



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Documento Temático

**El concepto de “explotación” en el
protocolo contra la trata de personas**



Naciones Unidas, Viena, 2015

La descripción y clasificación de países y territorios en este estudio, y la disposición del material no implican la expresión de opinión alguna por parte de la Secretariado de las Naciones Unidas con respecto al estado legal de ningún país, territorio, ciudad o área, o de sus autoridades, o con respecto a la delimitación de sus fronteras o límites, o con respecto a su sistema económico o grado de desarrollo.

Agradecimientos

La presente publicación fue desarrollada por la Sección de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes de la UNODC bajo la coordinación general de Ilias Chatzis y en colaboración con Katharina Peschke y Tatiana Balisova. La publicación fue redactada por la Dra. Anne T. Gallagher (consultora), con el apoyo de la Dra. Marika McAdam (consultora), que fue responsable de realizar la mayoría de las encuestas en los países. Se extiende el especial agradecimiento a Silke Albert y Simone Heri de la UNODC por su aporte.

La UNODC también expresa su agradecimiento a quienes asistieron a la reunión del Grupo de Expertos en Viena los días 13 y 14 de octubre de 2014 y a quienes aportaron contribuciones importantes: la Sra. Myra Albu (Organización Internacional para las Migraciones), el Sr. Saad Salim Aldosari (Catar), el Sr. Ahmad Abdullah Al-Harami (Catar), el Sr. Ahmad Ali Falih Nassir Al-Thani (Catar), el Sr. Alberto Andreani (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa), la Sra. Fernanda Alves dos Anjos (Brasil), la Sra. Lina Arbelaez (Colombia), el Sr. Marco Bonabello (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa), el Sr. Patrik Cederlof (Suecia), el Sr. Marcelo Colombo (Argentina), la Sra. Damian Darby (Canadá), la Sra. Rahel Gershuni (Israel), La Sra. Youla Haddadin (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), la Sra. Rebekah Kilpatrick (Australia), el Sr. Adel Maged (Egipto), el Sr. Mohamed Mattar (Estados Unidos de América), el Sr. Binoga Moses (Uganda), el Sr. Albert Moskowitz (Programa Australia-Asia para Combatir la Trata de Personas), el Sr. Anh Nguyen (Organización Internacional para las Migraciones), la Sra. Dobryana Petkova (Bulgaria), el Sr. Wanchai Roujanavong (Tailandia), el Sr. John Cotton Richmond (Estados Unidos de América), la Sra. Lisa West (Australia) y la Sra. Anna Wildt (Suiza).

También se agradece a los numerosos funcionarios y profesionales del gobierno, enlistados en el Anexo 3, quienes ofrecieron su tiempo y experiencia al ayudar con los estudios de caso por país y revisaron varias secciones preliminares del texto.

El estudio fue posible gracias al financiamiento del Gobierno de Suiza. Este documento fue traducido al español gracias al apoyo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) de México.

Contenidos

Resumen ejecutivo	4	3.2.5 Tailandia	59
1. Antecedentes	12	3.2.6 Uganda	62
1.1 Contexto de este estudio	12	3.3 Estados que estipulan menos formas de explotación que las provistas en el Protocolo	68
1.2 Mandato y Términos de Referencia	13	3.3.1 Brasil	68
1.3 Metodología	15	3.3.2 Suecia	73
1.4 Estructura de este documento	16	3.4 Estados que integran un enfoque diferente de explotación	80
2. El concepto de explotación en la normativa y las políticas internacionales	18	3.4.1 Australia	80
2.1 Perspectivas generales sobre el concepto de explotación	18	3.4.2 Canadá	85
2.2 El concepto de explotación en el contexto del Protocolo contra la Trata de Personas	20	4. Marcos normativos nacionales y su aplicación: principales hallazgos	90
2.3 Formas de explotación citadas en el Protocolo contra la Trata de Personas	22	4.1 Enfoques legislativos sobre la explotación: tendencias, semejanzas y diferencias	90
2.3.1 Explotación de la prostitución ajena y de otras formas de explotación sexual	23	4.2 Comprensión sobre las formas específicas de explotación	92
2.3.2 Trabajos forzosos	25	4.2.1 Explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual	93
2.3.3 Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud	27	4.2.2 Trabajos forzosos	94
2.3.4 Servidumbre	29	4.2.3 Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y a la servidumbre	95
2.3.5 Extracción de órganos	30	4.2.4 Extracción de órganos	96
2.4 Formas adicionales aceptadas (e implícitas) de explotación relacionada con la trata de personas	31	4.2.5 Otras formas de explotación	97
2.5 Conclusiones sobre la explotación en la normativa y políticas internacionales	32	4.3 Hallazgos generales y tópicos para profesionales	99
3. Marcos normativos nacionales y su aplicación: resumen	34	4.4 Perspectivas sobre la orientación para profesionales	101
3.1 Estados que siguen de manera cercana el enfoque del Protocolo sobre la explotación	34	5. Orientación sobre políticas y prácticas para consideraciones posteriores	103
3.1.1 Malasia	35	Referencias	107
3.1.2 Emiratos Árabes Unidos	37	ANEXO 1. Cuestiones para consideración y discusión	112
3.2 Estados que generalmente siguen el enfoque del Protocolo pero estipulan formas adicionales de explotación	41	ANEXO 2. Encuesta	116
3.2.1 Bulgaria	41	ANEXO 3. Lista de personas consultadas, incluyendo a los participantes de la reunión del Grupo de Expertos	121
3.2.2 Colombia	46		
3.2.3 Egipto	50		
3.2.3 Catar	55		

Lista de acrónimos y siglas

CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEP	Conferencia de los Estados Parte de la Convención de las Naciones Unidas en contra del Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos
EAU	Emiratos Árabes Unidos
GRETA	Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Resumen ejecutivo

El artículo 3º, inciso a, 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 (en adelante Protocolo contra la Trata de Personas) señala que la trata de personas se conforma por tres elementos: i) un “acto”, ya sea el reclutamiento, la transportación, la transferencia, el alojamiento o la recepción de personas; (ii) un “medio” por el cual se logra esa acción (amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o situación de vulnerabilidad, y la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tenga control sobre otra persona), y (iii) un “fin” (de la acción/medio): específicamente, la explotación, la cual no está definida en el Protocolo. Sin embargo, este señala que debe incluir, como mínimo: “la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.”¹ La definición aclara posteriormente, en el artículo 3º, inciso b, que el consentimiento de la víctima a toda forma de explotación intencional es irrelevante cuando se ha utilizado cualquiera de estos “medios”. Los tres elementos (acto, medios y fin) deben estar presentes para constituir la “trata de personas” en el Protocolo contra la Trata de Personas. La única excepción es que cuando la víctima es un niño, el “medio” no es parte de la definición.

La definición del Protocolo ha sido ampliamente aceptada por los Estados y la comunidad internacional. Sin embargo, en la última década se ha hecho evidente que persisten preguntas sobre ciertos aspectos de esa definición y su aplicación práctica. Esto es importante porque caracterizar ciertas conductas como la “trata” tiene consecuencias significativas y amplias para los presuntos autores de esa conducta y para las presuntas víctimas. También puede haber consecuencias para los Estados, tanto internamente, en lo relativo a alcanzar una comprensión general de la naturaleza y el alcance del “problema de la trata”, como externamente, en lo que concierne a diversas instituciones y mecanismos que se ocupan de la respuesta de los Estados a “la trata”. La potencial amplitud y estrechez de la definición ha planteado varias cuestiones respecto de las cuales los Estados han adoptado diferentes posiciones. Aquellos que apoyan una interpretación conservadora o incluso restrictiva del concepto de trata consideran que una definición demasiado amplia puede abarcar prácticas que no cumplen con el alto umbral de gravedad que se espera de la “trata”. Aquellos que promueven una interpretación más amplia consideran que una comprensión demasiado limitada de lo que es la “trata” puede impedir las investigaciones, enjuiciamiento y condenas relacionadas con las prácticas que deberían incluirse dentro de este término, o de aquellas que operan para excluir tales prácticas en su conjunto. Las afirmaciones de que “toda la trata es esclavitud” y “todo el trabajo forzado es trata” son solo dos manifestaciones de lo que se ha denominado “deslizamiento de la explotación”.

¹ La definición completa del artículo 3º del Protocolo contra la Trata de Personas establece lo 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 el 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 forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

El riesgo de que conceptos importantes contenidos en el Protocolo no sean claramente comprendidos y que, por tanto, no sean consistentemente implementados y aplicados, ha sido reconocido por los Estados Parte. En 2010, el Grupo Abierto de Trabajo Provisional 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 Trata de Personas) recomendó a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) preparar una serie de Documentos Temáticos para auxiliar a los oficiales de justicia criminal en procesos penales con respecto a diversos conceptos identificados como problemáticos. En el primer Documento Temático sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” se completó y publicó en 2012, junto con una Nota de Orientación para Profesionales. El segundo estudio, que aborda el tema del “consentimiento” se completó y publicó en 2014 (UNODC, 2014b). Ese estudio no se prestó para una Nota de Orientación, pero se formuló una lista de “Consideraciones clave” para los profesionales y se incluyó como anexo al Documento Temático. El presente estudio se centra en el tercer concepto de definición identificado que requiere atención: el concepto de “explotación”.

Cada estudio ha adoptado una metodología similar, con precisiones ocasionales para reflexionar en torno a las lecciones aprendidas. La metodología incluye: (i) un estudio preliminar sobre la literatura relevante, incluyendo la legislación y la jurisprudencia; (ii) a partir de la revisión legislativa y de casos, la aplicación de una encuesta a los Estados que representan diferentes regiones y tradiciones legales, así como entrevistas con profesionales; (iii) la revisión de un borrador de Documento Temático y el desarrollo de la guía adicional y una reunión del Grupo de Expertos internacionales, y (v) la finalización del Documento Temático y la orientación relacionada.

Así, el presente Documento Temático está dividido en cinco partes. La Parte 1 presenta el material introductorio y los antecedentes. La Parte 2 provee una visión general y hace un análisis del marco internacional legal y de política en torno a la explotación, en particular, del Protocolo contra la Trata de Personas. La Parte 3 resume y analiza los resultados de la encuesta conducida sobre legislación nacional y práctica, en tanto se relaciona con la explotación dentro de la definición de trata. La Parte 4 pretende reunir los hallazgos de la encuesta. La parte final, provee orientación emanada del proceso de desarrollo de este documento, incluyendo lo obtenido mediante las encuestas y entrevistas a expertos, así como en la reunión del Grupo de Expertos que tuvo lugar en octubre de 2014.

Las siguientes conclusiones provisionales emergen de una revisión del Protocolo contra la Trata de Personas y de los Trabajos Preparatorios, así como de un rango de textos interpretativos y de soporte revisados en la Parte 2.

Las consideraciones de explotación fueron críticas para el establecimiento tanto de la definición como de los alcances de aplicación del Protocolo: los Estados Miembros estaban preocupados por no restringir indebidamente el fin de explotación de la trata, al tiempo que tenían claridad sobre la naturaleza de la explotación que abordaba el Protocolo. Hubo un

alto nivel de consenso en torno al conjunto básico de prácticas que se incluirían como formas de explotación. Sin embargo, algunas de estas no fueron aceptadas, ya sea porque se consideraba que ya estaban incluidas dentro de otra forma de explotación para ser enumeradas explícitamente, o porque se percibió que se ubicaban fuera del alcance del Protocolo. Con respecto a esto último, es relevante señalar que el término “explotación laboral” fue propuesto, pero no aceptado, y que las propuestas para incluir explícitamente una ganancia o un elemento de beneficio para el concepto de explotación también fueron rechazadas durante las negociaciones del Protocolo.

Las definiciones legales internacionales existentes sobre la esclavitud y el trabajo forzado son directamente relevantes para la interpretación del contenido sustantivo dentro del contexto del Protocolo contra la Trata de Personas: la esclavitud se define en el derecho internacional como “el estado o condición de una persona sobre la que se ejercen todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad”². El trabajo forzado se define en el derecho internacional como “todo trabajo o servicio que se exige a una persona bajo la amenaza de una penalidad y para el cual dicha persona no se ha ofrecido a sí misma voluntariamente”. Si bien estas definiciones se remontan a la primera parte del siglo veinte, la continuidad de su validez se ha afirmado mediante tratados y jurisprudencia. Los desarrollos recientes en torno a los dos términos (por ejemplo, la consideración judicial de los indicadores de propiedad asociados con la esclavitud y las precisiones de comprensión con respecto a los conceptos de “involuntariedad” y “amenaza de cualquier penalidad” en la definición de trabajo forzado) son relevantes para interpretar su contenido sustantivo en el contexto del Protocolo contra la trata de personas.

Los entendimientos jurídicos existentes de servidumbre, “prácticas análogas a la esclavitud” y “explotación de la prostitución” son directamente relevantes para interpretar su contenido sustantivo dentro del contexto del Protocolo: si bien ninguno de estos tres conceptos está sujeto a una definición legal internacional clara, definitivamente existe un entendimiento general en el ámbito del derecho en cuanto a su alcance y contenido sustantivos. El término “prácticas análogas a la esclavitud” abarca la servidumbre ligada a deudas, la venta de niños para la explotación, la servidumbre y el matrimonio forzado, las cuales han sido definidas en su totalidad en el derecho internacional. Las definiciones de estas formas de explotación son aplicables en la utilización del Protocolo contra la Trata de Personas. La servidumbre conlleva estas cuatro prácticas y, además, incluye la atroz explotación de una persona sobre otra, algo que está en la naturaleza de la esclavitud, pero que no alcanza ese umbral tan elevado de esta. Es importante señalar que el Protocolo no equipara la prostitución con la trata. Para la prostitución que involucra a adultos, deben incluirse en la definición de trata los tres elementos que la definen (acto, medios y fin). El “fin” relevante es “explotación de la prostitución”. Este término no se refiere a la prostitución *per se*, sino a derivar algún beneficio de la prostitución de otra persona.

El significado de términos no sujetos a la definición/comprensión legal internacional puede inferirse razonablemente del contexto del Protocolo y del historial de borradores y de las fuentes de información complementarias para su comprensión: el término “servicios forzados” no está definido en el derecho internacional, pero se puede inferir que amplía la cobertura del “trabajo forzado” a prácticas y condiciones que pueden no ser consideradas universalmente como “trabajo” sino exigidas a una persona bajo la amenaza de cualquier penalidad, y para las cuales dicha persona no se ha ofrecido voluntariamente. Si bien

² Esta definición está contenida en la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

el significado de “explotación sexual” no es fijo, un análisis contextual revela ciertos parámetros. Cuando se utilizaba en el contexto del Protocolo, este término no podía aplicarse a la prostitución en general, ya que los Estados dejaban claro que no era su intención.

El sentido ordinario de “extracción de órganos” es aplicable, pero el Protocolo no es claro en ciertos puntos: “La extracción de órganos” es única entre las formas de explotación estipuladas, ya que, a diferencia de la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la prostitución y la explotación sexual, no constituye una práctica que pueda considerarse intrínsecamente explotadora. La Nota Interpretativa del Protocolo señala que “la extracción de órganos de un niño por razones médicas o terapéuticas legítimas no puede constituirse en elemento de trata si el padre o tutor ha dado válidamente su consentimiento”. Esta definición no es útil, particularmente debido a que puede ser interpretada para implicar que una regla diferente puede aplicar en el caso de la extracción consensual de órganos de un adulto “por razones médicas o terapéuticas legítimas”.

La lista de fines de explotación establecida en el Protocolo no es exhaustiva y puede ampliarse siempre y cuando se conserve la integridad del Protocolo: el carácter no exhaustivo de la definición del Protocolo se manifiesta de dos maneras: (i) mediante el término “en un mínimo”, y (ii) a través de la ausencia de definiciones relacionadas a conceptos que no están definidos de otra manera en el derecho internacional. Los Estados tienen permitido expandir esa lista tanto agregando nuevos conceptos como interpretando conceptos indefinidos de una manera que dé cuenta de ciertas conductas relevantes en un país o contexto cultural dado. De manera similar, tienen permitido incluir solo las formas estipuladas de explotación y apegarse a una interpretación acotada. En términos de expansión, existen algunos límites, que pueden incluir potencialmente un límite de seriedad que opera para evitar la expansión del concepto de trata a formas de explotación menos serias, como las infracciones a la legislación laboral. Sin embargo, debe señalarse que el Protocolo no establece claramente ningún límite.

* * *

La encuesta sobre legislación nacional y práctica, cuyos resultados se analizan en las Partes 3 y 4, confirmó que la explotación se considera fundamental para el concepto de trata. También se encontró que existe un acuerdo general de alto nivel entre los profesionales de diferentes Estados sobre la conducta y las prácticas que deberían estar dentro del elemento “fin” de la trata de personas. Sin embargo, aparentemente los Estados también han aprovechado la oportunidad presentada por el enfoque flexible de la explotación del Protocolo para ajustar su comprensión del delito de la trata de personas a los contextos y prioridades nacionales. Los siguientes puntos resumen los principales hallazgos de la encuesta.³

Diferencias significativas en los enfoques legislativos sobre el elemento “fin” de la definición de trata de personas: solo un Estado encuestado (Canadá) ofrece una definición independiente de explotación en su legislación. Otro Estado (Colombia) parece proporcionar una definición de explotación, pero de hecho agrega criterios (ganancia financiera u otro beneficio) a su lista de fines de explotación. Los otros diez Estados encuestados siguen el enfoque adoptado por el Protocolo contra la Trata de Personas: ofrecen una lista de formas de explotación, más que

³ Para una discusión sobre estos hallazgos, véase el Anexo 1.

definir la explotación en sí misma. Las formas de explotación estipuladas varían de país en país. Algunos han seguido la lista establecida en el Protocolo. Otros han agregado una o más formas de explotación a esa lista. Pocos redujeron la lista a una o dos de las formas estipuladas en el Protocolo. Algunos Estados han incluido definiciones de las formas de explotación estipuladas en su legislación, mientras que otros no lo han hecho. La lista de fines de explotación es exhaustiva en algunos Estados y abierta, o poco clara al respecto, en otros.

Finalidad de la explotación. Explotación de la prostitución ajena/otras formas de explotación sexual: Ni la explotación de la “prostitución ajena” ni la “explotación sexual” están definidas en el derecho internacional y es evidente que los redactores del Protocolo evitaron deliberadamente sujetar cualesquiera definiciones a estos fines estipulados. Todos los Estados encuestados han incluido la explotación sexual (ya sea de manera explícita o implícita) dentro de su entendimiento de los fines de explotación en relación con la trata de personas. En la mayoría de los Estados encuestados, la explotación sexual se considera la forma más prevaleciente de explotación relacionada con la trata, o al menos es la forma más comúnmente investigada y procesada en juicios. En algunos Estados, se ha interpretado que el concepto de explotación sexual incluye prácticas tales como la subrogación comercial y el matrimonio forzado o servil. Con la excepción de un Estado (Brasil), los profesionales generalmente concordaron en que la trata con fines de explotación sexual es bien comprendida y, en relación con otras formas de explotación, es más fácil de investigar y procesar con éxito (aunque las razones de que esto sea así varían). Como era de esperar, el enfoque nacional de la prostitución es relevante para entender cómo se entiende la explotación de la prostitución y la explotación sexual en el contexto de la trata.

Finalidad de la explotación. Trabajo forzado: a pesar de la existencia de una definición jurídica internacional, los parámetros de la prohibición legal internacional del trabajo forzado no están firmemente establecidos en el contexto de la trata a nivel nacional. Todos los Estados encuestados han incluido el trabajo forzado (ya sea de manera explícita o efectiva) dentro de su comprensión del fin de explotación en relación con la trata de personas. Algunos han dejado el término indefinido; otros han incorporado la definición legal internacional a la legislación nacional. Dos Estados han elaborado su propia definición detallada (y potencialmente más expansiva). La encuesta reveló sensibilidades particulares en algunos Estados en torno a la cuestión del trabajo forzado, incluida la renuencia a admitir la existencia de un problema. En otros Estados, los profesionales notaron considerables dificultades para identificar y someter a juicio el trabajo forzado. En muchos Estados, los parámetros del trabajo forzado no están bien establecidos en la ley y en la práctica. Para la mayoría de los profesionales, la dificultad principal radica en establecer la línea que separa las malas condiciones de trabajo (que se abordarían más apropiadamente en otras leyes como la legislación laboral) de la explotación de los trabajadores que sea lo suficientemente grave como para que se incluya dentro del funcionamiento del derecho penal en general, y en la definición de trata en particular. El contexto nacional resulta ser relevante: cuando las malas condiciones de trabajo son generalizadas, solo los casos más extremos de explotación laboral serán atendidos, como la trata o incluso la violación de cualquier otra ley. Todos los profesionales reconocieron la idea de un continuo de explotación y pudieron identificar fácilmente las prácticas que podrían encontrarse en cualquiera de ambos extremos. Sin embargo, había mucha menos certeza y consistencia en relación con la conducta que caía dentro de estos dos extremos. A los profesionales les resultó difícil distinguir “trata para trabajo forzado” del concepto autónomo o delito de “trabajo forzado”.

Finalidad de la explotación. Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre: la esclavitud se define en el derecho internacional, y existen acuerdos legales internacionales en torno a las prácticas que caen dentro de “prácticas análogas a la esclavitud” y “servidumbre”. La mayoría de los Estados encuestados han incluido estas formas de explotación en su lista de fines estipulados de trata. Algunos han adjuntado definiciones a estos términos, pero la mayoría no lo ha hecho. Algunos Estados tienen práctica en la Corte en relación con los casos de trata relativos a la esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre como el elemento de explotación. Pero en la mayoría de ellos, estos fines de la trata parecen tener una importancia limitada, permanecen inadecuadamente comprendidos y rara vez son procesados. Independientemente de si la ley incluyó una definición específica, los profesionales de la mayoría de los Estados fueron capaces de señalar que la esclavitud es cualitativamente diferente de otras formas de explotación al incorporar la idea de la propiedad de facto de una persona sobre otra. Ningún Estado encuestado ha proporcionado una definición legislativa de “prácticas análogas a la esclavitud” y hay algunos indicios de que los Estados no comprenden bien el alcance y el contenido sustantivo de esta prohibición legal internacional. En general, los profesionales no distinguieron entre esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y otras formas de explotación estipuladas, en especial el trabajo forzado.

Finalidad de la explotación. Extracción de órganos: la confusión y la incertidumbre internacionales en torno a la extracción de órganos como forma de explotación relacionada con la trata se refleja en los países. La mayoría de los Estados encuestados han incluido esta forma de explotación dentro de sus definiciones de trata. Sin embargo, los casos de trata de personas con fines de explotación de extracción de órganos son raras en la práctica, tal y como lo evidencia el Informe Mundial sobre la Trata de Personas (UNODC, 2014a), donde representaron menos de 1% de todos los casos de trata reportados. Además, cuando ocurre la extracción ilícita de órganos (o la extracción de otras partes del cuerpo), generalmente se aborda en el régimen legislativo que rige la extracción de órganos, o como un delito distinto en el código penal u otra legislación.

Otras formas de explotación: la mayoría de los Estados encuestados han ido más allá de la lista de formas de explotación establecidas en el Protocolo contra la Trata de Personas, ya sea explícitamente, mediante la incorporación de formularios adicionales en la legislación, o implícitamente, mediante la interpretación de ciertas formas estipuladas que se extienden a otras prácticas. Si bien no se incluyó en el Protocolo, la **mendicidad forzada** se ha incorporado a otros instrumentos jurídicos internacionales y, entre los Estados encuestados, hubo un acuerdo general de que la mendicidad forzada es de hecho una forma de explotación relacionada con la trata. En los Estados que no han incluido explícitamente la mendicidad forzada en su legislación parece haber muy poca dificultad para absorber esta práctica en una o más formas estipuladas. Solo uno de ellos incluye la adopción ilegal en su ley contra la trata y la mayoría cuestionó la idoneidad del marco de la trata en situaciones donde el fin de la adopción no es en sí mismo de explotación. Cuestiones similares surgen en relación con la **subrogación comercial**, que ninguno de los Estados encuestados incluyó como un fin de explotación. Sin embargo, uno ha establecido la trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a sus bebés como un delito y otro ha procesado la maternidad subrogada comercial que involucra la fuerza y el fraude como una forma de explotación sexual relacionada con la trata. Si bien no está incluido en el Protocolo contra la Trata de Personas, la **explotación en actividades criminales** se ha incluido en otros instrumentos jurídicos internacionales. Está explícitamente señalada en la legislación de un solo Estado, pero varios otros

han demostrado la capacidad de incorporar este fin mediante otras definiciones de explotación estipuladas, como el trabajo forzado. Si bien la comprensión jurídica internacional de “prácticas análogas a la esclavitud” incluye el **matrimonio servil**, esto no está cabalmente comprendido en la mayoría de los Estados encuestados. La legislación en varios de estos hace referencia explícita a esta y otras formas explotadoras de matrimonio, como el matrimonio forzado. Sin embargo, muchos profesionales encuestados expresaron inquietud e incertidumbre en torno a la cuestión del matrimonio y la trata de personas.

Hallazgo clave. La explotación no se comprende bien o de manera uniforme: en la mayoría de los Estados encuestados, las entrevistas con profesionales confirmaron que la explotación no siempre se entiende bien y uniformemente, y esto contribuye a que las respuestas de los sistemas de justicia penal ante este problema estén por debajo de lo óptimo. La ausencia de definiciones claras en la ley (tanto de explotación como de formas de explotación estipuladas) se considera como parte del problema, lo que proporciona a los individuos una medida de discreción interpretativa que puede ser inconsistente. Las definiciones detalladas y centradas en lo operativo parecen reducir, pero no eliminar, la confusión. Muchos profesionales notaron que incluso con la ayuda de definiciones legales claras, es difícil distinguir la trata de otros delitos. El principio de la irrelevancia del consentimiento fue citado por varios profesionales como una fuente de confusión en relación con la explotación.

Hallazgo clave. Ciertas formas de explotación plantean desafíos prácticos y de evidencias: la encuesta confirmó que, independientemente de la forma de explotación involucrada, los casos de trata son complejos de investigar y procesar. Sin embargo, el trabajo forzado presenta dificultades particulares, frecuentemente muy ocultas dentro de la industria legítima. También hay indicios de que la aceptación política y social de las condiciones de trabajo explotadoras, particularmente entre los migrantes, contribuye al perfil más bajo de dicha conducta. Los profesionales en muchos Estados experimentan grandes dificultades para separar las malas condiciones de trabajo de situaciones que podrían o deberían perseguirse como delitos de trata. Frecuentemente se señaló la falta de una guía definitiva sobre este particular, así como la ausencia de delitos alternativos.

Hallazgo clave. La gravedad de las condiciones se tomará en cuenta para establecer si existe la explotación: aunque no sean consideraciones relevantes bajo la ley, parece que la severidad de la explotación, la severidad de los medios utilizados (fuerza, engaño, etc.), y el grado de daño causado o su intencionalidad son consideraciones prácticas importantes tanto en la etapa investigativa como en las etapas procesales. Los casos poco claros responden a ello: un caso no puede perseguirse como trata cuando la explotación y/o los medios utilizados no se consideran particularmente graves, o cuando la explotación no parece haber causado un daño sustancial a la víctima. Sin embargo, había una sensación general de que incluso cuando los casos poco claros eran problemáticos, los intentos de delimitar con precisión un “límite de gravedad” serían riesgosos y posiblemente contraproducentes.

Hallazgo clave. La cultura y el contexto nacional son relevantes para determinar si es explotación: los factores culturales y otros factores específicos del contexto pueden desempeñar un papel en la creación de las percepciones de lo que constituye una conducta de explotación, algo muy relevante para establecer el delito de trata. Tales consideraciones parecen ser especialmente

importantes en relación con las formas de explotación que afectan particularmente a las mujeres y a las niñas, tales como la explotación sexual y el matrimonio forzado o servil. Por supuesto, los factores culturales y otros factores específicos del contexto también pueden ser importantes en los casos de trata de hombres y niños. Algunas personas reconocieron que la explotación de los trabajadores migrantes había sido “normalizada” en la cultura nacional hasta el punto en que no se consideraría inmediatamente como trata. Las cuestiones relacionadas con la religión y la etnicidad también pueden desempeñar un papel para determinar si una práctica en particular cumple con el límite de explotación requerido para ser considerado trata. Por ejemplo, los profesionales de un Estado señalaron que las prácticas como el matrimonio infantil y la mendicidad infantil pueden verse de manera diferente según el origen étnico de los involucrados.

Hallazgo clave. Existe la necesidad de que haya alcance y flexibilidad, pero también parámetros claros, en la comprensión de la explotación: con pocas excepciones, los profesionales confirmaron la necesidad de mantener un cierto grado de flexibilidad para definir y comprender la explotación en el contexto de la trata. Muchos señalaron la aparición de formas de explotación nuevas u ocultas, cambios en la metodología criminal y la mejora en la comprensión de cómo ocurre la explotación, como factores que subrayan la importancia de dicho enfoque. Sin embargo, también se observó (por un número notablemente menor de profesionales) que una ley imprecisa no es una buena ley: los principios básicos de legalidad y justicia exigen que los delitos se tipifiquen con certeza.

Lecciones sobre la orientación para los profesionales: en general, los profesionales estuvieron de acuerdo en que la guía sobre el elemento de “explotación” en la definición de trata de personas sería útil para quienes participan en la investigación, el proceso y la atribución de tales casos. Algunos consideraron que la explotación y las formas de explotación estipuladas en la ley deben explicarse claramente y que sus parámetros deben estar firmemente establecidos de manera que reflejen las condiciones y los contextos nacionales. Otros consideraron que la orientación internacional es más importante, tanto en sí misma como en términos de proporcionar un marco dentro del cual se podría desarrollar una orientación nacional más detallada y adaptada. Un cierto número de profesionales expresó su preocupación de que la orientación, ya sea nacional o internacional, pueda operar para restringir la flexibilidad que es tan importante para garantizar que las leyes de trata puedan adaptarse a situaciones nuevas y cambiantes. Las opiniones de los profesionales estuvieron divididas con respecto a la pregunta de si podría haber una comprensión universal de lo que constituye la explotación para fines de trata.

1. Antecedentes

1.1 Contexto de este estudio

El Protocolo de las Naciones Unidas 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 Transnacional⁴ (Protocolo contra la Trata de Personas) es considerado como “el principal instrumento legalmente vinculante a nivel global para combatir la trata de personas” (Naciones Unidas, 2008). El Protocolo señala que la trata de personas está conformada por tres elementos: i) un “acto”, ya sea reclutamiento, transporte, la traslado, acogida o recepción de personas; (ii) un “medio” por el cual se logra esa acción (amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o situación de vulnerabilidad, y la entrega o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga control sobre otra), y (iii) un “fin” (de la acción / medio): la explotación, que se define para incluir, como mínimo, “la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (artículo 3, inciso a). Los tres elementos deben estar presentes para constituir la “trata de personas”, excepto en relación con la trata de niños, para lo cual el elemento de “medios” no es requerido (artículo 3, inciso c). El consentimiento de una víctima de trata es especificado como irrelevante cuando cualquiera de los “medios” estipulados son usados (artículo 3, inciso d).

Alcanzar un acuerdo internacional para la definición de trata de personas fue ampliamente considerado como un paso importante en la articulación de un entendimiento común sobre la naturaleza del problema y el establecimiento de una base sobre la cual la cooperación necesaria entre los Estados podría desarrollarse. En los catorce años transcurridos desde la adopción del Protocolo contra la Trata de Personas, ha habido un avance considerable para su implementación, en buena medida gracias a que se han incorporado aspectos centrales del Protocolo contra la Trata de Personas en leyes y políticas nacionales, regionales e internacionales.

Sin embargo, se ha vuelto evidente que hay preguntas que permanecen sobre ciertos aspectos de la definición, en particular, aquellos aspectos que no son definidos de otra forma en el derecho internacional o que no son comúnmente conocidos por los principales sistemas jurídicos del mundo. Los esfuerzos por aclarar el alcance y el contenido sustantivo de estos aspectos de la definición fortalecerán el marco jurídico internacional en torno a esta cuestión y también apoyarán los esfuerzos nacionales para responder a la trata. En este contexto, es importante señalar que, desde la aprobación del Protocolo contra la Trata de Personas, la mayoría de los Estados ha revisado o promulgado leyes para reprimir este delito. Muchas de ellas incorporan la definición del Protocolo contra la Trata de Personas citada antes. Algunos Estados han modificado la definición para adecuarse mejor a su contexto nacional, la propia comprensión del problema y/o a los marcos jurídicos y de políticas existentes. Generalmente, sin embargo, existe una alta correlación entre el Protocolo contra la Trata de Personas y la legislación nacional sobre la trata, que subraya el valor de ofrecer a los profesionales orientación sobre cuestiones o aspectos poco claros que han sido incorporados en legislaciones nacionales, con base en la definición del Protocolo.

⁴ El Protocolo fue adoptado el 15 de noviembre de 2000, y entró en vigor el 5 de diciembre de 2003.

Es importante reafirmar un punto planteado en el contexto de los estudios anteriores: las preguntas sobre la definición de trata tienen una dimensión tanto práctica como jurídica. Caracterizar ciertas conductas como “trata” tiene consecuencias significativas y de gran alcance para los presuntos autores de esa conducta y para las presuntas víctimas. Las personas que son víctimas de esa conducta se convierten en “víctimas de la trata” y, por lo tanto, tienen derecho a medidas especiales de asistencia y protección que no están disponibles para quienes no hayan sido identificados de esta manera. Es probable que los delincuentes involucrados en una práctica que se identifica como “trata” estén sujetos a un régimen legal diferente y típicamente más severo de lo que sería aplicable si esa identificación no hubiera ocurrido. Para el Estado, la tipificación de ciertas conductas como “trata” desencadenan una serie de obligaciones de criminalización y cooperación. También tienen un impacto en la comprensión nacional de la naturaleza y el alcance del “problema de la trata” y afectará la interacción del Estado con las instituciones y mecanismos externos de cumplimiento.

La amplitud y estrechez potencial de la definición ha planteado diferentes problemas, y los Estados han adoptado posiciones bastante diferentes. Existe una tensión entre aquellos que apoyan una interpretación conservadora o restrictiva del concepto de trata y aquellos que promueven su expansión, o sea, entre los esfuerzos comprensibles para expandir este concepto para abarcar la mayoría, si no todas, las formas de explotación severas, y el desafío práctico de establecer prioridades y establecer límites legales claros, en particular para los organismos de justicia penal involucrados en la investigación y el procesamiento de delitos relacionados con la trata. La definición compleja y fluida contenida en el Protocolo contra la Trata de Personas ha contribuido a garantizar que esas tensiones sigan sin resolverse. Es el caso, por ejemplo, del término “explotación”, que es el tema del presente estudio, en línea con los temas de estudios previos de conceptos, a saber, “abuso de la posición de vulnerabilidad y otros medios” y “consentimiento”. La forma en la cual el fin de la trata es comprendido, inevitablemente operará en la expansión o reducción de un rango de prácticas identificadas como trata, y, por tanto, de las categorías de personas identificadas como perpetradoras de delitos de trata.

Estas tensiones se asientan dentro de un marco político y de defensa más amplio, en donde se expresa la necesidad de ofrecer matices legales. Ciertamente, ha habido esfuerzos fuertes y consistentes para simplificar la definición y las expresiones de trata en formas que harán progresar los esfuerzos de defensa. Las afirmaciones cada vez más comunes de que “toda la trata es esclavitud”, o que “todo el trabajo forzoso es trata” (y, por tanto, esclavitud), son solo dos manifestaciones de lo que un comentarista ha definido acertadamente como el “avance sigiloso de la explotación” (Chuang, 2014).

1.2 Mandato y términos de referencia

El artículo 32, numeral 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC, por sus siglas en inglés) establece una Conferencia de los Estados Parte (CEP) “con el objetivo de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.”⁵ El mandato de la CEP originalmente era aplicado solamente a la UNTOC. Sin embargo, en su sesión

⁵ La Convención fue adoptada el 15 de noviembre de 2000, y entró en vigor el 29 de septiembre 2003.

inaugural en julio de 2004, la CEP decidió llevar a cabo funciones asignadas a ella en el artículo 32 con respecto al Protocolo contra la Trata de Personas y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.⁶ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) actúa como Secretariado de la CEP. La UNODC es el guardián de la Convención contra el Crimen Organizado y sus Protocolos complementarios, y tiene el mandato de apoyar a los Estados Miembros en sus esfuerzos por implementar estos instrumentos.

En 2008, la CEP estableció el Grupo de trabajo interino de composición abierta sobre trata de personas (Grupo de Trabajo), para asesorar y asistir a la CEP 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 implementación del Protocolo contra la Trata de Personas mediante el intercambio de experiencias y prácticas entre expertos y profesionales en esta área; (ii) realizar recomendaciones a la CEP sobre cómo los Estados Parte pueden mejorar la implementación de las provisiones del Protocolo; (iii) apoyar a la CEP a proporcionar orientación a la UNODC sobre las actividades relacionadas con dicha implementación, y (iv) hacer recomendaciones a la CEP sobre cómo puede mejorar la coordinación con los diversos organismos internacionales que luchan contra la trata de personas en relación con la implementación, el apoyo y la promoción del Protocolo.⁷

En su segunda sesión, en enero de 2010, el Grupo de Trabajo identificó una falta de claridad conceptual con respecto a la definición de trata como un obstáculo para la implementación efectiva del marco legal internacional en torno a la trata de personas y sus equivalentes nacionales. Específicamente, se observó que algunos conceptos críticos de la definición no se entendían claramente y no se implementaban y aplicaban de manera consistente. El Grupo de Trabajo recomendó que:

El Secretariado debe preparar, en consulta con los Estados Parte, documentos temáticos para ayudar a los funcionarios de justicia penal en los procedimientos penales, sobre temas como el consentimiento; refugio, recepción y transporte; abuso de una posición de vulnerabilidad; explotación; y transnacionalidad. (Naciones Unidas, 2010a, párr. 31, inciso b)

En octubre de 2010, en su quinto periodo de sesiones, la CEP acogió con satisfacción las recomendaciones del Grupo de Trabajo⁸ y solicitó que el Secretariado continuara con su trabajo en el análisis de los conceptos clave sobre el Protocolo contra la Trata de Personas.⁹ El primer Documento Temático sobre “el abuso de una situación de vulnerabilidad y otros ‘medios’ dentro de la definición de trata de personas”, acompañado por una nota de orientación a los profesionales, fue emitido en 2012 y presentado a la CEP en su sexta sesión del 15 al 19 de octubre de 2012. La CEP dio la bienvenida al Documento Temático y solicitó al Secretariado:

continuar su trabajo en el análisis de los conceptos clave 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

6 Véase Naciones Unidas (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”.

7 Véase Naciones Unidas (2008), Decisión 4/4: “Trata de seres humanos”.

8 Véase Naciones Unidas (2010b), 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”.

9 Véase Naciones Unidas (2012), Resolución 6/1: “Garantizar la aplicación efectiva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”.

Transnacional, mediante la preparación de documentos técnicos similares. (Naciones Unidas, 2012)

El segundo Documento Temático, sobre “el papel del ‘consentimiento’ en el Protocolo contra la Trata de Personas” se finalizó y fue lanzado en la séptima sesión de la CEP en octubre de 2014. Este tercer documento de la serie examina el concepto de “explotación” en la definición que da el Protocolo contra la Trata de Personas.

1.3 Metodología

La Metodología para la preparación de este Documento Temático fue similar a la adoptada en el primer y en el segundo estudio, con algunas modificaciones menores con base en la experiencia previa. Tal metodología incluía los siguientes pasos:

Investigación preliminar: comprende (i) la revisión y el análisis de los escritos académicos existentes y de los materiales técnicos;¹⁰ (ii) la examinación del derecho internacional y regional de los tratados, incluyendo los recursos históricos, y (iii) la examinación de la legislación nacional y la jurisprudencia nacional utilizando las bases de datos de UNODC.

