito de los delitos conexos a la trata.

Los delitos de trata exigen una “constelación de circunstancias”: Los profesionales se refirieron reiteradamente a lo que conciben como la “constelación de circunstancias” que deben tenerse en cuenta para determinar si se ha producido el delito: “una circunstancia no es suficiente para que se considere trata”. Por ejemplo, incluso si el nivel de remuneración ha sido adecuado, una persona cuya libertad de movimiento y comunicación se ha restringido rigurosamente y es vulnerable debido a su condición de migrante podría considerarse no obstante víctima de trata o de un delito conexo. Podría llegarse a una decisión diferente con respecto a una persona sin vulnerabilidades aparentes que ha trabajado en condiciones razonables a cambio de cierta remuneración, sin restricciones a sus movimientos o comunicaciones y con libertad para abandonar el lugar o situación.

Relación con el fin: Todos los profesionales coincidieron en que cuanto más grave es el fin, menor es la importancia de cualquier alegación de consentimiento. Se señaló a este respecto que lo importante es la *gravedad*, no el tipo de explotación, si bien uno de los profesionales afirmó que el consentimiento sería menos importante en relación con la trata con fines de explotación sexual.

Relevancia actual del consentimiento y la cuestión de los valores contrapuestos: En general, los profesionales afirmaron que si bien el consentimiento es jurídicamente irrelevante, puede funcionar ante un tribunal a nivel psicológico, de tal manera que si la víctima ha dado su consentimiento, el tribunal tendrá probablemente más dificultades para dictar una sentencia condenatoria. Las conocidas trabas probatorias en tales casos pueden hacer que se recurra en mayor medida a la negociación de los cargos y las condenas, o bien al procesamiento de los presuntos delincuentes por el delito menos grave de “explotación de una población vulnerable”.

Los profesionales expresaron la opinión de que el texto de la ley sobre trata refleja los valores subyacentes de la libertad y la autonomía. El trasfondo de la relevancia del consentimiento puede reflejar también determinados valores, como el reconocimiento del derecho a la autonomía personal. Sin embargo, esos valores deben conciliarse con otros, como la dignidad humana, que se encuentran protegidos al declararse el consentimiento verdaderamente irrelevante.

Perspectivas de futuro: Los profesionales se mostraron divididos con respecto a si la ausencia de una referencia expresa a la irrelevancia del consentimiento en la legislación podía resultar problemática. Señalaron que, dado que el consentimiento se mantiene comprensiblemente en el trasfondo de la respuesta de la justicia penal a la trata, para eliminarlo de la ecuación sería importante ofrecer formación que permita tomar conciencia de cómo se manipula a las víctimas. Un punto fundamental de la interpretación de los profesionales del lugar que ocupa el consentimiento es el discurso relativo a los valores fundamentales de la sociedad; habida cuenta de que la trata viola los valores fundamentales de la libertad y la autonomía, el consentimiento a esta debería ser irrelevante.

3.3.2 Noruega

Resumen: El ordenamiento jurídico de Noruega en materia de trata no hace referencia al consentimiento. Sin embargo, los tribunales y legisladores han afirmado explícitamente la irrelevancia del consentimiento en relación con la trata. Los organismos nacionales de justicia penal han confirmado también que el consentimiento “carece de sentido” en relación con los niños o cuando se ha recurrido a medios como la coacción, el fraude y el abuso de la vulnerabilidad¹²⁷. Sin embargo, los profesionales indicaron que existen dificultades para dejar de lado el consentimiento en la práctica.

Marco jurídico: Noruega prohíbe toda forma de trata a través del artículo 224 de su Código Penal. Este artículo contiene los tres elementos de la definición jurídica internacional de trata, si bien separados en dos párrafos. En el primer párrafo se identifica como “trata de seres humanos” un delito en dos partes en el que concurren medios y fines, pero no los actos de captación o acogida, por ejemplo. En el segundo párrafo se penalizan las acciones de quienes “organicen” o “instiguen y asistan” la conducta de la trata de seres humanos. El requisito de los medios no se exige en relación con los menores de edad. Los delitos en que concurre violencia o coacción grave y los que se cometen contra menores se consideran formas agravadas. La legislación no hace referencia al consentimiento. Cabe señalar que el proxenetismo y la compra de servicios sexuales son ilegales en Noruega y que esas disposiciones también pueden utilizarse para enjuiciar casos de trata.

Jurisprudencia: En 2006, el Tribunal Supremo ratificó una sentencia de un tribunal inferior en un caso de trata con fines de explotación sexual, manifestando que cualquier consentimiento prestado a la prostitución será irrelevante si existen pruebas de que dicho consentimiento se ha obtenido por los medios previstos en la correspondiente disposición del Código Penal. El Tribunal justificó esta conclusión fundamentándose en la labor preparatoria del Código Penal y en el artículo 4 b) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Asimismo, se remitió al Protocolo contra la Trata de Personas, haciendo constar la declaración relativa a la irrelevancia del consentimiento recogida en ese instrumento¹²⁸. El razonamiento del Tribunal se explica en el extracto siguiente:

En la causa que hemos conocido se menciona la expresión prostitución voluntaria; sin embargo, la ley no maneja esa expresión. En el lenguaje cotidiano, puede emplearse cuando no existen violencia, amenazas o situaciones similares, pero en el sentido jurídico es erróneo utilizar la expresión si existe un abuso de una situación de vulnerabilidad o una conducta inadecuada. El legislador ha decidido que una mujer no puede estar en una situación voluntaria si alguien la explota recurriendo a esos medios. El factor importante en la situación de abuso de la vulnerabilidad es que una persona explota una situación, y una mujer no tiene en ese caso otra opción aceptable más que prestarse a ejercer la prostitución. Las opciones alternativas en una situación como esta en que se ofrece a una mujer que se prostituya serían de hecho escasas. Es este derecho a decidir libremente lo

¹²⁷ *Guide To – Identification of Possible Victims of Trafficking* (KOM, 2008), pág. 5. Puede consultarse en: www.politi.no/vedlegg/rapport/Vedlegg_41.pdf.

¹²⁸ Rt-2006-111, Tribunal de Apelación de Frostating, ratificada por la decisión HR-2006-222-A del Tribunal Supremo.

que se protege principalmente, de manera que no es necesario que la mujer sea persuadida, presionada o manipulada; basta con que la prostitución sea una consecuencia de su situación de vulnerabilidad y que el ejercicio de la prostitución no pueda explicarse sin la situación de vulnerabilidad.

La cuestión del consentimiento fue examinada de nuevo por los tribunales en 2008, en el contexto de un caso de trata con fines de trabajo forzado en el que existía abuso de la vulnerabilidad, así como coacción física, amenazas y engaño¹²⁹. Se presentaron en defensa pruebas del consentimiento de la víctima para viajar y trabajar. Al desestimar esta defensa, el Tribunal afirmó la concurrencia de medios de abuso de una situación de vulnerabilidad, y explicó que si una persona es explotada de hecho, no debería importar cómo haya llegado a esa situación. Si puede determinarse la existencia de explotación, entonces no puede haber un consentimiento verdadero a los actos a que haya sido sometida; “es decir, en esta situación, el consentimiento es irrelevante para la evaluación de la culpabilidad”¹³⁰. En relación con el acuerdo de las víctimas con determinados aspectos del arreglo, el Tribunal declaró lo siguiente:

Estos consentimientos, no obstante, deben considerarse irrelevantes si la situación se ha mantenido como abuso de una situación de vulnerabilidad. Solamente las condiciones de trabajo que ha admitido el acusado suponen que existe “explotación”, y para evaluar si se ha producido o no abuso de una situación de vulnerabilidad habrán de examinarse las cuestiones de cuál era la situación vital de las víctimas antes de la explotación y la situación en que han sido explotadas¹³¹.

El Tribunal no tenía dudas de que las víctimas habían aceptado voluntariamente las condiciones de trabajo; por tanto, lo que se planteaba era *si tenían libertad para abandonar el trabajo voluntariamente*, cosa que no era así. La vulnerabilidad de las víctimas y su relación laboral con el acusado eran tales que no podía considerarse que fueran capaces de abandonar voluntariamente.

En un caso que tuvo lugar en 2013 se planteó la cuestión de un grupo de *au pairs* que fueron llevadas a Noruega tras el intercambio de una serie de mensajes por correo electrónico en los que se aclaraba, en último término, que se esperaba de ellas que prestaran servicios sexuales¹³². Una de las víctimas declaró que, aunque sabía que el responsable de la trata esperaba servicios sexuales, confiaba en que eso no llegara a suceder. Si bien se mostró reacia inicialmente, el responsable de la trata le recordó que había manifestado su acuerdo, tras lo cual ella accedió. Los responsables de la trata no recurrieron a la violencia ni a la reclusión. Como mucho, había una amenaza sutil de que se sabría la situación en Filipinas si la víctima no prestaba su consentimiento. Además, se dijo a la víctima que, si no accedía, tendría que pagar su propio billete de vuelta a Filipinas. La misma situación se repitió con la segunda víctima, que llegó seis meses después. Sin embargo, esta retiró su consentimiento inicial y buscó ayuda. La fiscalía manifestó que habían tenido dudas inicialmente sobre la oportunidad de presentar el asunto ante los tribunales, puesto que les preocupaban las consecuencias del consentimiento inicial. Sin embargo, determinaron finalmente que la situación de vulnerabilidad de las víctimas invalidaba

¹²⁹ *Public Prosecution Authority v Daniel Dundon*, Tribunal de Distrito de Jaeren, Caso N° 08-069332MED-JARE, 4 de julio de 2008.

¹³⁰ *Ibid.*, pág. 10.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² LB-2012-63028 (*Au pair case*), decisión del Tribunal de Apelación, de 2 de febrero de 2013.

el consentimiento y presentaron la acusación sobre esos fundamentos, con resultados satisfactorios. En el juicio celebrado ante el tribunal de distrito se dedicaron cuatro días al análisis de la correspondencia entre el autor y las víctimas, siendo fundamentales para la investigación las cuestiones relativas al consentimiento. En último término, se hizo hincapié en el hecho de que el consentimiento a una fase de un proceso no implica consentimiento a otras fases; el consentimiento siempre puede retirarse, como sucedió en este caso. El tribunal de apelación dictaminó que no podía existir consentimiento a la vista del abuso de la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

En al menos otro caso, los tribunales han afirmado la invalidación del consentimiento como consecuencia del abuso de una situación de vulnerabilidad, rechazando como irrelevante el hecho de que las víctimas hubieran regresado voluntariamente a su situación de explotación¹³³. Sin embargo, cabe señalar que este caso afectaba a menores de edad, en relación con los cuales no debían tenerse en cuenta los medios (incluido el abuso de una situación de vulnerabilidad) con arreglo a la legislación noruega. Se trataba de un caso de explotación con fines de actividad delictiva y esto podría haber tenido alguna relación con el planteamiento del tribunal, si bien ese extremo no fue aclarado.

Interpretación y aplicación del concepto de consentimiento

Las autoridades noruegas han vinculado la cuestión del consentimiento tanto a la explotación como a los medios, manifestando claramente que “el foco de la trata está en la explotación, que implica falta de consentimiento”¹³⁴. Si se demuestra que la explotación se produce mediante el uso de la fuerza, la amenaza o el abuso de la vulnerabilidad de la persona, la consecuencia lógica es que la víctima no ha otorgado su consentimiento. La pronta (2006) afirmación judicial de la irrelevancia del consentimiento ha ayudado a consolidar la posición jurídica y política sobre esta cuestión. Los profesionales manifestaron unánimemente que el consentimiento es irrelevante cuando se han empleado medios para conseguir o mantener ese consentimiento.

No hubo consenso entre los profesionales respecto a si resultaba problemática la falta de alguna referencia legislativa al consentimiento. Sin embargo, algunos señalaron que una declaración explícita sobre la cuestión podría ayudar a los encargados de hacer cumplir la ley a identificar a las víctimas, ya que algunas pueden no ser identificadas al darse por supuesto que han prestado su consentimiento a la situación. La mayoría de los profesionales coincidieron en que los sentimientos de la víctima respecto de su condición de víctima no deberían tener relación alguna con la culpabilidad del explotador.

Relación con los medios: Al señalar el vínculo que existe entre los medios y el consentimiento, los profesionales se remitieron a la historia legislativa de la disposición correspondiente, en virtud de la cual los medios actúan menoscabando el consentimiento. A su entender, la gama de medios prevista en la legislación es lo

¹³³ Véase HR-201 3-104-A – Rt-201 3-39 (obsérvese que aunque este caso afectaba a menores, el tribunal incluyó un examen de los medios empleados al estudiar si se había demostrado la existencia de trata).

¹³⁴ “Report Concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Norway, First Evaluation Round”. Estrasburgo, 7 de mayo de 2013. GRETA(2013)5, pág. 17 [44]. Puede consultarse en: www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/Reports/GRETA_2013_5_FGR_NOR_with_cmnts_en.pdf.

suficientemente amplia para captar las innumerables formas en que puede invalidarse el consentimiento. Se señaló que la cuestión del consentimiento no se planteará cuando se haya recurrido a medios como la amenaza, la fuerza o la violencia. El uso de esos medios bastará normalmente para demostrar que no existe consentimiento o, si este se ha otorgado previamente, que se ha retirado. Sin embargo, el consentimiento sí que entra en juego cuando el “medio” en cuestión es el abuso de una situación de vulnerabilidad (y en ocasiones también el engaño), debido principalmente a la dificultad para determinar dónde se sitúa el umbral.

Relación con el tipo / gravedad del fin (la explotación): Algunos (pero no la totalidad) de los profesionales expresaron el punto de vista de que el tipo de explotación tiene una gran pertinencia para determinar si se ha invalidado el consentimiento o resulta irrelevante. Por ejemplo, el daño provocado por la explotación sexual significa que: i) se asumirá que en tales casos el consentimiento ha sido más fácilmente invalidado; y ii) el nivel de vulnerabilidad que será necesario demostrar será relativamente menor. Esto parece reflejar la posición general de que la prostitución es intrínsecamente explotadora, mientras que el trabajo es algo a lo que las personas pueden prestar y prestan su consentimiento, lo que significa que los fiscales probablemente tendrán que esforzarse más para explicar los medios empleados para invalidar el consentimiento otorgado, y que las condiciones de explotación tendrán que ser más graves. El hecho de que en esos casos se tenga que alcanzar el umbral del “trabajo forzado” (y no solo el de “trabajo explotador”) supone un obstáculo, desde el punto de vista del consentimiento, a la aplicación de la ley sobre trata a la explotación de trabajadores migrantes.