Encuestas por país: preparación de un instrumento de encuestas destinado a capturar información adicional y detallada sobre leyes, casos y prácticas relacionadas con el tema del estudio, así como la comprensión y opinión de los profesionales sobre las cuestiones emergentes. El instrumento de encuesta¹¹ se utilizó entonces para guiar entrevistas a profundidad con profesionales y expertos de doce Estados que representan diferentes regiones y tradiciones jurídicas, a saber, Australia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Catar, Colombia, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Malasia, Suecia, Tailandia y Uganda.

Los Estados que participaron en el proceso fueron identificados después de una serie de consultas que se hizo a los Estados Parte con el objetivo de mantener el equilibrio geográfico e incluir la experiencia de los sistemas de derecho civil, común y mixto. Los Estados Parte también fueron invitados a participar en las encuestas en varios momentos de la investigación. Se hizo un esfuerzo para incluir a los Estados seleccionados en más de un estudio a fin de permitir un examen más detallado de la ley y la práctica. Entre el grupo de Estados que participaron en este estudio, cuatro (Australia, Canadá, Egipto y Tailandia) han participado en un estudio previo. Adicionalmente, para el mismo propósito, los profesionales de los Estados encuestados para la elaboración de los documentos temáticos anteriores se incluyeron en el proceso de revisión del presente documento (EE.UU., Israel y Suiza), aunque esos Estados no se incluyeron formalmente en la encuesta.

¹⁰ Entre ellos figura un documento de antecedentes preparado por la Secretaría para la quinta reunión del Grupo de Trabajo contra la Trata de Personas (Naciones Unidas, 2013a).

¹¹ Véase el Anexo 2.

Elaboración del Informe de Encuesta y Documento Temático: los resultados de las encuestas nacionales, junto con un análisis detallado de esos resultados, fueron compilados en un Informe de Encuesta que constituyó un aporte importante en el presente Documento Temático (especialmente las partes 3 y 4). El material analítico adicional preparado por la UNODC y la documentación recopilada durante la investigación preliminar también se utilizó en el proceso de redacción.

Revisión por parte del Grupo de Expertos: UNODC convocó a un Grupo de Expertos a una reunión que se celebró en Viena los días 13 y 14 de octubre de 2014, con el propósito de verificar los resultados de la encuesta y enriquecer el contenido del presente documento preliminar. El Documento Temático fue revisado y finalizado a la luz de las conclusiones de la reunión del Grupo de Expertos. Tres de los 12 Estados encuestados (Australia, Malasia y los Emiratos Árabes Unidos) no pudieron enviar representantes para participar. Australia proporcionó comentarios detallados por escrito que fueron tomados en cuenta por el grupo de expertos. Como se señaló anteriormente, representantes de tres Estados que no fueron formalmente encuestados para este estudio (EE. UU., Israel y Suiza) asistieron a la reunión.

Finalización del borrador del Documento Temático: el borrador del documento temático fue revisado a la luz de los hallazgos de la reunión del Grupo de Expertos; la retroalimentación recibida se ve reflejada en esta versión final.

1.4 Estructura de este documento

En el Resumen Ejecutivo se exponen los principales hallazgos del estudio. El Documento Temático se encuentra dividido en cuatro partes. La Parte 1 describe la información básica necesaria, incluido el contexto más amplio, el mandato y los términos de referencia.

La Parte 2 proporciona una visión general y un análisis del marco legal y político internacional en torno a la explotación y los conceptos relacionados. En primer lugar, se analizan las diversas formas en que se explica y comprende la explotación, destacando las preguntas en torno a la explotación que han causado un largo debate y que resuenan con este estudio. En segundo lugar, se analiza el término “explotación” en el contexto específico de la trata a partir del estudio detallado de los diversos conceptos establecidos en el Protocolo contra la Trata de Personas y de las normas aplicables del derecho internacional, con el fin de explicar su alcance y contenido sustantivo. En tercer lugar, se revisan otras fuentes de conocimiento relevantes antes de extraer algunas conclusiones iniciales sobre el marco legal y político internacional aplicable.

La Parte 3 resume y analiza los resultados de las encuestas en torno a leyes y prácticas nacionales relativas al concepto de explotación con el propósito de establecer las bases para una consideración más amplia de los problemas y tendencias en la materia en el siguiente apartado. Los doce Estados encuestados se dividieron en cuatro grupos: (i) Estados que siguen de cerca el enfoque de explotación del Protocolo; (ii) Estados que generalmente siguen el enfoque del Protocolo, pero incluyen formas adicionales de explotación; (iii) Estados que

generalmente siguen el enfoque del Protocolo pero incluyen menos formas de explotación, y (iv) Estados que adoptan un enfoque diferente al fin de la definición de trata.

La Parte 4 reúne los hallazgos en materia de legislación y jurisprudencia, así como los puntos de vista de profesionales sobre los enfoques legislativos, diferentes formas de explotación y otros problemas importantes.

La Parte 5 presenta una guía sobre políticas y prácticas que surgieron durante el desarrollo de este documento, así como recogidas mediante la aplicación de las encuestas y en la reunión del Grupo de Expertos, celebrada en octubre de 2014. Esta guía se presenta para promover la discusión y como fuente de aprendizaje de los Estados y los profesionales de la justicia penal.

2. El concepto de “explotación” en la normativa y las políticas internacionales

2.1 Perspectivas generales sobre el concepto de explotación

El concepto de explotación tal como aparece en el Protocolo contra la Trata de Personas no surgió en el vacío. Distintas disciplinas, desde el derecho a la filosofía, y desde la economía a la política, se han dedicado durante mucho tiempo a examinar y tratar de establecer lo que la explotación significa o debería significar. Esto no ha resultado en un acuerdo y el concepto sigue siendo ambiguo. Ciertamente, ha demostrado ser lo suficientemente fluido como para admitir distintas posiciones e interpretaciones. Esta sección describe, en términos necesariamente breves y amplios, las diversas formas en las cuales la explotación es explicada y entendida. También resalta las preguntas en torno a la explotación que han causado un largo debate y que resuenan con el tema de este estudio.

Las definiciones sobre explotación del diccionario indican dos significados alternativos: uno técnico y el otro normativo. En el primero, la explotación puede referirse (neutralmente) a hacer uso o derivar beneficio de una cosa o situación, por ejemplo, un recurso. El segundo se enfoca en las relaciones entre las personas, y alude, de manera potencialmente peyorativa, a tomar ventaja de una persona (o sus características o su situación) para fines propios (Pearsall y Trumble, 1996).

Tanto en política como en filosofía, cuando la “explotación” está vinculada a una persona, comúnmente se refiere a alguna debilidad o vulnerabilidad, la cual se convierte en objeto de explotación. “Explotar a una *persona* es usar una debilidad para obtener un control sustancial sobre la vida o el trabajo de la persona” (Honderich, 2005). Esto no se considera inevitable y universalmente “incorrecto”. Por ejemplo, muchos Estados aceptan que es justo y correcto para las personas comprar y vender capacidades laborales a cualquier precio que soporte el libre mercado. Las diferencias de poder entre empleador y empleado pueden significar que la negociación resultante será “explotadora” pero no necesariamente será vista como injusta o no ética (Ibídem). Los esfuerzos para compensar las inequidades de poder mediante la negociación colectiva o el establecimiento de salarios mínimos pueden disminuir el *grado* de explotación, pero no que tenga lugar.

Para ser “errónea”, por lo tanto, la explotación debe vincularse de alguna manera a la injusticia: no solo se trata de aprovecharse de una persona, su situación o su vulnerabilidad, sino de tomar una ventaja *injusta*. Esta es una distinción útil, pero, por supuesto, plantea la pregunta de cómo se debe definir o comprender la injusticia. El siguiente extracto del *Diccionario Conciso Oxford sobre Política* establece claramente las complicaciones que, en la práctica, surgen al aplicar esta comprensión más matizada:

Las dificultades están en especificar la naturaleza de la injusticia de la ventaja, y las formas en que la oportunidad de tomar ventaja surge en primer lugar, y/o se aprovecha en una ocasión particular. Por estas razones, el análisis de la explotación está vinculado de manera inseparable a la comprensión del poder y de la (in)justicia. Lo que distingue a la explotación

como una forma particular de injusticia ha sido controvertido; por tanto, también lo han sido las formas en que la explotación (si las hay) es una forma de poder, más que una posible consecuencia de ello. Un problema particular es la identificación de transacciones de explotación dentro de intercambios consensuales que, para algunos teóricos, oculta la presencia de una relación de poder, pero para otros garantiza su ausencia. (McLean y McMillan, 2009)

Este extracto aborda las complicaciones que son centrales a las consideraciones de este documento. Por ejemplo, ¿está mal que una parte explote a otra si la transacción es consensual? ¿Es incorrecto si la transacción es tanto consensual como mutuamente ventajosa? ¿Es incorrecto permitir que uno mismo u otra persona sean explotadas de manera injusta, o incluso dañina? ¿Puede la sociedad justificadamente prohibir a las personas participar en tales transacciones? ¿En qué punto debería la explotación convertirse en delito? ¿En qué medida deberíamos considerar los derechos humanos universales, o los valores que encarnan, como la dignidad y la libertad, cuando abordamos estas cuestiones?

Ciertamente, el concepto de explotación tiene dimensiones tanto temporales como culturales. Las prácticas laborales que hoy en día pueden considerarse ampliamente explotadoras (y prohibidas por la ley), tales como el trabajo infantil y el trabajo en condiciones de servidumbre, no siempre se han visto de esta manera. En algunas culturas y sociedades, las transacciones sexuales comerciales son *ipso facto* explotadoras, y esta es una justificación principal para su criminalización. En otros, ese enlace directo no está presente y se requerirán características adicionales, como la coacción, para establecer la explotación y, en consecuencia, una sanción legal.

La revisión bibliográfica confirmó que la explotación, en el sentido de tomar una ventaja injusta, es vista como un proceso continuo, aunque mal definido y altamente controvertido. En un extremo se encuentran las situaciones en las que es legal y socialmente aceptable que una persona obtenga una ventaja desigual, posiblemente incluso injusta, de otra: las desigualdades de poder que permiten la ventaja injusta –así como el beneficio desproporcionado que se obtiene de ella– se consideran aceptables dentro de ese momento y lugar. En el otro extremo se encuentran las situaciones en que la ventaja injusta es aguda y el daño resultante es muy grave. Las prácticas comúnmente asociadas con este final del continuo, como la esclavitud y la servidumbre, son más resistentes a los factores culturales y a otras influencias; al menos en lo que respecta a la ley y la política, en la actualidad están universalmente condenadas. Todas las formas y manifestaciones de la explotación que no pertenecen a cualquiera de ambas caen en algún punto de este continuo. Por ejemplo, en algún lugar no lejano de este punto de partida estará la conducta de explotación de un tipo menor, la cual, no obstante, alcanza un punto de injusticia para justificar que dicha conducta esté sujeta a una sanción legal. La falta de pago de un salario mínimo obligatorio puede ser un ejemplo. El trabajo forzado generalmente se ubicaría en el otro extremo, tal vez en un punto anterior a una conducta similar a la esclavitud que involucra aseveraciones de propiedad sobre una persona. Desde una perspectiva legal, la idea de un continuo es particularmente útil porque los puntos de ese continuo se pueden establecer con referencia al régimen legal en el que se encuentran (y viceversa).

En el derecho internacional, el uso del término explotación refleja la dualidad de los significados mencionados antes. En referencia a una “cosa”, como un recurso económico, la explotación

tiene una connotación neutral, potencialmente incluso positiva.¹² En referencia a una persona, la connotación de explotación es inevitablemente negativa. Por ejemplo, la legislación internacional en materia de derechos humanos prohíbe la “explotación de la prostitución”¹³ y todas las formas de explotación que son perjudiciales para los niños.¹⁴ La explotación también se ha utilizado como un término abarcador para unificar un grupo estipulado de prácticas nocivas.¹⁵ A pesar de acomodarse a tales referencias, el derecho internacional no establece una definición general de explotación. Aunque, como se muestra más adelante, ciertas prácticas comúnmente identificadas como “explotadoras” están de hecho definidas, otras prácticas, como la explotación de la prostitución ajena y la explotación económica o sexual en relación con los niños, no lo están.

2.2 El concepto de explotación en el contexto del Protocolo contra la de Trata de Personas

El Protocolo contra la Trata de Personas establece una definición de trata que comprende tres elementos separados: un *acto*, un *medio* por el cual este acto ocurre o es posible y un *fin* del acto, que es la explotación. El primer componente de la definición, el elemento de “acto”, se verá típicamente como una parte (y en el caso de la trata de niños, la única parte) del *actus reus* de la trata. Este elemento puede cumplirse mediante las prácticas indefinidas de reclutamiento, transportación, transferencia, alojamiento o recepción de personas. Aunque dichas actividades pueden ser neutrales en sí mismas y con respecto a sí mismas, adquieren un carácter diferente cuando se las lleva a cabo de una manera particular (medios) y con la intención de explotación (fin). El elemento final, “con el fin de” típicamente proporcionará la base para identificar el aspecto *mens rea* del delito. La trata de personas ocurrirá si el individuo o la entidad implicada tuviera la intención de que la acción (la cual, en el caso de la trata de adultos, debe haber ocurrido o haber sido posible a través de uno de los medios estipulados) conduzca a la explotación. De esta manera, la trata de personas es un crimen de intención específica o especial (UNODC, 2009, pp. 4-5).¹⁶

No es necesario que haya ocurrido la explotación: el delito de trata se establece en el Protocolo una vez que los elementos relevantes de acto y fin (o, en el caso de los niños, el acto únicamente) se han establecido junto con la intención de explotación (UNODC, 2004, pp. 268-269). El Protocolo contra la Trata de Personas no define “explotación”; en su lugar, proporciona una lista abierta de ejemplos que incluyen, como mínimo, “la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (art. 3). Si bien ninguna de estas prácticas está sujeta a definición dentro del Protocolo, algunas se han definido en otros instrumentos internacionales.¹⁷ Las palabras “como mínimo” confirman que las formas

12 Allain (2012, p. 2) cita el ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece un régimen regulador para la explotación económica de los recursos naturales marítimos.

13 Así lo establece el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

14 Artículos 19, 32 y 34 al 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

15 Por ejemplo, en el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que señala que “Todas las formas de explotación y degradación del hombre, particularmente la esclavitud, la trata de esclavos, la tortura, el castigo y el tratamiento cruel, inhumano o degradante deberán prohibirse”.

16 La UNODC (2009, p. 6) señala además que la legislación nacional podría permitir que el *mens rea* se establezca con un criterio inferior al “intento” directo (como imprudencial, la ceguera deliberada o la negligencia criminal).

17 Véase infra sección 2.3.

de explotación no mencionadas explícitamente en la definición también podrían incluirse en la definición de trata de personas del Protocolo.¹⁸

El Protocolo hace varias referencias adicionales a la explotación: en el preámbulo, señala (en el contexto de una declaración de propósitos) la existencia de distintos instrumentos internacionales “para combatir la explotación de personas”, establece la irrelevancia del consentimiento (art. 3, inciso b) y una disposición que exige a los Estados Parte abordar la demanda que fomenta “todas las formas de explotación de personas” (art. 9, numeral 5).

Una revisión de los *Trabajos Preparatorios* confirma que las consideraciones de explotación fueron una parte crítica de las negociaciones, no solo en términos de definición sino también, de forma más amplia, al establecer el ámbito de aplicación del Protocolo. En el contexto de este estudio, los *Trabajos Preparatorios* proporcionan información importante sobre cómo evolucionó la comprensión de la explotación durante el proceso de redacción y cómo fue entendido este elemento de la definición en su formulación final. Los aspectos del proceso de redacción que se relacionan con formas específicas de explotación son considerados a detalle en la sección 2.3. De manera más general, los hallazgos incluyen:

Una preocupación por no restringir excesivamente el fin de la trata: esta preocupación se planteó regularmente a lo largo del proceso de negociación como la razón para sugerir diferentes enfoques, como excluir completamente el fin de la explotación (por ejemplo, enfocarse únicamente en los elementos de acto y medios) (UNODC, 2006, pp. 334 y 357) o hacer una referencia a “cualquiera” o “todas” las formas de explotación (Íbid, p. 337, nota 19). El texto final parece ser un compromiso para garantizar la amplitud máxima de cobertura al tiempo que proporciona una indicación suficiente de la naturaleza de la explotación a la que se refiere el Protocolo.

Cabe destacar las diferencias de opinión sobre si deben definirse las formas de explotación estipuladas y de qué manera: si bien no existe un deseo aparente por definir la “explotación” en sí misma, varios Estados sugirieron que se definieran explícitamente las formas de explotación que se enlistarían en el Protocolo. En algunos casos, las definiciones propuestas reproducen aquellas ya establecidas en el derecho internacional (Íbid, p. 342, nota 15). En otros casos, sugirieron adiciones o modificaciones a las definiciones existentes.¹⁹ También sugirieron nuevas definiciones para formas de explotación propuestas que no están definidas en ninguna otra parte.²⁰ Por último, se acordó que las formas estipuladas de explotación que se incluirían no se definirían por separado (Íbid., p. 352, nota 7).

Algunas formas de explotación propuestas para ser incluidas no fueron aceptadas: durante todo el proceso de redacción se propuso que se incluyeran distintos fines de explotación. Algunos de estos, como el trabajo doméstico, el turismo sexual y el embarazo forzado no obtuvieron un empuje significativo. Otros, como la servidumbre, la fabricación o distribución de pornografía infantil, la compra y venta de niños, la adopción forzada, el matrimonio forzado, la adopción y la servidumbre

18 Los Trabajos Preparatorios de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (UNODC, 2006, p. 343) reproducen una nota hecha por los redactores durante las negociaciones en la que explican que “[l]as palabras ‘como mínimo’ permitirán a los Estados parte ir más allá de los delitos enlistados en esta definición al penalizar [y están] también destinados a hacer posible que el protocolo cubra formas futuras de explotación (es decir, formas de explotación que [aún] no se conocen “.

19 Por ejemplo, modificaciones a la definición jurídica internacional de “trabajo forzado” (UNODC pp. 340 y 342). Sobre esta noción en el contexto de la trata de personas, véase infra sección 2.3.2.

20 Por ejemplo, la explotación sexual (Íbid., pp. 339-340).

por deudas fueron discutidos más extensamente pero decayeron, debido, principalmente, a que la práctica propuesta podría ser subsumida en una o más de las formas estipuladas y por el hecho de que las formas enlistadas eran “como mínimo”. Se propuso el término “trata de personas para la explotación laboral” (en lugar de la trata de personas para los trabajos forzados), pero no se aceptó (Íbid., p. 354).

Se propuso un elemento de beneficio para la “explotación”, pero no fue aceptado: durante la primera parte de las negociaciones, algunas delegaciones sugirieron que era necesario referirse al “beneficio” en el contexto del fin de explotación. Aunque esto se discutió, prevaleció la visión de que la referencia explícita a la ganancia era innecesariamente restrictiva (Íbid., p. 340, nota 6).

Los *Trabajos Preparatorios* proporcionan tres Notas Interpretativas relevantes al concepto de explotación: las formas de explotación sexual distintas a las que están en el contexto de la trata de personas no están cubiertas por el Protocolo (Íbid., p. 347); la extracción de órganos de un niño por razones médicas o terapéuticas legítimas no puede formar un elemento de la trata si un padre o tutor ha validado en consentimiento (Ibidem), y las referencias a la esclavitud y prácticas análogas pueden incluir la adopción ilegal en algunas circunstancias (Ibidem). Estas notas interpretativas se consideran a continuación en el contexto de la discusión del apartado 2.3.

En la *Guía Legislativa de la Convención y los Protocolos contra la Delincuencia Organizada*, publicada en 2004, no se discute ni se analiza en profundidad el concepto de explotación. La Ley Modelo contra la Trata de Personas de la UNODC, de 2009, es más amplia, particularmente en relación con las diversas formas especificadas en la definición del Protocolo. La Ley Modelo señala que, si bien la explotación no está explícitamente definida en el Protocolo, este concepto generalmente se asocia con condiciones de trabajo particularmente duras y abusivas, o “condiciones de trabajo incompatibles con la dignidad humana” (UNODC, 2010, p. 36). Afirma la naturaleza no exhaustiva de las formas de explotación especificadas en el Protocolo, señalando que los Estados pueden considerar sus propias experiencias y el marco jurídico existente al decidir si incluyen otras formas de explotación. La Ley Modelo, sin embargo, advierte contra la imprecisión al estipular formas adicionales, afirmando que el principio de legalidad requiere que estén bien definidas (“enunciadas en la ley”) (Íbid., p. 35). La Ley Modelo podría mejorarse si se revisaran las recientes interpretaciones del Protocolo que han tenido lugar desde la publicación de aquella en 2009.

2.3 Formas de explotación citadas en el Protocolo contra la de Trata de Personas

Las formas de explotación listadas en el Protocolo contra la Trata de Personas son una parte integral de su contenido sustantivo. De hecho, es el contenido y el alcance de estos formularios los que, en conjunto, proporcionan los parámetros mínimos del tercer elemento de la definición

establecida en el Protocolo. Las formas estipuladas constituyen una lista mínima de fines de explotación. A los Estados Parte se les requiere incluir, *por lo menos*, estas formas de explotación, aunque también pueden incluir otras.²¹

Con base en lo establecido en las leyes y definiciones internacionales en la materia, los *Trabajos Preparatorios* y otros materiales de orientación (internacionales y regionales), esta sección considera cada una de las formas de explotación estipuladas individualmente para determinar tanto su contenido como su alcance; asimismo, identifica aspectos que permanecen sin resolver, impugnados o no resueltos.

2.3.1 Explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual

Los problemas sobre la prostitución y la explotación sexual fueron centrales en las discusiones sobre la definición de trata. Esto no resultó sorprendente dado que una de las razones para elaborar el Protocolo era la preocupación por la creciente incidencia de la explotación sexual de mujeres y niñas en el proceso de migración y el involucramiento de organizaciones delictivas en este fenómeno.²² Sin embargo, los Estados estuvieron en desacuerdo, a veces de manera intensa, sobre la forma en que estas cuestiones debían tratarse en el Protocolo. Algunos buscaron referencias específicas que operarían sobre la prostitución para confirmar la oposición legal internacional a toda prostitución. Otros argumentaron que la inclusión de la “prostitución” como un fin de la trata sin mayor calificación haría que la definición de esta fuera demasiado amplia y presentara dificultades particulares para quienes habían elegido responder a la prostitución de manera diferente. El compromiso final “explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual” fue acompañado por una Nota Interpretativa, la cual confirma que el Protocolo contra la Trata de Personas “aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual solo en el contexto de trata de personas” (UNODC, 2006). La Nota Interpretativa confirma, además, que los Estados deliberadamente decidieron no definir ninguno de los términos, asegurando que el Protocolo “no tiene prejuicio sobre cómo los Estados Partes abordan la prostitución en sus respectivas leyes nacionales» (Íbid., 2006, párr. 64). Un entendimiento similar se adjunta a la disposición equivalente del Consejo del Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata (en lo sucesivo, Convenio Europeo contra la Trata de Personas) (Consejo de Europa, 2005, párr. 88).

La “**explotación de la prostitución ajena**” generalmente se refiere a la acción de obtener algún beneficio de la prostitución de otra persona. En ese sentido, opera para establecer el lugar de la conducta (generalmente criminal) en una persona distinta a la que se dedica a la prostitución. El término apareció por primera vez en el derecho internacional en 1949 en la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena²³. Aunque la Convención no proporciona una definición, los Estados Parte de este instrumento están obligados a castigar, entre otras, a “cualquier persona que, para satisfacer las pasiones de otro (...) explote la prostitución de otra persona, incluso con el consentimiento de la persona” (art. 1). Por su parte,

21 Esto puede inferirse de la referencia a “como mínimo” que se encuentra en la disposición sobre la explotación del Protocolo. Asimismo, en el Informe Explicativo del Consejo de Europa (2005, párr. 85) se menciona la disposición equivalente en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

22 Para más información sobre los orígenes del Protocolo, véase el capítulo 1 de Gallagher (2010).

23 Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 96 UNTS 271, realizado el 2 de diciembre de 1949; entró en vigor el 25 de julio de 1951.

la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) obliga a los Estados Parte a erradicar “todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de mujeres” (art. 6). A falta de una definición acordada de “explotación de la prostitución”, el Comité de la CEDAW ha considerado cuestiones de derechos humanos relacionadas con la prostitución desde distintas perspectivas (en ocasiones, inconsistentes) (Chuang, 2012). Así, aunque ha evitado tomar una posición sobre el tratamiento legal de la prostitución, expresa claramente la idea de que las leyes contra la prostitución solo deberían penalizar las acciones de quienes se benefician de la explotación, no a las víctimas de esta (Íbid.).

Durante las negociaciones del Protocolo contra la Trata de Personas, la persona moderadora (*chairperson*) del grupo de redacción reafirmó el significado aceptado de “explotación de la prostitución”, señalando que la “explotación” utilizada en relación con la prostitución distingue a personas que podrían obtener beneficios de su propia prostitución de aquellos que obtienen algún beneficio de la ajena (UNODC, 2006, p. 344, nota 27).

La escasa orientación internacional adicional disponible parece respaldar este enfoque. Por ejemplo, aunque la Ley Modelo sobre Trata de personas señala que el término “explotación de la prostitución ajena” puede definirse de varias maneras, propone que se refiera a “la obtención ilícita de beneficios financieros u otros beneficios materiales de la prostitución de otra persona” (UNODC, 2010, p. 14).²⁴

La “explotación sexual”, también indefinida en el Protocolo, no tiene una definición acordada en el derecho internacional, aunque ha habido varios intentos de apegarse a una comprensión particular al término en relación con entornos específicos.²⁵ No es parte del lenguaje del derecho internacional en materia de derechos humanos, excepto en el contexto de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño identifica las siguientes prácticas como **“explotación sexual de niños”**: (a) La inducción o coacción a un niño para que participe en cualquier actividad sexual ilegal; (b) El uso de niños para su explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; (c) El uso de niños para su explotación en espectáculos y material pornográfico (art. 34). Otros instrumentos internacionales incorporan una comprensión similar de la explotación sexual infantil.²⁶

En una etapa del proceso de negociación, el texto introductorio contenía una definición de “explotación sexual” que, en el caso de los adultos, implicaba un elemento con respecto a los medios como imponer fuerza o clara falta de consentimiento.²⁷ Posteriormente, se decidió que no era necesario definir el término (UNODC, 2006, p. 343, nota 14). Alternativas propuestas, como la prostitución forzada, o la asimilación de la explotación sexual en términos más amplios,

24 La Ley Modelo aclara que “(e)l término ‘ilícito’ se añadió para indicar que esto debe ser ilegal de conformidad con las leyes nacionales sobre prostitución” (UNODC, 2010, p. 14).

25 Por ejemplo, en relación con sus políticas sobre la explotación y el abuso sexual por parte del personal de la ONU, las Naciones Unidas han definido la explotación sexual como: “cualquier abuso real o intento de abuso de una situación de vulnerabilidad, poder diferencial o confianza con fines sexuales, incluidos, pero no limitados a, beneficiarse monetaria, social o políticamente de la explotación sexual de alguien más” (Naciones Unidas, 2003). La Oficina de Servicios de Supervisión Interna de las Naciones Unidas (2008), encargada de investigar las faltas de conducta, ha declarado que “tener relaciones sexuales con prostitutas” es un ejemplo de explotación sexual.

26 Por ejemplo, en los artículos 3, inciso b, y 18 a 23 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual (el cual fue adoptado el 25 de octubre de 2007, y entró en vigor el 1 de julio de 2010).

27 “‘Explotación sexual’ puede significar: (i) por parte de un adulto prostitución (forzada), servidumbre sexual o participación en la producción de material pornográfico, para la cual la persona no se ofrece a sí misma con consentimiento libre e informado; (ii) De un niño, prostitución, servidumbre sexual o uso de un niño en la pornografía” (UNODC, 2006, p. 341).

como la servidumbre, la esclavitud y el trabajo forzado, se discutieron pero no se aceptaron. Las propuestas para incluir la producción de pornografía como un fin separado tampoco se incluyeron, presumiblemente porque este fin se consideraba dentro del término más amplio “explotación sexual”. La escasa orientación internacional disponible sobre el posible alcance de la “explotación sexual” incluye una propuesta en la Ley Modelo de la UNODC de que el término se defina en la legislación nacional como “la obtención de beneficios financieros o de otro tipo mediante la participación de otra persona en la prostitución, servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos los actos pornográficos o la producción de material pornográfico” (UNODC, 2010).

2.3.2 Trabajos forzados

La definición legal internacional aceptada de trabajo forzoso se establece en el artículo 2 del Convenio N° 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): “todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una sanción y para el cual dicha persona no se ofreció voluntariamente”. La definición es reproducida en los principales tratados de derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual también reitera y amplía las excepciones circunscriptas cuidadosamente adjuntadas a la definición original (artículo 8, numeral 3) La prohibición contiene un elemento subjetivo (*involuntariedad*), así como requisitos objetivos que se cumplen cuando el Estado o un individuo particular ordena el trabajo o servicio personal y recurre a la amenaza de un castigo o sanción si la orden no se obedece (Nowak, 2005). La definición de trabajo forzoso del Convenio de la OIT fue reafirmada, sin enmiendas, en 2014 con la adopción de un Protocolo del Convenio sobre el Trabajo Forzoso (Conferencia Internacional del Trabajo, 2014).

No existe una definición legal internacional de trabajo forzado en lo que se refiere a los niños y las niñas. Sin embargo, en general se acepta que la definición mencionada anteriormente aplica con modificaciones de los conceptos de “voluntariedad” y “amenaza de sanción” que tengan debidamente en cuenta la particular situación jurídica y social de los niños, incluida su condición de vulnerabilidad ante las amenazas e intimidación.²⁸

Los redactores del Protocolo contra la Trata de Personas intentaron ofrecer una definición de trabajo forzoso, apoyándose en la definición de la OIT de 1930 y en el parafraseo del PIDCP respecto de las excepciones a la prohibición general. Una propuesta presentada ante los redactores procuró ir más allá de la definición legal internacional aceptada al incluir el elemento de “medios” (fuerza, coerción, engaño, etc.) e incorporando la práctica legalmente distinta de la servidumbre por deudas. Estas diversas definiciones finalmente se eliminaron a partir del acuerdo más amplio para abstenerse de definir las formas específicas de explotación.

Los borradores iniciales del Protocolo que se refieren solo al “trabajo forzado” y los *Trabajos Preparatorios* no explican por qué se agregó “servicios”, aunque la adición puede defenderse fácilmente con referencia a la inclusión de “servicios” dentro de la definición legal internacional aceptada de “trabajo forzado”. Es razonable especular que esta adición reflejó los compromisos

²⁸ Para más información, véase Oficina Internacional del Trabajo (2011).

generales realizados durante el proceso de redacción en relación con el tema de la prostitución. Los Estados no están de acuerdo sobre si la prostitución debe ser reconocida como una forma de trabajo o mano de obra. La adición de “servicios” permitió que la definición de trabajo sexual como aquello que se exige a “cualquier persona bajo la amenaza de sanción, y para el cual dicha persona no se ofreció voluntariamente a sí misma” se incluyera bajo el espectro de trabajos forzados de una manera aceptable para los Estados que sostienen diferentes opiniones sobre este tema. También es razonable suponer que la inclusión de “servicios” permitió que la prohibición se extendiera a otras actividades ilegales o no reguladas que los Estados no reconocen como “mano de obra”. El Informe Explicativo de la Convención Europea sobre la Trata de Personas no aborda directamente este asunto, pero en él no se distingue entre “trabajos forzados” y “servicios forzados” (Consejo de Europa, 2005).

Hay información importante sobre el contenido sustancial de la prohibición del trabajo forzado que han provisto los organismos de control de la OIT que han enfatizado que donde el trabajo o los servicios son impuestos (por ejemplo, explotando la vulnerabilidad del trabajador) bajo la amenaza de sanciones, despido o pago de salarios bajo el nivel mínimo, dicha explotación deja de ser simplemente “malas condiciones de empleo” y, por lo tanto, debe ser vista de acuerdo con lo establecido en el Convenio núm. 29 de la OIT.

Con respecto a la “voluntariedad”, la OIT ha afirmado que esto debe entenderse en el sentido de que la persona, o se involucró en la actividad en contra de su libre voluntad o, una vez comprometida, descubrió que no podía abandonar el trabajo, con un período de tiempo razonable de renuncia y sin renunciar al pago u otros derechos (OIT, 2012, p. 19). Con respecto a la “amenaza de cualquier sanción”, los órganos de control de la OIT han reconocido que la coacción psicológica puede constituir una amenaza de sanción, pero han estado menos dispuestos a reconocer que la restricción económica que mantiene al trabajador en su condición cumple con este elemento de la definición (OIT, 2009a, pp. 12-13). La coacción indirecta de ese tipo solo sería relevante en conjunto con otros factores de los cuales el empleador es responsable.²⁹ El trabajo extraído por “amenaza de cualquier pena” no es voluntario y la OIT ha reconocido además que cuando el engaño y el fraude están implicados en la oferta de trabajo original, la aceptación del trabajador no puede considerarse con conocimiento y ser voluntario (OIT, 2009b, p. 6). De lo anterior se desprenden dos preguntas: (i) si el consentimiento para trabajar fue de hecho otorgado libremente y (ii) si el trabajador mantiene la capacidad de revocar su consentimiento.

Una importante consideración adicional se refiere a la posición cambiante pero finalmente no resuelta de la OIT sobre la distinción entre “trata” y “trabajos forzados”. En un informe de 2005, la OIT señaló que la trata se distingue de los trabajos forzados por el elemento adicional de llevar a una persona a una situación de trabajos forzados. Bajo esta interpretación, el mantenimiento de una persona en una situación de trabajos forzados sin ese movimiento inicial (por ejemplo, en relación con los trabajadores en régimen de servidumbre intergeneracional) es “trabajo forzado no relacionado con la trata”. En concordancia con ese entendimiento, solo alrededor de 20% de las personas en trabajos forzados fueron consideradas por la OIT como objeto de trata (OIT, 2005).

²⁹ Como señala la OIT en las Directrices para la Realización de Trabajos Forzados: “... la obligación de permanecer en un empleo debido a la ausencia de oportunidades de empleo alternativas, por sí solas, no equivale a una situación de trabajo forzoso; sin embargo, si se puede demostrar que el empleador está explotando deliberadamente este hecho (y la extrema vulnerabilidad que se deriva de ello) para imponer condiciones de trabajo más extremas de lo que de otro modo sería posible, entonces esto equivaldría a trabajo forzado”. Oficina Internacional del Trabajo, *Difícil de Ver, más Difícil de Contar* (arriba no. 64), p. 16.

Una publicación posterior, emitida en borrador en 2011, tomó una posición diferente, proponiendo una versión “estrecha” que requería movimiento y una definición “amplia” en el sentido de que: “[s]in importar el movimiento (...) cualquier trabajador adulto o niño involucrado en trabajos forzados también se clasifica como víctima de la trata de personas” (OIT, 2011). Desde 2012, sin embargo, la OIT ha evitado pronunciarse sobre tales distinciones, limitando sus estadísticas a personas en situaciones de trabajos forzados y señalando que, con la excepción de la extracción de órganos, la “trata” está cubierta por el Convenio contra el Trabajo Forzado (OIT, 2012 y 2014). Es importante señalar que un Estado (los Estados Unidos de América) ha sido un firme defensor de una interpretación de la definición del Protocolo que respalde que todo trabajo forzoso sea reconocido como trata de personas, y, de hecho, toda trata es reconocida como “esclavitud” (Chuang, 2014).³⁰

2.3.3. Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud

Si bien la esclavitud y la trata de esclavos fueron objeto de tratados a lo largo del siglo XIX, no fue sino hasta 1926, con la adopción de la Convención sobre la Esclavitud de la Liga de las Naciones,³¹ que se formuló formalmente una definición legal internacional de la esclavitud. El artículo 1º de ese instrumento define la esclavitud como “el estado o condición de una persona sobre la cual se ejercen todas o algunas de las facultades relacionadas con el derecho de propiedad”. La Convención también exhortaba a los Estados a realizar “progresivamente y tan pronto como les fuera posible, la completa abolición de la esclavitud *en todas sus formas*” (art. 2, el énfasis es nuestro). El término “poderes ligados al derecho de propiedad” y las “formas” de esclavitud que iban a ser abolidas progresivamente no se especificaron, y la ambigüedad resultante ha dado lugar regularmente a las interpretaciones expansionistas. Sin embargo, una revisión cuidadosa de los *Trabajos Preparatorios* concernientes (Allain, 2008) confirma que la frase “esclavitud en todas sus formas” no es intencional y no opera para ampliar la definición más allá de aquellas prácticas que involucran el ejercicio demostrable de las facultades vinculadas al derecho de propiedad (Allain, 2008 y Gallagher, 2010).

La incógnita de lo que constituyen las “facultades vinculadas al derecho de propiedad” no se resuelve, aunque generalmente se hace referencia a actos como la compraventa, la venta, el préstamo o el trueque de una o varias personas.³² Existe cierta evidencia de la evolución de la definición de la esclavitud en el derecho internacional, pero su contenido principal permanece intacto. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia reconoció que la concepción tradicional de la esclavitud ha evolucionado para abarcar varias formas contemporáneas de esclavitud en situaciones donde estas formas están “basadas en el ejercicio de cualquiera o todos los poderes vinculados al derecho de propiedad” (Kunarac, Kovac y Vukovic, 2002, párr. 117).

Hubo muy poca discusión sobre la “esclavitud” durante las negociaciones para el Protocolo contra la Trata de Personas. Una definición propuesta, que no sobrevivió, siguió la definición de 1926 mencionada anteriormente (UNODC, 2006, p. 342).

30 Al explicar la fusión de la trata de personas con trabajo forzado y esclavitud, Chuang (2014) cita el Informe de Trata de Personas de los Estados Unidos de 2012, que señala: “El 1 de junio de 2012, la Organización Internacional del Trabajo publicó su segunda estimación global del trabajo forzoso, que representa lo que el gobierno de los EE.UU. considera cubierto por el término general ‘trata de personas’. Este informe, basándose en una metodología mejorada y mayores fuentes de datos, estima que la esclavitud en todo el mundo reclama 20.9 millones de víctimas en cualquier momento”.

31 Adoptada el 25 de septiembre de 1926, entró en vigor el 9 de marzo de 1927.

32 Véase, por ejemplo, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2000).

La inclusión de “**prácticas análogas a la esclavitud**” no se explica en los *Trabajos Preparatorios*, pero es una clara referencia a la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956.³³ Ese instrumento no define las formas contemporáneas de la esclavitud, sino que más bien prohíbe un conjunto de prácticas. En consecuencia, opera para incorporar en el concepto de “explotación” lo siguiente:

Servidumbre por deudas: definida en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud como: “el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios” (artículo 1, inciso a). A diferencia del trabajo forzoso, la definición legal internacional no hace referencia al concepto de voluntariedad. Por lo tanto, parecería que el derecho internacional no contempla la posibilidad de que una persona pueda dar su consentimiento en la servidumbre por deudas. Se dice que la servidumbre por deudas está incluida dentro de la prohibición de servidumbre contenida en el PIDCP (Nowak, 2005, p. 148).

Servidumbre: se define como “la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición” (artículo 1, inciso b).

Formas serviles de matrimonio: definida como cualquier tradición o práctica según la cual “(i) una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; o (ii) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o (iii) la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona” (artículo 1, inciso c). Hay que tener en cuenta que esta definición no incluye el matrimonio forzado (entendido como la unión de dos personas en la que al menos uno de ellos no ha dado su consentimiento pleno y libre al matrimonio), y el matrimonio forzado no se identifica por separado como una práctica análoga a la esclavitud.

Venta de niños para la explotación: definida como “toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el fin de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven” (artículo 1, inciso d). Desarrollos posteriores cuestionan si de hecho se requiere un fin o resultado de explotación. Por ejemplo, un protocolo opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño define “venta de niños” como: “cualquier acto o transacción mediante el cual un niño se transfiere a una persona o grupo de personas a otra u otro a cambio de una remuneración o cualquier otra consideración” (Naciones Unidas, 2000, art. 2). Esta definición más amplia podría potencialmente ampliar el concepto de venta de niños para incluir prácticas tales como la venta para adopción e incluso acuerdos de subrogación comercial (Gallagher, 2015). Sin

³³ La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada el 1º de abril de 1957, entró en vigor el 30 de abril de 1957.

embargo, el requisito de establecer adicionalmente que la venta es para explotación permanecería intacto.

2.3.4 Servidumbre

El derecho internacional no brinda una definición de servidumbre, aunque la Convención Suplementaria de 1956 identifica a las víctimas de “prácticas análogas a la esclavitud” (servidumbre por deudas, servidumbre, formas serviles de matrimonio y venta de niños para la explotación) como “personas de condición servil” (art. 7, inciso b). La prohibición de mantener a una persona en servidumbre es parte del derecho internacional de los derechos humanos.³⁴ Una revisión de los instrumentos relevantes parece confirmar que la servidumbre es diferente de la esclavitud³⁵ y más amplia que esta, pues se refiere a “todas las formas concebibles de dominación y degradación de seres humanos por seres humanos.”³⁶ Otra interpretación separa los dos conceptos de acuerdo con la gravedad relativa:

La esclavitud indica que la persona involucrada es totalmente propiedad legal de otra persona, mientras que la servidumbre se refiere a formas de restricción de menor alcance y se refiere, por ejemplo, al total de las condiciones laborales y / o las obligaciones de trabajar o prestar servicios de donde la persona en cuestión no puede escapar y que no puede cambiar. (Van Dijk y Van Hoof, 1990, p. 242)

Aunque la relación entre los dos conceptos no está completamente resuelta, la mayoría está de acuerdo en que la distinción entre esclavitud y servidumbre es a la vez clara y cualitativa pues esta última “debe entenderse como explotación humana que no llega a ser esclavitud” (Allain, 2009, p. 304). Sin embargo, debería señalarse que el Informe Explicativo de la Convención Europea sobre la Trata de Personas adopta una posición ligeramente diferente, afirmando que esta “forma particularmente grave de denegación de libertad” debe considerarse como “una forma particular de esclavitud, que difiere de ella menos en su carácter que en su grado.”³⁷ En *Siliadin vs. Francia*, la Corte Europea de Derechos Humanos generalmente afirmó estos entendimientos, caracterizando la servidumbre como “una obligación de proporcionar los propios servicios que se impone mediante el uso de la coacción, y [que] debe vincularse con el concepto de ‘esclavitud’”.³⁸

Durante las negociaciones del Protocolo contra la Trata de Personas, algunas delegaciones se opusieron a la inclusión de la servidumbre en la lista de fines de explotación debido a la falta de claridad en cuanto al significado del término y su duplicación con “esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud” (UNODC, 2006, p. 344, nota 29). Una definición en borrador, negociada dentro del Comité Ad Hoc, propuso una definición que se superponía con los trabajos forzados y la servidumbre por deudas.³⁹ Esa definición sobrevivió hasta el penúltimo borrador pero fue

34 Como lo establece el artículo 4º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y el artículo 8 del PIDCP.

35 Los redactores del PIDCP cambiaron la formulación de la Declaración Universal de Derechos Humanos al separar la “esclavitud” y la “servidumbre” arguyendo que eran dos conceptos diferentes y deberían tratarse en párrafos separados (Bossuyt, 1987).

36 Véase Bossuyt (1987, p. 167) y Nowak (2005, pp. 199-201).

37 Informe Explicativo del Convenio Europeo contra la Trata, párr. 95.

38 *Siliadin v. France*, (2006) 43 EHRR 16 (CEDH, 26 de julio de 2005, núm. 73316/01), párr. 124.

39 “[L]a condición de una persona que es obligada u obligada ilegalmente por otro a prestar un servicio a la misma persona o a otros y que no tiene otra alternativa razonable que la de prestar el servicio, y debe incluir el servicio doméstico y la servidumbre por deudas” (UNODC, 2006, pp. 344-345).

omitida sin explicación del texto final. La Ley Modelo de la UNODC ofrece una alternativa, basada en una interpretación de la prohibición de la servidumbre establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP.⁴⁰

2.3.5 Extracción de órganos

Una propuesta para incluir la extracción de órganos como un fin de la trata se realizó muy temprano en el proceso de redacción, pero no reapareció hasta mucho más tarde (Naciones Unidas, 2000). La propuesta sobrevivió, a pesar de no ser universalmente respaldada⁴¹, o de hecho, bien entendida (Naciones Unidas, 2000 y UNODC, 2006). La documentación oficial no proporciona orientación adicional sobre este aspecto de la definición más allá de una nota interpretativa en el sentido de que la extracción de órganos de un niño por razones médicas o terapéuticas legítimas no puede constituir un elemento de trata si el padre o tutor ha dado válidamente consentimiento (UNODC, 2006, p. 347).⁴² Esto plantea varias preguntas, incluyendo si se aplicaría la misma regla a los adultos (sujeto, por supuesto, a su consentimiento válido) y, en caso negativo, por qué no.

Es relevante señalar que, de todos los ejemplos enlistados en el Protocolo sobre los fines de explotación de la trata, solo la “extracción de órganos” no constituye necesariamente un error inherente, o de hecho un delito en sí mismo en el derecho nacional. En otras palabras, a diferencia de la explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, que son “incorrectas” independientemente de si se producen o no en el contexto de la trata, la extracción de órganos puede ser legal o ilegal dependiendo del propósito y las circunstancias de esa eliminación. En la mayoría de los Estados, la extracción de órganos será legal bajo ciertas circunstancias específicas.

En los años transcurridos desde la adopción del Protocolo, aunque persiste la falta de datos completos y confiables, la naturaleza del comercio de órganos, incluidos sus vínculos con la trata, se ha vuelto más evidente y se comprende mejor.⁴³ La distinción entre la trata de personas para fines específicos para la extracción de órganos y la trata de órganos, que durante mucho tiempo se ha considerado importante,⁴⁴ no se mantiene en el tratado más reciente sobre el tema, el Convenio del Consejo de Europa contra el Tráfico de Órganos, de 2014.⁴⁵ Este instrumento se desvía del enfoque del Protocolo señalando “trata de órganos humanos” en lugar de “trata de personas para la extracción de órganos”. No proporciona una definición de “tráfico de órganos humanos”, sino que establece acciones contra una variedad de prácticas, incluida la extracción ilícita de órganos,

40 La Ley Modelo de la UNODC propone que la servidumbre: “puede significar las condiciones de trabajo y / o la obligación de trabajar o prestar servicios de los que la persona en cuestión no pueda escapar y la cual él o ella no pueda cambiar” (UNODC, 2010).

41 Esto se ilustra por la supresión de la extracción de órganos en la definición de la Unión Europea de trata contenida en su Decisión en el Marco del Consejo del 19 de julio de 2002 sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629 / JAI), DO L 203, del 1º de agosto de 2002.

42 El Consejo de Europa y Naciones Unidas (2009) señalan que esto también establece el límite para el consentimiento legítimo de los padres o tutores: “si consienten la extracción de órganos que no sea por razones médicas o terapéuticas legítimas, el delito de trata de seres humanos está cometido. Con respecto a la pregunta de cuáles son los motivos médicos o terapéuticos legítimos, se debe hacer referencia a estándares médicos y éticos reconocidos” (pp. 80-81).

43 Véase, por ejemplo, Naciones Unidas (2013b) y OSCE (2013).

44 Véase Consejo de Europa y Naciones Unidas (2009, p. 93). Debe tenerse en cuenta la opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Trata de Personas: “El Relator Especial considera que la diferencia es en gran medida semántica, dado que los órganos no se mueven ni comercializan independientemente de su origen. Por el contrario, la fuente se mueve o coloca de tal manera que sea posible el trasplante. En consecuencia, es más exacto caracterizar la práctica descrita anteriormente como ‘trata de personas para la extracción de órganos’” (Naciones Unidas, 2013b, párr. 20).

45 Convención del Consejo Europeo contra la Trata de Órganos Humanos, adoptado por el Comité de Ministros el 9 de julio de 2014 en la 1205ª reunión de los Asistentes de Ministros.

uso de órganos extraídos ilícitamente, así como la solicitud ilícita, reclutamiento, oferta y petición de ventajas indebidas en relación con el trasplante de órganos. Es relevante señalar que el Relator Especial sobre Trata de Personas de la ONU ha expresado su preocupación por la falla de este instrumento en integrar en las prácticas relevantes dentro del marco conceptual y normativo más amplio del Protocolo contra la Trata de Personas, lo cual puede tener como consecuencia la posible disminución de los estándares de protección y asistencia a las víctimas (Naciones Unidas, 2013b, párrafos 64, 65 y 100).

También es importante señalar que la “extracción de órganos” como fin de la trata puede ocurrir por razones de cultura y rituales religiosos, así como por el comercio de órganos para trasplantes.

2.4 Formas adicionales aceptadas (e implícitas) de explotación relacionada a la trata

Recientes instrumentos especializados en la lucha contra la trata de personas han expandido este concepto para incluir varias formas adicionales de explotación, con base en los *Trabajos Preparatorios*, el Protocolo y otros textos, como se describe a continuación.

Mendicidad: la Directiva 2011/36/EU contra la trata (Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2011) incluye “mendicidad” dentro de su lista de fines de explotación, vinculándola a trabajo forzado (artículo 2, numeral 3). La nota explicativa complementaria reitera que la mendicidad forzada debe entenderse como una forma de trabajo o servicios forzados tal como se define en el Convenio núm. 29 de la OIT: “en consecuencia, la explotación de la mendicidad, incluyendo el uso de una persona dependiente de la trata para la mendicidad, entra dentro del alcance de la definición de trata de seres humanos solo cuando todos los elementos del trabajo o servicios forzados ocurren (introducción, párr. 11).

Explotación en actividades delictivas: la Directiva 2011/36/EU también incluye la “explotación en actividades delictivas” dentro de su lista de fines de explotación (art. 2, numeral 3). La nota adjunta indica que esta expresión “debe entenderse como la explotación de una persona para cometer, entre otras cosas, carterismo, robo sin violencia en tiendas, tráfico de drogas y otras actividades similares que están sujetas a sanciones e implican ganancias financieras” (introducción, párr. 11).

Adopción: los redactores del Protocolo contra la Trata de Personas consideraron propuestas para incluir “adopción forzada”, “adopción ilegal” y “compra o venta de niños” dentro de la lista de fines de explotación (UNODC, 2006, p. 342, nota 13; p. 344, nota 30; y p. 350). Si bien estas sugerencias no se tomaron en cuenta en el texto final, se incluyó una Nota Interpretativa que establecía que: “en este caso, la adopción ilegal equivale a una práctica similar a la esclavitud (...) [y] también estará dentro del alcance del protocolo” (Íbid., p. 347). Conforme a esta disposición, solo cuando la adopción es llevada a cabo “con miras a la explotación del niño o adolescente o de su trabajo”⁴⁶ se constituirá como trata. En resumen, de acuerdo con lo establecido en el Protocolo, la adopción

⁴⁶ Convenio sobre la Esclavitud Complementaria, art. 1, inciso d. Para la definición de “venta de niños”, véase el Protocolo Opcional de la Convención de la Infancia sobre la Venta de Niños y el párrafo 11 de la introducción de la Directiva 2011/36/EU.

ilegal, incluso cuando puede resultar en la venta de niños, no se caracterizará como trata a menos que se pueda demostrar la intención de explotación. El encabezado de la Directiva 2011/36/UE parece corroborar esta posición al afirmar, de manera ambigua, que la definición establecida en ese instrumento abarca las adopciones ilegales que “cumplen los elementos constitutivos de la trata de seres humanos” (Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2011, introducción, párrafo 11).⁴⁷

2.5 Conclusiones sobre la explotación en la normativa y políticas internacionales

A pesar de la ausencia de una definición legal internacional –incluido el mismo Protocolo–, en sentido amplio, el concepto de explotación en relación con la trata parece ser coherente con su significado general de una persona que se aprovecha injustamente de otra persona, su vulnerabilidad o su situación. Se acepta que la esencia de la explotación relacionada con la trata se aplica tanto a la explotación sexual como a la explotación del trabajo de otra persona. Sin embargo, hay mucha menos certeza en las aristas, particularmente en relación con los parámetros del concepto, el alcance y el contenido de las prácticas individuales consideradas “explotadoras” y los criterios para determinar otras prácticas que podrían o deberían incluirse.

Una revisión cuidadosa de los instrumentos pertinentes, así como de distintos materiales interpretativos y de apoyo, respalda las siguientes conclusiones preliminares con respecto a la explotación en el derecho y la política internacionales:

Las consideraciones sobre la explotación son fundamentales para establecer tanto la definición como el ámbito de aplicación del Protocolo: los Estados están preocupados por no restringir indebidamente el fin de la trata, al tiempo que proporcionan una indicación suficiente de la naturaleza de la explotación que aborda el Protocolo. Hubo un alto nivel de acuerdo en torno a un conjunto básico de prácticas para ser incluidas como formas de explotación. Sin embargo, algunas formas de explotación propuestas para su inclusión no fueron aceptadas, ya sea porque fueron percibidas como parte de otra forma de explotación para ser enlistadas explícitamente, o porque se consideró que estaban fuera del alcance del Protocolo.

Las definiciones legales internacionales existentes de esclavitud y trabajos forzados son relevantes para entender el Protocolo: si bien ambas definiciones datan de la primera parte del siglo XX, su validez continua ha sido afirmada tanto a través del tratado como de la jurisprudencia. Los desarrollos recientes en torno a los dos términos (por ejemplo, la consideración judicial de los indicadores de propiedad asociados con la esclavitud y las precisiones de comprensión con respecto a los conceptos de “involuntariedad” y “amenaza de cualquier pena” en la definición de trabajos forzados) son relevantes para desarrollar su contenido sustantivo dentro del contexto del Protocolo contra la Trata de Personas. Aunque la “servidumbre”, las “prácticas análogas a la esclavitud” y la “explotación de la prostitución” no están sujetas a una definición legal internacional clara, sí existe un entendimiento general en cuanto a su alcance y contenido sustantivos, y las definiciones legales internacionales de

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que se hace la misma observación sobre el matrimonio forzado.

prácticas que caen dentro del término “prácticas análogas a la esclavitud” son directamente relevantes para el Protocolo contra la Trata de Personas.

El significado de los términos no sujetos a definición o entendimiento legal internacional puede inferirse razonablemente del contexto del Protocolo y del historial de redacción y de las fuentes de información complementarias: el término “servicios forzados” no está definido en el derecho internacional, pero puede inferirse que amplía la cobertura del “trabajo forzoso” a prácticas y condiciones que pueden no ser consideradas universalmente como “trabajo” sino exigidas a una persona bajo la amenaza de cualquier sanción, y para las cuales dicha persona no se ha ofrecido voluntariamente. Si bien el significado de “*explotación sexual*” no es fijo, un análisis contextual revela ciertos parámetros. Cuando se utilizaba en el contexto del Protocolo, este término no podía aplicarse a la prostitución en general sin ningún elemento de explotación, ya que los Estados dejaban claro que esta no era su intención. El sentido corriente de “extracción de órganos” es aplicable, pero el Protocolo no es claro en ciertos puntos.

La lista de fines de explotación establecida en el Protocolo no es exhaustiva y puede ampliarse siempre que se conserve la integridad del Protocolo: el carácter no exhaustivo de la definición del Protocolo se manifiesta de dos maneras: (i) mediante el término “como mínimo” y (ii) por la ausencia de definiciones relacionadas con conceptos que no están definidos de otra manera en el derecho internacional. De conformidad con la afirmación de la UNTOC de que las obligaciones de criminalización establecen estándares mínimos, los Estados tienen permitido ampliar esa lista agregando nuevos conceptos o interpretando conceptos indefinidos de una manera que capture cierta conducta relevante en un determinado país o contexto cultural. De manera similar, se les permite limitar la lista al incluir únicamente las formas estipuladas de explotación y asociarlas a una interpretación estrecha. En términos de expansión, hay algunos límites. También se puede argumentar que hay un límite de seriedad, que opera para evitar la inclusión de formas de explotación menos serias en el concepto de trata de personas, como las infracciones de la legislación laboral que de todos modos pueden estar sujetas a otro régimen legal. Además, las prácticas que no poseen un elemento subyacente de explotación (entendido como una persona que se aprovecha injustamente de otra) –como comprar o vender niños para adopción, algo que por sí mismo no constituye explotación– no parecen estar comprendidos en la comprensión sobre de explotación del Protocolo y, por lo tanto, de su definición de trata.⁴⁸

⁴⁸ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta posición genera preguntas sobre la “extracción de órganos” como una forma de explotación relacionada con la trata de personas, como se señaló antes.

3. Marcos normativos nacionales y su aplicación: resumen

Esta sección proporciona una visión general de las leyes, políticas y prácticas nacionales en torno al tema de la explotación en los 12 Estados encuestados formalmente. Con este fin, se hace un resumen y un análisis de la información más detallada que se encuentra en el Informe de la Encuesta.⁴⁹ Su propósito es sentar las bases para el análisis de problemas y tendencias que se presenta en la siguiente parte. Para fines analíticos, ha resultado útil dividir a los Estados encuestados en cuatro grupos: (i) Estados que siguen de cerca el enfoque de explotación del Protocolo; (ii) Estados que generalmente siguen el enfoque del Protocolo, pero estipulan formas adicionales de explotación; (iii) Estados que generalmente siguen el enfoque del Protocolo, pero estipulan menos formas de explotación que las previstas en el Protocolo, y (iv) Estados que adoptan un enfoque diferente a la explotación.

Las categorizaciones son imperfectas y deben considerarse principalmente como un dispositivo organizacional. Reflejan únicamente la definición legislativa y no aluden a la práctica. En términos de enfoque, a menudo hay más puntos en común entre los Estados en diferentes categorías que entre los Estados dentro de una sola categoría. En los grupos dos, tres y cuatro están los Estados que han reproducido la estructura de tres elementos de la definición establecida en el Protocolo y los Estados que han omitido por completo el elemento “medios”. Como a menudo estos se encuentran dentro de los fines de explotación, este dato puede ser muy relevante. Además, la cantidad y la calidad de la información disponible en cada país variaron significativamente. Algunos de los encuestados tienen jurisprudencia importante en la materia, mientras que otros no pudieron proporcionar ningún caso directamente relevante para el tema del estudio. Otros se refirieron a casos durante el proceso de la encuesta, pero no pudieron emitir juicios u otros informes para su revisión. En algunos casos, los autores se basaron en resúmenes de casos (necesariamente incompletos) extraídos de la base de datos de casos de trata de personas de la UNODC. Los profesionales entrevistados también tenían roles, capacidades y experiencias muy diferentes, y esto se reflejó en la calidad y la profundidad de la información obtenida durante la entrevista. Finalmente, aunque no todas las leyes y los casos estaban disponibles en la traducción oficial, se solicitó a los profesionales que revisaran y confirmaran los hallazgos basados en traducciones no oficiales.

3.1 Estados que siguen de manera cercana el enfoque del Protocolo sobre la explotación

Dos de los 12 Estados encuestados (Malasia y Emiratos Árabes Unidos) se clasifican por seguir de cerca el enfoque de explotación del Protocolo: no hay definición de explotación, ni se incluye una lista mínima que monitorea de cerca lo señalado en la definición del Protocolo.

⁴⁹ Para facilitar la lectura, en esta sección, las referencias formales se han reducido al mínimo. Las citas completas de cualquier legislación, jurisprudencia u otro material están contenidas en el Informe de la Encuesta y están disponibles a petición.

3.1.1. Malasia

Resumen: entre las personas consultadas para este estudio se incluyó a fiscales y funcionarios del Ministerio del Interior y del Ministerio de la Mujer, la Familia y el Desarrollo Comunitario. Se examinaron varios casos y también se consideraron informes externos. La legislación de Malasia generalmente sigue la definición de tres partes establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas: incluye todas las formas de explotación estipuladas, más el término de adición “cualquier actividad ilegal” (que se ha utilizado en la práctica para incluir la venta de niños y la adopción comercial como fines de explotación). Los profesionales y funcionarios entrevistados proporcionaron muy poca información sobre la mayoría de las formas y discusiones estipuladas, enfocadas principalmente en el “trabajo forzado”, un concepto que no está definido y no se entiende bien. No existe una línea clara entre la trata de personas para los trabajos forzados y las prácticas laborales ilegales, y la jurisprudencia es inconsistente. Si bien hubo poco apoyo para definir la explotación y/o sus formas individuales, los profesionales y los funcionarios estuvieron de acuerdo en que sería valioso tener una orientación al respecto.

Marco legal: la Ley contra la trata de personas y contra el tráfico ilícito de migrantes de 2007 (Ley 670 modificada en 2010) define la trata en general en conformidad con la definición de tres partes establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas. Así, afirma la irrelevancia del consentimiento y del movimiento para establecer este delito. El tercer elemento de la definición, “explotación”, se define como “todas las formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, cualquier actividad ilegal o la extracción de órganos humanos”. No existe una definición que abarque la explotación, y ninguna de las formas estipuladas de esta se definen en la ley de trata o en otro lugar. La lista de formularios de explotación parece ser exhaustiva, pero es probable que la referencia a “cualquier actividad ilegal” tenga en cuenta otras formas de explotación.

Fin estipulado. Todas las formas de explotación sexual: los profesionales consideran que la explotación sexual es la principal forma de explotación de la trata. Sin embargo, de los 124 casos de trata imputados en 2013, solo 27 (aproximadamente 22%) se referían a la trata con fines de explotación sexual. Los profesionales generalmente indicaron que este concepto es bien entendido por los investigadores, los fiscales y el poder judicial. No se proporcionó ninguna jurisprudencia que permitiera analizar las distintas prácticas comprendidas en el término “todas las formas de explotación sexual”.

Fin estipulado. Trabajos forzosos: la mayoría de los casos de trata de personas procesados en Malasia en 2013 (90 de 127) involucraron la trata por trabajos forzados. El término no está definido en la legislación, pero los profesionales indicaron que el entendimiento general está de acuerdo con la definición legal internacional y que los fiscales consideran factores tales como la existencia de un pago, las condiciones de vida, la satisfacción de las necesidades básicas, el trato que recibe una persona, la evidencia de lesiones o abuso y la existencia de alguna deuda de servidumbre. En la práctica, sin embargo, hay cierta confusión en cuanto a sus parámetros. En algunos casos, los tribunales han encontrado que inclusive las situaciones de explotación grave no cumplen el límite requerido de seriedad; se trata más bien de disputas laborales. Los fiscales a veces son renuentes a buscar casos de “trabajo forzado” debido a las dificultades probatorias y de otra índole que han provocado el fracaso de procesos anteriores. Los cargos alternativos y menores (como el trabajo

ilegal u obligatorio) pueden invocarse en algunos casos. Se observó que recurrir a la legislación laboral puede ser útil para algunas personas que trabajan bajo un contrato, pero no para quienes trabajan en Malasia sin autorización.

Fin estipulado. Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre: según los profesionales, aunque estas formas de explotación no se han encontrado, estarían contempladas en las Secciones 370 y 371 del Código Penal, respectivamente, bajo los términos “comprar o disponer de cualquier persona como esclavo” y “comercio habitual de un esclavo”. Los profesionales no evidenciaron tener conocimiento sobre la definición legal internacional de esclavitud ni sobre las prácticas comprendidas en los términos “servidumbre” y “prácticas análogas a la esclavitud”, utilizados en el ámbito legal internacional.

Fin estipulado. Cualquier actividad ilegal: se observó que la inclusión de la forma “cualquier actividad ilegal” probablemente fue intencionada y que funcionaría para acomodar formas adicionales de explotación. La jurisprudencia indica que se le debe dar al término su significado natural y ordinario, y que funcionaría para incluir, bajo el concepto de explotación, prácticas adicionales tales como la venta de niños y la adopción comercial ilegal. Los profesionales entrevistados no estaban seguros de si el concepto de “actividad ilegal” también incluiría la trata en actividades delictivas como el carterismo. Señalaron que aún no se habían encontrado esas situaciones, pero que ciertamente no se considerarían “trabajo” debido a su naturaleza irregular. Las personas coaccionadas u obligadas a llevar drogas no han sido tratadas como personas objeto de trata, sino que han sido procesadas y defendidas como “portadoras inocentes”. Aún no se han presentado casos de explotación en la mendicidad, pero los profesionales afirman que se abordarían como una actividad ilegal o trabajo forzoso, según las circunstancias del caso.

Otras formas estipuladas/discutidas: no ha habido casos de trata de personas por “**extracción de órganos**” y no se ofreció ninguna idea de cómo se entendía esta forma de explotación estipulada. Los profesionales expresaron la opinión de que la **explotación en el trabajo doméstico** sería objeto de trabajo forzoso, pero señalaron la gran dificultad para descubrir tales casos. Ha habido un aumento en los casos de **venta de niños/adopción comercial ilegal** que involucra la explotación de mujeres y niñas migrantes. Dichos casos podrían ser procesados en virtud de la Ley de la Niñez, así como bajo trata con fines de “actividad ilegal”.⁵⁰ Los funcionarios señalaron que existe un debate continuo sobre si tales situaciones deberían abordarse como adopción ilegal en lugar de trata, debido a la necesidad, en el último caso, de mostrar la explotación más allá de la venta real. **Los matrimonios forzados o serviles** no se consideraron un problema para Malasia, aunque se señalaron casos de novias traídas de Vietnam a Malasia. Los profesionales generalmente no tenían claro cómo podría ocurrir un matrimonio forzado o servil y qué podría implicar.

Cuestiones clave para los profesionales. Problemas asociados con la investigación y el proceso de la trata de trabajos forzados: profesionales y funcionarios expresaron su preocupación por la falta de claridad en la definición de trata de personas por trabajos forzados y otros delitos laborales, lo que dificulta que se lleven a cabo acciones efectivas para combatirlos. Se reconoció la necesidad de recibir orientación sobre este particular, sobre todo ahora que los

⁵⁰ Fiscal Público Lian Kim Wan. Téngase en cuenta que en el caso anterior de Ng Yu Wah Fiscal Público, la acusación de trata de personas impuesta contra el padre adoptivo que compró un bebé fue posteriormente descartada debido a que carecía del mens rea de explotación. Sin embargo, los casos posteriores sugieren que los compradores de bebés que pretenden ser padres pueden ser penalizados como tratantes junto con los vendedores.

inspectores del trabajo están facultados para identificar y responder ante posibles situaciones de trata de personas para realizar trabajos forzados. Las cargas probatorias asociadas con la investigación y el proceso de la trata de personas para trabajos forzados se identificaron como un obstáculo importante: las víctimas generalmente no se ven a sí mismas como víctimas y no desean participar en el juicio de sus “empleadores”. En relación con esta forma de explotación, el aparente consentimiento de la víctima fue señalado como una barrera importante para la investigación y el proceso, a pesar de que la ley establece la irrelevancia del consentimiento. En este sentido, se señaló que, en la práctica, en los casos de trata, la irrelevancia del consentimiento tenía como resultado que la trata por fines de explotación sexual fuera difícil de distinguir de los casos de prostitución.

Punto clave para los profesionales. Incertidumbre judicial: los fiscales señalaron que los jueces abordan el “fin de la explotación” como un *actus reus* más que como un *mens rea*. Señalaron además que los jueces a veces requieren que el tipo de explotación se especifique explícitamente, pero otras veces no; y que, en algunos casos, incluso cuando se imputa el fin de explotación y se utiliza la redacción exacta de la disposición pertinente del Código Penal (por ejemplo, actividad ilegal), los jueces pueden no aceptar que se haya cometido un delito. Varios de los casos provistos parecieron confirmarlo.

Relevancia de la gravedad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: Los profesionales señalaron que cuando la explotación laboral se considera “moderada” los tribunales la pueden tratar como una mera queja contra un empleador y no como un posible caso de trata de personas para realizar trabajos forzados. Esto se ve reforzado por directrices internas de proceso que indican que los casos de falta de pago de salario por menos de tres meses, en ausencia de otros factores, no se perseguirán como trata. No se proporcionó información sobre la manera en que las consideraciones de gravedad pueden pesar en los casos de explotación sexual. Aunque no es necesario que haya un daño para establecer la explotación en la trata, sí es un indicador importante y también es relevante en las sentencias.

Lecciones sobre la orientación para los profesionales: en general, se consideró que la actual falta de claridad conceptual, especialmente en torno a los trabajos forzados, está causando problemas, y que sería muy útil que se brindara orientación adicional sobre las formas de explotación estipuladas. Sin embargo, los profesionales y funcionarios advirtieron que una definición o comprensión demasiado rígida de la explotación y sus formas pondría en riesgo la exclusión de algunas situaciones.

3.1.2 Emiratos Árabes Unidos

Resumen: entre las personas consultadas para este estudio se incluyó a profesionales judiciales y fiscales. Los entrevistados proporcionaron información sobre la ley y la práctica. Sin embargo, no se tuvo acceso a la jurisprudencia. En los Emiratos Árabes Unidos (EAU), el marco legal en torno a la trata generalmente sigue la definición de tres partes establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas, que incluye, pero no define, todas las formas de explotación estipuladas con solo modificaciones textuales menores. Se afirmó que, si bien se habían registrado algunos casos de trata con fines de explotación sexual, la trata de trabajo forzado (u otras formas de explotación) no ha

surgido como un problema en los EAU. Los profesionales no señalaron que hubiera dificultades en lo relativo a la evidencia, ni desafíos en la búsqueda de casos de trata de personas. Los encuestados señalaron que las víctimas pueden tener miedo y que puede ser necesario brindarles protección u otro tipo de ayuda. Aunque contaron con poco apoyo para definir la explotación y/o sus formas individuales, algunos profesionales estuvieron de acuerdo en que la orientación podría ser útil.

Marco legal: la Ley Federal de los EAU No. 51 de 2006 sobre Trata de Personas define la trata en general de acuerdo con la definición de tres partes establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas. Sin embargo, la ley no hace referencia a la irrelevancia del consentimiento y la definición no parece distinguir entre la trata de adultos y la trata de niños. El tercer elemento de la definición, “explotación”, está estipulado para incluir “todas las formas de explotación sexual, involucrar a otros en prostitución, servidumbre, trabajo forzado, esclavitud, prácticas de cuasi esclavitud o desprendimiento de órganos”. Ninguna de estas formas estipuladas de explotación está definida. La palabra “incluye” indica que la lista de formularios de explotación no es exhaustiva. El Código Penal de los EAU define y prohíbe la prostitución forzada. La ley laboral regula las condiciones de trabajo, pero no establece un salario mínimo, ni se aplica a ciertos sectores informales, como la agricultura y el trabajo doméstico.

Fin estipulado. Todas las formas de explotación sexual/involucrar a otras personas en la prostitución: los profesionales señalaron que la explotación sexual y la explotación de la prostitución ajena son las formas más comúnmente perseguidas de explotación. Los casos en los que se establezcan los medios se perseguirán como trata (y la víctima no será procesada por delitos de prostitución). Al considerar los parámetros de “explotación sexual”, se citó el artículo 366 del Código Penal que se refiere al “uso de personas/niños para cumplir ciertos deseos sexuales”. Para ejemplificar lo anterior, los profesionales mencionaron un caso de reclutamiento engañoso en el que las víctimas se vieron obligadas a prostituirse por amenazas.

Fin estipulado. Trabajos forzados: varios profesionales señalaron que no se habían encontrado casos de trata de personas para trabajos forzados, mientras que otros proporcionaron información sobre varios casos que parecían contradecir esta declaración. Los profesionales no vieron ninguna dificultad para diferenciar entre las infracciones de las leyes laborales y la trata de personas para los trabajos forzados, y afirmaron que los indicadores de trata de personas (medios presumibles) conduciría a que un caso sea tratado como trata de personas. Sin embargo, un profesional señaló que la forma en que se presenta una queja puede ser determinante: si una víctima se acerca al departamento de fiscalía, el caso será examinado allí, si se acerca a un tribunal laboral, será examinado como un delito laboral. Los profesionales se refirieron a la necesidad de adoptar un enfoque individualizado para las situaciones de trabajos forzados, de manera que en cada caso se tome en cuenta el pago de salarios, las condiciones de vida, las horas de trabajo y la libertad de movimiento, para mostrar si se ha utilizado algún medio que determine si ha habido trata de personas para trabajos forzados.

Fin estipulado. Servidumbre: la servidumbre se diferencia de los trabajos forzados en que una persona en situación de servidumbre puede dar su consentimiento, mientras que en el caso de trata de personas para trabajos forzados la fuerza y la falta de consentimiento se consideran un elemento crítico. No se proporcionaron ejemplos de casos.

Fin estipulado. Prácticas de esclavitud o cuasi-esclavitud: un profesional señaló que los parámetros de las prácticas de esclavitud o cuasi-esclavitud son claros e involucran a una persona que trata a otra como esclava o como mercancía para comprar o vender con fines de explotación, mientras que la transferencia de una persona a otra (con el fin de prostituirla, por ejemplo) se consideraría un caso de trata con fines de explotación sexual. No se reportaron ni se proporcionaron casos de esclavización. Sin embargo, el Relator Especial de la ONU sobre Trata que visitó los EAU en 2013 fue informado de un caso de trata de esclavos –que dio lugar a un proceso–, el cual tuvo lugar en 2011, y en el que hubo víctimas de Nepal e Indonesia (Naciones Unidas, 2013b).

Otras formas estipuladas/discutidas: de acuerdo con la información proporcionada, no ha habido casos de trata de personas por “extracción de órganos”. No se ofreció ninguna idea de cómo se entendía esta forma de explotación estipulada, aunque los profesionales se refirieron a una ley que prohibía la extracción no consensuada de órganos. Se hizo una evaluación similar en relación con la subrogación. Los profesionales señalaron que, si bien la ley no contempla explícitamente la **explotación de los trabajadores domésticos**, esta estaría comprendida en la explotación sexual o en los trabajos forzados. No se proporcionó información sobre casos específicos, aunque se externó la opinión de que los trabajadores domésticos siempre son libres de abandonar situaciones de explotación. De acuerdo con la ley, el **matrimonio forzado** no se considera una forma de explotación relacionada con la trata. Se explicó que hay varias condiciones que regulan el matrimonio bajo la sharía, las cuales garantizan que las mujeres no sean obligadas a casarse en contra de su voluntad. Cuando una persona es forzada a casarse en contra de su voluntad, ella podría, por lo tanto, buscar justicia, aunque los profesionales notaron que no se han encontrado tales casos. Se observó que existen garantías de protección contra el matrimonio de menores de edad. El concepto de **matrimonio servil** no está reconocido en la ley o la práctica. La **explotación en actividades delictivas**, tampoco. Sin embargo, los informes oficiales indican que han surgido varias situaciones de trata de niños con fines de **mendicidad forzada** y de **venta de niños**⁵¹.

Cuestiones clave para los profesionales: en las entrevistas realizadas, los profesionales no destacaron ningún problema o inquietud particular en relación con el concepto de trata o, en términos más generales, en relación con la investigación, proceso o adjudicación de delitos de trata. Todos los entrevistados consideraron la explotación sexual como el principal fin de explotación. El informe de 2012-2013 del comité gubernamental pertinente señaló la aparición de otros casos, incluida la trata de personas con fines de trabajo forzoso y venta de niños.⁵² En cuanto a la relación entre los delitos de trata y los delitos de explotación autónomos, se observó que el proceso de investigación generalmente informa sobre la carga más adecuada. Los desafíos de investigación y proceso se consideraron dependientes del caso y no sistémicos. No se observaron desafíos probatorios particulares. Los profesionales confirmaron que existe una lista de indicadores que se utilizará para establecer si una situación es trata. Se hizo referencia a la retención de pasaportes, condiciones de trabajo y de vida no sanitarias y salarios bajos o nulos como indicadores de posibles casos de trata. En relación con el testimonio de las víctimas, se observó que las víctimas no suelen ser identificadas por las autoridades que aplican la ley, y que las pocas que sí son identificadas

51 Sobre la mendicidad forzada, véase Naciones Unidas (2013b). Sobre la trata para la venta de niños, véase Comité Nacional para Combatir la Trata de Personas, Combatiendo la trata de personas en los EAU: Informe anual 2013-2014, p. 27.

52 Comité Nacional para Combatir la Trata Humana, Combatiendo la Trata Humana en los EAU: Reporte Anual 2012-2013, p. 26. El reporte 2013-2014 señala que “[m]ientras que todos los casos en el pasado pertenecieron a la explotación sexual, ha habido casos en el pasado reciente que caen fuera del ámbito de ésta forma de abuso, como la explotación laboral, los trabajos forzados y, en menores casos, la venta de niños”. Comité Nacional para Combatir la Trata Humana, Combatiendo la Trata Humana en los EAU: Reporte Anual 2013-2014, p. 27.

pueden tener miedo. También se observó que los jueces no se limitan al testimonio de la víctima al tomar su decisión, sino que también consideran otras evidencias.

Relevancia de la gravedad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: de manera unánime, los profesionales señalaron que en todas las formas de explotación, el grado de explotación es irrelevante para establecer la trata, aunque puede ser relevante en la sentencia. La existencia y/o la gravedad del daño tampoco se considera relevante en la persecución de los casos, incluso si la víctima parece beneficiarse de la explotación, ya que existen ciertos derechos que no pueden abandonarse. El límite para la “explotación” (que distingue entre la explotación relacionada con la trata y las formas menores de explotación) se decide con referencia a las leyes y normas nacionales. Un profesional señaló la necesidad de hacer una evaluación individualizada de la explotación que tenga en cuenta no solo los estándares objetivos sino también la personalidad, la capacidad y la situación del individuo involucrado. Por ejemplo, se puede considerar la nacionalidad y la situación de una víctima para determinar su vulnerabilidad, su relación con el tratante, etc.

Sin superposición entre el fin de explotación y el elemento de medios: los profesionales no consideraron que hubiera superposición entre el elemento “medio” y el elemento “fin” de la explotación, y que los parámetros y límites de ambos están claramente establecidos en la ley. Los profesionales difirieron sobre si la servidumbre por deudas es un medio y/o un fin de la explotación, pero no se mencionaron casos que involucraran la servidumbre por deudas.

Irrelevancia del consentimiento a la explotación: a pesar de que la ley no hace referencia al consentimiento, los profesionales afirmaron que el consentimiento de la víctima es irrelevante cuando se utilizan los medios, independientemente de la edad de la víctima. Se puso como ejemplo el tráfico de órganos para explicar que una persona no puede comerciar con órganos humanos incluso si la víctima consintió en ello porque la integridad física es un valor social y público, y por lo tanto se considera que existe un delito de trata incluso cuando hay consentimiento. Cuando se le preguntó sobre el papel del consentimiento en otras formas de explotación, como la explotación sexual, un profesional judicial respondió que no se trataría de un delito de trata de personas sino de adulterio o prostitución porque no hay explotación, a menos que la explotación sea resultado de abuso de una posición de vulnerabilidad u otros medios previstos en la ley.

Cuestiones relativas con las víctimas: según los informes disponibles, el Consejo Nacional actualmente estudia un proyecto de ley integral para fortalecer la protección de las víctimas. Un profesional destacó la necesidad de asegurar que las víctimas no sean tratadas como responsables de delitos. Otro señaló la necesidad de capacitar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley para aumentar la conciencia sobre el delito de trata y distinguir entre las personas objeto de trata y las personas que ejercen la prostitución y que no parecen ser víctimas y/o no se consideran víctimas.