Consideraciones procesales y en materia de prueba: Los profesionales entrevistados señalaron las dificultades probatorias relacionadas con los casos de trata y la constante dependencia del testimonio de la víctima. Pese a su irrelevancia con arreglo a la ley, el hecho de que el testimonio de una víctima indique la existencia de consentimiento en algún momento (y, en efecto, que la víctima no se identifique como tal) puede debilitar el proceso, particularmente en el caso de los juicios con jurado. Los abogados de la defensa plantearán sin duda estas cuestiones, obligando a los fiscales a explicar la irrelevancia del consentimiento demostrando que se han empleado medios.

Perspectiva de futuro: Los profesionales discreparon respecto de si la legislación debería declarar explícitamente la irrelevancia del consentimiento. Algunos eran de la opinión de que el consentimiento queda excluido en cualquier caso por el empleo de medios, de manera que no sería necesaria una referencia explícita. Otros señalaron el tiempo que se dedica (y se pierde) analizando y rechazando las cuestiones relativas al consentimiento: una orientación más explícita en la legislación podría mejorar la eficacia. Además, podría servir de apoyo a los investigadores en la identificación de los casos de trata y transmitir un mensaje normativo firme sobre el enfoque de la respuesta de la justicia penal. Uno de los profesionales señaló que disponer de una orientación internacional explícita en materia de consentimiento, aunque útil para todos los Estados, sería especialmente valiosa para los Estados en que los profesionales carecen de orientación legislativa o judicial explícita sobre la cuestión.

En el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, el representante de Noruega expresó la opinión de que, en relación con el consentimiento, “es inaceptable tener que entrar en el corazón y la mente de la

víctima para poder saber cómo se ha de proceder”. Consideró que el lenguaje empleado en el Protocolo es una solución de compromiso: desde el punto de vista de Noruega, la legislación nacional debe abordar el consentimiento con mayor detalle. Además, los profesionales deben comprender las dificultades procesales que pueden surgir cuando se alega la existencia de consentimiento. La recomendación principal del Grupo de Trabajo debería ser que los Estados miembros aclarasen la cuestión en su legislación interna.

4 Legislación y prácticas nacionales: principales conclusiones

Una conclusión fundamental de este estudio es que existe un acuerdo generalizado con respecto a los valores fundamentales en que se encuadra el consentimiento, así como un acuerdo particular sobre el hecho de que, en principio, este debería ser irrelevante. Sin embargo, en la práctica, los diferentes enfoques, informados por diferentes prioridades y realidades prácticas, ponen de manifiesto que los Estados partes están tratando de resolver cómo reflejar esos valores fundamentales en su derecho interno. En esta parte se recogen las principales conclusiones del estudio, completadas con las contribuciones del grupo de expertos, en seis apartados básicos.

4.1 Gran aceptación del principio de la irrelevancia del consentimiento

El principio de que el consentimiento siempre es irrelevante en los casos de trata de niños y que en los casos de trata de adultos es irrelevante cuando se haya recurrido al uso de “medios” goza de gran aceptación, si bien se ve reflejado de diferentes maneras.

4.1.1 *El principio en el derecho*

La encuesta confirmó que todos los Estados, ya sea explícita o implícitamente, aceptan el principio de que el consentimiento de un niño a cualquier parte del proceso de la trata o a su resultado siempre será irrelevante. Con respecto a la trata de adultos, la encuesta confirmó que el principio de la irrelevancia del consentimiento cuando se ha recurrido al uso de medios se acepta de forma general. La mayoría de los Estados encuestados han incorporado el principio directamente en su derecho. En los Estados donde la legislación no hace referencia al consentimiento, a menudo existe una afirmación jurisprudencial de su irrelevancia en los casos de trata o hay pruebas de que los profesionales conocen perfectamente el principio y lo apoyan.

Entre los países encuestados que han incorporado una referencia específica a la irrelevancia del consentimiento, algunos han adoptado la formulación del Protocolo contra la Trata de Personas (no se tendrá en cuenta el consentimiento cuando se haya recurrido al uso de medios). Otros afirman la irrelevancia del consentimiento, pero no lo vinculan al elemento de los “medios” (la Argentina, Indonesia y Tailandia). Varios Estados han expresado el principio de manera diferente al Protocolo: por ejemplo, que el consentimiento no podrá invocarse como defensa de ninguna conducta constitutiva de delito (Australia, Tonga); que no tiene relación con la existencia de un tipo penal correspondiente (Serbia); que no exime al autor de la responsabilidad (la Argentina, México); o que no impide al Estado enjuiciar

(Indonesia). Solo en el caso de un Estado se informó de que cuenta con una definición de “consentimiento” a efectos específicos del delito de trata¹³⁵.

En los Estados que no hacen referencia específica al consentimiento en sus leyes, a menudo existen otras formas de orientación que captan este concepto de una manera u otra. Los profesionales de varios Estados pertenecientes a este grupo señalaron que, con arreglo a las normas generales del derecho penal, el consentimiento no sería jurídicamente válido cuando se ha obtenido por medios obstructivos como la fuerza y la coacción y, además, que el consentimiento es un tema que automáticamente no tiene cabida en relación con ciertas formas de explotación (como el trabajo forzado). Los tribunales de algunos Estados que no cuentan con una disposición legislativa explícita sobre el consentimiento han afirmado explícitamente su irrelevancia (Israel, Noruega, Suiza). En otros Estados, se han elaborado orientaciones para que los tribunales y los organismos de justicia penal desestimen el consentimiento aparente en determinadas circunstancias (el Japón¹³⁶ y el Reino Unido).

4.1.2 Actitudes hacia el principio: valores subyacentes en torno al consentimiento

Todos los profesionales entrevistados expresaron un amplio apoyo a la idea de que no debe permitirse que los responsables de la trata eludan la acción de la justicia con el argumento del consentimiento aparente de las víctimas. La mayoría indicó que consideraba que durante las fases de investigación, enjuiciamiento y fallo, el punto de mira debe estar más en la intención y las acciones del autor que en la intención y las acciones de la víctima. Se considera que esta posición está en consonancia con las ideas fundamentales acerca de la justicia y la responsabilidad por los actos ilícitos.

Particularmente en los análisis de casos complejos (por ejemplo, en los que las víctimas siguen afirmando su consentimiento), un gran número de profesionales introdujeron la idea de los *valores*: no debe permitirse que el consentimiento prevalezca sobre valores humanos y sociales fundamentales como la dignidad, la libertad y la protección de las personas más vulnerables de la sociedad. Cuando se examinó el valor de la protección a las poblaciones vulnerables, algunos expertos indicaron que, en el trasfondo del consentimiento a la explotación, a menudo existen enormes desigualdades en el poder de negociación o una vulnerabilidad extrema y que el discurso sobre el consentimiento gira en torno al interés por proteger a las poblaciones vulnerables. El tema de los valores asociados a la irrelevancia del consentimiento se planteó con mayor frecuencia en relación con la trata con fines de

¹³⁵ En la ley contra la trata de Kenya de 2012, por consentimiento se entiende que “la persona acepta por decisión propia, y tiene la libertad y la capacidad para tomar esa decisión”. Cabe señalar que la legislación considera explícitamente irrelevante el consentimiento una vez que se acreditan los medios.

¹³⁶ La notificación relativa a la aplicación de la reforma parcial del Código Penal del Japón (de 1 de julio de 2005) ofrece orientaciones a los fiscales respecto de la aplicación de las disposiciones del código en materia de trata de personas. Aborda directamente la cuestión del consentimiento. La notificación establece que en los casos de trata, el consentimiento aparente no puede haberse “dado basándose en la voluntad libre y seria”, y, por tanto, no debe suponerse que debe “negarse naturalmente” la existencia de un delito ante ese consentimiento aparente. La notificación utiliza el ejemplo de una víctima que es trasladada al Japón después de dar su consentimiento para trabajar en la prostitución: “hay que desvelar si su verdadera intención era dar su consentimiento, y si, teniendo en cuenta la situación a la que se ha sometido a la víctima, el control era ilícito puesto que iba más allá de su consentimiento”.

explotación sexual, a veces en el sentido de que la prostitución no da cabida a un consentimiento válido y que las alegaciones de consentimiento (por parte de las “víctimas” o de los “autores”) deben desestimarse sobre esos fundamentos. Sin embargo, la encuesta confirmó que la cuestión del consentimiento es mucho más compleja y tiene muchos más matices que el simple debate de la cuestión concreta de si una persona puede consentir prostituirse. Por ejemplo, en relación con la trata con fines de explotación laboral, las personas entrevistadas estuvieron en general de acuerdo en que la sociedad no debe respaldar (al legitimar el consentimiento aparente) condiciones de explotación laboral de personas que se tornan vulnerables por falta de alternativas económicas: este respaldo iría en contra de la defensa de los principios básicos de la dignidad humana y la no discriminación. No obstante, no todos los profesionales entendían por ello que esa explotación debiera calificarse siempre de trata. De hecho, varios de ellos señalaron que la aceptación rígida e implacable de la irrelevancia del consentimiento resultaba poco realista e inviable en los mercados de trabajo competitivos y complejos.

Una cosa es afirmar que el consentimiento nunca debe prevalecer sobre los valores fundamentales, y otra muy distinta es llegar a un acuerdo sobre cuáles son esos valores y cómo deben entenderse y aplicarse. Como sucede en el derecho penal general (véase la exposición del apartado 2.1), los valores pueden invocarse para apoyar posiciones muy diferentes en el tema de la trata, dada la forma subjetiva en que se entienden y aplican incluso los valores universalmente aceptados. Varios profesionales expresaron su preocupación por el peligro que corren los valores de la autonomía personal y la libertad de elección cuando se prescinde completamente del consentimiento. Citaron ejemplos de mujeres que trabajan en la prostitución o personas que aceptan empleos en condiciones inferiores a la norma porque necesitan el dinero, que han realizado una elección racional al aceptar ese tipo de trabajo o esas penalidades como un paso en su camino hacia una vida mejor. Por consiguiente, si se sostiene que el consentimiento de esas personas es irrelevante, se corre el riesgo de rechazar la posibilidad de que esas personas estuvieran ejerciendo su voluntad, lo que podría socavar los valores fundamentales de la autonomía y la libertad que se estiman y defienden en otras situaciones y con relación a otras personas. En ese sentido, atribuir “vulnerabilidad” de manera indiferenciada a un grupo, como las mujeres o los migrantes, puede restar poder a quienes pueden estar tratando de utilizar ese mismo poder para mejorar sus circunstancias.

Muchos profesionales expresaron, como “valor” importante, la idea de que es (o debiera ser) imposible consentir en la propia explotación. Sin embargo cuando se les presentaron ejemplos de explotación en los que parecía haberse otorgado un consentimiento válido (por ejemplo, cuando no concurrían medios de forma evidente) la mayoría modificó su punto de vista en el sentido de que debe ser imposible consentir en la explotación *grave* o dar un consentimiento carente de sentido a la explotación (debido a fraude, coacción y demás). La confusión evidente en este punto se exagera sin duda por la ausencia de una definición clara del concepto de explotación o de cualquier orientación sobre qué umbral de gravedad, en su caso, se requiere.

4.2 Independientemente del enfoque adoptado por la ley, el consentimiento a menudo tiene una gran relevancia en la práctica

Una conclusión importante de la encuesta y de la reunión del grupo de expertos es que, con independencia de que la impropiedad del consentimiento se enmarque en la legislación (y cómo se enmarque), la cuestión a menudo tiene gran relevancia en la práctica, y los profesionales de la justicia penal tienen dificultades para asimilar una norma que en algunos aspectos parece ir en contra del sentido común, especialmente cuando, en otros delitos, el consentimiento puede ser el elemento que distinga entre una acción delictiva y otra que no lo es (por ejemplo, la violación). Puede que las cuestiones relativas al consentimiento no se planteen en los casos “graves” y “claros” de trata, pero esto generalmente se debe a que las circunstancias de los casos, pone claramente de manifiesto que nunca ha habido consentimiento. Por ejemplo, rara vez se preguntará sobre su consentimiento a las víctimas que se encuentren encerradas en un burdel o en una fábrica en condiciones físicas terribles. En casos menos sencillos, el consentimiento a veces se convierte en una forma de dilucidar si se ha cometido trata u otro delito, o incluso si no se ha cometido delito alguno.

De hecho, el consentimiento parece ser un factor importante en todas las etapas de la respuesta de la justicia penal a la trata:

- Identificación de las víctimas (por ejemplo, cuando no se identifica a las víctimas como tales en razón de que parecen haber dado su consentimiento, o bien se niegan a identificarse a sí mismas como tales);
- Las decisiones sobre qué casos se investigarán (cuando el consentimiento aparente es un factor que influye en la decisión de no investigar un caso, o se reduce la prioridad de una investigación en particular frente a la de otro caso en que las presuntas víctimas claramente no han dado su consentimiento);
- Las decisiones sobre las acusaciones que se formularán (cuando el consentimiento aparente puede cambiar los cargos de trata por un delito diferente);
- Las decisiones sobre los casos que se remitirán para su enjuiciamiento (cuando el consentimiento aparente puede ser un factor que influya en la decisión de no remitir un caso);
- Las decisiones sobre qué casos deben ser enjuiciados (cuando el consentimiento aparente puede ser un factor que influya en la decisión de no promover un caso a partir de la evaluación de la probabilidad de que la acusación prospere);
- El enjuiciamiento y fallo de los casos de trata (cuando el consentimiento aparente supone un obstáculo a la declaración de culpabilidad); y
- La condena de los delincuentes (cuando los indicios de consentimiento aparente pueden dar lugar a penas menores).

A continuación figura una lista de las observaciones más importantes extraídas de las entrevistas con los profesionales y el examen documental, incluidos algunos casos:

En el caso de la trata de niños, las afirmaciones de consentimiento se rechazan por irrelevantes con mayor rapidez, aunque el consentimiento todavía puede ser un problema: Incluso en relación con los niños, el consentimiento no ha resultado ser totalmente irrelevante en la práctica. Se aportaron varios ejemplos de diferentes

Estados en que se había invocado el consentimiento como defensa en casos de trata que afectaban a niños víctimas. En la mayoría de los casos, la defensa fue rechazada de plano. Sin embargo, en varios casos, los tribunales en cuestión analizaron el tema del consentimiento y se basaron en que se había recurrido al uso de “medios” (abuso de la vulnerabilidad) para demostrar que el consentimiento había quedado invalidado o era irrelevante. Como asunto de interés, un profesional planteó la cuestión de que algunas víctimas adultas pueden ser más vulnerables que los niños, por ejemplo quienes tienen una discapacidad mental. Asimismo, se señaló que, si bien existe una distinción legal, no existe necesariamente ninguna diferencia sustantiva entre un joven de 17 años y 11 meses de edad y otro de 18 años de edad.