Lecciones sobre la orientación para los profesionales: algunos profesionales consideraron que no es necesario recibir orientación sobre el concepto de explotación porque se entiende bien. Sin embargo, otros señalaron que el significado de “explotación” en sí mismo puede no ser claro, como en el caso de ciertas formas de explotación estipuladas. Por ejemplo, las prácticas de trabajo forzado, esclavización y cuasi-esclavitud pueden beneficiarse de una mayor clarificación.

Otros profesionales opinaron que no es necesaria una explicación adicional de cada forma de explotación, dado que cada una se entiende claramente, y que las definiciones adicionales pueden servir para restringir el concepto en lugar de ampliarlo. Se observó que, si bien algunos conceptos se comprenden universalmente, otros pueden cambiar de un país a otro según las diferentes religiones y creencias.

3.2 Estados que generalmente siguen el enfoque del Protocolo, pero estipulan formas adicionales de explotación

Cinco de los 12 Estados encuestados (Bulgaria, Colombia, Catar, Egipto y Tailandia) se clasifican generalmente siguiendo el enfoque de la explotación del Protocolo, pero también estipulan formas adicionales de explotación.

3.2.1 Bulgaria

Resumen: para este estudio, se consultó a fiscales, un juez y dos expertos superiores de la Comisión Nacional para Combatir la Trata de Personas. Se examinaron varios casos y también se consideraron informes externos. La ley búlgara contiene dos definiciones similares, pero no idénticas, de trata: ambas requieren solo un “acto” y un “fin”. “Medios”, como la fuerza y la coacción, opera para agravar el delito básico de dos elementos. No se hace referencia a la explotación, pero se enumeran los fines de la trata entre las dos definiciones, a saber: uso para actividades lascivas, trabajo forzado o mendicidad, eliminación de un órgano, tejido, célula o fluido corporal, y servidumbre forzada. Algunos profesionales afirmaron que el elemento de finalidad de la trata se entendía bien, pero había cierta confusión sobre los objetivos de la trata, en particular los parámetros de los trabajos forzados y los factores que diferencian esta de otros delitos. Los profesionales en general estuvieron de acuerdo en que recibir orientación sobre la explotación/ fines de la trata sería altamente beneficioso ya que no hay suficiente coherencia en la práctica de la justicia penal.

Marco legal: el marco legislativo contra la trata de personas en Bulgaria consta de dos instrumentos: el Código Penal y una ley especializada. Las enmiendas legislativas de 2013 armonizaron las definiciones establecidas en las dos leyes. El Código Penal (según enmendado) tipifica como delito la trata de personas mediante una definición que omite el elemento de medios, pero establece que estos constituyen un delito agravante que conlleva una pena más severa. El elemento de fin no se refiere a la explotación, sino que enumera los fines de la trata como uso para actividades lascivas, trabajo forzado o mendicidad, extracción de un órgano, tejido, célula o fluido corporal y servidumbre forzada. Se considera un delito agravado cuando cualquiera de estos fines implica el uso de una mujer embarazada con el propósito de vender a su hijo. Ninguno de estos fines estipulados de trata está definido. La trata de personas también se define en la Ley de Lucha contra la Trata de Personas (2003), que establece las responsabilidades de las autoridades designadas. Tras una enmienda reciente, esa definición, en términos generales, refleja la del Código Penal, pero establece el elemento de fin como “explotación”, que se define como “el uso lascivo e ilegal de personas, para la extracción de órganos, tejidos, células o los fluidos corporales de las víctimas, para el trabajo forzado, la mendicidad o la servidumbre, para la colocación en la esclavitud o en

una posición similar a la esclavitud”. Ninguna de estas formas de explotación está definidas. En ambos instrumentos, la lista de fines (de explotación) parece ser exhaustiva. El consentimiento se estipula como irrelevante en ambas leyes, y este aspecto de la definición se ha reafirmado en la jurisprudencia.

Fin estipulado. Lujuria, actividades lujuriosas o libertinaje: estos conceptos resultaron difíciles de desentrañar, ya que no están definidos y se utilizan en diferentes leyes de diferentes maneras. Los profesionales explicaron que son conceptos heredados del derecho penal que generalmente son equiparados y entendidos por los profesionales como: “explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual”. La depravación está sujeta a un delito distinto según el Artículo 149 del Código Penal, que también hace referencia al concepto de “lascivos”. El libertinaje también se menciona en el artículo 152, que aborda la violación, donde las condenas se agravan si se cometen “con la participación en actos de libertinaje o prostitución”, lo que indica que el libertinaje puede no implicar la prostitución sino referirse a una serie de delitos sexuales que involucran a niños y adolescentes, uso de la fuerza u otro medio que dañe el consentimiento.⁵³ La prostitución no es legal en Bulgaria, ni está tipificada como delito. En una Decisión Interpretativa de 2009⁵⁴, el Tribunal Supremo de Casación dictaminó que la prostitución es en sí misma una explotación y en sí misma un libertinaje. La Decisión Interpretativa afirma además que la explotación de la prostitución incluye al menos “el uso en la prostitución de otra persona u otras formas de explotación sexual”, pero también se extiende a una gama más amplia de conductas sexuales en las que una persona recibe beneficios mediante la explotación de otra. La decisión explica que la trata de personas tiene un alcance más amplio que el delito separado de persuadir o incitar a otra a practicar la prostitución (algo que se refleja en el artículo 155 del Código Penal), debido a la naturaleza más permanente del libertinaje.

Fin estipulado. Trabajos forzados: la trata de personas para trabajos forzados generalmente no se entiende bien. Los profesionales y otros han notado una falta de certeza sobre la naturaleza y la gravedad de los abusos que podrían calificarse como trabajos forzados. También hay indicios de que el límite para establecer esta forma de trata de personas es bajo: lo que puede considerarse explotación laboral en otro lugar, en Bulgaria constituiría trata de personas con fines de trabajo forzado.⁵⁵ Como señaló un comentarista, “[parece] que los trabajos forzados pueden equipararse con salarios bajos, malas condiciones de trabajo y engaño sobre las condiciones de trabajo” (Stoyanova, 2013, p.74). Algunos profesionales expresaron que la definición de los trabajos forzados comprendida en el Convenio de la OIT de 1930 causó confusión en el contexto del Protocolo contra la Trata de Personas, principalmente porque esta definición de trabajos forzados implica no voluntariedad, mientras que el Protocolo establece la irrelevancia del consentimiento. Un encuestado expresó la opinión de que los trabajos forzados deberían diferenciarse de otras formas de explotación sobre esta base, y que debería llegarse a una comprensión de los trabajos forzados que sea específica del contexto de la trata y que pueda abarcar nociones más amplias de explotación laboral. Hay poca jurisprudencia disponible sobre la trata de personas para los trabajos forzados.

53 Sección VIII, Código Penal Búlgaro.

54 No.2 / 16.07.2009 del Tribunal Supremo de casación búlgaro.

55 Por ejemplo, la Decisión No.30186/16 de junio de 2010 del Tribunal Regional de Montana (que involucraba a un grupo de búlgaros que prometía trabajos de recolección de frutos en Suecia. Las víctimas eran alimentadas, pero sus condiciones de vida eran duras y no se les pagó durante los 20 días previos a partir. El acusado fue encontrado culpable de trata por trabajos forzados).

Fin estipulado. Servidumbre forzada, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud: estos términos reemplazaron a la definición anterior de “sometimiento por la fuerza”, que generalmente se entendía como prácticas que pueden constituir o ser análogas a la esclavitud pero también a “acciones que motivan a las víctimas a adoptar una conducta contraria a su voluntad y de acuerdo con la voluntad de otra persona, incluso al residir en un lugar no deseado” (Íbid., p. 75). No había orientación oficial disponible, y los tribunales tenían que decidir qué circunstancias equivalían a la subyugación forzada. Los profesionales tuvieron poco que decir sobre el fin enmendado de “servidumbre forzada, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud”, y parece que estos conceptos aún no han sido probados.

Fin estipulado. Trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a los niños: como se señaló anteriormente, este “fin” se establece en el Código Penal como un delito agravado. Aunque no se proporcionó ninguna jurisprudencia para explicar cómo funciona en la práctica, hay indicios de que se entiende como un objetivo de explotación en sí mismo, sin que se requiera otro fin, como la servidumbre forzada establecida por separado para el delito de trata de personas. Los profesionales no veían ninguna dificultad particular, y parecían ver la trata de niños como una forma de explotación independiente comprendida en la disposición general. Se observó que otra disposición del Código Penal prohíbe por separado la venta de bebés, de manera que es posible que las mujeres puedan ser procesadas en virtud de este artículo y al mismo tiempo ser consideradas víctimas de la trata. Sin embargo, los profesionales notaron que generalmente las mujeres no eran procesadas sino alentadas a testificar contra sus explotadores. Se discutió que es difícil establecer una intención de explotación en los casos de mujeres que venden a sus bebés como una forma de obtener dinero para alimentar a sus otros hijos.

Otras formas estipuladas/discutidas: no existe una jurisprudencia disponible sobre la **mendicidad**, que fue introducida como un fin de explotación por las enmiendas de 2013 al Código Penal y a la ley de trata. Un profesional judicial observó que puede haber una línea muy fina entre la trata con el fin de mendicidad y situaciones en las que los padres usan a sus hijos como mendigos; la diferencia puede ser que en la situación anterior la intención es explotadora mientras que en la segunda es una cuestión de supervivencia de la familia. Los profesionales no fueron capaces de señalar ninguna jurisprudencia sobre la trata para la **extracción de órganos, tejidos, células o fluidos corporales**. Se observó que las “células” se incluyeron en la legislación recientemente después de casos de mujeres que fueron trasladadas a Grecia e Israel para ser utilizadas como “donantes” de huevos. Las formas de matrimonio forzosos o serviles no están incluidas en la legislación, pero un profesional judicial señaló que el matrimonio forzado es de todas formas un delito independiente. Si bien ha habido casos de posible trata de personas que involucran arreglos matrimoniales, ninguno ha llegado a los tribunales. Con tan solo unas pocas excepciones, los profesionales consideraron que esta era una forma rara de explotación. La **explotación en actividades delictivas** tampoco está incluida en ninguna de las definiciones nacionales de trata, pero los profesionales se refirieron a casos de tráfico ilícito de drogas que ocurrían en la práctica.⁵⁶ Estos fueron tratados como casos de trata de personas, incluidos bajo el concepto ahora en desuso de “subordinación forzada”. Se informó que las víctimas de la trata en actos delictivos no son tratados como víctimas, sino como perpetradores, un problema que se ve exacerbado por la ausencia de esta forma de explotación en la definición legislativa.

⁵⁶ Véase también la Comisión Nacional para la Lucha contra el Trata de Seres Humanos/Consejo de Europa, Información sobre los derechos de las víctimas de la trata de personas (2012, p. 5), donde se señala que la “comisión de actos criminales” es una forma de explotación.

Comprensión del término explotación por profesionales/fin de la trata: los fiscales generalmente opinaron que el fin de la trata/explotación (estos términos se usaron indistintamente debido a la falta de una definición de “explotación” en la ley) se entiende clara y ampliamente. Sin embargo, otros expertos señalaron que la falta de casos presentados de formas de explotación distintas de la explotación sexual puede indicar que no se comprenden adecuadamente otras formas igualmente prevalentes de explotación. Se señaló que algunas instancias de trata de personas se desestimaron sobre la base de que se trataba simplemente de asuntos privados entre empleadores y empleados.

Tema clave para los profesionales. Distinguir la trata de otros delitos: los profesionales notaron una falta de claridad y consistencia con respecto a las decisiones sobre los cargos. La estructura de la ley establece que algunos delitos pueden ser comprendidos como “trata” y/o bajo diferentes disposiciones de la ley. Los fiscales a veces aplican varios delitos a la vez en una acusación formal. Había incertidumbre con respecto a las características que podrían distinguir un caso de trata de otro, por ejemplo, un cargo de libertinaje de un cargo de trata con fines de libertinaje. La decisión final es a menudo altamente subjetiva. Algunos profesionales señalaron el fin de explotación (tal vez indicado por las ganancias materiales) como una característica que distingue la trata de otros delitos. Otros señalaron la naturaleza y la gravedad de la conducta y el nivel de organización como una forma de distinguir la trata de otros delitos.

Otros problemas para los profesionales: los profesionales notaron un problema al **establecer la intención** de cometer uno de los fines estipulados de la trata, algo que es necesario para levantar un cargo. Otros destacaron las **cargas probatorias** creadas por la fuerte dependencia del testimonio de las víctimas y los procedimientos criminales excesivamente formalistas y complejos que pueden obstaculizar la recopilación de pruebas, incluso desde el extranjero. Se observó que hay pocos incentivos para que las personas participen en el proceso de justicia penal y que hasta ahora no se ha indemnizado a ninguna víctima en Bulgaria.

Relevancia de la gravedad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: los profesionales afirmaron que la extensión o gravedad de la explotación es irrelevante para probar la acusación, dado que la explotación no tiene que haber tenido lugar. El foco está en probar el elemento “acto” e inferir una intención de explotación por ese acto. Sin embargo, las discusiones indicaron cierta confusión sobre este punto, ya que es evidente que las cuestiones de gravedad relativa son muy relevantes para establecer si se identifican las condiciones de explotación en el trabajo como trata por trabajos forzados.

Relevancia de la ausencia de medios: como se señaló anteriormente, el delito de trata incluye solo los elementos de “acto” y “fin”. Los medios son delitos agravados. Un informe del Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA por sus siglas en inglés) explica el efecto de esta formulación de la siguiente manera:

Legislador[es] búlgaro[s] ha[n] permitido poner bajo responsabilidad penal a más perpetradores porque para probar que existía un *corpus delicti* basta con demostrar que una de las acciones tuvo lugar con fines de explotación, sin tener que demostrar el uso de los medios ... Se considera que este enfoque corresponde al clima económico y social actual en Bulgaria: debido a su difícil situación material, algunas personas entran en una

relación “similar al empleo” con tratantes que no tienen que usar la coerción o fraude para alcanzar el objetivo de la explotación. De acuerdo con los fiscales y jueces principales que se reunieron durante la visita de GRETA a Bulgaria, este enfoque ha llevado a un mayor número de procesos y condenas. (GRETA, 2011, p. 19)

Durante las encuestas se confirmó esta opinión entre los profesionales de la justicia penal. Las dificultades económicas extremas de muchas personas se consideran tales que los medios no son necesarios para explotarlas. Al preguntar sobre el riesgo de fusión de la trata con otros delitos, se explicó que el fin de explotación sirve para distinguir adecuadamente la trata de otros delitos.

Irrelevancia del consentimiento de la explotación: los profesionales enfatizaron que el consentimiento de la víctima no exime al perpetrador, y que la irrelevancia del consentimiento es un aspecto importante de la legislación búlgara. El consentimiento es explícitamente irrelevante en ambas versiones del delito de trata. Esta idea es respaldada por la decisión interpretativa del Tribunal Supremo de Casación, que establece que “el consentimiento o la cooperación de la víctima no excluye la responsabilidad del perpetrador de llevar a cabo cualquiera de las formas del acto del delito de trata de seres humanos” (Tribunal Supremo de Casación Búlgaro, 2009). Hubo una discusión sobre si las formas de explotación que incluyen la falta de consentimiento (“trabajos forzados” y “mantenerse en subordinación forzada” y “esclavitud”) deben distinguirse de otros donde la irrelevancia del consentimiento puede necesitar ser explícitamente plasmada. Se observó que el principio de la irrelevancia del consentimiento es particularmente importante en vista de que se incluye en la legislación el concepto de explotación laboral como una forma de explotación relacionada con la trata.

Consideraciones culturales relevantes para la explotación: los profesionales notaron que algunos tipos de explotación son predominantemente perpetrados por y dentro de grupos étnicos específicos. En particular, las víctimas romaníes a menudo son objeto de trata por parte de sus familias, por ejemplo, en la mendicidad y/o el hurto, la venta forzada de niños y los matrimonios forzados de niños. Los profesionales también citaron casos de trata de mujeres romaníes con el fin de vender sus bebés. No se aceptó que las consideraciones culturales sean pertinentes de ninguna manera para establecer si una práctica o situación particular constituye una explotación relacionada con la trata. Sin embargo, se proporcionó cierta información anecdótica contradictoria, que se refiere, por ejemplo, a los casos de hombres romaníes acusados de delitos administrativos y de multas por casarse con niñas de 12 o 13 años, en lugar de ser acusados de violación y matrimonio infantil, que son graves delitos penales.

Opiniones sobre la orientación para los profesionales: los profesionales opinaron que debería ofrecerse más orientación sobre cada tipo de explotación, así como definiciones suficientemente amplias para captar el fenómeno, pero sin que esta amplitud haga la definición poco útil en la práctica. Se expresó la opinión de que era necesario aclarar la explotación como un elemento de la trata, quizás mediante una definición expresa que hiciera hincapié en el aspecto ganancia/beneficio. Hubo acuerdo general en que se necesita urgentemente orientación sobre la trata de personas para los trabajos forzados.

3.2.2 Colombia

Resumen: para este estudio, se entrevistó a un gran número de personas, incluidos funcionarios de varios ministerios, un fiscal, un representante del Comité Interinstitucional contra la Trata de Personas y funcionarios de la UNODC. Se examinaron varios casos y también se consideraron informes externos. El marco legal sigue la definición establecida en el Protocolo, pero omite el elemento de medios. El concepto de explotación implica la obtención de beneficios financieros u otras ganancias y comprende una lista de fines que incluyen, además de los fines estipulados en el Protocolo, la mendicidad forzada, el matrimonio servil y el turismo sexual. No se define ninguno de los términos enumerados. Los profesionales confirmaron que la explotación sexual es la forma de trata que se persigue más comúnmente y que es la mejor entendida. Asimismo, reconocieron que, aparte de los trabajos forzados, ha habido poca acción en otras formas estipuladas. Los parámetros de los trabajos forzados no están claramente establecidos. En general, los profesionales se enfrentan a una variedad de desafíos legislativos, procesales, probatorios y de otras índoles a la hora de investigar y procesar los delitos de trata, por lo que cuentan con una buena disposición de recibir orientación sobre el elemento de “fin” de la explotación.

Marco legal: la pieza central del marco legal en torno a la trata en Colombia se encuentra en la Ley 985 de 2005, que define al delito de trata a partir de dos elementos: un acto (captura, transferencia, acogida o recepción) con fines de explotación. Los medios no son necesarios para establecer el delito. Explotación significa: “*obtener un beneficio financiero u otra ganancia para sí mismo o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, explotación de otros, mendicidad, matrimonio servil, extracción de órganos, turismo sexual y otras formas de explotación*”. Esto introduce un aspecto adicional a la formulación del elemento de “fin” del Protocolo, el cual requiere que se establezca la obtención de un beneficio financiero o de otro tipo, así como la forma de explotación a la que se refiere. Se estipula que el consentimiento de las víctimas a la explotación no constituye un motivo para la exención de la responsabilidad penal. La ley establece delitos agravados por trata que involucran, entre otros, a niños, relaciones y personas particularmente vulnerables. Otras leyes relevantes incluyen el Artículo 17 de la Constitución, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de esclavos en todos sus aspectos.

El elemento de beneficio para la definición de “explotación”: la referencia respecto a las ganancias financieras u otros beneficios parece estar bien entendida y ampliamente respaldada, al menos en términos generales. Sin embargo, hay indicios de que el significado de “otro beneficio” no está completamente claro y entre los entrevistados había una sensación general de que el beneficio relacionado con la explotación es casi invariablemente financiero. Una evaluación externa concluyó que: “no sería realista intentar hacer una lista exhaustiva de los beneficios, económicos o de otro tipo, derivados de la manipulación de las víctimas”,⁵⁷ y esta opinión parece ser compartida por los profesionales. Se consideró que los desafíos no surgían con el concepto más amplio de explotación, sino que lo reconocían en sus diversas formas.

⁵⁷ Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho Penal y las Organizaciones No Gubernamentales, Convenio Interinstitucional 045-2009, (Libertad y Orden, Ministerio del Interior y de Justicia, Republica de Colombia; UNODC, Universidad del Rosario, Acreditación institucional de alta calidad, Ministerio de Educación Nacional). (Traducción no oficial, en adelante Reporte 2009).

Fin estipulado. Explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual: la mayoría de los procesos por trata de personas están relacionados con la explotación sexual, especialmente de mujeres colombianas explotadas en el extranjero; otras formas se consideran menos visibles y menos prevalentes. La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual no está definida en la legislación, pero se entiende de manera general y uniforme. La jurisprudencia no arroja mucha luz sobre el alcance de estas formas de explotación, aunque los tribunales han descubierto que el delito de trata con fines de explotación sexual incluye la promoción de la prostitución.⁵⁸ La existencia de otros delitos ha contribuido a reforzar los procesos por explotación sexual asociado con la trata. Los profesionales señalaron que el enfoque de la prostitución actualmente se encuentra en algún lugar entre la abolición y la regularización con un proyecto de ley presentado ante el Parlamento, en el que se propone convertir la prostitución en una forma legítima de trabajo. Las discusiones sobre los enfoques de la prostitución a menudo se centran en establecer qué modelo brinda la mejor protección contra la explotación. Asimismo, se ha planteado el riesgo de que la trata con fines de explotación sexual pueda combinarse con la prostitución. Sin embargo, los profesionales consultados en general (aunque no uniformemente) opinan que la prostitución aumenta la vulnerabilidad a la explotación sexual, incluso mediante la trata, pero que aquella no es sexualmente explotadora en sí misma.

Fin estipulado. Trabajos forzados: este fin de explotación no está definido y no está penalizado como un delito independiente. Eso significa que no hay un delito de respaldo cuando el proceso de los trabajos forzados por trata encuentra dificultades. En cualquier caso, tales procesos son poco comunes y los profesionales citaron la relativa invisibilidad de esta forma de trata, que ocurre en contextos que de otro modo serían “normales”. Hicieron hincapié en la necesidad de contar con una guía que ayude a determinar el punto en el que las condiciones de trabajo malas o explotadoras (que podrían o deberían ser perseguidas por los tribunales laborales) se transforman en trabajo forzado.⁵⁹ Existe poca comprensión sobre este punto y la situación se complica por la falta de claridad sobre lo que constituye la explotación en el contexto de las leyes laborales.

Fin estipulado. Matrimonio servil: se han denunciado algunos casos de explotación en lo que puede considerarse una situación de matrimonio servil, pero no está claro si se les procesó. La falta de una definición causa problemas a los profesionales de justicia penal que buscan responder a esta forma de explotación a menudo oculta. Los profesionales también notaron una dificultad general en establecer un estándar para juzgar qué conducta o circunstancias pueden equivaler a un matrimonio servil. Por ejemplo, ¿tiene que haber alguna forma de explotación más allá del fin de explotación del matrimonio mismo? ¿Es relevante que la “víctima” aparentemente esté satisfecha con el arreglo? ¿Cuáles son las implicaciones para la autonomía?

Otras formas estipuladas/discutidas: La explotación por **mendicidad** se considera un problema importante, que afecta particularmente a las personas discapacitadas e indígenas. Sin embargo, no se han reportado casos de trata de personas para la explotación por mendicidad. Los encuestados señalaron que la mendicidad no es ilegal, lo que puede complicar la identificación de estos casos y la respuesta ante ellos. La **esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud** y la servidumbre no están definidas en la legislación y la jurisprudencia ofrece poca orientación al respecto. Los profesionales explicaron que las discusiones se han centrado recientemente en

⁵⁸ Caso Criminal No 63-001-60-00-059-2007-00893.

⁵⁹ Para esclarecer esta duda, actualmente la UNODC trabaja con el Ministerio de Trabajo para brindar orientación sobre los conceptos de “explotación laboral” y “trabajos forzados”.

la posibilidad de subsumir estas formas de explotación bajo los “trabajos forzados”. Han surgido casos de explotación relacionados con la **extracción de órganos**, pero se han abordado mediante legislación fuera del marco de la trata. Señalaron que es un desafío diferenciar la explotación sexual y el **turismo sexual**. La naturaleza del turismo en Colombia –en donde últimamente se ha incrementado el turismo internacional–, así como la creciente vulnerabilidad de las personas en situación de pobreza, dieron como resultado la introducción de esta forma de explotación como una forma de trata. También se están realizando intentos para determinar en qué medida los servicios turísticos pueden estar ofreciendo la explotación sexual de niños o adultos. Se señaló que la **explotación delictiva**, en particular de los niños, era motivo de preocupación, y que generalmente se aborda en el marco de leyes alternativas. En relación con la **adopción comercial**, se observó que el elemento del dinero hace que la adopción sea ilegal, pero no está claro para los profesionales que la práctica se convierta en explotadora y, por lo tanto, constituya un fin de la trata. Aquí hay similitudes con situaciones de matrimonio forzado; así, por ejemplo, cabe preguntarse si hay una explotación más allá del fin de explotación de la adopción ilegal en sí misma. Sobre el problema de la **trata de personas en el conflicto armado**, cabe mencionar que si bien en Colombia tiene lugar el reclutamiento ilícito de adultos y niños en el conflicto armado, esto no se ha considerado una forma de trata, en parte debido a la disponibilidad de delitos alternativos que en algunos casos pueden ser más fáciles de identificar y procesar que la trata de personas para la explotación en un conflicto armado. Un ejemplo es el reclutamiento ilícito de niños en conflictos armados. Sin embargo, se observó que dicha conducta también constituiría trata de personas donde se pueda demostrar el fin de explotación. El reclutamiento ilícito de adultos vulnerables para el servicio militar no se ha abordado hasta ahora como potencial caso de trata.

Tema clave para los profesionales. Enfoque desproporcionado en la trata transnacional para la explotación sexual: si bien se conocen diversas formas de explotación en Colombia y para los colombianos en el exterior, la respuesta de la justicia penal se centra principalmente en la explotación sexual transnacional. Este enfoque se explica por la comprensión relativamente mayor y más antigua de esta forma de explotación, que ha sido un delito por muchos años. También se mencionó la falta de atención a la trata interna como una preocupación. En relación con algunas formas de explotación (por ejemplo, la explotación de niños por grupos armados), esto puede explicarse debido a la existencia de legislación alternativa.

Tema clave para los profesionales. Dificultades para investigar y procesar la trata de personas para realizar trabajos forzados: existen problemas con el mandato y la jurisdicción que impiden la investigación efectiva de los trabajos forzados. Por ejemplo, los inspectores del trabajo pueden identificar posibles situaciones de trata con fines de trabajo forzoso, pero el Ministerio pertinente no tiene el mandato de procesarlas. Por lo tanto, los casos se remiten a la fiscalía, que puede o no seguir con el caso. Los funcionarios del gobierno también señalaron que en esos casos a menudo las víctimas no están dispuestas a identificarse a sí mismas, y frecuentemente las autoridades no están dispuestas a iniciar una investigación criminal, incluso frente a pruebas sólidas.

Otros temas para los profesionales: la existencia de **diferentes marcos legislativos y regulatorios** que potencialmente abordan delitos similares causa una considerable confusión. La policía y los fiscales a menudo tienen múltiples opciones de acusación y para levantar cargos, y generalmente aplicarán el delito que es más fácil de probar. Los profesionales indicaron dificultades

para **probar la intención de explotación** antes de la explotación (por ejemplo, en casos de trata transnacional que involucra el proceso de reclutadores locales). La importante (y aparentemente ineludible) dependencia en los testimonios de la víctima y el testigo causa grandes dificultades cuando las víctimas no están dispuestas a autoidentificarse como explotadas. El resultado de que las víctimas no denuncien a sus tratantes puede ser que estos obtengan cargos menores o que no se les dicten cargos. Los **indicadores de explotación** no se entienden del todo. De manera informal, se mencionan factores como el desequilibrio de poder entre víctima y tratante, pero no está claro hasta qué punto estos y otros factores son aceptados y utilizados para determinar la existencia de la explotación relacionada con la trata.

Relevancia de la naturaleza y severidad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: los profesionales afirmaron que no se requiere ni se debe exigir un umbral particular de explotación para distinguir el fin de explotación del delito de trata. Sin embargo, esta afirmación se alinea con las dificultades admitidas para establecer el punto en el cual se realizan los fines de explotación, como los trabajos forzados. Los profesionales declararon que la forma de explotación no es relevante para determinar la explotación y, además, ese daño no es un elemento del delito. La cuestión central es más bien la intención del perpetrador de explotar, independientemente del tipo o la gravedad de la explotación o el daño que resulte. En principio, incluso los casos de trata que resulten ser una explotación “leve” pueden ser procesados, pero esto generalmente no sucederá en la práctica. Sin embargo, la gravedad de la explotación o daño puede ser un factor en la imposición de penas, especialmente dado que existe un rango considerable de penas disponibles y la ley permite que dichos casos se consideren como delitos agravados.

Relevancia de la falta de medios para la explotación: como se señaló anteriormente, el delito de trata incluye solo los elementos de “acto” y “fin”, lo anterior para equilibrar el peso de la evidencia requerida, particularmente para demostrar el abuso de una situación de vulnerabilidad. Los entrevistados generalmente consideraron que la ausencia del elemento de los medios es una virtud de la legislación, lo que sirve para cambiar el enfoque de la víctima a la intención del explotador de explotar. Se observó que ciertas formas de explotación pueden incorporar “medios” (por ejemplo, matrimonio forzado y trabajos forzados) y demostrar que estas formas de explotación necesariamente implican la prueba de los medios. Un experto opinó que todas las formas de explotación implican medios que, por lo tanto, son esenciales para comprender el delito, aunque no son necesarios para probarlo.

El principio de irrelevancia del consentimiento es difícil de aplicar en la práctica: la legislación incluye una disposición explícita en el sentido de que el consentimiento de la víctima no exime a un perpetrador de la responsabilidad penal. Un fiscal hizo hincapié en la utilidad de esta disposición, especialmente cuando las víctimas se retractan de su declaración por temor a represalias. Otros señalaron que, si bien la ley no considera que una persona pueda consentir en su propia explotación, los casos en que la “víctima” afirma haber dado su consentimiento (especialmente en los casos de explotación sexual) son difíciles de procesar. Como se señaló anteriormente, muchas víctimas aparentes de la explotación laboral tampoco tienen interés en participar en el juicio de sus explotadores y, de hecho, a veces buscan permanecer en esta situación.

Consideraciones culturales relevantes sobre la explotación: los profesionales señalaron que, si bien se considera que la explotación sexual es “peor” que otras formas de explotación,

algunas medidas de normalización social que se han producido en torno a la explotación sexual influyen en cómo se entiende y se responde a esta forma de explotación. Por ejemplo, los funcionarios de justicia penal pueden estar menos dispuestos a creer y actuar en los casos que les llaman la atención debido a los prejuicios subyacentes. El respeto a la autonomía indígena puede llevar a que se defiendan con éxito ciertas prácticas de explotación como una práctica cultural. Tales prácticas incluyen el matrimonio anticipado, el matrimonio servil, la esclavitud doméstica y la venta de la virginidad por parte de los padres de una persona. Los entrevistados opinaron que las consideraciones culturales no deberían eximir a una persona de la responsabilidad de haber violado los derechos de otra, y que establecer si la explotación ha tenido lugar debería ser un ejercicio objetivo.

Lecciones sobre la orientación a los profesionales: los profesionales tenían diferentes puntos de vista sobre si cada forma de explotación estipulada debería definirse por separado. Algunos externaron la preocupación de que esto pueda funcionar para excluir ciertas prácticas. Otros señalaron que las definiciones amplias podrían ser útiles en casos donde es necesario que haya flexibilidad. Todos coincidieron en la necesidad de contar con una mayor claridad en torno al concepto de trabajo forzoso, incluso si las formas de explotación sexual pudieran estar comprendidas bajo este, así como en la necesidad de trazar la línea entre el trabajo explotador que no cumple con el límite necesario y el trabajo forzado que sí lo hace. Los profesionales destacaron que es necesario que haya una noción de explotación internacionalmente aceptada, sobre todo para facilitar el intercambio transfronterizo de información, inteligencia y evidencia que es crítica para la investigación y el proceso judicial de casos de trata transnacional. Un profesional señaló la necesidad de recibir orientación sobre las disposiciones de la demanda del Protocolo que, a pesar de su fuerte vínculo con la explotación, no se comprenden o son indebidamente aplicadas.

3.2.3 Egipto

Resumen: La encuesta involucró a tres jueces. Un pequeño número de casos estuvieron disponibles para el análisis. La trata y los delitos relacionados se abordan en varias leyes, pero principalmente en una ley especializada que define la trata en general de acuerdo con el Protocolo. La principal diferencia radica en el elemento de “fin” en el que la lista no exhaustiva de “explotación en todas sus formas” también incluye la explotación sexual de niños, la mendicidad y la extracción de tejidos y órganos. Los profesionales no tenían claro si el concepto de explotación se entiende clara y uniformemente, aunque se afirmó que quienes han procesado los casos de trata de personas lo entienden claramente. Las discusiones revelaron que hay confusión en torno a ciertas formas de explotación, incluida la explotación sexual y los trabajos forzados. La relación entre los delitos de trata de personas y los delitos autónomos establecidos en otras leyes, como el Código Penal, tampoco está clara. Sin embargo, un experto judicial consultado posteriormente afirmó que la jurisprudencia aclara esa distinción. Hay indicios de que los jueces ejercen una influencia considerable sobre el proceso de los casos de trata de personas, a menudo decidiendo cómo se llevará a cabo un caso de acuerdo con la evidencia disponible y si la explotación supuestamente cumple con el límite de la trata. Según el experto judicial consultado posteriormente, dado que el Tribunal ordenó unificar la aplicación de la ley de todos los tribunales bajos en Egipto, los fallos del Tribunal de Casación han fortalecido y armonizado la comprensión y la aplicación de la legislación

contra la trata. Si bien, de acuerdo con la ley, el consentimiento es irrelevante, en la práctica a veces puede ser relevante establecer si ha habido alguna forma de explotación, en particular cuando se han utilizado los métodos de reclutamiento prescritos. Las consideraciones culturales y religiosas también pueden ser relevantes, por ejemplo, al decidir si un caso que involucra un matrimonio podría constituir trata.

Marco legal: la trata de personas se define en la Ley N° 64 de 2010, en conformidad con la definición de tres elementos del Protocolo. El fin estipulado es: “explotación en cualquiera de sus formas, incluida la explotación de actos de prostitución y toda forma de explotación sexual, la explotación de niños en tales actos y en la pornografía, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud o servidumbre, mendicidad o extracción de órganos humanos, tejidos o una parte de los mismos.” La ley afirma la irrelevancia del consentimiento cuando se usan los medios, y en consonancia con el Protocolo, señala que en el caso de la trata de niños no es necesario establecer los medios. La ley también establece delitos agravados en casos de trata que involucran, entre otras cosas, relaciones familiares, abuso de ciertos puestos de autoridad y abuso de personas vulnerables (incluidos niños y personas con discapacidad). Los delitos relacionados con la trata de personas también se establecen en otras leyes. Por ejemplo, el Código Penal (artículo 291) y la Convención de los Derechos del Niño prohíben y penalizan la trata y la explotación de niños. Otras leyes penalizan la incitación o la explotación de la prostitución y el comercio de órganos.

Comprensión general del elemento de explotación: varios profesionales explicaron que el concepto de explotación es claro, pues se extrae casi textualmente del Protocolo y hace eco de un concepto que ya figura en el Código Penal. Otro profesional expresó una opinión diferente: dijo que la definición es complicada porque fue adoptada del Protocolo casi sin modificaciones, que a su vez no define los aspectos centrales. Todos los profesionales encuestados estuvieron de acuerdo en que la explotación es un componente clave del delito de trata y que las formas de explotación estipuladas son lo suficientemente amplias como para incluir tanto las actuales como las futuras. Sin embargo, un experto judicial afirmó que ciertas formas emergentes de explotación, incluida la explotación de niños con fines políticos, requieren más investigación y elaboración. Un profesional opinó que el concepto de explotación sexual presenta desafíos particulares debido a que los delitos individuales relevantes (incluidos los delitos de honor, la violación, la agresión sexual y el adulterio) no incluyen el concepto de explotación sexual. La sugerencia de Mohamed Matar (2011) de que la explotación es inherentemente “transaccional” no resonó en ninguno de los profesionales encuestados.

Fin estipulado. Prostitución y otras formas de explotación sexual: el término “otras formas de explotación sexual” no está definido y, en consecuencia, no se entiende de manera uniforme. Una idea del posible alcance de esta forma de explotación se puede deducir de las discusiones con los profesionales que observaron, de diversas maneras, la participación de grupos delictivos en la explotación de personas en la prostitución, matrimonio infantil y formas forzadas y temporales de matrimonio. Estas últimas se consideran formas de explotación sexual en lugar de formas de explotación independientes. Un profesional señaló que el matrimonio no es válido sin consentimiento, por lo que la ausencia de consentimiento podría ser un indicador de un caso de trata, al menos en casos de menores. Además, los matrimonios temporales no se consideran matrimonios válidos y también apuntarían a posibles casos de trata. Sin embargo, sería mucho

más difícil probar la explotación sexual en un matrimonio válidamente establecido, incluso si se usaran medios prohibidos para consumarlo.⁶⁰ Se observó que, en las decisiones penales actuales sobre casos de trata de personas, las víctimas de la trata han sido eximidas del proceso por delitos relacionados con la prostitución.

Fin estipulado. Trabajos forzados: los trabajos forzados no están definidos en la legislación. Un experto judicial señaló que el artículo 131 del Código Penal prohíbe los trabajos forzados si lo imponen funcionarios públicos, y señaló que la jurisprudencia arroja luz sobre el delito de trabajo forzado.⁶¹ El Código del Trabajo prohíbe los trabajos forzados, regula las condiciones de trabajo e impone sanciones por infracciones. Sin embargo, algunos grupos (especialmente los trabajadores domésticos) que pueden ser especialmente vulnerables a la explotación relacionada con la trata no están explícitamente protegidos por este instrumento.⁶² Los profesionales no discutieron sobre el concepto de explotación laboral durante las entrevistas, excepto para señalar que hay pocos casos de trabajo forzoso en Egipto, y que asegurar la evidencia puede ser difícil. Se ha observado en otras partes que Egipto es un país de origen para las víctimas de la explotación laboral, generalmente engañadas por falsas oportunidades laborales en el extranjero.

Fin estipulado. Venta de niños: el artículo 291 del Código Penal prohíbe y penaliza la trata y la explotación de niños. Además, la Ley de la Infancia prohíbe la adopción, lo que impide que esta funcione como una pantalla para la venta de niños. Según los profesionales, la venta o compra de un niño bajo cualquier circunstancia sería abordada como un caso de trata. En un caso, la Corte utilizó la Orientación Interpretativa sobre el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, para concluir que el caso no era de trata debido a la falta de intención de explotación. Sin embargo, un profesional judicial explicó que, visto desde la óptica del artículo 291 del Código Penal, este caso sería de trata, ya que, en virtud de esa disposición, la trata puede establecerse sin intención de explotación, pues penaliza cualquier tipo de transacción que involucre a un niño.⁶³

Otros fines estipulados/discutidos: la extracción de órganos, tejidos o parte de ellos se considera generalizada en Egipto, y se reportan muchos casos de trasplantes ilegales cada año, a pesar de las leyes que penalizan todos los aspectos del trasplante comercial. Los profesionales entrevistados hicieron una breve mención de este “fin” de explotación de la trata, pero no ofrecieron más detalles. Un profesional explicó que la falta de casos de trata con fines de extracción de órganos se debe a que la mayoría de esos delitos son procesados en virtud de la Ley N° 5/2010 sobre la regulación del trasplante de órganos. Los profesionales no discutieron **la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud**, las cuales no están definidas en la ley. Un profesional argumentó en profundidad sobre la **explotación de niños con fines políticos** como posible fin de trata de personas, pues este tema surgió durante los enfrentamientos políticos de 2013. Se ha

60 Al respecto, se mencionó un caso en el que los presuntos perpetradores se casaron con sus víctimas después de haberlas explotado sexualmente, como una manera de desviar las acusaciones de que la intención fue explotadora al probar que su intención era el matrimonio. Los informes externos citan otros ejemplos de trata con fines de explotación sexual, incluida la prostitución forzada.

61 Específicamente, el experto se refirió al Caso No. 1481-2011, Juzgado Penal del Primer Distrito de la Ciudad de Octubre, y el Fallo del Tribunal de Casación en la Apelación No. 14934, Año Judicial 83, Sesión 4/2/2014. En ese caso, los acusados aprovecharon sus puestos como policías de alto rango para alistar a varios reclutas y miembros de la policía con el fin de explotarlos laboralmente en los sectores de la agricultura y la construcción, entre septiembre de 2007 y enero de 2011.

62 Véase Naciones Unidas (2011).

63 El experto remitió el caso núm. 5383/2010, Juzgado Penal de Alejandría, distrito de El-Attarin, sesión 13/4/2010. El caso núm. 414/2009 del Tribunal Penal de El Cairo, distrito de Kasr El-Nile, sobre la venta de niños con fines de adopción, recurrió ante el Tribunal de Casación (Apelación No. 11268, año judicial 79, sesión 1/7/2010) en que el Tribunal decidió que no es necesario que haya intención de explotación en las transacciones que involucren a niños.

afirmado que los niños fueron reclutados (a veces en residencias o instituciones de caridad) para usar eslóganes políticos en lugares públicos y para atacar a manifestantes e instituciones públicas. Formas y manifestaciones adicionales de la explotación relacionada con la trata de personas han sido identificadas por fuentes externas como generalizadas en Egipto, pero no fueron discutidas por los profesionales. Entre estas está la explotación severa de los refugiados, incluida la **extorsión criminal**, la explotación sexual y la **mendicidad forzada** entre los niños de la calle, así como la **servidumbre doméstica** que involucra a niños.

Tema clave para los profesionales. Distinción entre delitos independientes y delitos de trata: como se señaló anteriormente, el marco legal egipcio contiene referencias a la trata además de lo establecido en el Código Penal, e incluye muchas disposiciones independientes directamente relevantes para los fines de explotación que se enumeran en la definición de trata. Los profesionales no fueron capaces de dilucidar sobre cómo estas leyes y disposiciones se relacionan entre sí y cómo se toman las decisiones sobre qué cargo perseguir.⁶⁴ Sin embargo, un experto judicial señaló que los fiscales generalmente incluyen delitos de trata y delitos autónomos en la misma acusación, le dejan al tribunal la consideración de los elementos de cada delito y, una vez condenados, aplican la pena más severa de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal. Un profesional señaló la dificultad para distinguir entre delitos de prostitución y delitos de trata, particularmente cuando la víctima es una prostituta. Cuando se les preguntó qué delitos tienen más éxito en caso de que falle la condena por trata, se ofrecieron como ejemplos los delitos de corrupción, agresión sexual, abuso infantil, delitos laborales, uso de funcionarios públicos, chantaje y soborno. Un profesional señaló que los casos de trata de niños no se perseguirían en virtud de las disposiciones básicas de trata, sino en virtud de las disposiciones del Código Penal que abordan directamente la explotación y la trata de niños que no requieren “medios” o intención de explotación para ser probados y que prevén penas relativamente más severas.

Tema clave para los profesionales. Desafíos probatorios: los profesionales mencionaron los desafíos para asegurar la cooperación de las víctimas y la frecuente falta de evidencia corroborativa. En general, se considera que la explotación sexual es más fácil de procesar que los casos de trabajo forzado debido a la disponibilidad de evidencia física forense. Por el contrario, la trata de personas para trabajos forzados solo puede ser probada mediante el testimonio de la víctima.⁶⁵ Con respecto a probar la intención de explotación, un juez afirmó que sin esta no hay delito; la explotación debe haber ocurrido. Opinaba que si se interceptaba una situación de trata potencial antes de que se produjera la explotación, probablemente se buscaría un delito alternativo. Sin embargo, otro juez opinó que la simple intención de explotar se considera un crimen; el descubrimiento de niñas en un lugar de prostitución antes de que hubiera ocurrido la explotación sexual constituiría un crimen completo en lugar de un intento. La cuestión de distinguir entre los intentos y los crímenes cae bajo la discreción procesal y judicial de acuerdo con los hechos proporcionados y la evidencia disponible.

Relevancia de la naturaleza y severidad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: Los profesionales no se pronunciaron directamente sobre si la naturaleza o severidad de la explotación era relevante, aunque uno notó que incluso la explotación

⁶⁴ El hecho de que no hubiera fiscales disponibles para participar en la encuesta pudo haber contribuido a que no haya habido una respuesta satisfactoria en este punto.

⁶⁵ Un experto se refirió al caso No. 1481-2011 del Tribunal Penal del Primer Distrito de la Ciudad de Octubre, en el cual la fiscalía remitió el caso a juicio con una acusación que incluía los testimonios de 137 personas, tanto testigos como víctimas.

“leve” es adecuada para establecer el delito, mientras que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley N° 64/2010 y la aplicación de la discrecionalidad judicial, la explotación agravará las condenas. Se observó que la ley exige que una “víctima” haya sufrido daño material o moral, pero no está claro si la ausencia de daño evitaría que se iniciara una acusación de trata o si simplemente afectaría el estado legal de la “víctima”. El daño material fue explicado principalmente como financiero. Un ejemplo de “daño moral” podría ser el abuso a manos de los miembros de la familia. Un juez explicó que incluso cuando se beneficia a la víctima como resultado de su situación, se puede considerar que una persona ha sido explotada: una persona que se beneficia económicamente de la extracción de órganos, por ejemplo, puede no haber dado su consentimiento efectivo para esto si el abuso se debió a su situación de pobreza. Otro juez ofreció una opinión diferente. Aunque señaló que el daño “moderado” es suficiente para cumplir con el elemento de explotación, el tribunal probablemente usaría su discreción para aplicar delitos alternativos y no consideraría un caso de trata si la víctima se beneficia y está “conforme” con su situación.

Relación entre explotación y el “consentimiento”: si bien la ley de trata es explícita sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima cuando se utilizan los medios, hay algunos indicios de que el consentimiento (y su ausencia) pueden ser relevantes para establecer si ha habido explotación. Un profesional explicó que la explotación “equivale a superar la disposición de la víctima a través de medios coercitivos”, aunque agregó que el delito de trata se establecería independientemente del consentimiento de la víctima. Otro juez señaló que en casos de trata, “la víctima no ha dado su consentimiento y no tiene ‘libre albedrío’ y que la ausencia de consentimiento implica que [es probable que] se haya utilizado la fuerza sobre él o ella”. El mismo juez también distinguió los matrimonios coercitivos de aquellos que caen dentro de la definición de trata sobre la base de que en este último, el elemento de consentimiento no está presente: “si una persona pierde su voluntad, sería una víctima de trata”. El libre albedrío es imprescindible; el consentimiento debe fundarse para decir que existe una relación matrimonial real. De manera similar, los casos de prostitución y de la explotación sexual relacionada con la trata se diferenciarían sobre la base de que en esta última situación la persona no ha dado su consentimiento y, por lo tanto, es una víctima (que estaría exenta de castigo). El mismo punto se repitió con respecto al trabajo o los servicios forzosos: la persona es una víctima de explotación si ha perdido su voluntad. Sin embargo, otro juez señaló que, en la ley egipcia, el consentimiento no debe considerarse si se descubre que una víctima ha sido explotada. A este respecto, se reconoció que, si bien el consentimiento es irrelevante en teoría, en la práctica esto podría depender de la gravedad y el tipo de explotación.

Consideraciones culturales y de otro tipo relacionadas con la explotación: los profesionales consultados (que eran todos jueces) observaron que las opiniones de los jueces son importantes para determinar cómo se aborda un caso y, de hecho, si se considera que la conducta es de explotación. También se observó que la sharía islámica era muy relevante para comprender la explotación y para afianzar esa comprensión: la estricta prohibición de la explotación sexual, por ejemplo, hace que las razones por las cuales no se puede justificar se entiendan fácilmente. Sin embargo, hay diferentes puntos de vista sobre lo que es aceptable o no. El matrimonio se rige por la sharía, pero el matrimonio “temporal” (cuando un hombre que está lejos de su esposa por un período prolongado toma otra y luego se divorcia, una práctica que podría implicar trata para su explotación sexual) se considera religiosamente aceptable para algunos y religiosamente inaceptable para otros.⁶⁶ También se señaló que las percepciones culturales y religiosas sobre la

⁶⁶ Al respecto, un profesional señaló que el Gran Mufti de Egipto y, posteriormente, los tribunales penales, declararon nulos e inválidos tales matri-

adopción eran relevantes para la comprensión de la explotación. Aunque la adopción es en general considerada *haram* (prohibida) en el islam, es más probable que cuando ocurra levante sospechas de intención criminal. El matrimonio forzado se discutió en el contexto de los acuerdos islámicos de matrimonio con varios jueces que expresaron la opinión de que sería extremadamente difícil probar la explotación relacionada con la trata en un matrimonio continuo que no involucrara a un menor. Un caso relevante mencionado involucró la organización de matrimonios de niñas egipcias con ciudadanos extranjeros para obtener beneficios económicos. Las víctimas se “volvieron a casar” repetidamente con fines sexuales. El Tribunal lo consideró trata, pero, en apelación, los “clientes” recurrentes fueron absueltos por falta de pruebas de intención de explotación, ya que los presuntos explotadores habían demostrado que su intención había sido el matrimonio. La apelación también fue aceptada dado que el tribunal inferior no emitió condena a los padres de las niñas, así como a sus explotadores.

Lecciones sobre la orientación para los profesionales: un profesional opinó que el concepto general de explotación no debería definirse dada la necesidad de mantener la discreción judicial y tener en cuenta los diferentes entornos y culturas. Otro afirmó que no podía haber una comprensión universal de la explotación: la definición de trata de personas es universal, pero la evaluación de la explotación diferirá de un país a otro y de una cultura a otra. Él opinó que la comprensión general se fortalecería a partir de las definiciones ofrecidas para cada forma de explotación, y que de esta manera se limitaría la discrecionalidad de los jueces, pero que dichas definiciones deberían ser lo suficientemente flexibles para que los profesionales las aplicaran de manera diferente en distintos contextos.

3.2.4 Catar

Resumen: este análisis de Catar se basa en entrevistas con varios funcionarios. No hubo casos disponibles para el análisis. El marco legal define la trata de acuerdo con los tres elementos de la definición internacional, pero amplía la lista abierta de fines de explotación para incluir la explotación de niños en la pornografía, la extracción de tejidos humanos y la mendicidad. Además de la trata de personas, una serie de delitos conexos está tipificada como delito, lo que en algunos casos puede dar lugar a confusión, como pasó en un caso específico. Los entrevistados generalmente consideraron que el marco legal y la respuesta de Catar eran adecuados y, en vista de la orientación existente sobre las formas de explotación y la evaluación del bajo nivel de la trata en ese país, consideraron que no era necesaria ninguna orientación adicional.

Marco legal: la Ley N° 15 de 2011 prohíbe la trata de personas, que se define de conformidad con las tres partes establecidas en el Protocolo. El elemento del “fin” se refiere a la explotación en cualquier forma, e incluye: explotación en actos de prostitución y toda forma de explotación sexual, explotación de niños en tales actos y en pornografía, mendicidad, trabajo forzado o la prestación forzada de servicios, esclavitud o prácticas análogas a esclavitud, servidumbre o la

monios. En el caso No. 1685-2010, el Gran Mufti de Egipto proporcionó la siguiente Fatwa (es decir, decisión religiosa): “Hay un Ijmaa (consenso) entre los eruditos islámicos [de] que la rectitud es un requisito para la tutela, de modo que la tutela no puede establecerse para un padre inmoral (corrupto) y que forzar a su hija a casarse con una persona incompatible es un signo de inmortalidad de un guardián, y que tal tipo de matrimonio ignora la compatibilidad, e incluso carece del respeto mínimo por la humanidad, es un signo de la inmoralidad del guardián, que en consecuencia invalida su tutela y anula este tipo de contrato matrimonial, por falta de requisitos y fundamentos reales de matrimonio”.

extracción de órganos humanos, tejidos o partes del cuerpo. El consentimiento de la víctima a la explotación se especifica como irrelevante si se utilizan los medios, y el elemento del medio se omite en el caso de la trata de niños. La ley también impide que las víctimas sean procesadas por delitos cometidos como resultado de la trata. Otras leyes pertinentes establecen delitos relacionados con la explotación sexual y la explotación de la prostitución, trabajo forzado con o sin pago, mendicidad, uso de niños en carreras de camellos, explotación de niños en pornografía, esclavitud y transacciones comerciales con órganos. La ley laboral establece estándares mínimos para el empleo, pero no se extiende a los trabajadores domésticos u ocasionales ni a los miembros que trabajan en la familia de los empleadores. Además, la constitución garantiza ciertos derechos y libertades a los ciudadanos y residentes legales de Catar.

Comprensión general del elemento de explotación: los entrevistados afirmaron que los profesionales entienden la trata y el elemento de explotación. Opinaron que los trabajadores extranjeros son muy conscientes de dónde buscar ayuda y dónde pueden acceder fácilmente a los servicios de policía, lo que minimiza el riesgo de que la explotación tenga lugar. Además, se reconoció que la lista de fines de explotación se deriva directamente del Protocolo y que algunos de ellos pueden ser ambiguos.

Objetivo estipulado. Explotación en la prostitución y todas las formas de explotación sexual: vender sexo es ilegal en Catar, y no está claro si las víctimas de trata están exentas de proceso por delitos relacionados con la prostitución.⁶⁷ Una serie de otros delitos se relacionan con la “incitación al libertinaje, inmoralidad y prostitución” incluyendo lo que se consideraría “explotación de la prostitución”. El siguiente cuadro se elaboró con base en una traducción no oficial de una publicación de la Fundación de Catar para Combatir la Trata, la cual ayuda a los profesionales a identificar a las víctimas de este delito:

Explotación sexual	
Explotación sexual	El uso de una persona, ya sea hombre o mujer, para satisfacer los deseos de otros en cualquier forma o manera, o la comisión de violación, abuso sexual o actos inmorales, o la explotación de esa persona en la producción de fotos, imágenes, escenas o videos o en la realización de actos o espectáculos o cualquier otra práctica de pornografía contra un beneficio dado (financiero o no financiero).
Explotación de la prostitución ajena	Para beneficiarse financieramente o no, de la prostitución de otra persona.
Explotación de niños en prostitución o pornografía	El uso de niños en actos sexuales como una “recompensa” o cualquier otra forma de compensación, o la filmación de un niño, utilizando cualquier medio, mientras que practica o simula practicar actos sexuales explícitos, o cualquier filmación de los órganos sexuales de un niño para satisfacer deseos sexuales.
Servidumbre sexual	La detención de mujeres y niños contra su voluntad y su propiedad por una persona o entidad con el fin de explotarlos sexualmente.

Fin estipulado. Trabajos forzados y prestación forzada de servicios: los entrevistados dijeron que el concepto de trabajos forzados retoma la definición legal internacional. No mostraron indicios de que comprendieran el concepto de “prestación forzada de servicios”. Las entrevistas realizadas para este documento no abordaron casos de trata de personas para trabajo forzado. Las definiciones de trabajo relevantes para el trabajo forzado ofrecidas por la fundación de Catar para

⁶⁷ Véase Fundación Thomas Reuters para la Conferencia de Mujeres Fiduciarias (2012). Téngase en cuenta que los profesionales entrevistados afirmaron que las víctimas no serían procesadas por delitos relacionados con el Estado.

Combatir la Trata son las siguientes:

Explotación laboral	
Trabajos forzados	Encomendar a alguien con un trabajo sin paga y mediante la fuerza (definición de la Ley Modelo contra la Trata de Personas).
Explotación infantil en la mano de obra	El uso de niños en actos que les causan daños físicos o morales, que ponen en grave peligro sus vidas, que obstaculizan su crecimiento normal o que impiden su educación.
Explotación infantil en la mendicidad	El uso de niños por un miembro de la familia o por cualquier otra persona, enviándolos o transportándolos internamente, acompañados o no por un adulto, con el fin de explotarlos en la mendicidad.

Fin estipulado. Esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud: estos conceptos se consideraron problemáticos a pesar de la existencia de definiciones legales internacionales, en parte debido a su superposición con otros conceptos y también porque las definiciones en sí mismas no se consideraban adecuadas. El concepto de matrimonio forzado se planteó como ejemplo y se señaló que el supuesto matrimonio de un niño en Catar no se consideraría “matrimonio” porque es legalmente imposible que este tenga lugar. Las definiciones de trabajo relevantes para estas formas de explotación ofrecidas por la Fundación de Catar para la Lucha contra la Trata de Personas son las siguientes:

Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud	
Esclavitud	La situación de cualquier persona sobre la cual algunas o todas las autoridades derivadas del derecho de propiedad son ejercidas.
Prácticas análogas a la esclavitud	La explotación económica de una persona sobre la base de una relación real de fuerza o dependencia, acompañada de una grave y prolongada privación de derechos civiles básicos.
Servidumbre	La situación de cualquier persona que se rinde a las condiciones de trabajo o que se ha comprometido a trabajar o prestar servicios (o a ambos) y de la cual esa persona no puede escapar o cambiar.
Venta de niños	Cualquier acto o trato en el que un niño es transportado o transferido por una persona o grupo de personas a otra persona por un beneficio determinado o cualquier forma de compensación.

Fin estipulado. Extracción de órganos humanos, tejidos o partes del cuerpo: los profesionales explicaron que no se han encontrado casos de trata por este medio de explotación en Catar, y que esta área está sujeta a un fuerte marco jurídico, normativo e institucional alternativo que regula la donación, prohíbe las transacciones comerciales y supervisa la actividad en esta área. La definición ofrecida por la Fundación de Catar para la lucha contra la Trata de Personas es la siguiente:

Extracción de órganos	
La extracción de órganos o tejidos humanos con fines de trata	Cualquier operación de extracción forzada de órganos o tejidos humanos de una persona en contra de su voluntad para fines comerciales.

Otras formas estipuladas/discutidas: al discutir otras formas de explotación, los funcionarios entrevistados notaron que, para algunas de estas formas, existían delitos independientes en la ley (por ejemplo, para la explotación de niños en carreras de camellos y extracción de órganos),

mientras que otras formas pueden ser consideradas *haram* y, por lo tanto, contrario a la ley islámica (subrogación comercial, adopción y matrimonio forzado). La **adopción comercial** también se explicó de esta manera. Además, las discusiones parecen confirmar la idea de que no se considerará trata si se obtiene el consentimiento de los padres biológicos y no se explota al niño.⁶⁸ En relación con la **explotación de los trabajadores domésticos**, se observó que actualmente se está debatiendo una ley para abordar el problema de que este grupo quede excluido de la protección de la legislación laboral. Se confirmó que la explotación de los trabajadores domésticos estaba comprendida en la definición de trata, pero no se ofrecieron ejemplos de ninguna investigación o proceso. En lo que respecta a la posibilidad de explotación de los trabajadores domésticos, el Fiscal en Jefe de Justicia Juvenil explicó que los medios de comunicación sensibilizan a los migrantes para que conozcan y puedan hacer valer sus derechos. Se explicó que los sueldos de los trabajadores domésticos son establecidos por oficinas privadas de reclutamiento de acuerdo con la nacionalidad del trabajador, sin posibilidad de negociación. La **explotación de los niños en las carreras de camellos** ha sido planteada anteriormente como una cuestión preocupante, pero la práctica fue prohibida en 2005 y las autoridades de Catar informan que, en consecuencia, ha sido eliminada.

Tema para los profesionales. Distinción entre delitos independientes y delitos de trata: los profesionales explicaron que la explotación sexual y la explotación laboral son las formas más comúnmente perseguidas de explotación en las investigaciones de trata; aunque en la práctica es problemático saber qué leyes aplicar ya que varios delitos en el Código Penal se superponen potencialmente con el delito de trata. Se observó que la distinción entre delitos autónomos (en relación con la explotación sexual) y el delito de trata es que este último requiere la **intención de explotar**. Cuando se le preguntó sobre el papel de la disposición del Código Penal, que se relaciona con la intención,⁶⁹ un experto respondió que es aplicable y que la intención se establece fácilmente. En los casos en que aún no se haya producido la explotación, el delito se tratará como un “intento” en virtud del artículo 17 del Código Penal y se castigará con penas menores.

Relevancia de la naturaleza y severidad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: los entrevistados declararon que una forma de explotación simple o menos grave daría como resultado una sentencia estándar, mientras que una forma más severa de explotación resultaría en una sentencia con agravante. El tema del “daño” no fue discutido.

Consideraciones culturales relevantes para la explotación: con respecto a las preguntas sobre la relevancia de las prácticas e ideas culturales o tradicionales para comprender y abordar las diferentes formas de explotación en la trata, los profesionales señalaron que, al entender algunos conceptos, a menudo se hace referencia a la ley islámica, como las leyes de la liga árabe y del Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo. La Ley Modelo de la UNODC también fue mencionada. Por otro lado, la sharía es la fuente de legislación en Catar; así, la explotación sexual está definida en la sharía y vinculada a la prostitución. Los profesionales insistieron en que los antecedentes culturales o tradicionales de los funcionarios de la justicia penal, incluidos los jueces, son irrelevantes en cuanto a cómo se abordan los casos.

⁶⁸ Téngase en cuenta que un caso reciente que involucró a una pareja estadounidense condenada por delitos de trata de personas tras la muerte de su hija adoptiva (el cual no se informó oficialmente y no se discutió durante las entrevistas) indica cierta confusión en la comprensión y práctica del vínculo entre adopción y la trata, así como la trata para la extracción de órganos. Véase Gladstone (2013).

⁶⁹ El artículo 32 del Código Penal de Catar establece lo siguiente: “El elemento mental del delito se compone de la intención (*mens rea*) o del error. La intención está presente cuando la voluntad del perpetrador se dirige a cometer u omitir un acto, a fin de producir un resultado punible por la ley y que el perpetrador esperaba. El error ocurre cuando el resultado delictivo se logra como resultado de un error por parte del perpetrador, ya sea que el error se deba a negligencia, descuido, falta de precaución, imprudencia o incumplimiento de las leyes o regulaciones. A menos que la Ley prevea explícitamente la premeditación, el perpetrador será responsable del delito, ya sea que se haya cometido deliberadamente o por error.

Lecciones sobre la orientación a los profesionales: un profesional y dos funcionarios entrevistados consideraron en general que la orientación existente (incluida una guía detallada sobre las diferentes formas de explotación establecidas en la ley de trata) era suficiente y que tal vez no se requiera orientación adicional. Sin embargo, se reconoció el valor de capacitar a los profesionales en la aplicación de la ley.

3.2.5 Tailandia

Resumen: la encuesta involucró a policías y fiscales con experiencia, así como a funcionarios gubernamentales con amplia experiencia en leyes y políticas contra la trata de personas. Un número sustancial de casos se pusieron a disposición para el análisis. La definición de trata de la legislación tailandesa sigue de cerca la definición del Protocolo, pero modifica el elemento de “fin” para excluir algunas de las formas de explotación estipuladas en el Protocolo e incluye algunas adicionales. Los profesionales fueron francos en cuanto a que la explotación no está bien entendida, ni lo está de manera uniforme dentro del sistema de justicia penal tailandés, situación que obstruye investigaciones y procesamientos efectivos. Existen problemas específicos en torno a la trata de personas con fin de trabajos forzados, incluso con una definición clara de esa forma de explotación. La falta de definiciones en torno a otras formas se considera un problema que, con suerte, se remediará mediante la reforma del marco jurídico. Los profesionales expresaron una opinión común de que es necesario reservar el delito de trata para las formas y manifestaciones de explotación más serias.

Marco legal: la ley tailandesa sobre la trata de personas se adoptó en 2008, modificando así la legislación anterior sobre el tema. La definición de trata establecida en la Ley contra la Trata de Personas sigue de cerca la definición de tres elementos del Protocolo, con diferencias significativas solo en el elemento de “fin”. La explotación se define como: “buscar beneficios de la prostitución, producción o distribución de material pornográfico, otras formas de explotación sexual, esclavitud, mendicidad forzada, trabajos forzosos, extracción forzada de órganos con fines comerciales, o cualquier otra práctica similar que resulte en extorsión forzada, independientemente del consentimiento de dicha persona”. Las principales diferencias con el Protocolo a este respecto son: inclusión de formas adicionales de explotación (pornografía, mendicidad forzada, prácticas que resultan en extorsión forzada); omisión de algunas formas (prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre); expresar la inclusión del elemento de medios en algunas formas (extracción de órganos, prácticas que resultan en extorsión forzada), y la inclusión de la disposición sobre el consentimiento (“independientemente del consentimiento”) dentro del elemento de explotación más que en relación con el elemento “acto”. Además, se usa la frase general “o cualquier otra práctica similar que resulte en extorsión forzada”, en lugar de “incluye”. Un profesional expresó la opinión de que, en lugar de tener un efecto limitante, esta frase podría ampliar el alcance potencial de la ley, dando a los profesionales discreción en la interpretación de la frase para capturar formas emergentes explotación. No se define ninguna de las formas de explotación enumeradas en la legislación, excepto los trabajos y servicios forzados.

Comprensión general del elemento de explotación: los profesionales y los expertos fueron muy claros sobre el hecho de que el concepto de explotación no siempre se entiende bien y de

manera uniforme en la práctica. Existen dificultades particulares para separar la trata de personas para trabajos forzados de las condiciones de trabajo pobres e incluso de las condiciones laborales explotadoras, que no están cubiertas por la ley. Los profesionales consideran frustrante la ausencia de definiciones claras e informaron al entrevistador que se han hecho propuestas detalladas para revisar la ley, que ahora tiene casi una década, a fin de tener en cuenta las experiencias y las lecciones aprendidas. Se propone que la nueva ley adjunte definiciones a cada uno de los fines de explotación.

Fin estipulado. Buscar beneficios de la prostitución, producción o distribución de material pornográfico y otras formas de explotación sexual: la comprensión que tienen los profesionales de la búsqueda de beneficios de la prostitución generalmente se refiere a la noción de “explotación de la prostitución ajena” comprendida en los instrumentos internacionales. Los beneficios suelen ser financieros, aunque se señaló que no se excluirían los beneficios no financieros. “Otras formas de explotación sexual” es un fin comúnmente citado en los procesos de trata. Es fácil de establecer en casos de niños (no se requieren medios), pero puede ser más difícil de establecer en casos de adultos. El uso de “medios” es fundamental para diferenciar la prostitución y el proxenetismo de la trata. La ausencia de una definición de explotación sexual no se consideró un obstáculo para la investigación y el proceso de tales casos. La naturaleza abierta del término “otras formas de explotación sexual” se consideró importante para garantizar que las prácticas adicionales pudieran estar consideradas en la ley (en este contexto, se citaron los casos de subrogación comercial que se mencionan abajo).

Fin estipulado. Trabajos forzados: “trabajos forzados” es la única forma de explotación estipulada en la definición que está sujeta a su propia definición de la siguiente manera: *“obligar una persona a trabajar o prestar un servicio exponiendo a esa persona al daño a su vida, el cuerpo, la libertad, la reputación o la propiedad de tal persona u otra, mediante intimidación, uso de la fuerza o cualquier otro medio que cause que dicha persona no pueda resistirse”*. Los profesionales consideran que esta definición es importante y útil. Sin embargo, se observó que ciertos conceptos dentro de esa definición (por ejemplo, temor al daño a la libertad, reputación, propiedad) no están claros. Se acordó que los profesionales de la justicia penal en general, pero no siempre, entienden qué tipo de conducta corresponde a “mano de obra forzada”. Todavía hay un problema para distinguir entre una conducta que equivale a trabajos forzados con fines de trata y malas condiciones laborales que incluso pueden ser ilegales según las leyes laborales, pero que no alcanzan el alto umbral de severidad requerido para ser consideradas trata. En general, los profesionales señalaron que se podía trazar una línea, tal vez más fácilmente con referencia a los medios y la cuestión general de si una persona puede o no escapar de la situación. Sin embargo, pueden surgir complicaciones, particularmente en el contexto de la migración laboral financiada por una deuda. A los profesionales les resulta difícil establecer cuándo tales arreglos caen dentro de la explotación relacionada con la trata de personas. Las preguntas que deben hacerse en este contexto incluyen las siguientes: ¿Es razonable la deuda? ¿Es conocida por el deudor y está establecida? ¿Cómo se reduce la deuda? También es importante ayudar a la víctima, de manera que cabe preguntarse: ¿puede él o ella salir de la deuda sin daño? ¿Hay factores de vulnerabilidad particulares que deberían tenerse en cuenta (considerando que el abuso de una situación de vulnerabilidad no es un medio conforme a la ley)? Cuando la deuda en cuestión es mantenida por una persona que no es el empleador de la víctima, por ejemplo, por una agencia de contratación o un corredor, surgen complicaciones adicionales para los investigadores.

Fin estipulado. Esclavitud: los profesionales notaron la falta de una definición de esclavitud, pero hubo una diferencia de opinión entre ellos sobre si esto es problemático. Algunos afirmaron que, si bien el concepto se comprende bien, debido a sus antecedentes históricos, en la legislación tailandesa aún es necesario tener una idea clara de lo que es la esclavitud, en particular, de lo que la diferencia de los trabajos forzados. Los profesionales citaron un caso particularmente atroz de explotación que involucraba a una niña coreana para ilustrar la visión general en la jurisprudencia tailandesa de que la esclavitud implica la propiedad de facto de otra persona, casi siempre mediante el uso de violencia severa e intimidación.

Fin estipulado/obligar a otra persona a la mendicidad: se considera que la explotación por mendicidad es un problema importante en Tailandia. Los profesionales señalaron que las investigaciones y los procesamientos en casos de mendicidad podrían complicarse en torno a la cuestión de la explotación. En uno de ellos, se requirió que la corte considerara si el elemento de explotación había sido satisfecho cuando la madre de la “víctima” efectivamente había causado que esa persona fuera un mendigo, pero que esto había sucedido en un entorno donde la familia mendigaba y el dinero era usado para sostener a la familia. La fiscalía argumentó que el niño había sido “empujado” a la mendicidad y que, por lo tanto, se trataba de un caso de trata de personas. Sin embargo, el juez de primera instancia absolvió a la madre sobre la base de que ella, de hecho, no tenía la intención de explotar al niño.

Otras formas estipuladas/discutidas: la lista de fines de explotación establecida en la ley se complementa con “**cualquier otra práctica similar que resulte en extorsión forzada**”. Esta “forma” de explotación no está definida en la legislación. Los profesionales notaron confusión acerca del concepto y la necesidad de aclararlo. Uno afirmó que la frase “cualquier otra práctica similar que resulte en la extorsión forzada” incorpora “prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre”, y puede interpretarse de manera más amplia, para incorporar formas nuevas y emergentes de explotación. Tailandia ha experimentado la trata asociada con la **subrogación comercial**. En un caso reciente (que acaba de agregarse a la base de datos de jurisprudencia de la UNODC), el tribunal determinó que se cumplía con los tres elementos de la definición (las víctimas fueron llevadas/enviadas/detenidas/confinadas mediante el uso de la fuerza y el engaño para ser explotadas por medio de la subrogación comercial). La forma de explotación citada en este caso fue la “explotación sexual”. Los profesionales no vieron la necesidad de enmendar la ley para referirse específicamente a la maternidad subrogada comercial ya que consideran que esta es una forma de explotación sexual.⁷⁰ Los profesionales declararon que la **trata de personas por adopción comercial** no es un problema en Tailandia y que tales casos caerían fuera de la ley de trata.

Tema para los profesionales. La definición de trata, incluido su elemento de explotación, no está clara y esta falta de claridad obstaculiza los procesamientos: los profesionales entrevistados coincidieron de manera unánime en que la ley de trata, más particularmente su definición, no es lo suficientemente clara como para proporcionar una herramienta sólida para guiar a los investigadores y la práctica de los fiscales. Se observó que la existencia de conceptos vagos e indefinidos, heredados del Protocolo contra la Trata de Personas, significaba que la cuestión de qué constituía “trata” aún está abierta a interpretación. Esto obstruye las investigaciones y los procesos. Además, hay disputas dentro del poder judicial

⁷⁰ Hay que notar que en varios casos recientes en Tailandia que involucran a padres israelíes y australianos y suplentes tailandeses han recibido considerable atención de los medios. Según la opinión de los profesionales entrevistados para la encuesta, estos casos no están incluidos en la ley de trata ya que no hay evidencia de medios.

y entre los fiscales sobre muchos aspectos de la definición, incluido el concepto de explotación. Aun dentro de las agencias de apoyo a las víctimas (donde el límite para establecer la “trata” es generalmente menor), hay una falta de claridad en torno a este tema central, lo que complica la identificación de las víctimas. En palabras de un profesional, hay “demasiadas variables para apoyar una buena interpretación de la ley”. Todos los entrevistados estuvieron de acuerdo en que uno de los elementos más importantes de la reforma legislativa propuesta se relacionará con garantizar una mayor claridad en torno a la definición, incluida la definición de las diversas formas de explotación, agregar más tipos de explotación (por ejemplo, subrogación) y considerar el abuso de una posición de vulnerabilidad. Se hizo hincapié en la importancia de la capacitación y la orientación para ayudar en la interpretación de los conceptos, así como en la necesidad de garantizar que la definición y las interpretaciones permitan flexibilidad para adaptarse a las nuevas formas de explotación.

Tema para los profesionales. Necesidad de delitos independientes: el entrevistador preguntó si sería útil establecer ciertas formas de explotación relacionadas con la trata como delitos independientes (señalando, por ejemplo, que el trabajo forzado no es un delito separado en Tailandia). Los profesionales generalmente sentían que esto era innecesario y no contribuiría a más y mejores procesos.

Relevancia de la naturaleza y severidad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: los profesionales observaron que cuando es más severa la explotación y hay mayor evidencia del daño, es más fácil establecer una situación como trata. Reafirmaron que la explotación sexual puede ser más fácil de establecer que el trabajo forzado. Como punto general, los profesionales notaron la necesidad de reservar el delito de la trata para las formas y manifestaciones más serias de explotación. En Tailandia, las sanciones por trata son muy severas y sería injusto aplicarlas a delitos menos graves. Además, se reconoció que el trabajo de explotación, de diversas formas y niveles de gravedad, es frecuente en Tailandia. Se consideró que ampliar demasiado el concepto de explotación desbordaría al sistema de justicia penal y desviaría los recursos y la atención de donde más se necesitan.

Opiniones sobre la orientación para los profesionales: los profesionales coincidieron en la necesidad de recibir orientación- a nivel internacional y nacional- adicional. Sin embargo, no coincidieron en cuán detalladas y cerradas deberían ser las definiciones asociadas con la explotación relacionada con la trata de personas. Algunos señalaron que los términos como “cualquier otra práctica análoga” son demasiado amplios y vagos. Otros señalaron la necesidad de garantizar que la ley sea suficientemente flexible para tener en cuenta las formas más nuevas o emergentes de explotación relacionadas con la trata.

3.2.6 Uganda

Resumen: la encuesta involucró solo a dos entrevistados (ambos por teléfono): el Coordinador del Equipo Especial Nacional Contra la Trata de Personas y un funcionario del Ministerio de Justicia. Las malas conexiones telefónicas, el tiempo inadecuado para las entrevistas y el número limitado de encuestados tuvo como resultado que el proceso de la encuesta no fuera lo suficientemente robusto. Se utilizaron varios casos relevantes y material externo adicional para complementar las

fuentes primarias. La ley de trata establece una definición que en líneas generales corresponde a la estructura y el contenido del Protocolo. Sin embargo, el elemento de fin va mucho más allá del Protocolo para incluir un mayor número de formas de explotación. La mayoría de estas están definidas y se han utilizado cuando las definiciones legales internacionales están disponibles. Los profesionales señalaron que los detalles de la ley eran útiles para garantizar una comprensión común de la explotación, pero mencionaron importantes dificultades prácticas para investigar y procesar los casos de trata. Algunos de estos se relacionan con capacidades; otros, con factores culturales y sociales que influyen en cómo se entiende la explotación. Se acordó que sería útil contar con orientación internacional en la materia, pero los profesionales también hicieron hincapié en que quizás se requieran formas más urgentes de asistencia y apoyo.

Marco legal: la Ley de Prevención de la Trata de Personas de 2009 (Ley de Trata de Personas) crea una serie de delitos relacionados con la trata, y establece penas que van de los 15 años de prisión hasta la pena de muerte. Los dos delitos principales de trata de personas siguen de cerca la definición de tres elementos establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas, que Uganda ha firmado, pero al que aún no se ha adherido. La explotación se define a los efectos del primer delito principal (artículo 3, numeral 1, inciso a) incluyendo como mínimo: “explotación sexual, matrimonio forzado, matrimonio infantil, trabajo forzado, trabajo infantil dañino, uso de un niño en un conflicto armado, uso de una persona en actividades ilegales, servidumbre por deudas, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud o servidumbre, sacrificio humano, extracción de órganos o partes del cuerpo para la venta o con fines de brujería, rituales o prácticas perjudiciales” (artículo 2, inciso d). El segundo delito central (artículo 3, numeral 1, inciso a) no se refiere a la explotación sino a los siguientes fines: “involucrar [a la víctima] en prostitución, pornografía, explotación sexual, trabajo forzado, esclavitud, servidumbre involuntaria, servidumbre por deudas, matrimonio forzado o arreglado”. La mayoría de las formas de explotación estipuladas están definidas en la ley.

También se establecen en la ley varios delitos de trata de personas agravantes, varios de los cuales (como la adopción, la custodia, el acogimiento y otras órdenes en relación con los niños utilizados con fines de explotación) constituyen o estipulan formas adicionales de explotación. La ley establece una definición de trata de menores que no requiere medios y afirma la irrelevancia del consentimiento tanto para el caso de adultos como para el de niños.

Comprensión de la explotación por parte de los profesionales: los entrevistados consideraron que el concepto de explotación es claro porque está bien definido, pero señalaron que los profesionales que no han recibido formación especializada no están familiarizados con el delito de trata. En el transcurso de su trabajo, la policía llevaría a cabo un arresto si se presentara una queja y recurriría al Código Penal para presentar cargos básicos, en lugar de realizar más investigaciones para descubrir posibles casos de explotación que puedan indicar trata. En resumen, dado que la trata de personas no existe como un delito en el Código Penal, los agentes de la ley pueden no estar al tanto de su existencia. En su lugar, aplicarán los delitos del Código Penal con los que están familiarizados, en lugar de utilizar la legislación de trata relativamente más nueva y menos familiar.

Fin estipulado. Explotación sexual: esta forma de trata se define como “el uso de una persona en la prostitución, el turismo sexual, la pornografía, la producción de material pornográfico o el uso de una persona para tener relaciones sexuales u otras conductas lascivas”. Los conceptos internos de la prostitución, el turismo sexual y la pornografía también están sujetos a una definición específica

en el acto, como se muestra a continuación.

Explotación sexual	
Prostitución	Las actividades de una “prostituta”, tal como se define en el Código Penal: una persona que, en público o en otro lugar, regular o habitualmente se considera disponible para tener relaciones sexuales u otra gratificación sexual por ganancias monetarias u otras ganancias materiales.
Pornografía	Cualquier representación, a través de publicación, cinematografía de exhibición, exhibición indecente, tecnología de la información, o por cualquier medio, de una persona involucrada en actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o cualquier representación de las partes sexuales de una persona con excitación principalmente sexual.
Turismo sexual	Un programa organizado por establecimientos o individuos relacionados con viajes y turismo, que consiste en paquetes turísticos o actividades, que utilizan y ofrecen servicios y prácticas de acompañante y sexuales para cualquier persona como parte del trabajo de recreación.

Los parámetros de la explotación sexual no fueron discutidos, pero los ejemplos ofrecidos del fenómeno implican que es ampliamente entendido. Ambos profesionales notaron la prevalencia de la explotación sexual y sus múltiples manifestaciones, lo cual se confirma por informes externos.