El hecho de que la justicia penal se centre y se base en el testimonio de la víctima aumenta la relevancia del consentimiento: El enfoque predominante, basado en el testimonio de la víctima como prueba fundamental, se refleja en que las acciones, experiencias y puntos de vista de las víctimas con frecuencia estarán en el centro de las investigaciones y enjuiciamientos. Las víctimas a menudo desempeñan un papel fundamental en el procesamiento penal de los responsables de la trata y sus cómplices. De hecho, generalmente resulta difícil y a veces imposible la investigación y el enjuiciamiento sin la cooperación y el testimonio de las víctimas, lo que contribuye a situar a las víctimas y sus puntos de vista sobre los hechos y cómo han percibido la situación en el centro de los procesos de investigación y enjuiciamiento. El hecho de depender en gran medida del testimonio de la víctima acentúa esa situación, lo que refuerza aún más la relevancia del consentimiento. Eso puede ser particularmente importante cuando las personas que han sido identificadas como víctimas de la trata no se consideran a sí mismas como tales. A veces, eso obedecerá a algún vínculo emocional o psicológico con el explotador. Otras, será el resultado de factores culturales, socioeconómicos, religiosos o psicológicos de otro tipo. En otros casos, las víctimas experimentan verdaderamente una mejora en su situación vital y no piensan que hayan perdido el control o hayan sido explotadas. Los funcionarios de la justicia penal pueden tener ideas preconcebidas sobre los extranjeros o los miembros de determinadas minorías, así como opiniones estereotipadas sobre cómo “debe” comportarse una víctima. Además, puede que no entiendan las complejidades y contradicciones comunes de los testimonios de las víctimas. Todos esos factores pueden influir en la forma de considerar las cuestiones relativas al consentimiento en las fases de investigación y enjuiciamiento.

Ante esas dificultades, los profesionales compartían la opinión de que los juicios deben centrarse idealmente en la conducta del autor, en lugar del estado de ánimo de la víctima.

Los tribunales y los jurados a menudo tendrán en cuenta el consentimiento: Aunque el consentimiento sea irrelevante desde el punto de vista jurídico, a menudo será objeto de debate en los tribunales, de manera que los indicios de consentimiento pueden influir en la forma de percibir a la víctima y de interpretar sus acciones o su situación. Si bien la experiencia varía de un Estado a otro, parece que los indicios o las afirmaciones de consentimiento pueden predisponer a un tribunal (jueces y jurados) en contra de la presunta víctima. Sin embargo, la influencia del consentimiento aparente dependerá de cómo se gestione el tema. Cuando se presentan, explican y entienden las cuestiones relativas a la vulnerabilidad de la víctima (por fiscales informados, a través de pruebas periciales, etc.), el

consentimiento aparente o declarado parece ser menos importante y probablemente supondrá un menor obstáculo al enjuiciamiento. Por el contrario, el hecho de no explicar cómo los explotadores pueden utilizar medios sutiles para manipular el consentimiento a menudo hará que el consentimiento aparente revista mucha más importancia para el tribunal. Por ejemplo, el consentimiento de la víctima a algún elemento del proceso de trata (por ejemplo, su consentimiento para entrar en un país de manera irregular o utilizar documentos fraudulentos al hacerlo, o para llevar a cabo ciertos tipos de trabajo) puede ser interpretado erróneamente como consentimiento a la explotación o a la trata. Los profesionales de los sistemas de derecho que prevén la participación de jurados en los juicios penales afirmaron que los jurados están particularmente interesados en la cuestión del consentimiento y puede que no “se preocupen mucho por condenar” cuando existen pruebas de que las presuntas víctimas han llegado a algún tipo de acuerdo voluntario del que obtienen un beneficio. Si bien el número de Estados de tradición de derecho anglosajón encuestado es reducido, hay algunos indicios de que el enfoque relativamente más subjetivo al que da pie el sistema basado en el uso de precedentes y de juicios con jurado puede influir en las consideraciones relativas al consentimiento.

El consentimiento aparente o declarado puede dificultar el enjuiciamiento de los casos difíciles y hacer que los fiscales sean reacios a formular cargos:

Los profesionales de varios Estados reconocieron que los casos en que las víctimas parecían consentir una situación particular resultaban más difíciles de promover a través del sistema y de enjuiciar satisfactoriamente. La situación se agrava cuando es la propia víctima quien sigue manteniendo el consentimiento. El momento en que supuestamente se ha dado el consentimiento también parece ser importante. En general, se está de acuerdo en que el consentimiento inicial para viajar o realizar un determinado tipo de trabajo debería ser definitivamente irrelevante y no dificultar un proceso judicial. Sin embargo, el consentimiento aparente o afirmado de la víctima a la situación real de explotación se considera mucho más perjudicial para el caso, en particular cuando la explotación no parece ser terriblemente atroz. Cuando la víctima afirma reiteradamente que ha dado su consentimiento, y que no se la ha victimizado, puede que un juez o un jurado no se inclinen a condenar al presunto autor o estén dispuestos a ello. Incluso el consentimiento implícito de la víctima puede incidir negativamente en su credibilidad y percibirse de manera que reduzca la culpabilidad del presunto agresor. Por ejemplo, si una víctima no abandona una situación cuando tiene la oportunidad de hacerlo, o no presenta una denuncia, o si regresa a sabiendas a una situación de explotación, puede entenderse que ha consentido de tal modo que a los responsables de tomar las decisiones les resulte difícil no tenerlo en cuenta. Algunos profesionales admitieron que los indicios de consentimiento de la víctima a la situación podría ser fatal, impidiendo efectivamente que se inicie una investigación o enjuiciamiento o que prospere. La afirmación del consentimiento por la víctima plantea otras dificultades prácticas. Estas personas pueden estar menos dispuestas a cooperar con los procesos de la justicia penal, y es más probable que vuelvan a su situación de explotación o a una situación en la que son vulnerables a la trata.

Muchos de los profesionales indicaron que estos problemas prácticos y teóricos deben abordarse “sin ambages” con el fin de obtener la idea más completa posible de las circunstancias en que se ha dado aparentemente el consentimiento, tanto antes de decidirse a ir a juicio como en el transcurso del mismo. Entre estas circunstancias se

encuentran la situación cultural, socioeconómica y psicológica de la víctima antes de que se produjera la trata; las formas en que el responsable de la trata ha conseguido que la víctima preste su consentimiento aparente; la relación entre el responsable de la trata y la víctima; y los detalles de la explotación.

El consentimiento puede resultar relevante para determinar la intención del acusado: En algunos Estados, a pesar de que el consentimiento de la víctima no es objeto directamente de debate, el testimonio de la víctima sobre su percepción de las acciones del acusado y cómo ha reaccionado ante ellas podrá, no obstante, ser de gran importancia para demostrar que ha existido intención dolosa de explotar. Por ejemplo, si una víctima testifica que tenía la certeza de que sus documentos de identidad están guardados por motivos de seguridad y que había llegado a ese acuerdo, entonces será difícil demostrar que se ha producido coacción (mediante la confiscación de documentos de identidad) con intención de explotar.

Los indicios de consentimiento pueden afectar a la pena impuesta: Varios casos examinados en este estudio indican que en algunas jurisdicciones pueden imponerse condenas menores cuando existen indicios de que las víctimas han dado de alguna manera su consentimiento al acuerdo que motiva la acusación, o están satisfechas con este. Esto era así incluso cuando la ley o la jurisprudencia obligaban a que se desestimase el consentimiento. A veces, esta decisión parecía relacionarse con el tipo de “medios” utilizados y la forma de explotación. Por ejemplo, a partir de los casos examinados, parece que las afirmaciones o los indicios de consentimiento en los casos de trata con fines de explotación sexual a veces se traducirán en penas más leves para los delincuentes. Cabe señalar que los indicios de consentimiento y el interés de los tribunales en la cuestión del consentimiento tienden a disminuir en función de la gravedad de los “medios” utilizados y la explotación padecida. Este factor puede contribuir a la conclusión derivada de la encuesta de que los indicios de consentimiento pueden afectar a la condena.

4.3 Los “medios” a menudo son decisivos en relación con las consideraciones acerca del consentimiento

En muchos de los Estados encuestados, el grado de relevancia del consentimiento en un caso concreto depende en gran medida de los “medios” utilizados y la forma en que se entiende y se aplica el elemento de los “medios” de la definición. Hacer caso omiso por completo del consentimiento con arreglo a una interpretación amplia de los “medios” (como el abuso de una situación de vulnerabilidad) puede desdibujar la distinción entre la trata y otros delitos. Por otra parte, una interpretación restrictiva de los “medios” puede dar lugar a impedimentos apreciables al enjuiciamiento. (Cabe señalar que en algunos de los Estados encuestados, la cuestión del consentimiento no estaba vinculada a los “medios”, tanto en la legislación como en la jurisprudencia o la práctica).

El Protocolo contra la Trata de Personas vincula el consentimiento al elemento de los “medios” de la trata, al disponer que cuando se haya recurrido al uso de “medios” no se tendrá en cuenta el consentimiento. La encuesta confirma el lugar central que ocupa el elemento de los “medios” en la interpretación del consentimiento por parte de los profesionales, incluso en los Estados que han omitido por completo el

elemento de los medios de su definición de trata (la Argentina, Australia, Belarús, Israel y Noruega). Las excepciones a esta regla parecen ser Indonesia y Tailandia, donde los profesionales indicaron que el consentimiento es irrelevante, sin conexión con “medios”, tanto en la legislación como en la práctica, y Filipinas, donde la irrelevancia del consentimiento, aunque vinculada a los “medios” en la legislación, en la práctica no se aplica.

Algunos de los Estados encuestados prevén otros “medios” además de los que menciona el Protocolo contra la Trata de Personas (Australia incluye el medio de la “opresión psicológica”), mientras que la legislación de otros Estados contempla menos “medios” (los Estados Unidos de América y Tailandia omiten el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, aunque la jurisprudencia de los Estados Unidos indica que formaría parte de los “medios” de “coacción” y Tailandia considera que formaría parte del “engaño”). Otros Estados matizan el uso de los medios: la legislación del Reino Unido incluye la fuerza, la amenaza y el engaño en general, y el abuso de la vulnerabilidad solo con relación a las personas con discapacidad mental o física y las personas jóvenes. La confusión aumenta cuando se tiene en cuenta que incluso los Estados que incorporan el elemento de los medios en su legislación pueden no exigirlo en la práctica (Filipinas), mientras que los Estados que no prevén un elemento de “medios” pueden considerar, no obstante, la concurrencia de estos en la práctica (Israel). Independientemente del enfoque adoptado respecto de los medios en sí, una característica que comparten todos los Estados es que el concepto de la irrelevancia del consentimiento se reconoce en cierto grado y plantea problemas prácticos a los profesionales.

La encuesta también confirmó la opinión general (aunque no universal) de que cuando existen indicios de consentimiento, estos no pueden pasarse simplemente por alto. Más bien, es responsabilidad del investigador, del fiscal o del tribunal determinar si esos indicios de consentimiento tienen alguna relación con la existencia de un delito o con la culpabilidad del presunto autor. En los principales sistemas de derecho, la forma más habitual y directa de probar esto es examinar la validez o la calidad del consentimiento supuesto o indicado. En los casos de trata, en general se entiende que esto se hará a través de un examen de los “medios” utilizados por los presuntos autores para facilitar la explotación. Si se demuestra la concurrencia de “medios”, cualquier otra consideración relativa al consentimiento, incluida su “calidad”, resultará irrelevante.

Las complicaciones surgen, al menos en parte, debido a que los “medios” en sí mismos no están claramente definidos o perfilados. En consecuencia, los Estados disponen de un margen considerable para elaborar y aplicar interpretaciones muy restrictivas o excesivamente amplias, o incluso contradictorias, de los “medios” concretos, incluida la interpretación de que los “medios” pueden, de hecho, no invalidar o menoscabar gravemente el consentimiento, pero, no obstante, una vez que se muestra que se han utilizado, invocar automáticamente la disposición sobre la “irrelevancia del consentimiento”. Este es un tema fundamental: el Protocolo (y las leyes nacionales reflejadas en este estudio que han incorporado la disposición del Protocolo sobre el consentimiento) no requiere explícitamente que los medios utilizados deban actuar invalidando o menoscabando el consentimiento de la víctima. Sin embargo, algunos profesionales opinan que los medios deben ser suficientemente serios (o al menos no ser nimios) como para que su uso tenga algún efecto en el

consentimiento de la víctima, ya sea invalidarlo, debilitarlo o menoscabarlo de otro modo. De acuerdo con este enfoque, puede interpretarse que el vínculo que se establece en el Protocolo entre el uso de los medios y el consentimiento requiere un cierto umbral de efecto. Los casos pueden ser más fáciles de enjuiciar si no existe este requisito de gravedad, pero esto puede hacer que se difumine la línea que separa la trata de otros delitos, elevando lo que quizá debiera ser un delito menor a uno de trata.

Por el contrario, otros profesionales expresaron la opinión de que la mera utilización de medios debe hacer que cualquier afirmación de consentimiento se considere irrelevante, al margen del efecto real que este uso tenga en el consentimiento de la víctima. En otras palabras, este punto de vista sostiene que es completamente irrelevante que el consentimiento de la víctima no haya sido invalidado, debilitado o menoscabado por el presunto uso de medios por parte del autor. Este enfoque más bien propone que el consentimiento a violaciones de la dignidad humana, como las que resultan de la explotación en contextos de trata, o el consentimiento a determinados tipos de explotación, no pueden ser aceptables para la sociedad. En consecuencia, algunos profesionales interpretan la inclusión de medios más “sutiles”, como el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, como una referencia a los diversos medios a que recurren los responsables de la trata, que no tienen por qué invalidar, debilitar o menoscabar el consentimiento. Por otra parte, se expresó la preocupación de que si fuera necesario demostrar que el consentimiento se ha visto menoscabado o invalidado por el uso de medios se resentirían las investigaciones, los enjuiciamientos y las condenas, y la atención se apartaría de las acciones y las intenciones de los autores, centrándose en su lugar en la víctima y cómo se ha visto afectado su estado de ánimo. Algunos de los profesionales que participaron en la reunión del grupo de expertos hicieron hincapié en que los medios sutiles se han convertido en “el modelo de negocio de los que se dedican a la trata”, e indicaron que estos parecen elegirlos, bien porque requieren menos esfuerzo, bien porque corren menos riesgo de ser procesados y condenados. A la vista de esta realidad, una interpretación restrictiva de los “medios” serviría para impedir el enjuiciamiento de casos que deben ser procesados como trata.

Los “medios” utilizados son un factor sumamente relevante: El tipo de “medios” utilizado en un caso determinado tiende a afectar a cómo surgen las cuestiones relativas al consentimiento y la forma de considerarlas. El estudio confirmó que en la mayoría de las situaciones y en la mayoría de los Estados (independientemente de la posición legislativa en la materia) la relevancia del consentimiento disminuye en función de la severidad percibida de los medios empleados o la gravedad percibida de la explotación a la que la víctima ha sido sometida. Por consiguiente, en los casos en que se recurre a la violencia física contra las víctimas, en que la trata conlleva el rapto o restricciones graves de la libertad y en los casos en que se comete un fraude grave contra las víctimas para facilitar su conformidad inicial o mantenerla, el consentimiento no suele plantearse como tema en absoluto. En caso de plantearse, se desestima rápidamente como carente de sentido. En los casos en que se utilizan medios más “indirectos” o “sutiles” (como el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, algunas formas de coacción o un engaño de poca importancia),

es más probable que se planteen indicios o afirmaciones de consentimiento, y este se convertirá en un tema para determinar si de hecho se ha cometido un delito de trata¹³⁷.

Falta de claridad en torno a los parámetros de los “medios”- el ejemplo del engaño: El engaño sobre la naturaleza del trabajo o sus condiciones a menudo está presente en las primeras fases de los casos de trata de personas. En los casos en que el engaño parece ser el único medio (por ejemplo, cuando no se recurre al engaño u otros “medios” para mantener a la “víctima” en una situación de explotación), pueden surgir preguntas en torno al grado de engaño. ¿Debería algún tipo de engaño en algún momento del proceso hacer que el consentimiento resulte irrelevante, o es necesario que el engaño se refiera a un aspecto fundamental del acuerdo? Uno de los profesionales puso el ejemplo de una persona a la que se prometió un sueldo en un momento del proceso de captación, pero luego solo recibió la mitad de la cantidad acordada. Una definición amplia del engaño podría dar lugar a que este caso se calificara de trata, incluso si la “víctima” testifica que la diferencia entre lo prometido y lo recibido no ha influido en su decisión de aceptar o permanecer en el empleo. Otro ejemplo citado se refería a un posible caso de trata con fines de extracción de órganos: ¿es suficiente el engaño sobre la legalidad del acuerdo para invalidar el consentimiento a la extracción de órganos? ¿Qué sucede con el engaño relativo a un aspecto mucho más fundamental, como son las consecuencias médicas a largo plazo de la intervención?

Falta de claridad en torno a los parámetros de los “medios”: el ejemplo de las “otras formas de coacción”: La coacción es un término genérico, utilizado anteriormente en el contexto de la trata para referirse a un conjunto de conductas que engloban la violencia, las amenazas y el engaño, así como el abuso de una situación de vulnerabilidad¹³⁸. En el Protocolo contra la Trata de Personas está vinculado a la amenaza y el uso de la fuerza, sin que se consideren sinónimos, lo que indica que hay una serie de conductas que no llegan a constituir “uso de la fuerza” que quedan dentro de su alcance. En el documento temático sobre “el abuso de una situación de vulnerabilidad” se indica que en los sistemas nacionales de justicia penal, habitualmente se entiende a nivel nacional que la coacción se encuentra entre la fuerza y el abuso de la vulnerabilidad en cuanto a gravedad. Durante la realización de la encuesta, los profesionales se refirieron a la coacción de muy diversas formas, afirmando tanto la amplitud de conductas que podía abarcar el término como la falta de claridad de sus posibles parámetros o sus parámetros preferibles. A efectos del presente análisis, las cuestiones que se plantean son similares a las que surgen en relación con el engaño: la más importante, ¿es cualquier forma de coacción, por muy

¹³⁷ En este sentido, cabe señalar un aumento en el uso de que se informa de medios más “sutiles” por parte de los explotadores para mantener el control sobre sus víctimas. Véase, por ejemplo, *Documento temático: Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas* (UNODC, 2012), pág. 90; y *Analysing the business model of trafficking in human beings to better prevent the crime* (OSCE, 2010) págs. 51 y 52, (donde se examinan los medios sutiles de control de las víctimas, en cuyo contexto “la fuerza y la coacción a veces son más sutiles o están completamente ausentes”, de manera que “a veces no son necesarias la fuerza o la amenaza para mantener el control sobre las víctimas”).

¹³⁸ Véanse, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas, Resolución A4-0326/95 de 18 de enero de 1996, Diario Oficial núm. C 032 de 5 de febrero de 1996 (“engaño o cualquier otra forma de coerción”); la Acción Común de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (97/154/JAI), Diario Oficial núm. L 063 de 4 de marzo de 1997 (“la coacción, en particular mediante violencia o amenazas” o “el engaño”); Consejo de Europa, Comité de Ministros; Recomendación N° R(2000)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, aprobada el 19 de mayo de 2000 (“la coacción, en particular, mediante violencia o amenazas, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad”).

sutil que sea, ejercida en cualquier etapa del ciclo de la trata, suficiente para demostrar la concurrencia del elemento de los “medios” de la trata, y por tanto que cualquier afirmación de consentimiento resulte irrelevante? Algunos ejemplos derivados de la encuesta que pueden plantear dificultades son la retención de documentos de identidad, las advertencias exageradas sobre los peligros del entorno fuera del lugar de trabajo (a veces ligadas a la situación migratoria irregular de las víctimas), la presión familiar para inducir a una persona a contraer matrimonio, y la presión psicológica sutil a través de la invocación de la importancia del papel de la “víctima” en el apoyo a su familia en su país. Naturalmente, pueden plantearse preguntas similares en relación con la fuerza: ¿es un acto único, moderadamente enérgico, suficiente para demostrar la concurrencia del elemento de la “fuerza”, o esta debe ser más sistemática o alcanzar un cierto nivel de gravedad?

El abuso de una situación de vulnerabilidad: un “medio” decisivo en relación con las consideraciones sobre el consentimiento: La encuesta confirmó que, de todos los medios previstos, el “abuso de una situación de vulnerabilidad” es el que mayor relevancia tiene en los casos de trata en que se indica o afirma el consentimiento de la víctima. Esto no es sorprendente. Como se ha señalado anteriormente, las cuestiones relativas al consentimiento surgen con menos frecuencia y se desestiman con mucha más rapidez cuando se ha recurrido a la violencia, el fraude u otros medios que claramente invalidan el consentimiento. La encuesta confirma que la existencia de indicios claros de consentimiento, y sobre todo en los casos en que las propias víctimas afirman el consentimiento, a menudo puede ser suficiente para poner en duda todos los medios previstos *excepto* el abuso de una situación de vulnerabilidad¹³⁹.

En el documento temático anterior se confirmó la elasticidad del concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad, tanto en la legislación como en la práctica: que es capaz de ser estirado o encogido para incluir, o excluir, situaciones en la definición de trata. Esta es la forma en que el abuso de una situación de vulnerabilidad mantiene su estrecho vínculo con las dos tendencias contradictorias y problemáticas que se han identificado a lo largo del estudio: en primer lugar, en algunos Estados, existe la presunción implícita *en contra* de que alguien sea víctima de la trata (o al menos en

¹³⁹ En la República de Moldova, por ejemplo, el abuso de una situación de vulnerabilidad solo se considera relevante como posible “medio” cuando la víctima ha dado su consentimiento a la situación: la vulnerabilidad de la víctima es lo que se utiliza para explicar e invalidar el consentimiento aparente. Cuando se utilizan otros medios más físicos para trasladar o mantener a la persona en una situación de explotación (como la fuerza o el rapto), no se plantea el consentimiento de la víctima. Un caso finlandés de trata con fines de explotación sexual presentado en el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo ofrece un ejemplo útil. En este caso, el tribunal de primera instancia consideró la cuestión del consentimiento en el contexto del examen de si se había producido abuso de una situación de vulnerabilidad. El tribunal de primera instancia concluyó que el consentimiento de la víctima estaba implícito a través de factores como la ausencia de restricciones a la libertad de movimiento; la capacidad de rechazar clientes; los medios para salir de la situación; la ausencia de vulnerabilidades intrínsecas; y la continuación de la situación una vez que los presuntos explotadores habían desaparecido. El Tribunal de Apelaciones revocó esa decisión, y confirmó que los acusados habían abusado intencionalmente de la vulnerabilidad de la víctima, aprovechando su insuficiente conocimiento del idioma, la falta de apoyo local, la mala situación económica y la vulnerabilidad psicológica: la víctima “carecía de otras alternativas reales o viables más que someterse a la continua prestación de servicios sexuales“. El Tribunal de Apelaciones se distanció expresamente del examen de cuestiones relativas a la “voluntad” para “prestar atención a las características individuales y la capacidad mental de la víctima para defenderse y protegerse en esas circunstancias ... alejando la atención de los posibles motivos de la víctima, la voluntad inicial, la aplicación de suficiente resistencia activa o física, o el desconocimiento de la naturaleza del trabajo que le prometieron“. Venla Roth, “Analysis of key concepts of the Protocol with a focus on consent”, ponencia ante el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, Viena, 6 de noviembre de 2013.

contra de que valga la pena llevar el caso ante los tribunales) cuando no concurren medios (normalmente físicos) manifiestos. Dicho de otro modo, los casos de trata más fáciles de enjuiciar (y que normalmente se elevan a los tribunales) son aquellos en los que el consentimiento de la víctima ni siquiera se plantea debido a la gravedad de los “medios” o a la naturaleza de la explotación padecida. Segundo: una interpretación amplia de los medios más ambiguos, que incluye un bajo umbral para la acreditación del abuso de una situación de vulnerabilidad, puede dar lugar a que se haga caso omiso del consentimiento aparente hasta el punto de que la “trata” englobe un amplio espectro de conductas que, de no ser así, podrían tratarse como delitos menos graves. Por ejemplo, en los Estados donde se asume que toda la prostitución es de naturaleza explotadora, el abuso de una situación de vulnerabilidad puede usarse para categorizar a todas las personas que trabajan en la prostitución, con independencia de su consentimiento aparente, como víctimas de la trata, y a todas las personas que intervienen de alguna manera en la prostitución (incluidos proxenetas, dueños y directores de burdeles) como responsables de la trata. En Suiza, las “dificultades” económicas o sociales y la condición de migrante irregular (y el conocimiento del acusado de esos hechos) hacen que cualquier alegación de consentimiento, ya sea por parte de los autores o de las víctimas, resulte irrelevante¹⁴⁰. La encuesta indica que otros Estados, como la Argentina y Filipinas, están adoptando enfoques similares.

Falta de claridad sobre la cuestión de si es suficiente con demostrar simplemente el uso de “medios” o si también es necesario probar que los medios utilizados efectivamente han invalidado o menoscabado de otro modo el consentimiento:

Como se ha señalado anteriormente, el Protocolo contra la Trata de Personas no requiere explícitamente que los “medios” utilizados deban actuar invalidando o menoscabando el consentimiento. Los profesionales reconocieron en general que el principio del consentimiento, como se formula en el Protocolo contra la Trata de Personas, solo requiere que se acrediten los “medios”, no que se investigue su efecto sobre la calidad del consentimiento aparente. Sin embargo, la encuesta proporciona indicios de peso de que, en la práctica, la cuestión de que un “medio” haya influido de hecho en el consentimiento es muy real en muchas jurisdicciones. Por ejemplo, al decidir si un determinado acto de coacción o engaño o de abuso de la vulnerabilidad satisface el elemento de los “medios” de la definición en los casos en que existan indicios de consentimiento, la investigación se centrará con frecuencia en si esos “medios” ponen en duda de alguna manera la autenticidad del consentimiento: que, por efecto de los “medios” empleados, no ha estado bien fundamentado o no se ha otorgado con conocimiento de causa, o que no se ha otorgado en cualquier otro sentido con plena “libertad”. En algunos Estados, los tribunales han hecho este proceso explícito. Por ejemplo, el Tribunal de Casación egipcio ha afirmado que debe demostrarse que la coacción (física y psicológica) ha menguado la voluntad de la víctima de tal manera que se puede considerar que el delito se ha cometido en contra de la voluntad de la víctima y sin su consentimiento¹⁴¹. Por otro lado, en algunas jurisdicciones, este examen no se lleva a cabo y es suficiente con que concurra un “medio” sin necesidad de examinar si ha afectado al consentimiento.

¹⁴⁰ UNODC, *Documento temático: Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas* (2012), pág. 67.

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 26.

La importancia de evaluar “una constelación de circunstancias”: Si bien un solo país de los encuestados (Israel) se refirió explícitamente a la necesidad de demostrar el delito de trata mediante el examen de “una constelación de circunstancias”, la idea fundamental fue expresada y aceptada por otros¹⁴². Muy a menudo, las decisiones acerca de qué casos se investigarán y enjuiciarán se toman teniendo en cuenta las circunstancias generales del caso, y las decisiones judiciales sobre si se ha demostrado la trata se basan de manera similar en un amplio conjunto de factores. Entre estos, pueden figurar diversos medios, las circunstancias de la explotación y, dependiendo de la formulación de la ley, otras circunstancias que den fe de los elementos fundamentales de la definición de trata de personas, como la compra o la venta de la presunta víctima¹⁴³. Ejemplos de circunstancias relevantes pueden ser el fraude, las restricciones de movimientos, la retención de documentos de identidad y el hecho de no pagar un salario que permita vivir dignamente, cuya combinación podría ser necesaria para alcanzar el umbral de trata. Este tema es más amplio que la cuestión restringida del consentimiento, si bien tiene importantes repercusiones sobre cómo pueden tratarse constructivamente las consideraciones relativas al consentimiento.

4.4 El *tipo* de explotación y su *gravedad* también resultan relevantes para las consideraciones relativas al consentimiento

El Protocolo contra la Trata de Personas no establece una jerarquía de formas de explotación. Sin embargo, en la práctica, el grado en que el consentimiento resulta relevante en un caso concreto puede depender del tipo de explotación, así como de la gravedad de la explotación.

La encuesta confirmó la existencia de un consenso general entre los profesionales en cuanto a que el “tipo” de explotación no debe ser relevante para la cuestión del consentimiento. Sin embargo, existen firmes indicios de que, en la práctica, el tipo de explotación en cuestión es de hecho una consideración muy importante. En algunos casos, esto se debe simplemente a que la cuestión de si una persona ha consentido un acto que de otro modo sería legal es fundamental para establecer la existencia de un delito (por ejemplo, el matrimonio consensuado frente al matrimonio forzado). En otros casos, parece que los valores y las actitudes sobre lo que resulta aceptable o no en diferentes esferas de actividad pueden desempeñar un papel al determinar la importancia relativa del consentimiento en situaciones particulares.