Fin estipulado. Matrimonio forzado y matrimonio infantil: no está claro cómo se aborda la trata con fines matrimoniales, especialmente dado que solo se identifica el matrimonio forzado como una forma de explotación en el primer delito principal, pero se estipula el matrimonio forzado y arreglado como fines de trata en el segundo delito central. Durante el proceso de encuesta, el matrimonio forzado no se discutió más allá de la situación del matrimonio infantil. De acuerdo con distintos informes, el “matrimonio prematuro”, es decir, la práctica de niñas que se casan con hombres adultos, es muy frecuente debido a la aceptación cultural de esta práctica. Los padres generalmente reciben una dote por dar a su hija en matrimonio. Cuando estos casos se abordan como delitos, en lugar de tratarse como situaciones de trata, se les aborda como delitos de “impureza” de un menor, como están tipificados en el Código Penal, y que son más fáciles establecer.

Fin estipulado. Trabajos forzados: la Ley de Trata de Personas define los trabajos forzados en conformidad con la definición legal internacional, a saber, el “servicio que se exige a cualquier persona bajo la amenaza de cualquier sanción y para el cual dicha persona no se ha ofrecido voluntariamente”. Esta forma de explotación no se discutió ampliamente durante la encuesta. Los profesionales reconocieron que la trata de personas con fines de trabajos forzados es un problema, pero parece que se han investigado y procesado muy pocos casos.

Fin estipulado. Trabajo infantil dañino: el trabajo infantil perjudicial se define en la Ley de la Infancia como trabajo que ocasiona daños físicos, psicológicos o sociales, aunque las líneas entre esta forma de explotación y los trabajos forzados (o el trabajo aceptable) siguen sin estar claras. Las leyes en materia de empleo prohíben emplear a niños menores de 12 años y restringen la misma práctica en niños mayores. Se puede suponer que el trabajo infantil, que viola estas disposiciones, es *ipso facto* perjudicial para el niño y, por lo tanto, explotador, de acuerdo con el marco legal en materia de trata. El Gobierno ha reconocido el grado de participación de los niños en la actividad económica y la probabilidad de que algunos de ellos estén sujetos a explotación y abuso. Fuentes externas informaron sobre la explotación y el trabajo forzado de niños en la pesca, la agricultura,

el servicio doméstico, el pastoreo, la minería, la extracción de piedras preciosas, la fabricación de ladrillos, el lavado de autos, la recolección de chatarra, bares, restaurantes, el sector del servicio doméstico y la prostitución, tanto internamente en Uganda y en otros países del este de África. Según varios informes, niños de países vecinos han sido encontrados ejerciendo trabajo forzado y siendo víctimas de explotación sexual comercial en Uganda.

Fin estipulado. Uso de niños en conflictos armados: el secuestro de niños para incorporarlos como soldados en grupos armados ha sido un problema de larga data en Uganda y, según los informes, muchos niños aún permanecen en cautiverio. Los profesionales no plantearon esta forma de explotación.

Fines estipulados. Uso de una persona en actividades delictivas/uso de un niño para un acto delictivo: ninguno de estos fines está definido por la ley y no está claro si alguno se ha aplicado en la práctica. Un profesional señaló los informes sobre niños y adultos que son engañados para viajar a otros países para trabajar en las minas o en la industria maderera, pero posteriormente son explotados en los conflictos armados o para transportar drogas. Los niños pueden ser explotados al ser involucrados en robo, robos menores y contrabando a través de las fronteras. Sobre la base de esta respuesta, se presume que dicha explotación se concibe como explotación en “actividades ilegales” en lugar de “conflicto armado”, aunque esto no está claro dado que ninguno de los conceptos está definido.

Fin estipulado. Servidumbre por deudas: este fin de explotación se define en conformidad con la definición legal internacional (“el estado o condición en que surge la promesa hecha por el deudor de sus servicios personales o mano de obra o los de una persona bajo ‘su control’ como garantía o pago de una deuda, cuando la duración y la naturaleza de los servicios no están claramente definidos o cuando el valor de los servicios razonablemente evaluados no se aplica a la liquidación de la deuda”). La esclavitud por deudas no se discutió durante la entrevista y no se dieron ejemplos de ella. Tampoco se presentaron o refirieron casos que pudieran haber esclarecido si esta forma de explotación podría satisfacer el elemento de medios.

Fines estipulados. Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre: estos fines de explotación no se discutieron. La esclavitud se define en la Ley de Trata de Personas de acuerdo con la definición internacional (“el estado o condición de una persona sobre la cual se ejercen todas o algunas de las facultades vinculadas a los derechos de los propietarios”). La “trata de esclavos” también se define (aun cuando no se incluye explícitamente como un fin) de acuerdo con la definición legal reconocida a nivel internacional (“todos los actos relacionados con la captura, adquisición o disposición de una persona con el fin de venderlo o intercambiar a él o ella y con la intención de reducirle a la esclavitud”).

Fines estipulados. Sacrificio humano y extracción de órganos o partes del cuerpo para la venta o con fines de brujería, rituales o prácticas nocivas: el concepto de “sacrificio humano” se define en la Ley de Trata de Personas como “asesinato, mutilación y extracción de órganos o partes del cuerpo de una persona a la venta o con fines de brujería, rituales y cualquier práctica nociva.” En consecuencia, existe una superposición con fines de brujería, rituales perjudiciales o prácticas de abuso de poder. Esta última práctica es fuente de confusión: no está incluida en el segundo delito principal de trata. No obstante, está incluido en el primer delito

de trata de personas a través de la definición adjunta de explotación, así como en la definición de sacrificio humano. No se planteó la pregunta sobre si la intención de explotación es relevante para distinguir la trata con el fin de sacrificios humanos que resulta en la muerte por otros crímenes (por ejemplo, el asesinato).

Problema para los profesionales. Desafíos de capacidad en la investigación y proceso penal: ambos entrevistados señalaron que la baja capacidad obstaculiza la investigación efectiva. En este contexto, la capacidad se refiere a los recursos financieros y humanos, así como a las habilidades y competencias organizacionales. La División de Investigaciones Especiales (dirigida por uno de los encuestados) tiene una capacidad operativa limitada más allá de Kampala. Además de las limitaciones de recursos (incluido el transporte), pocos investigadores calificados están disponibles.⁷¹ Estas limitaciones tienen como consecuencia que muchos casos que deberían ser procesados nunca se inician o concluyen de manera exitosa.

Tema para los profesionales. Desafíos probatorios: los profesionales reconocieron la gran carga probatoria de los procesamientos por trata de personas. En este país como en otros, es difícil asegurar el proceso sin la participación de víctimas que a menudo se rehúsan a participar en él. Se observó que la intención de explotación era particularmente difícil de establecer sin evidencia de una explotación real. Por ejemplo, las empresas de contratación participan en la canalización de los ugandeses en el extranjero, a veces con fines de explotación. Sin embargo, las compañías aseguran que operan legítimamente y niegan la intención de explotar a los trabajadores. Aunque reconoció las dificultades, un profesional afirmó que todavía es posible avanzar en un proceso judicial en algunos casos, incluso cuando se desconoce el tipo de explotación. Por ejemplo, una persona puede ser confinada, se le puede confiscar el pasaporte o ser tratada de otra manera que implique una intención de explotación.

¿La naturaleza y la gravedad de la explotación o el grado del daño son relevantes para establecer la explotación? Un profesional tenía claro el punto de que “la explotación es explotación”, y que la gravedad de la explotación no debe considerarse, salvo para determinar el tipo de asistencia que requiere la víctima. También señaló que la gravedad es difícil de determinar, por ejemplo, cuando el impacto de una situación es más psicológico que físico. Otro profesional compartió la opinión de que la explotación en todos los niveles debería tomarse en serio, pero señaló que en la práctica no se perseguiría la explotación leve, ya que la policía es comprensiblemente reacia a asignar los escasos recursos con los que cuenta a la investigación de situaciones que no se consideran muy serias. Ese profesional explicó que, en el contexto nacional, una persona con una queja menor, por ejemplo, contra un empleador, sería considerada “un llorón” y sus quejas serían rechazadas. La presencia o aparente ausencia de daño también podría ser un factor para decidir si la explotación ha tenido lugar. Por ejemplo, si una niña no ha sufrido daños en su matrimonio, la situación en general no se consideraría trata, sino un caso de “deshonra”.

Relación entre la explotación y “medios” y explotación y “consentimiento”: ciertas prácticas (por ejemplo, la brujería) son tanto un medio de trata (una forma de control sobre la víctima o una forma de asegurar su aquiescencia), como un fin de explotación (por ejemplo, la

⁷¹ A la División de Investigaciones Especiales se le asignan recursos que no están destinados a operaciones; por lo tanto, solo puede investigar los casos que le remitan las autoridades superiores. Un profesional hizo hincapié en la necesidad de establecer una Unidad de Investigaciones Especializadas específicamente encargada de abordar la delincuencia relacionada con la trata de seres humanos, la cual debe tener la capacidad de investigar las ganancias financieras y materiales derivadas de la trata de personas.

eliminación de partes del cuerpo de la víctima para su uso en rituales de brujería). En Uganda no hay suficientes casos para determinar cómo se abordan estos problemas en la práctica. Un profesional señaló que actualmente se trabaja para volver a tipificar el matrimonio infantil como una forma de trata. Los componentes del delito se pueden distinguir cuando el acto se realiza con fines de explotación sexual. Explicó que, si bien el elemento de “medios” no se exige en los casos de trata de niños, el uso de los medios a menudo serviría para diferenciar un delito de trata con el fin del matrimonio infantil de otro delito. Por ejemplo, si un niño es forzado a contraer matrimonio, se convierte en un caso de trata de personas, mientras que, si huye y entabla una relación con un adulto, la situación sería considerada como un caso de corrupción. La ley afirma la irrelevancia del consentimiento, pero es difícil medir cómo funciona esto en la práctica y si influye en la comprensión del consentimiento. Un profesional señaló que la policía puede rehusarse a investigar una situación en la que hay consentimiento y, de hecho, se han desestimado casos en los que se han involucrado contratos firmados, incluso cuando en realidad hay evidencia de explotación.

Relevancia de los factores culturales/sociales para la comprensión de la explotación: este tema se discutió extensamente y los profesionales acordaron que la manera en que se entiende la explotación está influenciada por factores culturales y sociales. El matrimonio prematuro, el trabajo infantil y la brujería fueron citados como ejemplos de prácticas que los involucrados pueden considerar explotadoras en todas las situaciones debido a factores culturales. Se señaló además que los funcionarios de la justicia penal a menudo comparten las mismas creencias culturales que pueden dar lugar a prácticas de explotación, lo que afectará su disposición a seguir ciertas formas y manifestaciones de explotación asociadas con la trata o incluso servir para legitimarlas.

Orientación para los profesionales: los profesionales opinaron que el marco legislativo es lo suficientemente amplio y robusto como para captar las diversas formas de explotación encontradas, pero señalaron importantes desafíos de implementación que podrían abordarse mediante una orientación adicional. Reconocieron la necesidad de crear conciencia sobre las leyes y su correcta aplicación entre los funcionarios interesados. Un profesional mencionó el desafío de explicar que la ley está destinada a castigar los daños psicológicos y físicos y de otro tipo que sufren las víctimas de la explotación, y dijo que hay una confusión conceptual en torno al tema del consentimiento, así como una idea errónea de que la trata se refiere al movimiento de una víctima de un lugar a otro. También señaló que aún existe la percepción, incluso entre personas educadas, de que la Ley de Trata de Personas es un concepto europeo importado con poca relevancia para el contexto ugandés. En su opinión, estos desafíos muestran la necesidad de ayudar a las víctimas a compartir sus experiencias para que el público y los profesionales entiendan la naturaleza y escala de la explotación relacionada con la trata en el país. Se señaló que, si bien es posible que haya una comprensión uniforme del concepto de explotación y sus diferentes formas en el mundo, también es importante que se ofrezcan espacios de discusión sobre las experiencias y los contextos específicos de cada país. El mismo profesional hizo hincapié en la necesidad de que los Estados de destino donde tiene lugar la explotación reconozcan y respeten formas de explotación incluidas en la legislación de otros países (por ejemplo, el “matrimonio infantil” y la “adopción ilícita”, tipificados en Uganda) que son indicadores de la trata, de manera que se proteja a las víctimas.

3.3 Estados que estipulan menos formas de explotación que las previstas en el Protocolo

Dos de los 12 Estados encuestados (Brasil y Suecia) están clasificados como proveedores de menos formas de explotación de las previstas en el Protocolo contra la trata de Personas.

3.3.1 Brasil

Resumen: la encuesta involucró a dos funcionarios del gobierno (puntos focales para la Coordinación Tripartita de la Política Nacional para Combatir la Trata de Personas) y un juez. Se dispuso de un gran número de casos para el análisis, pero estos no ayudaron a dilucidar sobre el tema del estudio. El marco legal actual de Brasil en torno a la trata penaliza solo la trata con fines de explotación sexual. Sin embargo, una variedad de otros fines de explotación se encuentra en otras disposiciones del Código Penal, que incluyen, en particular, la explotación laboral y prácticas análogas a la esclavitud. Actualmente se encuentra ante el Parlamento un proyecto de ley para armonizar la legislación con el Protocolo contra la Trata de Personas, incluida su definición de trata de personas. Si se aprueba y promulga, se extenderán los fines de la explotación para incluir prácticas indefinidas de extracción de órganos, tejidos y partes del cuerpo, trabajo similar a la esclavitud, cualquier tipo de esclavitud, adopción ilegal y explotación sexual. Los profesionales confirmaron que el marco legislativo actual obstaculiza la investigación y el proceso de la trata de personas, que de todos modos es cuestionada por una serie de dificultades probatorias. La explotación sexual es particularmente problemática, sobre todo porque a veces se incorpora dentro de delitos de prostitución. Sin embargo, se considera que entre los profesionales hay un entendimiento sólido de la explotación laboral. Estos consideran que sería importante recibir orientación internacional sobre la explotación, y que esta debería tener un enfoque de derechos humanos y ser suficientemente sólida y flexible para aplicar la teoría en diferentes contextos nacionales.

Marco legal: el Código Penal de Brasil actualmente solo tipifica como delito la trata interna e internacional con fines de explotación sexual. La explotación laboral se aborda por separado en una serie de disposiciones autónomas del Código Penal, y los delitos en virtud de estas disposiciones los revisa el Tribunal Federal. Un decreto promulgado en 2006 afirma que la definición oficial de trata de personas del Protocolo es la definición oficial del país. Si bien este decreto no tiene otro efecto legal directo, permite que las cortes se basen en el Protocolo contra la Trata de Personas y otros instrumentos de orientación relevantes. El grado en que esto puede operar y ha operado para expandir la lista de fines de explotación más allá de la explotación sexual no está claro. La Política Nacional de Trata de Brasil confirma la definición del Protocolo y establece principios y directrices para orientar las acciones de las instituciones públicas y privadas en el abordaje de la trata y la implementación del Protocolo, aunque, una vez más, su impacto no está claro. El Código Penal también penaliza por separado una serie de delitos que pueden constituir o estar relacionados con la trata, incluido el “reducir a alguien a una condición análoga a la esclavitud o someterlo a trabajos forzados” (artículo 149); restricción ilegal (artículo 146); privación de libertad (artículo 148); facilitar la prostitución u otras formas de explotación sexual de los niños (artículo 218); facilitar la prostitución, explotar la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual (artículos 227-230). Además, la Metodología Integrada de Recopilación e Información de Datos sobre Trata de Personas de Brasil se refiere a categorías adicionales de delitos relacionados con la

trata de personas, incluido el reclutamiento fraudulento de trabajadores en un territorio extranjero (artículo 206); contratación de trabajadores de un lugar a otro en territorio nacional (artículo 207); delitos contra la ley de trasplantes (artículos 14 a 17 de la Ley No. 9434/97); delitos contra niños y adolescentes (artículos 238 y 239 de la Ley N° 8069/90).⁷²

El proyecto de ley que busca enmendar el Código Penal para armonizarlo con el Protocolo contra la Trata de Personas ha sido recientemente aprobado en el Senado y se encuentra actualmente ante el Congreso. Una Comisión de Investigación de la Cámara de Representantes está completando un informe sobre el proyecto de ley. Este incluye una definición de trata que, en general, concuerda con la definición de tres partes del Protocolo. Las formas de explotación estipuladas en el borrador son la extracción de órganos, tejidos y partes del cuerpo; trabajo análogo a la esclavitud; cualquier tipo de esclavitud; adopción ilegal, y explotación sexual. La lista es exhaustiva ya que se rechazó una propuesta para incluir una referencia a “otras formas de explotación”. No parece haber ninguna definición adjunta a estas formas de explotación.

Comprensión de la explotación por parte de los profesionales: a pesar de la falta de definiciones, los profesionales aseguraron que se tiene experiencia y conocimiento para abordar la explotación laboral que, según el Código Penal, se aborda como una situación similar a la esclavitud y no como trata. Se considera que las disposiciones pertinentes son útiles para identificar a las víctimas y los perpetradores al establecer claramente las formas y condiciones de explotación prohibidas. Sin embargo, existe una confusión considerable en torno a la trata con fines de explotación sexual. Estos delitos se superponen con los delitos generales de prostitución y explotación sexual del Código Penal. Parece que las disposiciones sobre la trata de personas con fines de explotación sexual pueden servir para criminalizar la prostitución (que no está regulada o penalizada por la ley) más que la trata. Las sensibilidades en torno a este tema aparentemente inhiben el desarrollo de herramientas que objetivamente miden las condiciones de explotación en contextos sexuales. A pesar de la ausencia de un mandato legislativo, los profesionales informaron que las situaciones de explotación laboral que involucran a migrantes a veces se clasifican informalmente como “trata” para permitir a los migrantes el acceso a derechos y servicios reservados para las víctimas de la trata. Los brasileños explotados en contextos laborales tienen acceso a beneficios por su nacionalidad y, por lo tanto, no serían clasificados como víctimas de la trata. Se extiende una flexibilidad similar a las víctimas explotadas en la prostitución⁷³, a quienes se identificará como bailarinas o camareras para que puedan acceder a los beneficios. La nueva ley propone ampliar el marco de protección actualmente vinculado al régimen laboral para incluir a todas las víctimas de la trata, independientemente del tipo de explotación.

Fin estipulado. Explotación sexual: el concepto de explotación sexual no está definido, pero la referencia en la ley a “prostitución” en lugar de “explotación de la prostitución” parece haber ampliado el concepto más allá de lo establecido en el Protocolo. Esto, combinado con el movimiento como un elemento del delito, significa que cualquier movimiento con fines de prostitución está prohibido como trata. Un caso citado como ejemplo de la extralimitación de la ley involucró a un grupo de prostitutas trasladadas al extranjero en condiciones que no se consideraban explotación. Sin embargo, este caso fue procesado como trata. Los informes externos sugieren que muchos casos internos de trata de personas con fines de explotación sexual se investigan como otros delitos (por

⁷² Véase UNODC, Secretaría Nacional de Justicia, Ministerio de Justicia, Gobierno Federal de Brasil (2013, p. 78).

⁷³ En el marco legal vigente, a las víctimas de este delito no se les brinda indemnización.

ejemplo, la explotación sexual de niños).

Fin estipulado. Explotación laboral y condiciones similares a la esclavitud: aunque indefinida, la explotación laboral se entiende como una forma de esclavitud asociada con las violaciones de la dignidad y la libertad. Los profesionales reportaron poca dificultad para determinar el punto en el que las condiciones laborales desfavorables cruzan la línea hacia la explotación del trabajo criminal. El delito central es en sí mismo explicativo: “reducir a alguien a una condición análoga a la esclavitud, someterlos a trabajos forzados o a un viaje exhaustivo, someterles a condiciones de trabajo degradantes o restringir de cualquier manera su movilidad debido a una deuda con el empleador o agente”. Los profesionales confirmaron que corresponde a los tribunales determinar qué conductas alcanzan el límite de “agotador” y/o “degradante”, y es probable que no todas esas situaciones cumplan con lo establecido en instrumentos jurídicos internacionales sobre la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y los trabajos forzados. Sin embargo, se observó que estos conceptos se interpretan de manera más amplia en Brasil que en los convenios internacionales en la materia.

Formas de explotación a ser abordadas en la nueva legislación: se presume que “**trabajo análogo a la esclavitud**” y “**cualquier tipo de esclavitud**” se extenderá para incluir situaciones actualmente caracterizadas como condiciones de explotación laboral/condiciones análogas a la esclavitud. Sin embargo, la falta de una definición precisa hace que sea imposible establecer los parámetros probables de estas formas de explotación. Actualmente, la legislación en torno a los trasplantes de órganos aborda solo situaciones de eliminación inadecuada de órganos. Sin embargo, se ha utilizado al menos una vez para procesar a personas por la extracción de órganos en situaciones que cumplirían con la definición legal internacional de trata de personas. Los profesionales no expresaron una opinión sobre la propuesta de incluir en la nueva legislación la extracción de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo como un fin de explotación de la trata. Las situaciones de **adopción ilegal** actualmente se procesan según las normas generales sobre adopción, que clasifican todas las adopciones que tienen lugar fuera del marco oficial como “ilegales”, aunque no necesariamente criminales. No está claro qué conducta comprenderá la inclusión de la adopción ilegal como una forma de explotación en la nueva ley. Entre los que apoyan la inclusión, hubo desacuerdo con respecto a si los padres adoptivos y los biológicos deberían considerarse como perpetradores de la trata.

Formas de explotación no contempladas en la nueva legislación: a pesar de la referencia al **matrimonio servil** en la Política Nacional para Combatir la Trata de Personas, la legislación propuesta no incluye el matrimonio forzado o servil como un fin de explotación de la trata de personas. Un profesional explicó que los redactores consideraban que la frase “todas las formas de esclavitud” comprende el matrimonio servil. La **explotación en actividades criminales** tampoco está incluida en el proyecto de ley, pero se informa que es un problema importante. Mientras que un profesional expresó la opinión de que la nueva ley abordaría dicha forma de explotación, otros señalaron que las propuestas para incluir la explotación en actividades delictivas como una forma de explotación relacionada con la trata fueron explícitamente rechazadas.

Problema para los profesionales. Datos débiles: los entrevistados no pudieron pronunciarse definitivamente sobre si ciertas formas de explotación se llevan a cabo con más frecuencia que otras. Un obstáculo es el marco legislativo en el que los delitos relevantes se superponen y se categorizan

de manera diferente. Los problemas jurisdiccionales entre los sistemas federales y estatales también complican la recopilación y discriminación de datos de casos. La Metodología Integrada mencionada anteriormente busca reunir a las instituciones de seguridad pública, justicia penal y atención a víctimas para recopilar información sobre víctimas y tratantes, tendencias de trata y respuestas que incluyen investigación y proceso, tanto para fortalecer la respuesta ante este problema, como para monitorear las políticas en la materia.⁷⁴

Tema para profesionales. Énfasis en la explotación sexual en lugar de la trata con fines de explotación sexual: observadores externos han notado que los casos de trata con fines de explotación sexual que no involucran movimiento son procesados bajo estatutos de proxenetismo en lugar del estatuto de trata. Los profesionales confirmaron esto, y agregaron que, a pesar del marco establecido para abordar la trata de personas con fines de explotación sexual y la puesta en marcha de varias campañas para crear conciencia sobre la trata de personas, aún hay reservas por parte de los investigadores y fiscales para identificar casos de explotación sexual como casos de trata con fines de explotación sexual. Las razones para esto no están claras, aunque parece que la distinción entre estos dos delitos no se entiende claramente. Un profesional encuestado para este informe no estuvo de acuerdo en que haya una confusión conceptual; afirmó que los conceptos son claros para los profesionales. Sin embargo, cuando se les preguntó, estos no pudieron delinear claramente las diferencias entre la explotación sexual y la trata con el fin de explotación sexual.

Tema para los profesionales. Asegurar el testimonio de las víctimas y los testigos: la fuerte dependencia en el testimonio de las víctimas y los testigos se señaló como una barrera fundamental para lograr condenas. Según los informes, algunas víctimas son disuadidas de acusar a sus agresores por el riesgo de que sean declaradas culpables de su participación en delitos que han tenido lugar; otras pueden no querer testificar porque temen no poder mantenerse a sí mismas o a sus hijos como consecuencia. Como resultado, muchos casos de explotación no se convierten en casos criminales. En última instancia, la víctima determina si un caso progresará o no; si él o ella no quiere que un caso continúe, generalmente no lo hará. Se han hecho esfuerzos para corregir esta gran dependencia de las víctimas, como, por ejemplo, la organización de campañas masivas que promueven la participación social para identificar y denunciar la explotación.

Relevancia de la naturaleza y severidad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: los profesionales generalmente acordaron que incluso la “explotación moderada” es suficiente para establecer el elemento de fin de explotación del delito de trata, independientemente del tipo de explotación (aunque en la práctica esto solo aplica a la trata con fines de explotación sexual). Sin embargo, la gravedad de la explotación o daño será relevante para la sentencia, ya que, de manera discrecional, los jueces pueden imponer penas altas o bajas en las sentencias. El juez entrevistado para la encuesta señaló que las condenas bajas prescritas por delitos de trata (de tres a ocho años) son un problema importante, sobre todo porque las personas condenadas a menos de ocho años de prisión son libres de abandonar su lugar de detención durante el día y solo deben regresar por la noche.

Relación entre explotación-”medios” y explotación-”consentimiento”: actualmente, los medios utilizados para convertir a una persona en víctima de trata no son un elemento separado

⁷⁴ De acuerdo con las directrices que se adhieren a la metodología integrada, se deben programar anualmente dos ciclos de la recolección de datos. Se ha publicado uno de dos informes; el primero va de 2005 a 2011; el segundo recopila datos a partir de 2012. Actualmente se procesan los datos de 2013 para ser analizados.

del delito, sino que se los incluye entre los actos de trata. Los medios también se abordan como circunstancias agravantes (el uso de la violencia, la amenaza grave o el fraude, agravan la sentencia; en cuanto a los factores de vulnerabilidad, se incluye la corta edad, la enfermedad o el defecto mental o la relación estrecha con la víctima). El proyecto de ley actualmente en estudio propone incluir un elemento de los medios en la definición (“amenaza grave, violencia, coacción, fraude o abuso”) y hay indicios de que los profesionales reciben capacitación sobre la definición de tres elementos. La ley actual no contiene ninguna referencia a la irrelevancia del consentimiento en relación con la trata con fines de explotación sexual y las diversas formas prohibidas de explotación laboral. La Política Nacional (a la que pueden hacer referencia los jueces) afirma la irrelevancia del consentimiento. Los profesionales no coincidieron sobre el valor de esta referencia. Uno sugirió que debería ser calificado para hacer que el consentimiento sea relevante, a menos que esté “viciado” para preservar la determinación individual y la autonomía. Otro destacó la importancia crítica de la irrelevancia del consentimiento, dado que se piensa que la gran mayoría de víctimas están conscientes de la explotación que experimentarán (aunque presumiblemente no del alcance o la gravedad de esa explotación).

Relevancia de los factores culturales/sociales para la comprensión de la explotación:

la encuesta reveló una serie de factores culturales y sociales que pueden influir en la comprensión de la explotación relacionada con la trata, tanto en la teoría como en la práctica. Por ejemplo, la historia de la esclavitud equiparada a bienes muebles en Brasil aparentemente ha resultado en una comprensión fuerte y bastante uniforme de la explotación laboral. Sin embargo, los factores históricos también han hecho que ciertos grupos dentro de la sociedad sean especialmente vulnerables a la explotación y que su explotación sea relativamente menos visible. No se consideró que las tradiciones y prácticas indígenas tuvieran una relevancia particular respecto de cómo se produce o se comprende la explotación. Sin embargo, se señaló que la práctica cultural de las familias urbanas que adoptan informalmente a niños de familias rurales pobres conduce a la explotación mediante el trabajo infantil. Se observó que las sensibilidades culturales y las controversias en torno a la prostitución han obstaculizado la discusión productiva sobre los parámetros de la explotación sexual. Los prejuicios de género dentro del sistema de justicia penal a veces pueden afectar la comprensión de la explotación. Por ejemplo, los jueces pueden determinar que una persona sometida a explotación sexual fue de alguna manera responsable de su propia explotación. Según informes, la explotación sexual, especialmente de menores, está tan extendida, que se normaliza hasta el punto de que socialmente se la acepta de manera tácita, lo que hace que los niños sean susceptibles de sufrir más abusos y explotación, posiblemente en el contexto de la trata.

Orientación para los profesionales: un profesional expresó la opinión (al parecer ampliamente aceptada) de que la explotación debe ser entendida como una violación de los derechos humanos a la dignidad y la libertad, y que esto debe guiar la comprensión de la explotación en el contexto del Protocolo contra la Trata.⁷⁵ Todos los entrevistados reconocieron que cada país tiene su propia perspectiva sobre lo que significan la dignidad y la libertad. Sin embargo, las preguntas centrales que deben formularse en torno a estos significados son las mismas, y todos los Estados que se han adherido a instrumentos internacionales en materia de derechos humanos comparten los mismos compromisos y obligaciones. Por lo tanto, debería ser posible elaborar normas objetivas universalmente aplicables que se puedan adaptar a las condiciones locales. Los profesionales

⁷⁵ Un libro reciente, publicado por el Ministerio de Justicia, explora los nexos críticos entre la trata y los derechos humanos desde un amplio rango de perspectivas. Véase Secretaría Nacional de Justicia, Departamento de Justicia, Clasificación, Títulos y Cualificación (2013).

opinaron que para determinar si una situación particular constituye trata, el punto de referencia son las normas y el derecho penal del país en el que tiene lugar la explotación. La nacionalidad y el contexto de la víctima se consideraron una medida irrelevante a este respecto.

3.3.2 Suecia

Resumen: la encuesta involucró a un fiscal, a un oficial de aplicación de la ley y al Coordinador Nacional contra la Prostitución y la Trata. De conformidad con el Protocolo, la ley penaliza la trata con fines sexuales, “la extracción de órganos, el servicio militar, el trabajo forzado u otras actividades en una situación que pone a esa persona en peligro”. Ninguno de estos términos está definido. Existen delitos alternativos graves en los casos en que uno de los elementos del delito de trata con fines sexuales (por lo general, el elemento de los medios) no puede establecerse. Gran parte de la atención de la justicia penal se centra en la trata con fines sexuales, aunque se reconoce que la magnitud del problema de la trata de personas para la explotación laboral es considerable. Los profesionales resaltaron las dificultades relativamente considerables para perseguir y procesar un empleo que no es considerado intrínsecamente explotador, como la prostitución. Existe alguna evidencia de que no se aplica de manera homogénea el marco legal, lo que conduce a resultados inconsistentes, y parece que las consideraciones culturales asociadas con grupos étnicos particulares a veces afectan los procesos. Si bien los profesionales reconocieron inconsistencias e incluso juicios inoportunos, opinaron que la falta de definiciones estrictas de las formas de explotación contribuía a que hubiera un marco flexible y receptivo dentro del cual se podía abordar la explotación asociada con la trata.

Marco legal: en términos generales, la definición de trata del Código Penal sigue la definición de tres elementos establecida en el Protocolo, con algunas alteraciones textuales menores en los elementos de “acto” y “medio”. El elemento de “fin” requiere que el acto se haya llevado a cabo: “con la intención de que [la víctima] sea explotada con fines sexuales, de extracción de órganos, servicio militar, trabajo forzado u otra actividad en una situación que la ponga en peligro”. La definición afirma que no se requieren medios para establecer la trata de niños. En algunos casos, se utiliza el delito adicional de “proxenetismo bruto” como alternativa a los delitos de trata. El delito se refiere a “cualquier persona que aliente o explote económicamente indebidamente (sic) a una persona que tenga relaciones sexuales ocasionales a cambio de un pago”. El Código Penal establece que “*si la actividad se llevó a cabo a gran escala, conllevó un beneficio financiero significativo o implicó la explotación despiadada de otra persona*”, son factores que deben considerarse al establecer un delito agravado de “proxenetismo bruto”.

El Código Penal sueco también criminaliza la compra de servicios sexuales en circunstancias distintas a las que constituyen “proxenetismo bruto”, específicamente, “obtener relaciones sexuales ocasionales a cambio de un pago”. El uso de servicios de explotación fuera del ámbito sexual no está explícitamente prohibido en el contexto de la trata, pero puede constituir o estar implicado en un delito de usura que, en el Código Penal, se refiere a “aprovecharse de la aflicción, inocencia o inconsciencia de alguien, o relación de dependencia ... para obtener un beneficio que es claramente desproporcionado con respecto a la consideración otorgada o para el cual no se brinda ni se proporcionará ninguna consideración”. Otras disposiciones del Código Penal abordan

infracciones potencialmente relacionadas con la trata, como las relativas a condiciones malas de trabajo o peligrosas.

El Código Penal y la legislación especializada también penalizan la extracción de órganos sin consentimiento y el tráfico comercial de órganos.

Opiniones de los profesionales sobre la ausencia de definiciones asociadas con la explotación: los profesionales consultados no consideran que la falta de definiciones en torno a la explotación sea un problema; algunos incluso la consideraron una fortaleza del enfoque legislativo, pues permite adaptarse a circunstancias cambiantes. Como ejemplos, se mencionó la capacidad de explotación sexual y laboral para absorber la práctica del matrimonio forzado y la situación de los hombres jóvenes que son reclutados en grupos fundamentalistas religiosos armados en el extranjero, que podrían ser subsumidos bajo las formas explotadoras de “servicio militar” y “angustia”.

Comprensión por parte de los profesionales de la explotación como un constructo tanto social como legal: el Coordinador Nacional enfatizó una distinción entre el concepto legal de explotación y la comprensión social más amplia. Así, dijo que es posible que exista explotación, al menos en el sentido no legal, incluso en ausencia de un explotador. Abordar la explotación en este sentido más amplio es un gran desafío. Señaló que a veces chocan las perspectivas “legales” y “sociales” de la explotación. Si bien desde un punto de vista social una situación puede considerarse como trata, para la policía puede haber pruebas insuficientes para comenzar o concluir con éxito una investigación. Muchos casos no proceden porque los medios o el acto no pueden ser probados. Esto, según el Coordinador Nacional, habla de la necesidad de encontrar una forma de abordar la situación de los ciudadanos de la Unión Europea que viven en condiciones inhumanas y que son altamente vulnerables a la explotación, sin necesidad de establecer la trata de personas para poder ofrecer una respuesta.

Comprensión por parte de los profesionales de la explotación como vínculo a un beneficio o ganancia: el fiscal que participó en la encuesta ancló la explotación a la noción de “lucro” obtenido por el explotador por dos medios: (i) poniendo a una persona en una situación que requiera servicio a ser provisto y (ii) no retribuyendo suficientemente a esa persona. En su opinión, el incumplimiento de uno de estos elementos significaría que el elemento de explotación no ha sido establecido. Se hizo referencia a una serie de casos relacionados con recolectores de moras extranjeros: se determinó que algunos de ellos habían sido objeto de explotación delictiva y que otros no. Se señaló además que el estándar apropiado para determinar la remuneración (y presumiblemente las condiciones de vida y otros criterios que pueden ser aplicables para determinar si se ha producido una explotación delictiva) es el estándar en Suecia, no el estándar en el país de origen de la víctima.

Fin estipulado. Fines sexuales: este término no está definido y sus parámetros no son claros. Como la compra de servicios sexuales está criminalizada en Suecia, se considera que la prostitución es una situación en la que una persona puede ser víctima de diversos grados de explotación. Para probar un caso de trata con fines de explotación sexual es necesario que se establezcan el acto y el medio; la prostitución por sí misma no es suficiente para establecer el elemento de fin. Cuando no se puede establecer el elemento de acto y/o medio, es probable que el caso sea procesado como un

delito de “proxenetismo bruto”. Los profesionales no identificaron ningún problema importante debido a la ausencia de una definición explícita de “fines sexuales”, y destacaron la flexibilidad que esta disposición proporciona para tener en cuenta una amplia gama de conductas.

Fin estipulado. Extracción de órganos: la existencia de disposiciones legislativas adicionales (fuera del marco de la trata) sobre la extracción de órganos y las relaciones comerciales con órganos es útil para establecer los parámetros de este fin de la explotación. No ha habido casos de extracción de órganos en un contexto de trata. Sin embargo, los profesionales informaron que hay algunos indicios de ciudadanos suecos que viajan al exterior para recibir órganos en situaciones que podrían caer dentro de la definición de trata de personas para la extracción de órganos. Estos casos no se han abordado como trata y parece que, de hecho, no se han investigado como posibles delitos.

Fin estipulado. Servicio militar: hay poca información disponible sobre el origen de esta forma particular de servicio de explotación, que podría ser exclusiva de Suecia. Los profesionales notaron que recientemente ha habido casos de jóvenes radicalizados como yihadistas y reclutados como combatientes o terroristas suicidas en el extranjero. Se consideró que no existe una forma efectiva de evitar que esas personas viajen al exterior a menos que, como menores, sean víctimas de trata reclutadas para fines de explotación del servicio militar, o que hayan sido colocadas en “situaciones de peligro”. Cuando el reclutamiento en conflictos armados o similar no pueda considerarse trata, se pueden aplicar –tanto a la “víctima” como a su reclutador– otros delitos autónomos, como los crímenes de guerra y los delitos de terrorismo. Hasta ahora, la aplicación de delitos de trata con este fin se ha limitado a los menores, en cuyo caso no es necesario probar los “medios”. Se sugirió que la aplicación podría extenderse a los adultos mediante el establecimiento de medios como la coerción, el abuso de poder o el abuso de una posición de vulnerabilidad.

Fin estipulado. Trabajos forzados: los trabajos forzados no están definidos en la legislación. Los profesionales identificaron la dificultad para establecer los parámetros de los trabajos forzados como un gran desafío práctico. El ejemplo de recolectores de moras extranjeras se ofreció nuevamente. Los sindicatos informan que a los trabajadores se les paga aproximadamente un dólar por cada kilo de moras recolectadas. A menudo, estas personas se consideran bien pagadas e incluso pueden irse después de un tiempo con las ganancias ahorradas. Rara vez hay evidencia de medios más allá del abuso de la vulnerabilidad. Sin embargo, también pueden quedar en deuda, debido a que tuvieron que haber pagado precios exorbitantes por sus boletos de avión y alojamiento. Como se mencionó anteriormente, los tribunales han juzgado que dichas situaciones a veces constituyen trata para trabajos forzados y otras veces no.

Fin estipulado. Otra actividad en una situación que pone en dificultades a una persona: no existe una definición aceptada o incluso una comprensión uniforme de este término, y los parámetros de su funcionamiento no están claros. Los profesionales comentaron que esta es una disposición de “atrapar todo” que permite abarcar todos los tipos de explotación no expresamente estipulados en la legislación. Los ejemplos dados fueron formas explotadoras de matrimonio y explotación criminal. En relación con esta última, señalaron varios casos de explotación para fines delictivos incluyendo el fraude a la seguridad social y el robo. Sin embargo, estos no siempre han sido procesados con éxito como casos de trata de personas.⁷⁶ Los profesionales explicaron

⁷⁶ Trata de seres humanos con fines sexuales y de otro tipo, Informe de situación 13, RPS Rapport 2012, p. 23, refiriéndose al Tribunal de Distrito de

que el término no exige que la víctima se encuentre realmente en una situación de “angustia”: la palabra “angustia” se refiere a que se obstaculiza que la víctima tome decisiones sobre sus propias acciones de manera libre, o que se encuentra a sí misma en una situación difícil que no sea casual o transitoria.⁷⁷ Una decisión del Tribunal de Distrito de Gotemburgo establece que: “las situaciones que conllevan angustia (...) [se presentan] cuando una persona es inducida a trabajar en condiciones particularmente difíciles con un salario muy bajo. Otro ejemplo es cuando una persona es inducida a mendigar o robar”.⁷⁸ Esta afirmación de la Corte sugiere que puede haber una superposición entre los medios utilizados (o al menos el efecto de esos medios) y el fin de explotación. La declaración de la Corte también genera dudas sobre si una persona puede o no ser considerada víctima de explotación si las condiciones de trabajo son particularmente difíciles, pero el salario que recibe no se considera “bajo” (debe tenerse en cuenta que Suecia no tiene un salario mínimo legal). También cabe destacar que la inducción a la mendicidad o el robo se consideran como fines de explotación, independientemente de las condiciones o consideraciones que puedan adjuntarse.