Respecto de la “gravedad” de la explotación, los profesionales en general reconocieron que la gravedad de la explotación podría influir en las consideraciones relativas al consentimiento de la misma manera que sucede con la gravedad de los “medios”: cuanto más grave sea la explotación, más evidente resultará para los funcionarios de la justicia penal, los tribunales y otros que cualquier consentimiento afirmado por los autores o las víctimas es falso y no debe tenerse en cuenta, o bien

¹⁴² Por ejemplo las orientaciones para la fiscalía del Japón se refieren a la necesidad de considerar “todos los factores de forma exhaustiva”. Véase la notificación relativa a la aplicación de la reforma parcial del Código Penal del Japón de 1 de julio de 2005, parte 2, sección 1 1). En el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, la delegación de China afirmó la necesidad de “una evaluación exhaustiva de las circunstancias de la víctima”. Véase también el estudio nacional del Reino Unido anteriormente citado (en referencia a someter a análisis las “circunstancias generales del caso”).

¹⁴³ Véanse los estudios nacionales de Israel y Serbia.

que cuanto más grave sea la explotación, habrá menos valores de la sociedad que acepten que el consentimiento pueda resultar relevante. En pocas palabras, cuanto más grave es la explotación, menor relevancia adquiere el consentimiento.

Formas de explotación que conllevan “medios”: Varios profesionales señalaron que ciertas formas de explotación, sobre todo el trabajo forzado y el matrimonio forzado, entrañan “medios” que invalidan o comprometen el consentimiento. En esos casos las consideraciones relativas al consentimiento, lejos de hacerlo irrelevante, son inevitables debido a que las acciones subyacentes (mano de obra, matrimonio) no son ilegales salvo que no estén consensuadas. En la práctica, el resultado dependerá de la medida en que los medios se aborden como un elemento distintivo del delito en la jurisdicción correspondiente.

Trata con fines de extracción de órganos: ¿una anomalía? De todos los ejemplos de fines de explotación de la trata enumerados en el Protocolo, la “extracción de órganos” es el único que no constituye necesariamente un ilícito inherente, o de hecho un delito en el derecho interno. En otras palabras, a diferencia de la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, la extracción de órganos puede ser legal o ilegal dependiendo de la finalidad y las circunstancias de la extracción. En muchos Estados, la extracción de órganos será legal bajo ciertas circunstancias específicas. No está claro cómo funciona, o debería funcionar, el consentimiento en el contexto de la trata con fines de extracción de órganos. En los *Travaux Préparatoires* del Protocolo se aclaran ciertos aspectos de la cuestión en lo que respecta a los niños¹⁴⁴. Los principios rectores internacionales en materia de trasplante de órganos requieren el “consentimiento informado y voluntario” para la donación de personas vivas¹⁴⁵. Estos principios no abordan explícitamente la cuestión de la trata de personas con fines de “extracción de órganos”, ni la cuestión distinta del tráfico de órganos, sino que se centran en las condiciones de la “donación de personas vivas”. Ahora bien, todas las “donaciones de personas vivas” implican la extracción de órganos de la persona que consiente la “donación”. Por consiguiente, las normas internacionales sobre el “consentimiento” pueden ser de interés directo para el contexto presente. Los principios rectores internacionales desarrollan la norma sobre el consentimiento que debe obtenerse. El Principio Rector 3 de la OMS¹⁴⁶, por ejemplo, establece las condiciones previas de un “consentimiento informado y voluntario”, que requieren explícitamente que “los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida”. Los profesionales de muchos de los Estados entrevistados para

¹⁴⁴ *Travaux Préparatoires*, pág. 366 (nota interpretativa a efectos de que la extracción de órganos de niños por razones médicas o terapéuticas legítimas no puede constituir un elemento de la trata si cuenta con el consentimiento válido de un progenitor o tutor). Véase también el Estudio conjunto Consejo de Europa/Naciones Unidas sobre el tráfico de órganos, tejidos y células y la trata de personas con el fin de la extracción de órganos (Consejo de Europa / Naciones Unidas, 2009), págs. 80 y 81 (donde se señala que esto también establece el límite del consentimiento legítimo de los padres o tutores: “si dan su consentimiento a la extracción de órganos por razones que no sean médicas o terapéuticas legítimas, se cometerá el delito de trata. En cuanto a la cuestión de cuáles son las razones médicas o terapéuticas legítimas, debe ... hacerse referencia a las normas médicas y éticas reconocidas”).

¹⁴⁵ Véanse, por ejemplo, los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos, que la 63ª Asamblea Mundial de la Salud hizo suyos en mayo de 2010, Resolución WHA63.22

¹⁴⁶ *Ibid.*

la encuesta (la mayoría de los cuales incluyen la “extracción de órganos” en la lista de fines de la explotación en la legislación nacional), declararon que el comercio de órganos con el consentimiento aparentemente válido del “donante”, aunque ilegal y pese a que pudiera entrañar un posible abuso de la vulnerabilidad, en sus respectivas jurisdicciones no se enjuiciaría normalmente como trata de personas. Si debiera hacerse es otra cuestión¹⁴⁷, y la escasez de jurisprudencia hace que gran parte de lo dicho sea especulativo.

Explotación sexual frente a explotación laboral: diferentes normas y prioridades:

El estudio confirma que el tipo de explotación en cuestión relacionado con la trata puede influir en cómo se interpretan las afirmaciones de consentimiento y cómo este repercute en el proceso de justicia penal. En general, en la mayoría de los Estados encuestados, se hizo hincapié en que el papel del consentimiento es más complejo en los casos de explotación laboral que en los de explotación sexual. Esto puede tener relación con diferentes umbrales jurídicos para las dos formas de explotación¹⁴⁸. En algunos Estados, aun cuando las propias víctimas afirmen decididamente el consentimiento, o cuando existan indicios de dicho consentimiento, tales afirmaciones se desestimarán en los casos de trata con fines de explotación sexual. Cuando esto se combina con una interpretación amplia de los medios más “sutiles” como el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, puede imputarse el delito de trata por conductas que en otros lugares podrían considerarse de proxenetismo o de lucrarse con la prostitución. En esos mismos Estados, una afirmación similar de consentimiento por parte de una víctima de trata con fines de explotación laboral, o los indicios de consentimiento, pueden ser tratados de manera muy diferente y considerarse que tienen gran relevancia para la cuestión de si de hecho se ha producido o no trata con fines de explotación laboral¹⁴⁹. En varios Estados, los profesionales señalaron que la ubicuidad de las malas condiciones de trabajo y los salarios exigüos son un factor importante en lo que respecta a la relevancia del consentimiento: si el consentimiento se considerara verdaderamente irrelevante, se darían gran cantidad de casos de trata con fines de explotación laboral que saturarían el sistema. Habida cuenta de ello, tener en cuenta el consentimiento, al menos en cierta medida, especialmente cuando la explotación no se sitúa en el extremo de la escala si se compara con las condiciones locales, puede considerarse una forma de dar prioridad a los casos¹⁵⁰. Uno de los países encuestados constituía

¹⁴⁷ Para abundar en esta cuestión, véase el Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños correspondiente a 2013, que se centra en la trata de personas con fines de extracción de órganos. Documento de las Naciones Unidas A/68/256, 2 de agosto de 2013

¹⁴⁸ Por ejemplo, la Ley de protección a las víctimas de la trata y la violencia de 2000 de los Estados Unidos otorga una protección especial a las víctimas de formas graves de trata, incluido *cualquier tipo* de “acto de comercio sexual” inducido por la fuerza, el fraude o la coacción. El trabajo que no es de índole sexual solo se considera grave cuando se utiliza la fuerza, el fraude o la coacción para someter a la persona a servidumbre involuntaria, peonaje, servidumbre por deudas o esclavitud. Véanse los artículos 103(8)(A) y (B) y 107(b)(1)(A), (1)(C), (2)(e).

¹⁴⁹ Cabe señalar que la dicotomía entre explotación sexual y explotación laboral con relación al consentimiento no se produce en todos los Estados encuestados. Por ejemplo, en los Estados donde la prostitución es una actividad legal (y por tanto susceptible de que se otorgue el consentimiento a la misma), el consentimiento es de gran importancia para demostrar el acto de la explotación. Por ejemplo, en Australia, las afirmaciones de consentimiento de la víctima pueden ser suficientes para evitar que una investigación o enjuiciamiento sigan adelante, salvo que haya claros indicios de que el consentimiento se ha visto menoscabado o invalidado por el uso de medios como el engaño, la fuerza y la coacción.

¹⁵⁰ Si bien las condiciones imperantes en el mercado general de trabajo se veían como un indicador útil de la explotación que llegaba a un nivel que invalidaba el consentimiento aparente, los profesionales sostuvieron que

una excepción a esta tendencia, ya que requiere un umbral más alto para la trata con fines de explotación sexual que para la trata con fines de explotación laboral, que se equipara a la esclavitud. Sin embargo, ambos sistemas tienen en común la importancia práctica del tipo y la gravedad de la explotación en la forma de tratar el consentimiento¹⁵¹.

Explotación sexual frente a explotación laboral: diferencias en la carga probatoria: Debido a los factores mencionados anteriormente, los tribunales pueden considerar de manera diferente el consentimiento en los casos de trata con fines de explotación laboral y en los casos de trata con fines de explotación sexual. Los resultados de la encuesta indican que en la mayoría de las jurisdicciones estudiadas, en los casos de explotación laboral, el ministerio fiscal puede tener que esforzarse más en explicar los “medios” que se han utilizado para hacer irrelevante el consentimiento (o, según la formulación de algunos Estados, los medios utilizados para invalidar el consentimiento) y que las condiciones de explotación tendrán que ser más graves para lograr una condena que en el caso de situaciones de trata con fines de explotación sexual. En general, se consideró que se requiere un umbral más bajo de explotación para demostrar la explotación sexual (dado que el contexto sexual a menudo se considera explotador en sí mismo), que en el caso del trabajo forzado (dado que el trabajo se realiza en un contexto “normal” por lo demás). Uno de los países encuestados constituía una excepción a esta tendencia, dado que la explotación sexual requería una carga probatoria más exigente que en el caso de la explotación laboral.

Explotación sexual frente a explotación laboral: dimensión de género: Los fines de explotación parecen estar muy influidos en la práctica por factores de género, y las respuestas teñidas de género a la trata han alimentado esta tendencia. En casi todos los países, las mujeres y las niñas suelen estar más representadas en los casos identificados de trata con fines de explotación sexual. Los hombres y niños se asocian más a menudo con la trata con fines de explotación laboral. Es de prever que las diferencias en la forma de considerar el consentimiento en estos dos ámbitos reflejen y perpetúen estereotipos de género profundamente arraigados. Es cierto que la encuesta indica que en la mayoría de los Estados encuestados los funcionarios de la justicia penal a veces tienen puntos de vista sobre el consentimiento influidos por factores de género: lo consideran menos relevante en los casos que afectan a víctimas femeninas en comparación con los casos que afectan a víctimas masculinas. En efecto, puede que se exijan más pruebas (por ejemplo, de mayores niveles de explotación o del uso de medios más severos) para afirmar la irrelevancia del consentimiento de una víctima masculina que la de una víctima femenina. También en este contexto, uno de los países encuestados fue una excepción a esa tendencia.

las comparaciones con las condiciones en el país de origen de la víctima no eran válidas y no debían utilizarse como pauta para sopesar la relevancia del consentimiento.

¹⁵¹ España parece constituir una excepción al respecto. Los profesionales indicaron que en ese país se considera más difícil demostrar la trata con fines de prostitución forzada que la trata con fines de trabajo forzado. Se citaron varias razones, como la falta de reglamentación sobre la prostitución y el alto grado de certeza de las pruebas requeridas para demostrar la prostitución forzada, así como la aceptación social de la prostitución. Además, las estrictas reglamentaciones laborales han dado lugar a una fusión del trabajo forzado con el concepto de 'esclavitud', considerada inequívocamente inaceptable en la sociedad española.

4.5 La cuestión de la responsabilidad penal de las personas objeto de trata puede poner al descubierto los límites del principio de la irrelevancia del consentimiento

La irrelevancia del consentimiento se pone a prueba de manera más rigurosa en el contexto de la trata con fines de explotación en actividades delictivas. La normativa internacional reconoce que las personas objeto de trata no deben considerarse responsables de los delitos que han sido obligadas a cometer por los responsables de la trata o como consecuencia directa de ser objeto de trata, como por ejemplo (de manera no exclusiva) la violación de las leyes sobre inmigración, delitos de prostitución y delitos laborales por falta de documentación¹⁵². La lógica en que se basa esta norma es que, en una situación de trata, a menudo las acciones son involuntarias o de otro modo ajenas al control de la víctima¹⁵³.

La situación es menos clara con respecto a la responsabilidad jurídica por la participación de la víctima en actividades delictivas cuando esas actividades parecen ser el fin de la explotación de la propia trata. Algunos ejemplos que se han puesto de manifiesto en la jurisprudencia disponible son la trata con fines de producción de drogas y el hurto organizado. También puede haber inferencias de responsabilidad jurídica en los Estados donde la prostitución es ilegal. La participación de las víctimas de trata (normalmente antiguas víctimas) en actividades de trata es un fenómeno conexo pero potencialmente distinto. La cuestión principal para el presente estudio es en qué medida debe relacionarse el consentimiento aparente de la víctima para participar en actividades delictivas con su propia culpabilidad por esos delitos. La encuesta confirmó que la mayoría de los Estados no han adoptado una posición explícita acerca de este tema, tal vez debido en parte a que los fines de la explotación establecidos en la legislación tienden a no incluir la explotación en actividades delictivas¹⁵⁴. En la práctica, parece claro que los delitos cometidos incidentalmente

¹⁵² Si bien el Protocolo contra la Trata de Personas no se pronuncia sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas ha recomendado que los Estados partes en el Protocolo “estudi[en], de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales”. “Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, celebrada en Viena los días 14 y 15 de abril 2009”; Documento de las Naciones Unidas CTOC/COP/WG.4/2009/2, de 21 de abril de 2009, recomendación 1 H). El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, en su artículo 26, y la Directiva de la Unión Europea 2011/36/UE, en el párrafo 14 de sus considerandos, contienen una disposición en ese sentido. Obsérvese que el informe explicativo sobre el Convenio del Consejo de Europa sobre la Trata vincula el concepto de coacción al elemento de los medios de la trata, incluyendo de ese modo la participación en actividades ilegales como consecuencia de la coacción, el rapto, el fraude, el engaño o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Consejo de Europa, Informe explicativo sobre el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, STE 197, 16.V.2005, párr. 273. En 2013, la Oficina de la Representante Especial y Coordinadora para la Lucha contra la Trata de Personas de la OSCE publicó, en consulta con el equipo de coordinación de expertos de la Alianza contra la Trata de Personas el documento titulado “Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking”, donde se examina la cuestión del consentimiento en relación con el principio de no sancionar a las víctimas.

¹⁵³ Por ejemplo, la Directiva de la Unión Europea 2011/36/UE, en su considerando 14, afirma que el principio de no procesar o castigar por delitos debidos a las circunstancias: “no debe excluir el procesamiento o el castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria”.

¹⁵⁴ Obsérvese que la Directiva de la Unión Europea 2011/36/UE añade a la lista de los fines de explotación del Protocolo “la explotación para realizar actividades delictivas” (artículo 2 3)) que debe entenderse como “como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica” (considerandos, párr. 11).

en el transcurso de la explotación se justifican más fácilmente que los delitos cometidos como una manifestación directa de los fines de la explotación, sobre todo cuando existe algún indicio de un posible consentimiento en este último caso.

La encuesta también ha puesto de manifiesto que los Estados que se enfrentan a la trata con fines de explotación en actividades delictivas son reacios a aceptar plenamente el principio de la irrelevancia del consentimiento, incluso en situaciones en que puede demostrarse la concurrencia de “medios” que atañen a la trata. La preocupación principal parece ser el riesgo de proveer de una inmunidad completa que permita a las personas penalmente responsables eludir las consecuencias de sus acciones y a los empresarios de la delincuencia utilizarlo en mayor medida si cabe para promover sus actividades. Por ejemplo, si se aceptara que los trabajadores extranjeros sometidos a explotación, engaño o coacción no sean acusados de cultivo de drogas, fundamentándose en que el consentimiento aparente ha quedado invalidado o resulta irrelevante en razón del abuso de su vulnerabilidad o del empleo de otros “medios”, podría abrirse la puerta a una mayor explotación de esas personas. También podría suponer un importante obstáculo al enjuiciamiento de los empresarios que, mediante la utilización de esas personas, pueden retirarse de la primera línea del cultivo de drogas. Si se aceptara que las personas que han sido objeto de trata deben ser inmunes procesalmente por participar en actividades delictivas relacionadas con la trata, podría fomentarse el uso de esas personas y de hecho impedir lo que algunos considerarían enjuiciamientos válidos.

La distinción entre las consideraciones acerca del consentimiento en relación con el delito de trata en comparación con la participación de las víctimas de trata en actividades delictivas parece ser más una cuestión de grado que de fondo. En otras palabras, la encuesta indicó que si bien se aplica un razonamiento similar en ambas situaciones, el umbral para desestimar el consentimiento aparente parece ser relativamente más elevado en la segunda situación. Otro factor podría ser la gravedad de los delitos que atañen a los casos que se presentaron en la encuesta, en comparación con los delitos que se producen al azar en el curso de la trata o como consecuencia de ella, que por lo general, aunque no siempre, son delitos de inmigración. El pequeño número de casos examinados en este estudio confirmó que los tribunales de varios Estados han puesto en duda el “victimismo” de las personas que han entrado o regresado a sabiendas al “lugar de trabajo” delictivo, y han estado relativamente menos dispuestos a aceptar interpretaciones amplias de “medios” “más sutiles” (como el abuso de una situación de vulnerabilidad) como justificación para desestimar el consentimiento aparente para participar en actividades delictivas.

4.6 La orientación debería tener en cuenta el equilibrio entre la necesidad de claridad y la flexibilidad:

La encuesta y la reunión del grupo de expertos pusieron de manifiesto un deseo de disponer de orientaciones claras sobre el “consentimiento” en aras de la justicia, la coherencia y la certidumbre. Se consideró que los parámetros del delito de trata deben ser conocidos y comprensibles para todos.

A la mayoría de los profesionales el “consentimiento” les resulta un tema complejo y difícil de manejar en la práctica, aun cuando la ley u otros materiales establezcan una

posición concreta con mucha claridad. Esto parece apuntar a la necesidad de claridad. Sin embargo, durante la reunión del grupo de expertos, los profesionales también afirmaron ser conscientes de la diversidad de enfoques legítimos con respecto a este tema y la complejidad de la cuestión, que requieren alcanzar un equilibrio entre la claridad y la flexibilidad. Así pues, algunos profesionales expresaron la opinión de que podría ser útil que en las orientaciones se plantearan las cuestiones que suscita el consentimiento, incluso si no se les diera una respuesta.

Otros temas que surgieron acerca de la necesidad de claridad y orientación y su naturaleza son los siguientes:

- Al tiempo que se adhieren al espíritu del Protocolo, los Estados deben conservar la libertad de decidir cómo se tratará el consentimiento en la legislación nacional. La experiencia de los países confirma que no existe un enfoque concreto del consentimiento que se ajuste de manera uniforme a todos los Estados y a todas las situaciones. Por consiguiente, es importante que toda orientación ofrecida no tenga carácter preceptivo.
- Para que resulten útiles, las orientaciones o consideraciones podrían basarse en una armonía de criterios sobre cómo funciona el consentimiento en los diferentes sistemas jurídicos más importantes y ser suficientemente amplias y flexibles para tener en cuenta las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales.
- Las orientaciones deben dirigirse a alcanzar un equilibrio entre los dos riesgos que se han puesto de manifiesto en relación con el consentimiento: i) que los indicios o las afirmaciones de consentimiento están impidiendo la identificación, investigación y enjuiciamiento de casos de trata; y ii) que la adhesión rígida a la irrelevancia del consentimiento puede distorsionar el entendimiento de lo que constituye “trata” y poner en peligro una respuesta eficaz de la justicia penal.
- Al tiempo que tienen presentes los riesgos descritos anteriormente, las orientaciones deben dirigir a los organismos de justicia penal hacia un enfoque centrado en las acciones e intenciones delictivas del autor, en lugar de las acciones e intenciones de la víctima.

5 Cuestiones para el examen y el debate

A continuación figura una lista de preguntas y cuestiones para el debate suscitadas a partir de la encuesta y los análisis presentados anteriormente. Obsérvese que las conclusiones del documento temático se basan o se centran en algunos de estos puntos solamente.

Cuestiones generales en materia de valores, políticas y riesgo:

- ¿Qué razones justifican la irrelevancia del consentimiento? ¿Guardan relación con los valores? ¿Obedecen a consideraciones prácticas? ¿A la realidad? ¿A los tres factores?
- ¿Puede una persona consentir la explotación? ¿Y la explotación grave? ¿Y la esclavitud?
- ¿Existen situaciones en que efectivamente están presentes los elementos de la trata que establece el Protocolo, pero el consentimiento *no* debe desestimarse, porque la “víctima” lo afirma o declara objetivamente, de tal manera que parece tener sentido? Y, a la inversa, ¿existen situaciones en que deba considerarse irrelevante el consentimiento incluso si no se han empleado “medios”?
- ¿Existe el riesgo de que el principio de la irrelevancia del consentimiento, cuando se demuestra el uso de medios (especialmente cuando se aplica en el contexto de una interpretación amplia de los medios), se traduzca en una ampliación del concepto de trata que vaya más allá del espíritu del Protocolo y la intención de los Estados Miembros que participaron en su elaboración? ¿Qué repercusiones prácticas tendría?
- Por el contrario, ¿existe el riesgo de que una interpretación restrictiva del principio de la irrelevancia del consentimiento dé lugar a una merma del concepto de trata que no esté de acuerdo con el espíritu del Protocolo contra la Trata de Personas y la intención de los Estados Miembros que participaron en su elaboración? ¿Qué repercusiones prácticas tendría?
- ¿Existe el riesgo conexo de que en la práctica se haga caso omiso del principio de la irrelevancia del consentimiento: que los investigadores, los fiscales y los tribunales puedan servirse de indicios o afirmaciones del consentimiento para dedicar menos atención a los casos “difíciles” o “confusos” de trata? ¿Podría justificarse de algún modo un enfoque de este tipo?
- ¿Pueden las consideraciones acerca del consentimiento resultar pertinentes para distinguir entre las situaciones caracterizadas por las malas condiciones de trabajo y las situaciones de trata con fines de trabajo forzado?

-
- ¿Qué papel debería desempeñar, en su caso, el consentimiento a la hora de diferenciar entre las situaciones que deben abordarse como delitos graves de trata de personas con fines de trabajo forzado y las situaciones que pueden abordarse más adecuadamente como infracciones laborales menos graves?

Aplicación del artículo 3 b) del Protocolo:

- Al determinar si se ha producido un delito de trata, ¿sería necesario probar que los “medios” han invalidado o menoscabado realmente el consentimiento, o que son de tal gravedad que lo han invalidado o menoscabado? ¿O bien debería ser suficiente la concurrencia de “medios” para que el consentimiento resulte completamente irrelevante, como declaración de valor?
- ¿Cuáles son los parámetros de la “irrelevancia del consentimiento”? ¿Se limitan a demostrar si se ha producido un delito de trata, o deberían extenderse también a otros asuntos, como la identificación de las víctimas y la condena de los autores?
- ¿Cuándo resulta relevante el consentimiento y en relación con qué? ¿Al *acto* de la trata? ¿A la explotación intencional? ¿A la explotación real? ¿Hay alguna diferencia entre vincular la referencia a la irrelevancia del consentimiento al elemento del “acto” o al elemento del “fin” de la explotación?
- ¿Es importante o significativa desde el punto de vista jurídico la formulación de esa referencia? Por ejemplo, la afirmación de que el consentimiento es irrelevante en los casos de trata de niños ¿implica que podría ser relevante en los casos de adultos?
- ¿Es preferible redactar este principio de otra forma? Por ejemplo, ¿debería afirmarse que el consentimiento no podrá invocarse como defensa cuando se haya recurrido al uso de medios? ¿Qué riesgos plantea el hecho de redactar el principio de otra forma?

El consentimiento y el elemento de los “medios”:

- ¿Resulta fundamental para poder tratar el tema del consentimiento asegurarse de que se han delimitado y definido debidamente los “medios”?
- ¿Resultaría adecuado delimitar y definir los medios a través del requisito de que sean suficientemente graves como para invalidar cualquier consentimiento aparente o afirmado? ¿Cómo se determinaría la gravedad?
- ¿Existe algún problema asociado a un enfoque excesivamente prescriptivo como este respecto de los medios? Por ejemplo, ¿podría esto impedir que se tengan debidamente en cuenta las circunstancias individuales de una víctima? ¿Podría impedir enjuiciamientos?
- ¿Desdibuja el uso de medios “sutiles”, como el abuso de una situación de vulnerabilidad, la distinción entre tipos penales cuando entra en juego el consentimiento? ¿En qué medida abordan las orientaciones para profesionales de la UNODC sobre el abuso de una situación de vulnerabilidad¹⁵⁵ este riesgo y le dan respuesta? ¿Pueden mejorarse para tener en cuenta el consentimiento más adecuadamente?

¹⁵⁵ UNODC, *Nota orientativa sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad” como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado 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* (2012).

-
- Dado que los responsables de la trata tienden a recurrir a medios “sutiles” como opción, ¿cómo pueden asegurarse los profesionales de que las cuestiones relativas al consentimiento no impidan el enjuiciamiento de esos casos?
 - ¿Qué efectos prácticos tiene en el consentimiento una definición de trata que no contenga el elemento de los medios? ¿Se tienen no obstante en cuenta los medios, pero solo en el contexto de la “explotación”? ¿Puede aplicarse igualmente el principio de la irrelevancia del consentimiento, o debe modificarse?
 - Si los “medios” son relevantes para el consentimiento en general ¿cómo puede entenderse el enfoque sobre el consentimiento en el contexto de los fines de explotación que entrañan medios (como el trabajo “forzado” y el “matrimonio forzado”)? ¿Hace esto innecesario demostrar por separado los medios una vez que se ha demostrado la finalidad del acto? ¿Sería todavía necesario acreditar los “medios” en relación con el “acto” de la trata?

El consentimiento, la gravedad de los medios y de la explotación o sus fines:

- ¿Se considera que el uso de medios más directos (fuerza, violencia, etc.) hace que el consentimiento resulte irrelevante (o se invalide) más fácilmente que cuando los medios son más sutiles (abuso de una situación de vulnerabilidad, engaño de poca importancia, coacción psicológica)? ¿Resulta adecuado?
- ¿Facilita la presencia de medios más directos las investigaciones, enjuiciamientos y condenas? Si es así, ¿por qué?
- ¿Incide la gravedad de la explotación en la relevancia del consentimiento? ¿Debería ser así?
- ¿Incide el tipo de explotación en la relevancia del consentimiento? ¿Debería ser así?
- ¿Resulta el principio de la irrelevancia del consentimiento más problemático en relación con algunos fines de explotación que con otros? En caso de que así sea, ¿cuáles y por qué?

El consentimiento en relación con la responsabilidad penal de las personas objeto de trata:

- ¿Debería la disposición sobre el consentimiento del Protocolo contra la Trata de Personas aplicarse por igual al examen de la culpabilidad penal en los delitos cometidos por las víctimas de trata, cuando el fin de la explotación de la trata es la comisión de delitos? ¿Resultaría práctico o deseable un enfoque de ese tipo desde una perspectiva normativa y de orden público?
- ¿Cómo debe abordarse la cuestión del consentimiento al examinar los delitos de trata en los que están involucradas personas que son o han sido (o alegan que son o han sido) víctimas de la trata?

Las cuestiones de fondo que podrían tratarse por medio de orientaciones se analizan en el anexo 1 de este documento temático.

* * *

ANEXO 1: Consideraciones fundamentales para los profesionales de la justicia penal al abordar la irrelevancia del “consentimiento” en la trata de personas

A continuación se ofrecen a los profesionales de la justicia penal que tienen que ocuparse de la cuestión del consentimiento de la víctima durante la identificación, la investigación y el enjuiciamiento de la trata los aspectos fundamentales que deben considerarse con relación al concepto de consentimiento en la definición de trata. Estas cuestiones surgieron de los debates de la reunión de expertos celebrada en Viena (Austria), los días 17 y 18 de febrero de 2014.

Estas consideraciones fundamentales se centran en las cuestiones que pueden suscitarse en relación con el consentimiento de la víctima, y se sugiere una serie de acciones concretas que pueden contribuir a darles solución. Como es natural, su uso dependerá del sistema jurídico, la legislación, la jurisprudencia y las directrices de cada Estado.

INTRODUCCIÓN

1. Comprender la irrelevancia del consentimiento en la trata de personas

El punto de partida de todo profesional que se enfrente a un caso de trata es que el consentimiento es irrelevante. La base de referencia se establece en el Protocolo contra la Trata de Personas, que vincula el consentimiento a los “medios” (excepto en el caso de la trata de niños). Sin embargo, las legislaciones nacionales difieren claramente en la forma de aplicar esa referencia. Puede que vinculen el tema del consentimiento a los “medios” utilizados por el responsable de la trata o que no lo vinculen; puede que formulen la irrelevancia de diferentes formas: que el consentimiento no es un elemento del delito, que no sirve de defensa ante el delito, o que no tiene nada que ver con la culpabilidad o la inocencia del presunto responsable de la trata. No obstante, puesto que la base de referencia es el Protocolo contra la Trata de Personas, a los profesionales les resultará útil conocer y comprender sus disposiciones, a saber:

1.1. En el artículo 3 a) del Protocolo contra la Trata de Personas, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define el delito de trata.