No estipulado. Adopción comercial: los profesionales no estaban seguros de si una adopción ilegal podría convertirse en una situación de trata y cuándo. Especulaban que para hacer que una adopción ilegal cumpliera con el fin de explotación de la trata, la situación del niño después de la adopción ilegal tendría que ser de explotación (de acuerdo con uno de los fines estipulados) por encima y más allá del hecho de la adopción comercial ilegal en sí misma. Sin embargo, los profesionales enfatizaron el punto aplicable más generalmente de que el hecho de que una víctima pueda terminar en una situación que se puede considerar una mejora con respecto a su situación anterior (por ejemplo, en prostitución, trabajo o matrimonio) no debe restar importancia a la conclusión de que, para que esto haya sido así, primero tuvo que ser víctima de trata. Hasta ahora no se han presentado casos relacionados con la adopción comercial como forma de trata.

No estipulado. Matrimonio forzado o servil: los profesionales notaron que una ley por publicarse criminalizará el matrimonio forzado, el matrimonio infantil y otros tipos de matrimonio en los cuales una persona es engañada. La situación actual es similar a la de la adopción comercial en el sentido de que debería mostrarse una explotación adicional por encima y más allá del hecho del matrimonio forzado. Un matrimonio forzado que no dé lugar a ninguna explotación sexual, doméstica o laboral no se consideraría un caso de trata. Esta afirmación parece desafiar la noción expresada por los profesionales en otros contextos de que la visión de la víctima de su situación es irrelevante. Podría argumentarse que la subsecuente satisfacción aparente de una persona con una situación (el matrimonio) debería ser irrelevante para establecer si fue forzada. Las consideraciones culturales pueden ser relevantes: un informe oficial se ha referido a casos en que se obliga a menores a “contraer matrimonio de acuerdo con las tradiciones del pueblo romaní”.⁷⁹

No estipulado. Subrogación comercial: la subrogación comercial no está penalizada en Suecia, pero tampoco está permitida. No ha habido casos de trata con el fin de subrogación comercial. Los profesionales se refirieron a la creencia (reflejada tanto en la ley como en la cultura) de que una persona que gesta y da a luz a un niño es su madre natural. Cuando esta práctica ocurre en otro lugar (por ejemplo, en la India) no se prueba, pero tampoco se penaliza.

Västmanland 25.08.2011, Caso no B 406-11.

⁷⁷ Véase *ibid*, pág. 8, en referencia al Proyecto de Ley del Gobierno de Suecia 2009/10: 152.

⁷⁸ *Ibid* en p. 22, en referencia al Depto. De Distrito de Gotemburgo Depto. 4, 30.01.2012, Caso núm. 15416-11, p.23.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 31, en referencia al Tribunal de Distrito de Bergen 05.07.2012, Caso no 11-194827MEDBBYR/01.

No estipulado. Mendigar: se informa que la mendicidad es una forma creciente de explotación en Suecia, especialmente entre las minorías romaníes, principalmente de Bulgaria y Rumania. Los profesionales entrevistados puntualizaron su oposición a la criminalización de la mendicidad pública, pues les parece que no se dirige a los tratantes responsables de la explotación. Ha resultado difícil determinar las condiciones bajo las cuales la mendicidad se considerará explotadora. Los profesionales citaron una decisión judicial problemática que determinó que una menor romaní que mendigaba (por instrucciones de sus padres) no era explotada porque su situación era la misma que la de estos.⁸⁰ Dijeron que probablemente se hubiera llegado a una conclusión diferente si los niños étnicamente suecos fueran explotados con fines de mendicidad, ya que este acto no habría sido calificado como parte de un “estilo de vida tradicional”.

Tema para los profesionales. Actividades delictivas, incluida la explotación de terceros por fraude financiero y defraudación del sistema de asistencia social: en los últimos años ha habido un aumento del fraude al sistema de asistencia social mediante el uso de terceros. Los perpetradores registran a sus víctimas con el propósito de obtener tarjetas de crédito, cuentas bancarias, suscripciones a teléfonos móviles, seguridad social y otros beneficios en su nombre. Las víctimas quedan con responsabilidades por estos bienes y servicios, pero no reciben ningún beneficio, que en su lugar obtienen los tratantes generalmente sin el conocimiento de sus víctimas. Actualmente se debate si tales situaciones pueden subsumirse en el concepto de “situaciones de miseria” como un fin de explotación de la trata.

Tema para los profesionales. Riesgos del enfoque expansionista: los profesionales señalaron que podría haber recursos inadecuados para responder a las muchas personas identificadas como “explotadas” si la trata de personas se interpreta de manera demasiado amplia. Por lo tanto, la implicación es que la trata puede servir para limitar el enfoque a aquellas formas de explotación en las que hay organizadores delictivos (la explotación “ilegal”). Mientras tanto, para abordar la explotación “social” (y con ello, la vulnerabilidad a la explotación “ilegal”), el Coordinador Nacional destacó la necesidad urgente de crear un medio para combatir la explotación sin necesariamente vincularla al delito de trata. Si bien la explotación es necesariamente un criterio del delito de trata, él respaldaba firmemente la idea de que también debería de abordarse incluso cuando los otros elementos del delito de trata no puedan establecerse. Según él, la noción de explotación en el contexto de la trata es claro, pero el desafío más grande reúne todas las situaciones donde la explotación ocurre fuera del contexto de la trata.

Tema para los profesionales. Atención a la explotación sexual a expensas de la explotación laboral: los profesionales notaron que hay más cargos de explotación en contextos sexuales que en contextos laborales. En su opinión, la explotación sexual es simplemente más evidente y fácil de investigar y procesar, pero no más frecuente. La trata de personas con fines de explotación laboral a menudo se oculta, y la investigación y el proceso se consideran relativamente más desafiantes. Probar la intención delictiva en la explotación sexual se considera más fácil que probar otros tipos de explotación que pueden implicar una conducta (como el trabajo) que no se considera intrínsecamente de explotación. El Informe Nacional de Situación ofrece ejemplos de personas a quienes se les ofrecen trabajos en la construcción, de limpieza, en hoteles y restaurantes, o trabajan en la limpieza de nieve, lavado de autos y servicio de comidas en Suecia, y que descubren que las condiciones bajo las cuales los contrataron han cambiado poco antes o poco después de

⁸⁰ Un ejemplo similar se encuentra en el informe sobre Tailandia.

comenzar a trabajar. Esos casos se consideran difíciles de investigar dado que no está claro si son casos de trata de personas para realizar trabajos forzados o de fraude o incumplimiento de contrato.⁸¹ La falta de recurrir a los delitos autónomos por formas no sexuales de explotación supone un desafío adicional. Si bien el delito de proxenetismo bruto se utiliza para procesar casos de explotación sexual que no pueden establecerse como trata, otras formas de explotación no gozan de tal flexibilidad. Específicamente en relación con los trabajos forzados, se observó que, si no se puede establecer el delito de trata de personas con fines de trabajos forzados, tal vez no haya una alternativa disponible en el derecho penal. Evidenciar la intención de explotación en el delito de trata con fines sexuales y para los trabajos forzados presenta diferentes desafíos. Las autoridades han observado que “[en] algunos casos de trata [no sexual] de personas, el procedimiento se desestima debido a la falta de pruebas que demuestren que los sospechosos, ya en el momento del reclutamiento, intentaron engañar a las víctimas o que ninguna explotación podría ser probada”.⁸²

Tema para los profesionales. Gran dependencia del testimonio de las víctimas: la relación entre el tipo de explotación y el marco legislativo vigente tiene que ver con el papel del testimonio de los testigos. En casos de explotación sexual puede ser difícil obtener evidencia alternativa porque la gente puede negarse a admitir haber pagado por sexo, ya que esto es un acto criminal. Sin embargo, las leyes que prohíben la compra de servicios sexuales permiten reunir evidencia mediante una investigación proactiva. Mientras tanto, las investigaciones para otras formas de explotación (como la que se da en la agricultura o con fines delictivos, como el robo) son invariablemente reactivas. La carga probatoria en estos últimos casos recaerá en los testimonios de testigos, algo que presenta desafíos para las víctimas que voluntariamente se han puesto en una situación de dependencia con respecto a sus explotadores y que no pueden obtener ganancias cooperando en los procesos de justicia penal. Un resultado es que los individuos explotados en el crimen o mantenidos en situaciones que los obligan a cometer delitos (como los recolectores de moras que roban alimentos) pueden preferir ser acusados de este cargo menor en lugar de entregarse a sus tratantes y enfrentar represalias.

Relevancia de la naturaleza y gravedad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: un profesional afirmó que sí existe un límite de gravedad requerido para establecer el elemento de explotación, pero que no puede ni debe ser definido. La idea de que los profesionales “lo saben cuando lo ven” no se consideró problemática, sino más bien una fortaleza del enfoque nacional, pues permite flexibilidad en la navegación de “zonas grises”. La gravedad de la explotación se manifiesta principalmente en la sentencia que se impone: cuanto mayor es el grado de explotación, más grave es la sentencia que se puede esperar. Los profesionales afirmaron que el tipo de explotación podría incidir en el límite requerido para la explotación. Algunas actividades son inaceptables; por ejemplo, el mantenimiento de burdeles no es aceptable y siempre se considerará que ha alcanzado el límite requerido. En otros casos que no son por sí mismos inaceptables, sería necesario que hubiera un mayor grado de explotación. Un reciente informe oficial señala que “puede ser difícil determinar en qué medida una persona puede haber sido explotada y si la explotación es lo suficientemente grave como para ser considerada delito en virtud de la legislación sobre trata. Además, las víctimas generalmente pueden desplazarse libremente, pero se las priva de su libertad de maneras más sutiles, por ejemplo, mediante amenazas de represalias o al verse privadas de sus pasaportes o endeudarse con los perpetradores. Esto hace

81 Ibidem, pág. 23

82 Ibidem, pág. 22

que sea difícil probar la relación de poder que debería existir entre el perpetrador y la víctima”.⁸³ Esta afirmación confirma que la explotación debe ser de un grado suficientemente serio como para garantizar que se la trate como delito, pero también se refiere al papel que tienen los “medios” para establecer el grado. Como ya se señaló, todos los profesionales estuvieron de acuerdo en que, independientemente del tipo de explotación, la ley por la cual debería medirse aquella debería ser la norma que prevaleciera en el país donde la explotación tiene lugar, no la norma en el país de origen o el contexto de la víctima.

Relación entre explotación- “medios” y explotación-“consentimiento”: una encuesta de todos los casos de trata entre 2009 y 2012 reveló que hubo 20 casos en los que los fiscales decidieron que era apropiado presentar una acusación formal por trata. De los casos que fueron desestimados, el fin de explotación no estaba en cuestión; el problema más importante fue que el tribunal consideró que la fiscalía no había podido demostrar los medios. Se observó que, en ausencia de estos, un caso de trata con fines de explotación sexual podría convertirse en uno de proxenetismo bruto. El fiscal sugirió que, a través de diferentes formas de explotación, el uso de medios puede ser relevante para probar la intención de explotación, pero que, a la larga, la explotación consiste en dos aspectos, independientemente de los medios utilizados: colocar a una persona en una posición de la que otra persona puede beneficiarse. Curiosamente, el Decimotercer Informe de Situación del Relator Nacional señala que los medios implican responsabilidad penal, independientemente de la intención delictiva: “Común a las circunstancias mencionadas en la disposición es que, de diversas maneras, pretenden controlar la voluntad libre y verdadera de la víctima, a pesar de intención de explotación”.⁸⁴ Los observadores externos han sugerido que las absoluciones en los casos en que las presuntas víctimas aparentemente dieron su consentimiento indican una discordancia en el entendimiento que se tiene en el ámbito judicial de la irrelevancia del consentimiento. Los profesionales compartieron estas preocupaciones, y señalaron el desafío particular de explicar la irrelevancia del consentimiento en relación con el abuso de una situación de vulnerabilidad.

Relevancia de los factores culturales/sociales para la comprensión de la explotación: este tema fue discutido ampliamente y los profesionales estuvieron de acuerdo en que la comprensión de la explotación está de hecho influenciada por factores culturales y sociales. El ejemplo más claro de esto es la comprensión de la prostitución como intrínsecamente explotadora y de la compra de servicios sexuales como inherentemente errónea. Durante la encuesta se abordaron los desafíos particulares que surgen cuando los miembros de la comunidad gitana son explotados por otros miembros de esa misma comunidad. En ese sentido, los profesionales notaron la reserva de los tribunales a considerar prácticas o actividades que en su opinión forman parte de una “cultura” o “estilo de vida tradicional” como actividades delictivas. Los tres profesionales opinaron que estas consideraciones pueden influir en la opinión de los tribunales para determinar si estas situaciones de explotación son trata o no. También se señaló que los matrimonios servil y forzado están sujetos a juicios culturales que influyen en la forma en que se entiende la explotación en determinados grupos étnicos y en la manera de empoderar a sus víctimas frente a esa forma de explotación.

Orientación para los profesionales: un profesional sugirió que la orientación debería reconocer la dimensión social de la explotación y las formas de explotación que pueden no

⁸³ Idem.

⁸⁴ Ibidem, pág. 6.

ajustarse al modelo que ha estado sujeto a regulación legal. Otro enfatizó la necesidad de contar con una guía que destaque el elemento de ganancia: donde no hay ganancia para el tratante, no hay explotación. El investigador recomendó que la orientación debe enfatizar la importancia de que los investigadores aborden la trata potencial como trata, pues frecuentemente las situaciones de trata se confunden con otros delitos como robo, proxenetismo o mendicidad. Es importante que la voluntad política profesada para abordar la trata se combine con los recursos adecuados para que las agencias de justicia penal hagan su parte.

3.4 Estados que adoptan un enfoque diferente para la explotación

Dos de los 12 Estados encuestados (Australia y Canadá) han adoptado un enfoque diferente para la explotación.

3.4.1 Australia

Resumen: la encuesta involucró a policías y fiscales de alto nivel, así como a funcionarios gubernamentales con amplia experiencia legislativa. Un número razonable de casos estuvieron disponibles para el análisis. El marco legislativo de Australia en torno a la trata de personas, revisado exhaustivamente en 2013, es complejo e incluye infracciones básicas de trata de personas, que no siempre requieren un elemento de explotación, y una lista exhaustiva de delitos autónomos de explotación que suelen agregarse a infracciones de trata básicas, varias de las cuales van mucho más allá de la definición legal internacional correspondiente. Una característica inusual de la legislación es adjuntar definiciones detalladas de todas las formas de explotación estipuladas. Estos cambios han asegurado que el concepto de explotación sea bien entendido. Sin embargo, existen algunos desafíos en casos “límites” que pueden no cumplir con el umbral requerido de gravedad, y el nuevo delito de matrimonio forzado aún no se ha puesto a prueba. Los profesionales apoyan firmemente un enfoque amplio y flexible de la explotación que, sin embargo, establece parámetros claros que afirman que la trata es un delito muy grave y una violación de los derechos humanos.

Marco legal: el marco legislativo de Australia sobre la trata de personas y los delitos relacionados se establece en las Divisiones 270 y 271 del Código Penal de la Commonwealth. Las disposiciones pertinentes no reproducen la definición de tres elementos establecidos en el Protocolo contra la Trata de Personas; sin embargo, sí reflejan dichos elementos de manera general. La ley fue sustancialmente revisada en 2013 con el propósito de asegurarse de que “se criminalice la gama más amplia de conductas de explotación” (Parlamento de la Mancomunidad de la Cámara de Representantes de Australia, 2012). La División 270 establece los delitos de esclavitud, servidumbre, trabajo forzado, reclutamiento engañoso y matrimonio forzado, así como delitos agravados relacionados. La División 271 establece, de manera específica, los delitos que pueden catalogarse como la trata de personas/trata de niñas y niños: organizar o facilitar el transporte de una víctima hacia o desde Australia utilizando coacción, amenaza o engaño o siendo imprudente en cuanto a la explotación de la víctima. También establece delitos de trata a los efectos de la extracción de órganos; esclavitud por deuda; albergar, recibir y ocultar a una víctima, así como los delitos relacionados conexos. Los delitos agravados incluyen la conducta que involucra a menores,

trato cruel, inhumano o degradante, o conducta que da lugar a un peligro de muerte o daño grave a la víctima u otra persona.

La explotación no es un elemento de la base de los delitos de la División 271 de la trata de personas y la trata de niños. Por consiguiente, no es necesario establecer la “explotación” para probar estos delitos o para probar los delitos agravados relacionados, excepto en relación con el delito de “trata de personas imprudente en cuanto a la explotación”. Sin embargo, el enfoque legislativo se divide “por niveles”, lo que significa que, en la práctica, se agrega el delito base de trata para garantizar que los elementos de la definición del Protocolo, incluyendo la explotación, siempre se abarquen. Para los efectos de los delitos de la División 271, la explotación se define como causar que una persona entre en una serie de situaciones de explotación estipuladas. Estas formas de explotación relacionadas con la trata (que se definen en la legislación) generalmente corresponden a las establecidas en el Protocolo, pero no existe una referencia específica a la trata para “la explotación de la prostitución u otras formas de explotación sexual”.⁸⁵ Sin embargo, la gama de prácticas de explotación potencialmente capturadas en el marco legislativo australiano es considerablemente más amplia de lo previsto en el Protocolo. Esa amplitud se gana mediante: la inclusión explícita de formas de explotación como el matrimonio forzado y la servidumbre por deudas que solo se incluyen implícitamente en la referencia del Protocolo a “prácticas análogas a la esclavitud”; la definición de ciertas formas de explotación (incluida la servidumbre, los trabajos forzados y la servidumbre por deudas) de manera diferente y generalmente más amplia que las definiciones equivalentes de derecho internacional; el establecimiento de todas las formas estipuladas de explotación –y de una conducta facilitadora– como delitos independientes, sin requerir un vínculo con un elemento de movimiento.

Contexto general sobre el concepto de explotación. Necesidad de amplitud y flexibilidad para dar cabida a diferentes formas: los profesionales consideraron que el marco legislativo enmendado en 2013 era lo suficientemente amplio para abarcar una amplia gama de fines de explotación asociados con la trata y lo suficientemente flexible como para proporcionar opciones muy necesarias a las agencias de justicia criminal al perseguir procesamientos. Se considera que el hecho de que los delitos se relacionen con la *conducta* y no con la *industria* hace que puedan soportar los cambios en la metodología criminal. Se señaló además que el encuadre de ciertos delitos permitiría la inclusión de formas de explotación que no se mencionan específicamente. Por ejemplo, si bien la legislación no contiene ninguna referencia a la **trata de personas por su participación en actividades delictivas**, esta podría ser procesada como trabajo forzado. La definición de servidumbre también permitiría procesar a la **servidumbre doméstica**. Dependiendo del grado de gravedad, la “servidumbre doméstica” también puede ser procesada como esclavitud o trabajo forzado.

Visión general sobre el concepto de explotación. Necesidad de parámetros: todos los entrevistados expresaron su firme apoyo a un enfoque de explotación amplio y flexible que proporcione espacio suficiente para acomodar distintos fines de explotación de diferentes niveles de gravedad. Sin embargo, esto debe equilibrarse con un nivel de especificidad suficiente para garantizar la coherencia y la previsibilidad en la aplicación de la ley y, además, para garantizar que no todas las malas relaciones laborales se conviertan en “trata”. Si bien se observa que la lista de

⁸⁵ La conducta que puede ser procesada en otro lugar como “trata con fines de explotación sexual” fue, previa a las enmiendas de 2013, procesada como esclavitud o “servidumbre sexual”. La provisión de servidumbre sexual ha sido eliminada y reemplazada por un conjunto de delitos genéricos de servidumbre. La trata de personas para la servidumbre sexual probablemente sea procesada ahora como esclavitud, servidumbre o trabajo forzado.

fin de explotación es amplia, los profesionales no la consideran abierta. Mencionaron que ciertas formas de explotación asociadas con la trata en otras jurisdicciones no se perseguirían como casos de trata o esclavitud en Australia. Un ejemplo son los programas de adopción extranjeros que no están destinados a garantizar la explotación económica o sexual del niño adoptado. Se discutió la cuestión de si el reclutamiento para un conflicto armado alguna vez podría incluirse en el marco, pero no se resolvió de manera definitiva, pues los profesionales señalaron que hay legislación alternativa disponible y que probablemente sería más apropiada en tales casos.

Formas de explotación que han sido y están siendo procesadas: en la práctica, la mayor parte de la explotación relacionada con la trata identificada y que ha tenido lugar en Australia ha afectado a las mujeres que trabajan en la prostitución. Sin embargo, ha habido un aumento marcado en la identificación de distintas formas de explotación en otros sectores, como el turístico, el servicio doméstico y la agricultura, y las derivaciones para la explotación sexual y no sexual ahora son comparables. Hasta la fecha, la mayor parte de la explotación relacionada con la trata ha sido procesada como esclavitud, servidumbre sexual y trata de personas imprudentes en cuanto a la explotación. Los cuatro asuntos que actualmente están en tribunales incluyen cargos básicos de trata de personas. Un asunto también incluye cargos por servidumbre sexual, y otro incluye cargos por servidumbre por deudas. Nadie ha sido acusado aún por los nuevos delitos de trabajo forzado o matrimonio forzado.

Los delitos de esclavitud incluyen poseer un esclavo o ejercer sobre un esclavo cualquiera de los poderes vinculados al derecho de propiedad; participar en el comercio de esclavos; entrar en una transacción comercial que involucre a un esclavo; ejercer control o dirección sobre un esclavo, o proporcionar financiación para una transacción comercial que involucre a un esclavo o cualquier acto de comercio de esclavos, y reducir a una persona a la esclavitud. La **esclavitud** se define como: “la condición de una persona sobre la cual se ejercen todas o algunas de las facultades relacionadas con el derecho de propiedad, incluso cuando dicha condición resulta de una deuda o contrato hecho por la persona”. La **trata de esclavos** se define como: “(a) la captura, el transporte o la disposición de una persona con la intención de reducir a la persona a la esclavitud; o (b) la compra o venta de un esclavo.” Como se señaló anteriormente, los delitos de esclavitud han sido fundamentales para el marco legal en torno a la trata. Siguen estando bajo la nueva ley de una manera que hace más clara su ubicación en el extremo del continuo de explotación. Los profesionales aseguran tener una comprensión general de la esclavitud, a la que han contribuido determinaciones judiciales relacionadas con situaciones de trata.

Delitos de servidumbre incluyen causar que una persona ingrese o permanezca en servidumbre y llevar a cabo un negocio relacionado con la servidumbre. La servidumbre se define como “la condición de una persona (la víctima) que brinda trabajo o servicios, si, debido al uso de la coerción, amenaza o engaño: (a) una persona razonable en la posición de la víctima no se considera a sí misma con la libertad de: (i) dejar de brindar el trabajo o los servicios; o (ii) abandonar el lugar o el área donde la víctima brinda el trabajo o los servicios; y (b) la víctima se ve privada significativamente de su libertad personal con respecto a aspectos de su vida que no sean la provisión del trabajo o los servicios.” La disposición afirma que la coacción, amenaza o engaño puede usarse contra la víctima u otra persona. También afirma que una condición de servidumbre puede existir ya sea que: (a) el escape de dicha condición sea prácticamente posible para la víctima, o (b) la víctima haya intentado escapar de la condición. El concepto de

servidumbre como se define anteriormente se introdujo en 2013 para reemplazar el delito anterior de “servidumbre sexual”. Los profesionales explicaron que esta definición exhaustiva y detallada daba respuesta a los desafíos que se habían encontrado al tratar de procesar los delitos de trata, por ejemplo, en situaciones en las que las víctimas no estaban físicamente involucradas, pero no eran libres de retirarse de esa situación dañina. Las enmiendas también tenían como objetivo garantizar que el delito de servidumbre comprendiera la conducta, independientemente de la industria en la que tenga lugar.⁸⁶

Los delitos relacionados con los trabajos forzados, introducidos en 2013, incluyen el obligar a una persona a ingresar o permanecer en el trabajo forzado y a realizar un negocio que implique trabajos forzados. Al igual que con la servidumbre, el trabajo forzado se define con cuidado, excediendo los parámetros de la definición legal internacional en términos de detalles, pero, según los profesionales, generalmente siguiendo el alcance de esa prohibición. El trabajo forzado se define como “*la condición de una persona (la víctima) que brinda trabajos forzosos si, debido al uso de coerción, amenaza o engaño, una persona razonable en la posición de la víctima⁸⁷ no se consideraría a sí misma con la libertad de: (a) dejar de brindar el trabajo o los servicios; o (b) abandonar el lugar o el área donde la víctima brinda los trabajos o los servicios forzados.*” La disposición afirma que la coacción, amenaza o engaño se puede usar contra la víctima o contra otra persona. También afirma que puede existir una condición de trabajos forzados ya sea que: (a) el escape de dicha condición sea prácticamente posible para la víctima, o (b) la víctima haya intentado escapar de la condición. En ciertas circunstancias, una persona puede ser encontrada culpable de trabajo forzado donde la servidumbre no puede ser establecida. Cuando no se ha demostrado que la víctima fue privada de manera significativa de su libertad personal (como se requiere para establecer la servidumbre), pero los elementos restantes de la servidumbre han sido probados, los elementos del delito de trabajo forzado están en efecto comprobados. En consecuencia, una persona que ha sido declarada no culpable de servidumbre puede ser declarada culpable de trabajos forzados, cuando la corte está satisfecha más allá de toda duda razonable, y cuando al acusado se le ha otorgado equidad procesal en relación con este hallazgo.

La trata de personas para delitos relacionados con la extracción órganos se refiere a la organización o facilitación de la entrada o ingreso, recepción, salida o entrada propuesta en un país, “‘imprudente’ en cuanto a si la conducta dará lugar a la eliminación [ilícita] de un órgano de la víctima (...) por el delincuente u otra persona”, después o en el transcurso de esa entrada, recepción o salida. El Código Penal tipifica como delito la trata de personas para la extracción de un órgano hacia y desde Australia, así como dentro de Australia en determinadas circunstancias. La eliminación de un órgano constituye un delito de trata de personas cuando la extracción de órganos es contraria a la ley (el comercio y la venta de órganos ha sido penalizado en todos los Estados y Territorios), y/o existe una falta de consentimiento y ninguna necesidad médica. El consentimiento no puede obtenerse mediante coacción, amenaza o engaño.

Los delitos de matrimonio forzado son causa de que una persona entre en un matrimonio

⁸⁶ Antes de las enmiendas de 2013, solo se abordaba la servidumbre dentro de la prostitución, debido a la definición de “servicios sexuales” del Código Penal. Por consiguiente, las enmiendas buscaban abarcar conductas que se refieren a la servidumbre que ocurre fuera de la prostitución, incluida la servidumbre sexual que tiene lugar en un entorno no comercial (por ejemplo, la servidumbre doméstica). Las enmiendas de 2013 también distinguieron entre la esclavitud y los delitos de servidumbre, al agregar un segundo nivel a la definición de servidumbre; mientras que la esclavitud se demuestra mediante el ejercicio de la propiedad sobre la víctima, la servidumbre no alcanza la propiedad al involucrar una privación significativa de la libertad personal de la víctima.

⁸⁷ La “prueba de persona razonable” requiere que el tribunal considere si una persona razonable del mismo origen y en las mismas circunstancias hubiera sido libre de retirarse de su trabajo o servicios o abandonar el lugar de trabajo.

forzado y no sea parte no-víctima de un matrimonio forzado. El matrimonio forzado se define como un matrimonio que implica “el uso de la coacción, la amenaza o el engaño”, que hace que “una parte del matrimonio” (*la víctima*) “[entre] en el matrimonio sin consentimiento libre y total”. Los profesionales expresaron la opinión de que el matrimonio forzado es un ajuste extraño porque, a diferencia de otras formas de explotación en las que se enfoca la legislación, no parece estar relacionado con el crimen organizado o incluso con fines finitos. Además, como cuestión práctica, esta forma particular de trata relacionada con la explotación es relativamente menos modificable para una respuesta de justicia penal, lo que requiere intervenciones que se centren en gran medida en la prevención y el apoyo a las víctimas. Sin embargo, se acordó que la asociación del matrimonio forzado con la trata/esclavitud es consistente con el derecho internacional (y la idea de la mujer como propiedad). También tiene un efecto simbólico significativo que probablemente coseche más beneficios para la justicia penal más adelante.

La servidumbre por deudas tiene lugar cuando una persona promete sus servicios, o los servicios de otra persona, como garantía de una deuda si la deuda es “manifiestamente excesiva”, o el “valor razonable” de los servicios no se saca de la deuda, o “la duración y la naturaleza de esos servicios no están aislados y definidos”.

Cuestiones para los profesionales. Los casos límite plantean problemas prácticos y la gravedad de la explotación es relevante: las decisiones sobre qué casos investigar/ remitir/ procesar son multifactoriales: implican consideraciones de recursos, interés público, seriedad, así como evaluar si la evidencia disponible es suficiente para apoyar un proceso fuerte. Los profesionales reconocieron las dificultades prácticas asociadas con analizar en algunos casos, y citaron el valor del nuevo marco legal para establecer una continuidad con el concepto de “severidad” desde la servidumbre por deudas y el reclutamiento engañoso, hasta el trabajo forzado, la servidumbre y, en el extremo más grave del espectro, la esclavitud. Además, señalaron la importancia de tener un marco civil complementario que puede enfrentar eficazmente las malas condiciones de trabajo y los fuertes mecanismos de derivación en cada dirección. Se acordó que la expresión *severidad de los medios de explotación* (fuerza, engaño, etc.) se refiere a consideraciones importantes en la etapa de investigación así como en la de proceso, al igual que la pregunta relacionada –y subjetiva– de si la presunta la víctima era libre de irse.⁸⁸ Aquí es importante observar que la prueba de si una persona es “libre” para irse es objetiva, y para establecerla, es necesario que la corte considere si una persona razonable del mismo origen y en las mismas circunstancias hubiera sido libre de retirar su trabajo o servicios, o de abandonar el lugar de trabajo.

Problema para los profesionales. Obstáculos probatorios y trato con las víctimas-testigos: los profesionales confirmaron que la gran dependencia de las víctimas como testigos hace que sea difícil llevar los procesos a conclusiones exitosas. En este país como en todos los demás, las víctimas a menudo tienen pocos incentivos para cooperar, a pesar de la existencia de servicios de protección y apoyo, así como de oportunidades para regularizar su estatus legal. En 2013, se aprobó la Ley de Testimonios Vulnerables, que brinda protección a los testigos vulnerables que prestan declaración en los procesos penales de la Commonwealth, incluidas las víctimas de la trata de personas y la esclavitud. Las víctimas de la trata ahora pueden dar testimonio mediante

⁸⁸ Sin embargo, los profesionales notaron limitaciones a la prueba informal de “libertad para irse”, especialmente a medida que los explotadores se vuelven más hábiles para imponer medios de compulsión menos directos para sus víctimas. Un ejemplo de caso reciente involucró a un grupo de recolectores de tomate de Malasia a quienes se les pagaba aproximadamente la mitad del salario mínimo, y se los alojaba en un área remota en condiciones extremadamente pobres y con poca libertad de movimiento. Las personas parecían dar su consentimiento para los arreglos de trabajo y

un circuito cerrado de televisión, enlace de video o grabación de video, tener un contacto limitado con el acusado o miembros del público, y tener una persona de apoyo con ellos mientras dan testimonio. La Ley también tipifica como delito el publicar material que identifique a una persona objeto de trata, y permite que estas hagan declaraciones de impacto al tribunal, describiendo el daño que han experimentado.

Vínculo entre la explotación y los elementos “acto” y “medio”: los profesionales reconocieron una estrecha relación entre la explotación relacionada con la trata y los “medios”, tal como se entienden en el Protocolo contra la Trata de Personas. Por ejemplo, “medios” forma una parte esencial de la definición de la mayoría de los delitos autónomos. En otras palabras, la existencia de medios es esencial para establecer el delito de explotación. En relación con el vínculo entre la explotación y el elemento “acto”, se observó que la legislación criminaliza en realidad, como delitos autónomos, ciertos actos que incluyen el alojamiento, la recepción y el encubrimiento.

Orientación para los profesionales: todos los entrevistados consideraron que los Estados deberían aprovechar el mandato que se les proporcionó para agregar a la lista las “cuestiones mínimas” de los fines de explotación de la trata que establece el Protocolo. Sin embargo, instaron a que la lista se agregue de manera sensata y no ambigua. Es esencial seguir siendo conscientes del propósito del Protocolo (y de los marcos nacionales contra la trata) para abordar las violaciones más graves de los derechos humanos. También es importante estructurar la legislación y la respuesta de la justicia penal teniendo a la víctima firmemente en consideración: ¿qué enfoque protege mejor a las víctimas? ¿Qué enfoque se dirige más directamente a la explotación que están experimentando? Se acordó que la orientación internacional general sobre tales puntos podría ser útil.

3.4.2 Canadá

Resumen: se aplicó una entrevista telefónica a tres profesionales. Varios casos relevantes estuvieron disponibles para el análisis y también se revisó la documentación adicional, incluida la orientación del profesional. Los participantes de la reunión del Grupo de Expertos proporcionaron aportes adicionales. La legislación canadiense adopta un enfoque único para penalizar la trata de personas, e incluye los elementos de “acto” y “fin” de la definición internacional. La ley canadiense también define la explotación como parte de los delitos asociados con la trata de personas, la cual incorpora “medios”. Esa definición se refiere a hacer que una persona brinde un trabajo o servicio “al participar en una conducta que, en todas las circunstancias, podría esperarse razonablemente que cause que la otra persona crea que su seguridad o la seguridad de una persona que conocen se vería amenazada si fallara en brindar u ofrecer el trabajo o el servicio”. Los medios son relevantes, pero no decisivos para establecer la explotación. Sin embargo, para demostrar que la explotación ocurrió, debe establecerse que el tratante causó que la víctima brindara el trabajo o el servicio al *infundir miedo* (en la víctima razonable). “Trabajo o servicio” no está definido, pero se ha demostrado que incluye un rango de conducta. La explotación en el contexto de la trata para la extracción de órganos y tejidos se incluye y se define por separado. En general, los profesionales consideran tener una

de vida y ser técnicamente “libres de irse”. No deseaban presentar una queja. La policía evaluó al grupo como posibles víctimas de la trata, pero el caso fue evaluado como no apto para un cargo de trata debido a la falta de cooperación de las víctimas. El sindicato involucrado fue posteriormente acusado de delitos de lavado de dinero.

buena comprensión de la explotación, aunque señalaron dificultades para probar que tuvo lugar un “temor razonable por la seguridad”. Algunos profesionales también notaron que este requisito podría operar para excluir ciertas formas y situaciones de explotación. En general, los profesionales opinaron que sería útil contar con una orientación adicional sobre el elemento de explotación.

Marco legal: las infracciones de trata están establecidas en el Código Penal. Los elementos “acto” y “fin” generalmente se corresponden con los del Protocolo. La Sección 279.01 establece que “[t]oda persona que recluta, transporta, transfiere, recibe, retiene, oculta o alberga a una persona, o ejerce control, dirección o influencia sobre los movimientos de una persona, con el fin de explotarla o facilitar su explotación es culpable de un delito procesable”. Esa misma sección señala que una persona explota a otra si la “obliga a proporcionar u ofrecer un trabajo o servicio mediante una conducta que, en todas las circunstancias, podría esperarse razonablemente que la otra persona crea que su seguridad o la seguridad de una persona que conocen se vería amenazada si no brindaran o se ofrecieran a brindar la mano de obra o el servicio”. El elemento “medio” es relevante para determinar la explotación. Con ese fin, el tribunal puede considerar el uso de la amenaza de la fuerza u otra forma de coacción, el engaño y el abuso de una posición de confianza, poder o autoridad. Pero el tribunal debe estar satisfecho de que la conducta del acusado causó temor en la mente de la víctima (razonable) y que este temor es lo que causó que la víctima proporcione el trabajo o el servicio.⁸⁹ El término “trabajo o servicio” no está definido.

Existen infracciones de trata adicionales, incluyendo un delito que prohíbe recibir beneficios financieros u otros beneficios materiales de la comisión de un delito de trata y la retención o destrucción de documentos con el fin de cometer o facilitar la trata de personas.

La trata de personas también está tipificada como delito en la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados, y lo define como la “organización deliberada de la entrada en Canadá de una o más personas mediante secuestro, fraude, engaño o amenaza de fuerza o coacción”. No se requiere un fin de explotación para establecer este delito.

Formas de explotación estipuladas: el enfoque canadiense no define la explotación mediante ejemplos, sino a partir de una evaluación global de las tácticas utilizadas por los tratantes para obtener mano de obra o servicios, así como de los efectos que esas tácticas tendrían sobre una persona razonable puesta en los zapatos de la víctima real. Como se señaló anteriormente, el término “trabajo o servicios” no está definido en la legislación. Los profesionales afirmaron que el término es ampliamente interpretado. Un manual para profesionales de la justicia penal afirma que el término abarca: “todas las formas de servicios sexuales y domésticos, y cualquier tipo de trabajo, como el trabajo en la agricultura, restaurantes, construcción o cualquier otra industria. También se incluyen los trabajos o servicios prestados con fines delictivos, como la participación en operaciones de cultivo o transporte de drogas. En resumen, la trata puede ocurrir dentro de cualquier industria,

⁸⁹ Para establecer la explotación, debe demostrarse que el acusado hizo que otra persona proporcionara, u ofreciera proporcionar, su trabajo o servicios, o que hubiera hecho un acto con el propósito de facilitar tal conducta por otra persona. Luego debe demostrarse que el trabajo o servicio fue ofrecido o prestado (o que se prevé que se ofrecería o se proporcionaría) como resultado de una conducta que, en todas las circunstancias, podría razonablemente esperarse que cause temor a la víctima por su seguridad o por la seguridad de alguien que ellos conocen si no ofrecieron proporcionar su trabajo o servicio. Esta es una prueba objetiva; en otras palabras, no es necesario demostrar que la víctima tenía miedo por su seguridad, solo que las circunstancias eran tales que una persona razonable en la posición de la víctima habría tenido tal temor. La seguridad no está definida en las disposiciones sobre trata de personas, pero se ha interpretado en el contexto de otros delitos penales canadienses para incluir la seguridad mental, psicológica y emocional. Es relevante señalar que los tribunales han rechazado las afirmaciones de que la definición de trata, incluido el concepto de explotación, es demasiado vaga y difícil de aplicar. R contra Stone y Beckford [2013] O.J. No. 371, 2013 ONSC 653.

ya sea que esté o no regulado por el estado”.⁹⁰ Las estadísticas del período 2007-2010 indican que la abrumadora mayoría de los casos de trata de personas implican explotación sexual, seguida de trabajo forzado o de explotación. La extracción de órganos o tejidos en una situación que equivale a la explotación a los efectos del delito de trata se aborda en la sección 279.04 (1) (3) del Código Penal, que establece que “una persona explota a otra persona si le causa, mediante el engaño, el uso o la amenaza de la fuerza o cualquier otra forma de coacción, la extirpación de un órgano o tejido”. Los profesionales no proporcionaron más información sobre esta forma de explotación y no se proporcionó ninguna jurisprudencia relevante.