“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.”

En el artículo 3 b) del Protocolo contra la Trata de Personas se declara expresamente lo siguiente:

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.

1.2. En el artículo 3 b) se señala explícitamente que, si bien el consentimiento de los niños víctimas de la trata siempre es irrelevante, el consentimiento de un adulto resulta irrelevante cuando el responsable de la trata haya recurrido a cualquiera de los “medios” previstos.

1.3. En el Protocolo contra la Trata de Personas no se establece una distinción en función de los “medios” utilizados o del tipo de explotación, lo que significa que el consentimiento de la víctima a la explotación intencional es irrelevante, al margen del tipo de explotación¹⁵⁶, y con independencia de los medios que se hayan empleado.

1.4. Cabe señalar dos consideraciones de interés para la aplicación de la disposición del Protocolo: en primer lugar, el riesgo de que una concepción de la trata demasiado amplia pueda diluir la gravedad del delito y, en segundo lugar, el riesgo de que una concepción demasiado restringida de la trata pueda impedir la investigación y el enjuiciamiento del delito de trata de personas.

1.5. Se considera que la inclusión de la disposición relativa a la irrelevancia del consentimiento refleja la previsión de los Estados de los posibles riesgos y la confusión derivada del consentimiento aparente de la víctima, incluido el riesgo de que las víctimas que al parecer han dado su consentimiento no sean identificadas como tales, o que el consentimiento de la víctima pueda invocarse erróneamente como defensa ante el delito de trata.

IDENTIFICACIÓN E INVESTIGACIÓN

2. Riesgos y problemas que plantea la cuestión del consentimiento con respecto a la identificación de las víctimas y las investigaciones

2.1. El consentimiento aparente de una víctima a su explotación, o una disposición aparente a permanecer en una situación de explotación, puede plantear problemas específicos para identificar a esa persona como víctima de la trata. Las víctimas de la trata pueden haber intentado activamente salir de la situación en que son objeto de explotación, pueden haberse acostumbrado a ella, o considerar que están “mejor” en la situación de explotación si se compara con su situación anterior. Las víctimas pueden tener relaciones complejas con los responsables de la trata, caracterizadas por el control, la existencia de vínculos familiares u otros vínculos estrechos, la dependencia o incluso el afecto. Debido a muchas razones complejas, una víctima puede “consentir” la explotación de tal manera que inicialmente no parezca ser una víctima. Pueden intervenir factores socioeconómicos: por ejemplo, las víctimas pueden estar acostumbradas a trabajar largas jornadas en malas condiciones.

¹⁵⁶ Puede obtenerse más información sobre la cuestión del consentimiento en el contexto de casos que entrañan el “abuso de una situación de vulnerabilidad” en: UNODC, *Documento temático: Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas* (2012), en particular en las páginas 78 y 79.

El consentimiento aparente también puede reflejar factores culturales, como el énfasis en el cabeza de familia o la unidad familiar como responsables de tomar las decisiones, o estereotipos de género aceptados que disuaden a las mujeres y las niñas de expresar sus puntos de vista. También pueden ser importantes los factores psicológicos, como el miedo, la vergüenza y la incapacidad para hacer frente a lo que ha sucedido. Además, las víctimas pueden pensar equivocadamente que, al dar inicialmente su consentimiento, han aceptado todo el proceso y, por tanto, no se consideran a sí mismas como víctimas de la delincuencia.

2.2. El hecho de que las víctimas no se identifiquen a sí mismas como víctimas, sino que insistan en que han dado su consentimiento a la situación de explotación en que se encuentran, puede hacer que resulte difícil prestar ayuda a esas personas o sacarlas de esa situación. También pueden ser vulnerables a ser otra vez objeto de trata, y volver a la situación de explotación.

2.3. Las víctimas que han “consentido” su explotación, especialmente las que piensan que han salido beneficiadas y desean permanecer en esa situación o volver a ella, a menudo no están dispuestas a cooperar con los profesionales de la justicia penal y rehúsan denunciar a los responsables de la trata o declarar en su contra. Estas personas con frecuencia tienen pocos incentivos, o ninguno, para participar en los procesos de justicia penal contra la persona o personas que consideran que son sus benefactoras.

3. Gestión y reducción de riesgos derivados de las cuestiones relativas al consentimiento para las investigaciones y la identificación de las víctimas

3.1. Un funcionario de primera línea no debe verse disuadido de remitir un caso para que se siga investigando basándose únicamente en las afirmaciones del consentimiento de una persona. El mero hecho de que pueda parecer que una persona realiza un trabajo o presta unos servicios voluntariamente en determinadas condiciones no debe dar lugar a que el caso no se remita para su investigación o que una investigación en curso se dé por finalizada. Las personas responsables de identificar a las víctimas o que están en condiciones de identificar a posibles víctimas de trata deben estar formadas para entender que el consentimiento aparente no significa necesariamente que la persona en cuestión no haya sido objeto de trata. Los investigadores tampoco deben verse disuadidos de llevar a cabo una investigación por la única razón de que la persona afirme su consentimiento, sino que, más bien, deberán examinar la constelación de circunstancias que han dado lugar a que la víctima se encuentre en la situación de explotación, y tomar su consentimiento como un posible indicador de los medios que pueden haberse utilizado para hacerla objeto de trata.

3.2. Cada víctima y cada caso de trata de personas son únicos y plantean problemas concretos que requieren respuestas específicas y no estereotipadas. Para determinar si el consentimiento en un caso en particular se ha dado libremente o es el resultado de una manipulación indebida del responsable de la trata, deben reunirse todos los hechos mediante una investigación exhaustiva, que incluya una cuidadosa entrevista, sensible a los intereses de la víctima. Al utilizar técnicas de entrevista sensibles a las necesidades de las víctimas, los funcionarios encargados de la respuesta inicial y los investigadores estarán en mejores condiciones para establecer la confianza y una buena relación con las víctimas, a fin de obtener con mayor eficacia una idea precisa

de lo que se ha hecho a la víctima. Interrogar cuidadosamente a la víctima, teniendo en cuenta su situación y en un ambiente de confianza puede permitir conseguir una explicación razonable a negativas iniciales que resuelvan la cuestión del consentimiento¹⁵⁷.

3.3. Los investigadores deben asegurarse de que la percepción que tienen las víctimas de su situación no les distraiga de reunir pruebas de las acciones y las intenciones de los presuntos responsables de la trata. Sus posibilidades de hacerlos pueden fortalecerse mediante formación que se ocupe de los mecanismos que utilizan los responsables de la trata para controlar a las víctimas; los “medios” que utilizan para explotarlas; la conducta habitual de las víctimas; y la posible vulnerabilidad de las personas a la trata, tanto antes, como durante y después de que sean objeto de trata¹⁵⁸. En último término, los investigadores deben hacer un análisis cuidadoso en estrecha consulta con el fiscal, a fin de determinar si las pruebas son suficientes para demostrar todos y cada uno de los elementos del delito de trata.

ENJUICIAMIENTO

4. Riesgos y problemas planteados por la cuestión del consentimiento en el proceso de enjuiciamiento

4.1. Cuando se han utilizado medios flagrantes en la trata de una persona (como la amenaza, el uso de la fuerza o el rapto), en general caben pocas dudas de que no se ha prestado consentimiento o este carece de sentido. Cuando se han utilizado medios más “sutiles” o ambiguos, las cuestiones relacionadas con el consentimiento pueden plantear problemas en los casos de trata, y convertirse en un factor que tengan presente los encargados de tomar las decisiones (tanto jueces como jurados). El hecho de que los responsables de la trata recurran cada vez más a medios sutiles pone de relieve la importancia de conseguir un relato completo y veraz de las víctimas y de obtener pruebas suficientes que corroboren que se ha recurrido al uso de medios.

4.2. Los indicios o afirmaciones de consentimiento de la víctima pueden ser potencialmente perjudiciales para que el enjuiciamiento salga adelante, especialmente cuando se depende en gran medida del testimonio de las víctimas, a falta de otras pruebas. Los testimonios de las víctimas pueden ser incoherentes, contradictorios, o incluso claramente falsos y cambiar a lo largo del proceso de enjuiciamiento. Las víctimas pueden afirmar reiteradamente que han consentido su explotación. O bien, la víctima puede negarse a declarar en absoluto y no comparecer en el juicio. Por ello, los jueces y los jurados pueden ser reacios a condenar, con independencia de las pruebas, si no creen que la persona en cuestión ha sido, en efecto, convertida en víctima.

¹⁵⁷ Las técnicas de entrevista sensibles a los intereses de las víctimas se tratan en el módulo 8, “Entrevistas de víctimas de la trata de personas que sean posibles testigos” y el módulo 9, “Entrevistas de niños víctimas de la trata de personas” del Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal de la UNODC, disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2009/anti-human-trafficking-manual.html>.

¹⁵⁸ Estos temas se tratan en los módulos 1 a 4 del Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal de la UNODC, disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2009/anti-human-trafficking-manual.html>.

4.3. A este respecto, los jueces y los jurados pueden estar influidos por determinados mitos, estereotipos preconcebidos o presunciones sobre las víctimas que dan su consentimiento para realizar ciertos tipos de trabajo o prestar determinados servicios. Esas presunciones pueden influir indebidamente en los encargados de tomar las decisiones, y plantear problemas a los fiscales que tienen que trabajar para ayudar a los jueces y jurados a ver más allá del consentimiento aparente de la víctima para entender las acciones, los métodos y las intenciones de explotación de los responsables de la trata.

5. Gestión y reducción de riesgos planteados por las cuestiones relativas al consentimiento para el proceso de enjuiciamiento

5.1. La existencia o inexistencia de consentimiento aparente o afirmado no debe ser un factor determinante para decidir si se debe proceder a enjuiciar un caso concreto como caso de trata. Más bien, el fiscal debe tener en cuenta todas las pruebas del caso para determinar si, en su conjunto, son suficientes para demostrar todos y cada uno de los elementos del delito de trata. Esto incluirá necesariamente considerar si la víctima es un testigo eficaz y está dispuesta a testificar, lo que reviste interés especial en los casos en que la víctima afirma su consentimiento, ya que es probable que en esos casos la víctima no desee declarar contra el presunto responsable de la trata. El ministerio fiscal debe sopesar si al no haber testimonio de la víctima el caso puede ser enjuiciado con buenos resultados como delito de trata.

5.2. Aunque el consentimiento como tal no sirve de defensa ante el delito de trata, los indicios o afirmaciones de consentimiento pueden ser pruebas relevantes de que se han utilizado medios. Como se ha señalado anteriormente, la defensa puede utilizar el consentimiento para alegar que no se han empleado medios, o el ministerio fiscal para demostrar su uso. Por ejemplo, el consentimiento de la víctima puede aportar información sobre el uso del engaño para lograr ese consentimiento, o del abuso de poder o de su situación vulnerable. Los fiscales deben considerar la posibilidad de presentar pruebas que demuestren las intenciones y acciones del responsable de la trata para explotar a su víctima, a través del uso de medios (en el caso de los adultos).

5.3. Una buena práctica que pueden seguir los profesionales es afrontar directamente las cuestiones relativas al consentimiento en las primeras fases del juicio, asumiendo la cuestión con rapidez y abordándola directamente, con el fin de ayudar al tribunal a formarse una imagen completa. Es preferible que durante el juicio los profesionales no se basen únicamente en los testimonios de las víctimas, y que dispongan de pruebas confirmatorias para explicar las incoherencias de los testimonios de las víctimas, y mostrar por qué una víctima puede considerar que no ha sido una víctima durante el proceso de la trata o incluso después¹⁵⁹. Será útil contextualizar las pruebas para ayudar a los jueces y jurados a entender por qué las víctimas han tomado las decisiones que han tomado o carecen de opciones significativas para hacer otra cosa, y además, para mostrar la imagen más completa de las circunstancias

¹⁵⁹ Las pruebas pueden incluir conversaciones telefónicas o mensajes de texto intervenidos, datos financieros, rastros en el lugar del delito y fotografías de las condiciones de explotación o las condiciones de vida de la víctima antes de que fuera objeto de trata. A veces, la ausencia de determinadas cosas puede complementar el testimonio de la víctima, como por ejemplo la ausencia de preservativos en los burdeles o el testimonio de un vecino que nunca ha visto a la víctima entrar o salir del lugar en cuestión. Las pruebas periciales (médicas, psicológicas y antropológicas) pueden resultar de utilidad para explicar los testimonios de las víctimas y cualquier mentira o contradicción que puedan contener.

en que una víctima aparentemente ha consentido antes, durante y después del proceso de la trata.

5.4. Los fiscales y los investigadores deben ser sensibles a la posibilidad de que, en algunos casos, la víctima afirme el consentimiento porque se ha visto influida por los responsables de la trata mediante sobornos o intimidación. Así, la víctima podrá negarse a reconocer el abuso, no porque realmente piense que no se haya producido, sino debido a que los responsables de la trata han obstruido la justicia. El fiscal debe examinar esta posibilidad y utilizar todos sus recursos para investigar y enjuiciar esos casos con arreglo a lo que prevean distintas leyes en materia de obstrucción. Esto puede que requiera el uso de técnicas de investigación proactivas, así como la cooperación de la víctima, lo que refuerza la importancia de establecer una relación de confianza entre la víctima y el fiscal o el investigador, y el uso de técnicas competentes de entrevista con las víctimas. También deben ponerse en marcha medidas para proteger a las víctimas de la intimidación y las represalias por cooperar con el proceso de justicia penal. Naturalmente, la fiscalía no debe obligar a declarar a una víctima que no esté dispuesta a ello, en particular cuando no se pueden adoptar medidas efectivas de protección.

5.5. Es función del ministerio fiscal asegurarse de que el enjuiciamiento de los responsables de la trata se mantenga centrado en las acciones e intenciones de los responsables de la trata y de que esto se transmita al tribunal. Las acciones y el estado de ánimo de la víctima pueden ser importantes para aclarar las acciones o las intenciones de los responsables de la trata, pero no deben tener una incidencia directa en su culpabilidad. Las consideraciones sobre el consentimiento o el no consentimiento de la víctima que solo sirven para distraer la atención pueden evitarse señalando su irrelevancia en cualquier caso como elemento de la trata.

5.6. Algunas leyes, la jurisprudencia o las orientaciones nacionales ofrecen recursos probatorios que los fiscales que se encargan de casos judiciales podrían proponer en otras jurisdicciones. Entre ellos figuran la evaluación del consentimiento con arreglo a una constelación de circunstancias; la irrelevancia de la conducta sexual anterior de la víctima; y el carácter no concluyente de las pruebas de que la víctima ha intentado o no escapar.

6. La importancia de la formación

Durante la reunión del grupo de expertos se llegó a un consenso sobre la importancia de la formación de todos los profesionales que se ocupan de las víctimas y posibles víctimas de la trata con el fin de abordar adecuadamente el tema del consentimiento. Esta formación es importante para todos los funcionarios competentes: funcionarios de primera línea, investigadores especializados, fiscales y jueces. Algunos de los temas importantes que deben abordarse son los siguientes:

- Los elementos del delito, aclarando la irrelevancia del consentimiento;
- Cómo puede llegar a plantearse la cuestión del consentimiento en un caso;
- La importancia de comprender a fondo las circunstancias del consentimiento aparente: ¿consentir qué?; ¿en qué etapa?; ¿por qué?;
- La importancia central de la vulnerabilidad y las desigualdades en el poder de negociación para comprender las afirmaciones de consentimiento de las víctimas;

-
- Los estereotipos sobre las víctimas que pueden influir en la forma de entender y tratar las cuestiones relativas al consentimiento;
 - Los métodos de control de los responsable de la trata, incluidos los medios “sutiles”, y su relación con el consentimiento aparente; y
 - El comportamiento típico de las víctimas, como la afirmación del consentimiento, las contradicciones y las falsedades en las declaraciones, el retorno a la situación de explotación, no escapar de la situación de explotación, incluso cuando se presenta la oportunidad, o no denunciar a la primera oportunidad¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Estos temas se tratan en los módulos 1 a 4 del Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal de la UNODC, disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2009/anti-human-trafficking-manual.html>.

ANEXO 2: Instrumento de encuesta

ENCUESTA El concepto de “consentimiento” en el contexto de la trata

País:	
Persona entrevistada:	
Fecha/Hora/Lugar:	

PRIMERA PARTE: CONSIDERACIONES GENERALES

1. ¿Qué opina de la definición de la trata de personas que recoge la legislación nacional?

- *¿Cree que es excesivamente amplia o no es lo suficientemente amplia?*
- *¿Cree que es un instrumento útil para enjuiciar los delitos de explotación?*
- *¿Cuáles son los principales problemas, si los hubiere, que plantea la definición?*
- *¿Existen problemas probatorios específicos relacionados con la definición?*
- *¿Resulta difícil enjuiciar los delitos de explotación relacionados con la trata? ¿Por qué?*

2. ¿Qué papel desempeña el elemento de los “medios” definido en el artículo 3 en los delitos previstos en su legislación nacional?

- *¿Debe demostrarse la existencia del elemento de los “medios” previsto en el Protocolo para probar la existencia de trata?*
- *En caso afirmativo, ¿qué medios se incluyen en la definición?*

SEGUNDA PARTE: CONSENTIMIENTO

A) El consentimiento en la definición de trata

3. ¿Contiene su derecho penal en materia de trata alguna referencia al consentimiento de la víctima al delito?

4. Con arreglo a la definición de trata de las Naciones Unidas, el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los “medios” previstos. ¿Sucede esto también en su derecho nacional?

- *¿De qué forma es relevante o irrelevante el consentimiento de la víctima en su derecho penal en relación con la trata?*
- *¿Resulta relevante el consentimiento en otros aspectos de su respuesta a la trata, por ejemplo, en relación con la identificación, protección o apoyo a las víctimas?*

5. ¿Cree que la inclusión o la exclusión del elemento de los “medios” en la definición de trata de personas influye sobre la forma en que se considera o debiera considerarse la cuestión del consentimiento?

6. ¿Piensa que es importante estipular la irrelevancia del consentimiento? ¿Ve algún problema en la inclusión o en la omisión de esa disposición?

7. *¿Figura en su ordenamiento jurídico (legislación y jurisprudencia) alguna referencia al consentimiento de la víctima al delito en delitos distintos a la trata? ¿En qué delitos constituye una defensa y en cuáles no?*

B) El consentimiento en la práctica

8. *¿Resulta posible o viable abrir una causa por trata cuando la víctima ha dado claramente su consentimiento a las condiciones de su empleo o situación?*

9. *¿Cómo puede invalidarse el consentimiento? (¿Debe demostrarse que los medios han actuado invalidando el consentimiento, o basta con que se hayan empleado medios?). Por ejemplo, ¿debe el engaño surtir efecto?*

- *¿Existe en su derecho penal alguna disposición general relativa a los “medios” que invalidan el consentimiento?*
- *¿Y en relación con la trata específicamente?*
- *¿Puede el consentimiento quedar invalidado por el empleo de la fuerza, el fraude o la coacción?*
- *¿Puede el consentimiento quedar invalidado por el abuso de una situación de vulnerabilidad?*
- *¿De qué otra manera puede invalidarse el consentimiento con arreglo a derecho?*

10. *En los casos en que el consentimiento es objeto de consideración, ¿se trata del consentimiento de la presunta víctima a un “acto” perpetrado por el responsable de la trata (captación, acogida, etc.) o a la “explotación” real o intencional, o a cualquiera de ambas cosas?*

11. *¿Cómo se demuestra si se ha otorgado o viciado el consentimiento o no?*

- *¿Qué pruebas se aportan para demostrar que la víctima ha dado su consentimiento y que este era válido?*
- *¿Cómo se demuestra que el responsable de la trata ha viciado el consentimiento hasta el punto de invalidarlo?*

12. *¿Puede el consentimiento ser un factor relevante en los casos que afectan a niños? ¿Y en el caso de otras poblaciones vulnerables, como las personas con discapacidad mental?*

C) Ejemplos de casos nacionales

13. *¿Existe jurisprudencia sobre la cuestión del consentimiento de la víctima a la trata? ¿Puede aportarla?*

14. *¿Se ha producido algún caso en que el consentimiento de la presunta víctima haya sido un problema a la hora de determinar la existencia de trata o la gravedad de la presunta explotación?*

D) Hipótesis

Examine las hipótesis siguientes y explique el papel que desempeñaría el “consentimiento” en cada una de ellas.

15. *Una joven que ha recibido ayuda para migrar al país acuerda con quienes han facilitado su traslado que trabajará como prostituta. Su presunto “tratante” sabe que tiene muy pocos recursos y una familia a la que mantener.*

- *¿Sería su consentimiento un aspecto a considerar en el enjuiciamiento?*

-
- *¿Sobre qué fundamentos, en su caso, se consideraría invalidado su consentimiento?*
 - *¿Cambiaría algo si la mujer recibiera un pago y pareciera ser libre para abandonar su empleo?*
 - *¿Cambiaría algo si la mujer hubiera sido llevada a su destino a través del tráfico ilícito?*

16. Una migrante irregular contacta con el propietario de un restaurante para solicitarle un empleo, ofreciéndose a trabajar por una cantidad considerablemente inferior al salario mínimo. La mujer percibe la cantidad acordada y no es objeto de ningún otro tipo de maltrato.

- *¿Se consideraría esta situación hipotética un caso potencial de trata? ¿Por qué o por qué no?*
- *¿Resultaría relevante el consentimiento de la mujer migrante en este caso?*
- *¿Sobre qué fundamentos, en su caso, se consideraría invalidado su consentimiento?*
- *Para demostrar la existencia de consentimiento, ¿resultaría relevante el hecho de que fuera ella quien se puso en contacto con el empleador?*

17. Un joven migrante acepta trabajar en el cultivo de drogas. Recibe una remuneración muy escasa y trabaja en condiciones muy duras.

- *¿Resultaría relevante el consentimiento del migrante? ¿De qué forma?*
- *A la hora de demostrar la existencia de consentimiento, ¿resultaría relevante el hecho de que no tenga recursos o contactos?*
- *¿Cambia algo el hecho de que la actividad explotadora sea ilegal a la hora de determinar si su consentimiento se ha visto viciado?*

18. Un migrante se endeuda para ser trasladado ilícitamente a otro país. Le dicen que podrá liquidar la deuda trabajando para el traficante en el país de destino.

- *¿En qué condiciones se convertiría este supuesto en un caso de trata?*
- *¿Sobre qué fundamentos se consideraría viciado el consentimiento del migrante al acuerdo?*
- *¿Tendrían alguna influencia el tipo y la naturaleza del trabajo a la hora de determinar si el migrante ha prestado o no su consentimiento?*

19. Una mujer con escasos recursos y una familia a la que mantener responde a un anuncio de Internet en el que se le ofrece la posibilidad de vender un riñón. Se le explican los riesgos para la salud y recibe la cantidad prometida.

- *¿Es esta una situación de trata de personas? ¿Por qué o por qué no?*
- *¿De qué forma resulta relevante el consentimiento de la persona?*
- *¿Sobre qué fundamentos se consideraría viciado su consentimiento?*

E) Vínculos con la explotación

20. ¿Considera que el tipo de explotación resulta relevante para demostrar que se ha prestado o se ha viciado el consentimiento, o no?

21. ¿Cómo define su legislación la explotación, si es que la define?

- *¿Piensa que la definición de explotación es excesivamente general o restringida?*

22. ¿Qué tipos de explotación son los más citados habitualmente en los enjuiciamientos relacionados con la trata de su país?

- *¿Concluyen de forma más satisfactoria los enjuiciamientos de algunos tipos de explotación que de otros?*
- *¿Por qué o por qué no?*

23. ¿En qué condiciones identificaría su legislación los siguientes fines como explotadores?

<i>Adopción con fines comerciales:</i>	
<i>Maternidad subrogada con fines comerciales:</i>	
<i>Venta de órganos:</i>	
<i>Pornografía / prostitución:</i>	
<i>Actividades delictivas:</i>	
<i>Mendicidad:</i>	
<i>Otros:</i>	

24. ¿Sobre qué fundamentos se consideraría válido el consentimiento a esos fines explotadores y sobre qué fundamentos se consideraría viciado?

<i>Adopción con fines comerciales:</i>	
<i>Maternidad subrogada con fines comerciales:</i>	
<i>Venta de órganos:</i>	
<i>Pornografía / prostitución:</i>	
<i>Actividades delictivas:</i>	
<i>Mendicidad:</i>	
<i>Otros:</i>	

F) Orientaciones para los profesionales

25. ¿Qué orientaciones, en su caso, considera que deberían proporcionarse a los profesionales sobre la cuestión del consentimiento en la interpretación de la trata de personas?

26. ¿Qué orientaciones, en su caso, considera que deberían proporcionarse a los profesionales sobre la cuestión de la explotación en la definición de trata?

27. ¿Hay algún otro asunto de interés para el estudio que desee mencionar?

* * * * *

ANEXO 3: Lista de personas consultadas, incluidos los participantes en la reunión del grupo de expertos

Sr. Sigurd Skjelde Aaserudhagan (Noruega)
Dra. Flora Acselrad (Argentina)
Magistrado Philip A. Aguinaldo (Filipinas)
Sr. Chathom Akapin (Tailandia)
Sra. Lilian Doris S. Alejo (Filipinas)
Sra. Luly Altreusiraty (Indonesia)
Sra. Marija Andjelkovic (Serbia)
Sra. Jan Austad (Noruega)
Sra. Dalya Avramoff (Israel)
Sra. Anetter Berger (Noruega)
Sra. Julia Borgiannibatho (Organización Internacional del Trabajo)
Sra. Tamar Bornstein (Israel)
Sra. Pamela Bowen (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Sra. Carmela Buehler (Suiza)
Sra. Carla Menares Bury (Estados Unidos de América)
Sr. Peter Carter (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Sra. Parosha Chandran (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Sr. Andhika Chrisnayudhanto (Indonesia)
Dra. Saisuree Chutikul (Tailandia)
Sr. Marcelo Colombo (Argentina)
Sra. Sara Cronan (Australia)
Sr. Arie Dharmanto (Indonesia)
Sr. Mitar Djuraskovic (Serbia)
Sra. Federica Donati (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos)
Sra. Karen Drake (Australia)
Sra. Kirstin Duncan (Australia)
Excelentísimo magistrado Martin Edmunds (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Sra. Zaidi Gatti (Argentina)
Sr. Sasa Gosic (Serbia)
Sra. Jaala Hinchcliffe (Australia)
Sr. Paul Holmes (Programa Australia-Asia para Combatir la Trata de Personas)
Sra. Benedicte Hordnes (Noruega)
Sra. Caroline Haughey (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Sr. Lalu Muhamad Iqbal (Indonesia)
Sra. Sommanat Juaseekoon (Tailandia)
Dr. Orit Kamir (Israel)
Sr. Zarif Khan (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Sra. Saowanee Khomepatr (Tailandia)
Sra. Rebekah Kilpatrick (Australia)
Sr. Vipon Kititansasorchai (Tailandia)
Sr. Valery Kuzmich (Belarús)
Sra. Tatjana Lagumdzija (Serbia)
Dr. Yuval Livnat (Israel)

Sr. David Patrick Lopez (Estados Unidos de América)
Sra. Martha Lovejoy (Estados Unidos de América)
Sra. Eurídice Márquez Sánchez (Organización Internacional para las Migraciones)
Sra. Penny McKay (Australia)
Sra. Branka Milosavljevic (Serbia)
Sra. Tamara Mirovic (Serbia)
Sr. Kerry Neal (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia)
Sra. Joy Ngozi Ezeilo (Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños)
Sr. Anh Nguyen (Organización Internacional para las Migraciones)
Sra. Patricia Fernández Olalla (España)
Sra. Olivera Otasevic (Serbia)
Sr. Jumpon Phansumrit (Tailandia)
Sra. Kim Ralston (Australia)
Sr. Fernando R. Ramírez (Argentina)
Sra. Stephanie Richard (Estados Unidos de América)
Sr. John Cotton Richmond (Estados Unidos de América)
Dr. Wanchai Roujanavong (Tailandia)
Sr. Pravit Roykaew (Tailandia)
Sra. Zoi Sakelliadou (Oficina de la Coordinadora de la UE contra la Trata)
Sra. Beatriz Sánchez (España)
Dr. Merav Shmueli (Israel)
Sr. Maxim Shrub (Belarús)
Sr. Yongyoot Srisattayachon (Tailandia)
Sra. Silje Elisabeth Stenvaag (Noruega)
Pol. Gen. Chatchawal Suksomjit (Tailandia)
Sra. Erna Seponu Sycile (Indonesia)
Sr. Matthew Taylor (Canadá)
Sr. Shabda Thian (Indonesia)
Sr. Joaquín Sánchez-Covisa Villa (España)
Sr. Lautgeug Utomo (Indonesia)
Sra. Georgina Vaz Cabral (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa)
Sra. Lisa West (Australia)
Sra. Gro Wildhagen (Noruega)
Sr. Milan Zarkovic (Serbia)



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Para obtener más información acerca de la labor de la UNODC en materia de lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, sírvase dirigirse a:

Sección de Lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes
UNODC Apartado postal 500, 1400 Viena (Austria)

Tel. (+43-1) 26060-5687

Correo electrónico: htmss@unodc.org

Sitio Web: www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/