Formas de explotación que no pueden estar comprendidas en “trabajo o servicios”: los profesionales indicaron que aún no ha habido suficiente jurisprudencia para determinar los parámetros de “trabajo y servicios”, pero reconocieron que algunas formas de explotación asociadas con la trata pueden no estar cubiertas. Los casos límite citados por los profesionales incluyen personas engañadas para defraudar a los sistemas de bienestar social (y potencialmente otras manifestaciones de explotación por actividades delictivas) y el trabajo en entornos agrícolas donde a una persona se le paga menos de lo que se le prometió. La compra y venta de una persona, y la explotación en subrogación comercial o adopciones comerciales tampoco están comprendidas en la legislación de trata. También se considera poco probable que el matrimonio forzado se incluya en “trabajo o servicio”, a menos que también se involucren otros tipos de explotación. Los profesionales tenían diferentes puntos de vista sobre las implicaciones y el impacto de ciertas formas de explotación que están fuera del concepto general de “trabajo o servicios”. Dos de ellos opinaron que todas las formas de explotación (particularmente sexual) debían quedar reflejadas en la legislación sobre la trata, mientras que una sugirió que no toda la explotación debería considerarse trata y que se podían dictar sentencias de igual gravedad aplicando delitos alternativos (por ejemplo, vivir de los beneficios de la prostitución) que castigaría suficientemente las malas acciones.

Problema para los profesionales. El elemento “miedo a la seguridad” en la definición de explotación: las opiniones de los profesionales sobre la definición de explotación adjunta a los delitos de trata de personas varían considerablemente, al igual que la comprensión de lo que debe establecerse para demostrar la explotación. Una de las opiniones expresadas fue que era necesario contar con pruebas de que la víctima temía por su seguridad, o por la seguridad de alguien conocido por la víctima y que ese temor era razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Sin embargo, de acuerdo con el Manual para Profesionales de la Justicia Penal y con una revisión del registro parlamentario canadiense, la prueba de seguridad no exige que la víctima haya tenido miedo, sino la determinación de que sería razonable concluir que una persona en la situación de la víctima hubiera tenido miedo, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Hasta la fecha, ningún tribunal en Canadá se ha pronunciado directamente sobre la norma aplicable, aunque se esperan decisiones en materia de apelación sobre este tema en el futuro cercano.

Algunos profesionales consideraron que el requisito de “temor por la seguridad” es innecesariamente restrictivo, pues puede excluir la conducta ilícita o de explotación que debería ser considerada como trata, de acuerdo con el Protocolo. Se explicó que el miedo no siempre es una característica de las relaciones entre víctimas y tratantes: que los explotadores más efectivos pueden usar incentivos (como el vínculo romántico, drogas, un hogar), en lugar de crear miedo, y que esto puede tener

⁹⁰ Un manual para profesionales de la justicia penal sobre la trata de personas (Grupo de trabajo federal / provincial / territorial sobre la trata de personas, noviembre de 2013), pág. 22.

el efecto temporal de mejorar algunos aspectos de la vida de la víctima. Se puso como ejemplo el caso de una persona con discapacidad intelectual que está contenta con su situación y se considera cuidada por sus tratantes. Esta situación no está contemplada en la definición porque el miedo no puede ser demostrado. La explotación de la prostitución es otro ejemplo en el que el miedo puede no estar presente (como se ilustra en el “caso Moazami”, en el que dos personas fueron consideradas víctimas de la trata debido a su miedo, mientras que otras nueve en situaciones similares o peores no lo fueron porque el elemento del miedo no aprobó el estándar requerido). Un profesional expresó la opinión de que una falta de temor aparente por parte de la presunta víctima puede presentar desafíos probatorios, pero no sería fatal para una acusación de trata porque la Corte puede considerar si hubiera sido razonable concluir que una persona en las circunstancias de la víctima habría tenido miedo, independientemente de si alguna evidencia sugiriera que la víctima en efecto se sintió temerosa. Como se señaló anteriormente, todavía no se ha tomado una decisión que examine estos problemas de manera detallada. Sin embargo, parece que los procesos pueden ser difíciles en los casos en que una presunta víctima no expresa temor o no puede articular su situación de temor por su seguridad lo suficientemente bien para el tribunal.

Tema para los profesionales. Testimonio de víctima y testigo crítico para demostrar el elemento de *temor por seguridad*: los profesionales afirmaron que el mayor desafío para investigar y procesar la trata de personas es asegurar la cooperación de las víctimas. Demostrar el efecto de la conducta del acusado sobre una víctima puede ser una evidencia poderosa para ayudar a determinar si la explotación ha tenido lugar, como se ilustra en el caso Moazami descrito anteriormente. Esto a menudo puede hacer que el rol de la víctima sea vital, particularmente en casos donde no hay otras pruebas disponibles.⁹¹ La jurisprudencia disponible hasta la fecha demuestra que la evidencia, que establece que la víctima tenía miedo, a menudo es crítica para asegurar las condenas.

La prueba de la razonabilidad puede ser difícil de aplicar en la práctica: algunos profesionales notaron que puede ser difícil convencer a un jurado de que sería razonable concluir que una persona en las mismas circunstancias de la víctima tendría miedo cuando una “víctima” específica claramente afirma que él o ella no lo es. Dos profesionales observaron que este énfasis en la víctima y en su estado de ánimo desvió de manera inapropiada el enfoque legítimo, que debería estar en la actividad criminal de la persona acusada.

Relevancia de la naturaleza y severidad de la explotación/grado del daño para establecer la explotación: los profesionales notaron que la legislación no establece un umbral para considerar si hubo explotación. Sin embargo, en la práctica, las situaciones que son menos explotadoras serán abordadas por otro delito, incluso si se acusa de trata. Además, los cargos simplemente no pueden presentarse en casos de explotación leve; las víctimas solo pasarán por un proceso de prueba donde hay una gran probabilidad de condena, que a menudo puede depender de la evidencia de la gravedad de la explotación y/o el daño. Los profesionales reconocieron el concepto de una explotación continua y expresaron la opinión de que es necesario un enfoque caso por caso para determinar si la explotación alcanza la gravedad de la criminalidad y, de ser así, qué disposición de la ley penal es la más adecuada para imputar. A ese respecto, señalaron las severas penas que podrían imponerse por la trata y la consiguiente necesidad de garantizar que la conducta sea lo

⁹¹ A ese respecto, se señaló que las normas sobre la admisibilidad de la evidencia pueden colocar barreras significativas a la recopilación de pruebas corroborativas y de otro tipo de evidencia que puede ser utilizado para complementarse (o potencialmente reemplazar) testimonios de las víctimas. Los ejemplos se presentan en el informe de la encuesta.

suficientemente grave como para justificar esas sanciones. Si bien se acordó que la cuestión de si una víctima se benefició de la conducta de explotación era irrelevante, los profesionales observaron que tales consideraciones podrían afectar la decisión de si se establece un fin de explotación. En relación con la sentencia, el grado de explotación y daño se consideraron de gran relevancia. Un profesional notó que el tipo de explotación también puede ser relevante y que existe la percepción de que la explotación sexual es peor que otras formas.

Relación entre explotación-“medios” y explotación-“consentimiento”: Como se señaló anteriormente, el elemento de medios no está explícitamente incluido en los delitos de trata pertinentes. Por el contrario, los medios (uso o amenaza de la fuerza, otra coacción, engaño y abuso de una posición de poder o autoridad) son relevantes, pero no decisivos, para establecer si ha habido explotación. Un profesional explicó el razonamiento detrás de este enfoque señalando el hecho de que los medios son inherentes a algunas formas de explotación, pero no a todas. Los redactores no querían que los casos fallaran porque no se podían establecer los medios. Sin embargo, otro profesional expresó la opinión de que la formulación resultante opera para imponer un estándar más alto de lo que realmente requiere el Protocolo. La irrelevancia del consentimiento de la víctima se afirma en la ley. No obstante, como en muchos otros Estados, las cuestiones de consentimiento a menudo se consideran en la práctica. Dos profesionales expresaron la opinión de que la irrelevancia del consentimiento está en conflicto con el requisito de que la víctima tenga miedo por su seguridad. En ese sentido, otro señaló que sería difícil imaginar cómo una persona puede dar su consentimiento a una actividad, tal como se entiende en la ley, y al mismo tiempo realizar esa actividad por miedo.

Relevancia de los factores culturales/sociales para comprender la explotación: un profesional señaló que la percepción de que la explotación sexual es la peor forma de explotación podría tener un aspecto cultural: en la cultura canadiense hay poca comprensión de los trabajos forzados y otras formas de explotación laboral extrema, así como sobre la manera en que los individuos entran y permanecen en tales situaciones. Aunque la explotación de los indígenas canadienses no se discutió en profundidad durante la encuesta, se ha identificado que las niñas y las mujeres indígenas son particularmente vulnerables a la explotación sexual, y que la estigmatización y los estereotipos, en particular de las mujeres indígenas, como “prostitutas” o “criminales”, combinados con nociones preconcebidas de lo que debe ser una “víctima”, obstaculizan la aplicación de la ley a las víctimas potenciales de la trata.⁹²

Orientación para los profesionales: un profesional opinó que una comprensión común de la explotación en el contexto de la trata de personas puede no ser alcanzable a nivel internacional o incluso nacional, y que tal vez no sea deseable. La ausencia de un entendimiento uniforme no es perjudicial, siempre que las leyes aborden todo el rango de explotación que afecta o puede afectar a un país o comunidad en particular. Varios de los entrevistados señalaron la necesidad de contar con estándares que sean objetivamente verificables y que brinden una guía que se adapte a cada tradición legal sobre lo que es y lo que no es explotación. Otro entrevistado afirmó que la mayor necesidad es tener un estándar de explotación claro y acordado. Otras sugerencias para las áreas que podrían requerir orientación para los profesionales incluyen la gestión de víctimas, la estabilización de las víctimas y la modernización de la recopilación de pruebas en los casos de explotación sexual, con el fin de ayudar a disminuir la dependencia en el testimonio de las víctimas.

⁹² Guía Local de Auditoría de Seguridad: Prevenir la Trata de Personas y la Explotación Relacionada (Centro Nacional de Prevención del Delito (NCPC), 2013), págs. 9-10.

4. Marcos normativos nacionales y su aplicación: principales hallazgos

4.1 Enfoques legislativos sobre la explotación: tendencias, semejanzas y diferencias

Hubo diferencias significativas entre los enfoques de los Estados encuestados respecto del elemento “objetivo” de la definición de trata de personas. Solo un Estado encuestado (Canadá) ofrece una definición independiente de explotación en su legislación. Otro Estado (Colombia) parece proporcionar una definición de explotación, pero de hecho agrega criterios (lucro u otro beneficio) a una lista de fines de explotación. Los otros diez Estados encuestados siguen el enfoque adoptado por el Protocolo contra la Trata de Personas: ofrecen una lista de formas de explotación, en lugar de definir la explotación en sí misma.

Las formas de explotación estipuladas varían de un país a otro. Algunos han seguido la lista establecida en el Protocolo contra la Trata de Personas. Otros han agregado una o más formas de explotación a esa lista. Algunos han acortado la lista a una o dos de las formas estipuladas del Protocolo. Algunos Estados han incluido definiciones de las formas de explotación estipuladas en su legislación, mientras que otros no.

La lista de fines de explotación es exhaustiva y abierta en algunos Estados; y en otros, muy poco clara en este punto.

La siguiente tabla establece las características clave del elemento de “fin” en los Estados encuestados.

Tabla 1. Definiciones y tipos de explotación abordados en la legislación contra la trata

Estados que siguen de cerca el enfoque de la explotación del Protocolo	
Malasia	“... todas las formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, cualquier actividad ilegal o la extracción de órganos humanos”. [La explotación no se menciona en la definición de trata, pero se menciona en el delito de trata].
Emiratos Árabes Unidos	“... todas las formas de explotación sexual, involucrar a otros en la prostitución, la servidumbre, los trabajos forzados, la esclavitud, las prácticas de cuasi esclavitud o el desprendimiento de órganos”.
Estados que siguen el enfoque del Protocolo, pero brindan otros fines de explotación	
Bulgaria	“... para las actividades lascivas, para el trabajo forzado o para la mendicidad, para la extracción de un órgano, tejido, célula o fluido corporal o para mantenerlos en servidumbre forzada”. [El término explotación no se usa explícitamente en la legislación].

Colombia	“Explotación” podrá significar obtener lucro u otro beneficio para sí mismo o para otra persona mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual y otras formas de explotación”.
Egipto	“... explotación en cualquiera de sus formas, incluidas: explotación de actos de prostitución y toda forma de explotación sexual, explotación de niños en tales actos y en pornografía, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre, o mendicidad o extracción de órganos humanos, tejidos o una parte de ellos”.
Catar	“... en cualquier forma, incluso; explotación en actos de prostitución y toda forma de explotación sexual, explotación de niños en tales actos y en pornografía, mendicidad, trabajo forzado o prestación forzada de servicios, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos humanos, tejidos o partes del cuerpo.”
Tailandia	“... buscando beneficios de la prostitución, producción o distribución de material pornográfico, otras formas de explotación sexual, esclavitud, hacer que otra persona incurra en mendicidad, trabajo o servicio forzado, extracción forzada de órganos con fines de comercio, o cualquier otra práctica similar que resulta en extorsión forzada, independientemente del consentimiento de esa persona”.
Uganda	“... como mínimo, explotación sexual, matrimonio forzado, matrimonio infantil, trabajo forzado, trabajo infantil dañino, uso de un niño en un conflicto armado, uso de una persona en actividades ilegales, servidumbre por deudas, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre, sacrificio humano, extracción de órganos o partes del cuerpo para la venta o para fines de brujería, rituales o prácticas perjudiciales.”
Estados que proporcionan menos formas de explotación que el Protocolo	
Brasil	El Código Penal limita la trata de personas a la trata internacional o interna con fines de explotación sexual y prostitución. Algunas otras formas de explotación son abordadas como delitos independientes. El proyecto de ley actualmente en estudio introduce una definición de trata que incluye una lista exhaustiva de tipos de explotación (ya sea extracción de órganos, esclavitud, condiciones análogas a la esclavitud, adopción ilegal o explotación sexual).
Suecia	“... con fines sexuales, la extracción de órganos, el servicio militar, el trabajo forzado u otras actividades en una situación que pone a esa persona en angustia”.
Estados que adoptan un enfoque diferente	
Australia	La legislación comprende los delitos básicos de la trata de personas (que no siempre requieren un elemento de explotación) y una lista de delitos de explotación autónomos que normalmente se suman a los delitos “base” de trata. Los delitos autónomos están ampliamente definidos y generalmente corresponden a la lista de fines de explotación del Protocolo.
Canadá	“... una persona explota a otra persona si le obliga a brindar u ofrecer un trabajo o un servicio al participar en una conducta que, en todas las circunstancias, podría razonablemente esperarse que cause que la otra persona crea que su seguridad o la seguridad de una persona conocida por ellos se vería amenazada si no brindaran u ofrecieran la mano de obra o el servicio”.

4.2 Comprensión sobre las formas específicas de explotación

La siguiente tabla muestra las diversas formas de explotación estipuladas en el marco legal de los Estados encuestados. Posteriormente se examina cada uno de estos formularios a partir de los principales hallazgos, así como el nivel de comprensión con base en los resultados de la encuesta.

Tabla 2: Definiciones y tipos de problemas de abordaje en la legislación nacional contra la trata⁹³

Formas de explotación explícitamente incluidas en la legislación en contra de la trata de personas	1. Australia	2. Bulgaria	3. Brasil	4. Canadá	5. Colombia	6. Egipto	7. Malasia	8. Catar	9. Suecia	10. Tailandia	11. Emiratos Árabes Unidos	12. Uganda
Formas de explotación explícitamente incluidas en Protocolo contra la Trata de Personas												
Explotación de la prostitución / otras formas de explotación sexual	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X
Trabajos forzados	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Esclavitud (S) y / o prácticas análogas a la esclavitud (PSS)	X (S)	X (S/ PSS)	X (S/ PSS)		X (S/ PSS)	X (S/ PSS)	X (S/ PSS)	X (S/ PSS)			X (S/ PSS)	X (S/ PSS)
Servidumbre	X	X	X		X	X	X	X		X	X	
Extracción de órganos	X	X			X	X	X	X	X	X	X	X
Otras formas de explotación citadas en la legislación nacional												
Servicio militar									X			X Niños
Mendicidad		X			X	X		X		X		
Adopción ilegal												X
Matrimonio forzado	X											X
Extorsión forzada										X		
Matrimonio Servil			X		X							
Turismo sexual					X							
Actividad delictiva												X
Matrimonio infantil												X
Sacrificios humanos												X
Servidumbre por deudas	X											X
Formas de explotación exhaustiva												
	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No claramente	No	No	No	No	No

*S=Slavery

*PSS=Practices Similar to Slavery

⁹³ Téngase en cuenta que la tabla muestra solo aquellas formas de explotación incluidas explícitamente en la legislación nacional contra la trata de personas; en algunos Estados, hay legislación aparte que puede ser aplicable a algunas formas de explotación enumeradas aquí. La falta de referencia específica no siempre es determinante, y ciertas formas de explotación no especificadas pueden incorporarse a otras que sí lo son. Para más información, véanse los resúmenes por país presentados en la sección anterior.

4.2.1 Explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual

Como se señala en la Parte 2, ni “explotación de la prostitución ajena” ni “explotación sexual” son definidas en el derecho internacional y es evidente que los redactores del Protocolo deliberadamente evitaron incluir cualquier definición de estos fines estipulados. Todos los Estados encuestados han incluido la explotación sexual (ya sea de manera explícita o de facto) como parte de los medios de explotación en relación con la trata de personas. En la mayoría de ellos, la explotación sexual se considera la forma más sobresaliente de explotación relacionada con la trata, o al menos es la forma comúnmente investigada y procesada. Con la excepción de un Estado, los profesionales en general están de acuerdo en que la trata con fines de explotación sexual es más fácil de investigar y procesar que otras formas de explotación relacionadas con la trata, aunque las razones por las que esto es así varían.

Relevancia del enfoque nacional hacia la prostitución: en los Estados donde la prostitución o los aspectos de la prostitución (tales como el pago de servicios sexuales) son criminalizados, esta puede equipararse más fácilmente con la explotación sexual y, por lo tanto, ser indicativa de trata. Estos Estados también parecen identificar más fácilmente la explotación sexual como una forma relativamente “peor” de la explotación relacionada con la trata (por ejemplo, en comparación con la trata de personas para los trabajos forzados). En los Estados donde la prostitución está regulada más que criminalizada, esa tendencia no es tan evidente: la prostitución puede llegar a ser un problema de posible explotación relacionada con la trata, pero, junto con la explotación de la prostitución (proxenetismo), generalmente no se investigará como trata sin la indicación clara de los medios –medios típicos directos, como la coacción o el engaño. En otras palabras, el uso de “medios” se considera fundamental para diferenciar la trata de prácticas como la prostitución y el proxenetismo. En un Estado (Australia), donde la prostitución está ampliamente legalizada, el marco legal no contiene referencias a la explotación de la prostitución o la explotación sexual, pues tales prácticas comprendidas en estos términos son consideradas susceptibles de ser absorbidas por otras formas de explotación estipuladas, como los trabajos forzados.

La explotación sexual generalmente se considera bien comprendida por los profesionales: solo dos Estados encuestados (Catar y Uganda) han definido la explotación sexual en el contexto de la trata. Los profesionales de otros Estados con frecuencia afirmaron que los términos “explotación de la prostitución” y “explotación sexual” se entienden bien en la práctica y no requieren de una acción explícita. Una excepción es Brasil, donde la ausencia de una definición de explotación sexual en relación con los adultos se considera que contribuye a la fusión actual de la prostitución con la trata. Es importante señalar que, en la mayoría de los Estados, si no en todos, existe abundante legislación alternativa capaz de tipificar los delitos de explotación sexual, lo que se considera que contribuye a que se investigue y procese con éxito un número relativamente mayor de tales casos. Los profesionales señalaron que, si un cargo de trata es difícil de probar, a menudo tienen abundantes delitos alternativos para utilizar. El elemento de medios generalmente se considera crítico para diferenciar entre un delito de trata con fines de explotación sexual y un delito de explotación sexual independiente. Esta realidad separa la explotación sexual de otras formas de trata en relación con las cuales generalmente hay muchos menos delitos alternativos. Por ejemplo, si bien existen varios delitos alternativos que se pueden configurar en casos de explotación sexual, en general hay menos delitos alternativos en los que se podría basar como alternativa al trabajo forzado.

Prácticas identificadas como parte del concepto de “explotación sexual”: los casos y ejemplos citados durante las encuestas como parte del concepto de explotación sexual incluyen la prostitución forzada; la prostitución de niños y otras relaciones sexuales comerciales con niños, como la producción de pornografía; beneficiarse de la prostitución; el turismo sexual infantil; la subrogación comercial, y el matrimonio forzado o servil. En general, el término “explotación sexual” se interpreta, en sentido amplio, para extender (a veces considerablemente) el alcance de lo que se considera como trata.

4.2.2 Trabajos forzados

Como se señala en la Parte 2, la definición legal internacional de trabajo forzado incluye los dos elementos de la oferta involuntaria y la amenaza de cualquier sanción.⁹⁴ A pesar de la existencia de una definición, el alcance de la prohibición no está firmemente establecido, particularmente en el contexto de la trata. Todos los Estados encuestados han incluido los trabajos forzados (ya sea de manera explícita o efectiva) dentro de su comprensión de los fines de explotación en relación con la trata de personas. Algunos han dejado el término indefinido; otros han incorporado la definición legal internacional a la legislación nacional. Dos Estados, Australia y Tailandia, han elaborado su propia definición detallada (y potencialmente más amplia). La encuesta reveló, en algunos Estados, sensibilidades particulares en torno a la cuestión de los trabajos forzados. Incluso frente a pruebas convincentes, algunos profesionales fueron reservados para admitir la existencia de un problema de trabajo forzado, o incluso de explotación, en su país. En otros Estados, los profesionales notaron considerables dificultades para identificar los trabajos forzados. Incluso cuando se supera este primer obstáculo, los problemas probatorios y de otro tipo asociados con estos casos (tales como el aparente consentimiento de la presunta víctima) significaron que pocos casos de trata de personas para trabajos forzados fueran alcanzados con éxito.

Los parámetros de los trabajos forzados no están bien establecidos en la legislación y la práctica nacionales: con la posible excepción de Brasil, los profesionales de todos los Estados expresaron al menos cierto nivel de incertidumbre en torno a los trabajos forzados como un fin de explotación de la trata. En algunos Estados, la jurisprudencia inconsistente en esta área brinda evidencia de una confusión significativa. Para la mayoría de los profesionales, la dificultad principal radica en establecer la línea que divide las malas condiciones de trabajo (que se abordarían más adecuadamente en otras leyes, como la legislación laboral) de la explotación de los trabajadores con la suficiente gravedad como para incluirla en la definición de trata. Esa línea puede variar dependiendo de las condiciones laborales en el país en general. Las dificultades aumentan cuando el marco legal más amplio no proporciona delitos alternativos sólidos. Algunos Estados parecen equiparar los bajos salarios, las malas condiciones de trabajo y el engaño sobre las condiciones de trabajo con la trata de personas para los trabajos forzados. En respuesta a la preocupación de que esto pueda ampliar demasiado la noción de trata de personas, señalaron que sus leyes comprendían este enfoque y que estaba respaldado por el Protocolo, particularmente a través de la adopción de medios indirectos o menos severos como el engaño y abuso de una situación de vulnerabilidad. Todos los profesionales reconocieron la idea de un continuo de explotación y pudieron identificar fácilmente las prácticas que podrían encontrarse en cada extremo. Sin

⁹⁴ Véase la sección 2.3.2.

embargo, había mucha menos certeza y consistencia en relación con la conducta que cae dentro de estos dos extremos. Los indicadores comúnmente citados de trabajos forzados asociados con la trata incluían el pago nulo o bajo; condiciones de vida inhumanas; horas de trabajo excesivas; no satisfacer las necesidades básicas; deuda extrema o servidumbre por deudas, y evidencia de lesiones o abuso. Como se describe más adelante, los factores culturales y sociales parecen ser importantes, si no determinantes, para establecer dónde puede estar el límite.

Trabajos forzados y trata de personas para realizar trabajos forzados: a los profesionales les resultó difícil distinguir los “trabajos forzados” como concepto o delito autónomo de “la trata para los trabajos forzados”. Esto es comprensible ya que el concepto de trabajos forzados necesariamente incluye un elemento de medios (uso de fuerza/coacción) e implica uno o más de los actos estipulados. En la práctica, parece haber poca o ninguna diferencia entre los dos conceptos, lo que significa que los casos de trabajos forzados pueden procesarse fácilmente como trata para fines de trabajos forzados. Lamentablemente, hay pocos casos disponibles contra los cuales poner a prueba esta conclusión, que, por lo tanto, debe considerarse provisional.⁹⁵

4.2.3 Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y a la servidumbre

Como se señaló en la Parte 2, la esclavitud se define en el derecho internacional. Si bien el término “prácticas análogas a la esclavitud” no se define explícitamente, se entiende que prohíbe la servidumbre por deudas, la servidumbre, las formas serviles de matrimonio y la venta de niños para la explotación.

La servidumbre no está explícitamente definida, pero se entiende que es una forma menor de esclavitud. La mayoría de los Estados encuestados han incluido la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre dentro de su lista de fines estipulados de trata. Algunos han adjuntado definiciones a estos términos, pero la mayoría no lo han hecho. En todos, excepto en uno o dos, estos fines de la trata parecen ser de menor importancia: son raramente procesados y escasamente comprendidos. Solo un país (Australia) ha definido y desarrollado delitos sustantivos de “servidumbre”.

Comprensión/importancia de la esclavitud: en dos Estados (Brasil y Australia), el concepto de esclavitud es fundamental para entender y responder a la trata. Los profesionales de ambos Estados insistieron en que esta forma de explotación es fundamental para comprender la trata y la coherencia de la respuesta global. Independientemente de si la ley incluye una definición específica, los profesionales de la mayoría de los Estados pudieron señalar que la esclavitud es cualitativamente diferente de otras formas de explotación al incorporar la idea de la propiedad de facto de una persona sobre otra. En la mayoría de los sistemas legales, el concepto de esclavitud antecede a cualquier legislación de trata. Sin embargo, con la excepción de Brasil y Australia, se proporcionó muy poca jurisprudencia para ayudar a explicar cómo la esclavitud es o podría ser entendida en el contexto de la trata.

⁹⁵ También debe señalarse que la cuestión de distinguir entre un fin de explotación estipulado (por ejemplo, trabajos forzados) y la trata con ese fin estipulado (por ejemplo, trata de trabajos forzados) va más allá de los trabajos forzados para incluir todas las propuestas estipuladas en la definición del Protocolo que contienen o implican tanto explotación como un elemento de “medios”.

Confusión en torno a prácticas análogas a la esclavitud: si bien varios Estados han incorporado la definición legal internacional de esclavitud en su legislación, ninguno ha proporcionado una definición de “prácticas análogas a la esclavitud”. Hay algunos indicios de que los Estados no comprenden bien el alcance y el contenido sustantivo de esta prohibición legal internacional. Por ejemplo, los profesionales a menudo desconocían que la referencia a “prácticas análogas a la esclavitud” en su legislación ampliaba efectivamente la lista de fines estipulados para incluir la servidumbre por deudas, la servidumbre, las formas serviles de matrimonio y la venta de niños para su explotación. En algunos casos, es evidente que la confusión sobre este punto se extendió a los redactores de la legislación (algo que está indicado por una legislación que incluye tanto “prácticas análogas a la esclavitud” como ciertas prácticas que caen en este concepto como formas estipuladas de explotación relacionada con la trata).

Distinguir entre la esclavitud y el trabajo forzado: los profesionales en general no tenían clara la distinción entre esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y otras formas de explotación estipuladas, especialmente el trabajo forzado. Algunos opinaron que la distinción era una cuestión de grado: cuanto más grave era la explotación y cuanto más completo era el control que ejercía el explotador sobre su víctima, más probable era que esta situación se caracterizase por ser una situación de esclavitud. En algunos Estados (como Brasil), el trabajo forzado se considera una condición análoga a la esclavitud. En un país (Bulgaria), actualmente hay discusiones sobre la viabilidad de incorporar la esclavitud y los delitos relacionados en el marco de los trabajos forzados.

4.2.4 Extracción de órganos

En la Parte 2 se describió cómo este fin particular de la explotación relacionada con la trata de personas se incluyó en la definición del Protocolo en el último minuto y con muy poca discusión. Desde entonces, ha habido un considerable debate y confusión con respecto a la diferencia, en su caso, entre “la trata de personas con fines de extracción de órganos” y “tráfico de órganos”. Ese debate continúa y se ha acelerado a medida que surgen casos de personas explotadas de esta manera. La confusión e incertidumbre a nivel internacional sobre la extracción de órganos como forma de explotación relacionada con la trata se refleja a nivel nacional. La mayoría de los Estados encuestados han incluido esta forma de explotación dentro de sus definiciones de trata. Sin embargo, en la práctica, la extracción de órganos raramente se considera como un fin de explotación de la trata. Cuando se produce la extracción ilícita de órganos (o la eliminación de otras partes del cuerpo), generalmente se aborda bajo el régimen legislativo que rige la extracción de órganos o como un delito distinto en el código penal u otra legislación. Con la excepción de Uganda, donde se informa que la extracción de órganos o partes del cuerpo ocurre por motivos de brujería, los Estados encuestados en general señalaron que han encontrado pocos o ningún caso de esta forma de trata. Es importante señalar que muchos Estados han ampliado su legislación más allá de la extracción de órganos para incluir tejidos, células y otras partes del cuerpo y fluidos corporales.

4.2.5 Otras formas de explotación

La mayoría de los Estados encuestados han ido más allá de la lista de fines de explotación de la trata establecidos en el Protocolo, ya sea explícitamente, al agregar formularios adicionales en la legislación, o implícitamente, al interpretar ciertas formas estipuladas como extensivas a otras prácticas (por ejemplo, incluyendo la subrogación comercial en explotación sexual, o la mendicidad forzada en los trabajos forzados). Esta sección resume brevemente los hallazgos más relevantes de la encuesta.

La mendicidad: como se explica en la Parte 2, aunque esta forma de explotación no está incluida en el Protocolo contra la Trata de Personas, se ha incorporado a otros instrumentos jurídicos internacionales, específicamente a la Directiva 2011/36UE. Entre los Estados encuestados, hubo un acuerdo general en que la mendicidad (acompañada de uno de los medios estipulados) es de hecho una forma precisa de explotación relacionada con la trata. Alrededor de la mitad de los Estados encuestados han incluido explícitamente la mendicidad en su legislación. Entre aquellos que no lo han hecho, parece haber muy poca dificultad para incluir la mendicidad en una o más formas estipuladas, como una “situación de peligro” (Suecia), una “actividad ilegal” (Malasia) o trabajo forzado. Es importante señalar que tres Estados (Bulgaria, Suecia y Tailandia) informaron dificultades prácticas para establecer una intención de explotación en los casos de mendicidad que involucra a los padres que hacen mendigar a sus hijos.

Adopción ilegal: solo uno de los Estados encuestados (Uganda) incluye la adopción ilegal en su ley contra la trata de personas. Se espera que otro Estado (Brasil) enmiende su ley para incluir también la adopción ilegal. En Malasia, la forma “otra actividad ilegal”, que engloba la explotación, parece tener la capacidad de absorber la adopción ilegal. El debate en torno a la adopción ilegal en el contexto de la trata de personas se centra en la pregunta de si es posible establecer una intención de explotación. En la mayoría de los marcos legales, si un proceso de adopción busca ubicar a un niño en una situación de explotación (por ejemplo, con fines de criminalidad forzada, matrimonio o explotación sexual), parece haber pocas dudas de que esto podría ser reconocido como una forma de explotación relacionada con la trata. Sin embargo, cuando el objetivo de la adopción no es la explotación, eso sería suficiente para excluirlo del marco de la trata de la mayoría de los Estados. A este respecto, debe señalarse que la venta de niños para su explotación está incluida dentro de la comprensión jurídica internacional de las “prácticas análogas a la esclavitud”.

Subrogación comercial: ninguno de los Estados encuestados incluye explícitamente la subrogación comercial como un fin de explotación en la legislación contra la trata de personas. Sin embargo, uno (Bulgaria) ha establecido la trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a sus bebés como un delito. Otro (Tailandia) ha procesado la subrogación comercial que involucra la fuerza y el fraude como una forma de explotación sexual relacionada con la trata. Es importante reconocer que la maternidad subrogada comercial internacional es un tema muy nuevo para la comunidad internacional y que muchos Estados todavía no han armonizado sus leyes con lo que está sucediendo en la práctica. Los profesionales de varios Estados señalaron que la maternidad subrogada comercial puede de hecho implicar trata (típicamente del subrogado, pero potencialmente también de las mujeres para la recuperación de óvulos), y opinaron que todos los Estados interesados deben abordar esta cuestión. Dejando de lado el potencial de que la madre sustituta sea víctima de trata, parece que la subrogación comercial internacional también se

encuentra comprendida en la definición legal internacional de “venta de niños” (Naciones Unidas, 2002). Sin embargo, al igual que con la adopción, sería necesario establecer la intención de explotación para esta forma de “venta de niños”, con el fin de constituir una forma de explotación relacionada con la trata.

Explotación en actividades delictivas: como se explicó en la Parte 2, aunque esta forma de explotación no está incluida en el Protocolo contra la Trata de Personas, se ha incorporado a otros instrumentos jurídicos internacionales, en particular a la Directiva UE 2011/36UE, que se refiere al “carterismo, robo en tiendas, tráfico de drogas y otras actividades similares que están sujetas a sanciones e implican ganancias económicas” (Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2011). De los Estados encuestados, solo Uganda incluye explícitamente la explotación en actividades delictivas. La jurisprudencia en Suecia ha confirmado que la referencia legislativa a la “situación de peligro” abarca a la trata de personas con el fin de explotarlas en el fraude financiero y el fraude de bienestar social. Los profesionales de otros Estados encuestados indicaron que la explotación de personas para su uso en actividades delictivas podría ser comprendida por figuras de explotación existentes, como los trabajos forzados. En Malasia, el término “otras actividades ilegales” (utilizado para expandir las formas de explotación más allá de las enumeradas), no se considera que incluya automáticamente la explotación en actividades delictivas.

Formas forzadas o serviles de matrimonio: como se señaló anteriormente, el entendimiento legal internacional de “prácticas análogas a la esclavitud” incluye el “matrimonio servil”. Sin embargo, con una sola excepción (Brasil), los profesionales de Estados que han incluido prácticas análogas a la esclavitud como forma de explotación en general no tenían conciencia de que se presume que el matrimonio servil está incluido en el alcance de su legislación contra la trata. La legislación en varios de los Estados encuestados hace referencia explícita a formas explotadoras de matrimonio, incluido Colombia (matrimonio servil), Uganda (matrimonio forzado e infantil) y Australia (matrimonio forzado). Solo Australia ha adjuntado una definición al delito correspondiente. Muchos profesionales encuestados expresaron inquietud e incertidumbre en torno al tema del matrimonio y la trata de personas. En algunos Estados, es evidente que la noción de un matrimonio “servil” no es familiar, y difícilmente llegaría a formar parte de las ideas aceptadas en torno a lo que puede y debe ser regulado por el Estado. El concepto de matrimonio forzado está cargado de tensión igualmente: algunos profesionales cuestionaron toda la idea argumentando que, en principio, un matrimonio celebrado sin consentimiento no es válido. Otros afirmaron que el matrimonio forzado solo podía considerarse en el marco de la trata si daba como resultado una explotación sexual o de otro tipo. En otras palabras, como ocurre con la adopción comercial, sería necesario establecer una intención de explotación para elevar el matrimonio forzado a una situación de trata. Algunos profesionales señalaron una dificultad para distinguir entre un matrimonio forzado y un matrimonio arreglado. En este contexto, cuestionaron el impacto del principio de la irrelevancia del consentimiento (ciertamente, es esencial considerar el consentimiento para determinar si un matrimonio arreglado por otros fue de hecho forzado). La cultura y la religión juegan un papel fundamental al determinar qué circunstancias, si las hay, transformarían un acto o situación matrimonial en una forma de explotación relacionada con la trata. Este aspecto se considera en la siguiente sección.

Otras formas de explotación estipuladas o discutidas: un cierto número de Estados encuestados han incluido una forma de explotación relacionada con la trata que no fue contemplada

por los redactores del Protocolo contra la Trata de Personas y que no está estipulada por ningún otro Estado encuestado. Estos incluyen el reclutamiento de menores en el servicio militar (Suecia); explotación con fines de fraude a la seguridad social (Suecia); trata de mujeres embarazadas con el fin de vender al niño (Bulgaria); explotación de niños como jinetes de camellos (Catar); explotación de niños con fines políticos (Egipto); explotación mediante extorsión (Tailandia), y brujería y sacrificio humano (Uganda).

4.3 Hallazgos generales y tópicos para profesionales

Esta sección identifica brevemente y describe los resultados de la encuesta, así como los principales problemas relacionados con el aspecto de explotación en la definición de trata de personas que surgieron durante las entrevistas con los profesionales.

El elemento de explotación de la definición a menudo no está entendido correctamente o uniformemente y esto obstruye las investigaciones y procesos judiciales: en casi todos los Estados encuestados, las entrevistas con profesionales confirmaron que la explotación no siempre es entendida correctamente de manera uniforme y esto contribuye a que las respuestas del aparato de justicia penal ante este problema no sean óptimas. La ausencia de definiciones claras en la ley (tanto relativas a la explotación como a las formas de explotación estipuladas) se considera como parte del problema, pues abre la puerta para que haya discrecionalidad interpretativa que puede llevar a la inconsistencia. Las definiciones detalladas y centradas en lo operacional parecen reducir, pero no eliminar, la confusión. Muchos profesionales notaron que incluso con la ayuda de definiciones legales claras, a menudo es difícil distinguir la trata de otros delitos. Por ejemplo, ¿bajo qué circunstancias podría (o debería) una situación de explotación sexual criminal constituir trata? ¿Son todos los trabajos forzados trata y, de no ser así, cómo se puede distinguir el delito de trata de personas del delito independiente? El principio de la irrelevancia del consentimiento fue citado por varios profesionales como una fuente de confusión en relación con la explotación. En pocas palabras, los responsables de investigar, procesar y sentenciar los casos de trata de personas pueden tener problemas para entender cómo una persona que dio su consentimiento puede ser víctima de la explotación relacionada con la trata de personas.

Los desafíos prácticos y probatorios que se encuentran en todos los casos de trata de personas son particularmente graves en relación con los trabajos forzados: muchos profesionales señalaron que los casos de trata, independientemente de la forma de explotación involucrada, son invariablemente difíciles de investigar y procesar. Las sentencias se consideran prácticamente imposibles de obtener sin la participación de las víctimas; desafortunadamente, a menudo es difícil garantizar su cooperación segura y efectiva. En la mayoría de los Estados existe un enfoque desproporcionado en la trata con fines de explotación sexual, incluso cuando es evidente que también prevalecen otras formas de explotación. Mientras que muchos factores pueden ayudar a explicar esta situación,⁹⁶ los profesionales entrevistados señalaron las dificultades relativamente mayores involucradas en la investigación y el proceso de formas no sexuales de explotación como la razón principal de cualquier discrepancia. El ejemplo de los trabajos forzados se citó con frecuencia

⁹⁶ Por ejemplo, en muchos Estados (y en el mundo) se ha entendido históricamente que la trata se relaciona principalmente con la explotación sexual, algo que ha retrasado el que haya una comprensión más amplia de este fenómeno, particularmente entre los profesionales de la justicia penal.

en este contexto; esta forma de explotación a menudo está simulada dentro de una industria por lo demás legítima, lo que dificulta su identificación en primer lugar. También hay indicios de que la aceptación política y social de las condiciones laborales de explotación, especialmente entre los migrantes, contribuye a rebajar el perfil de dicha conducta. Los profesionales de muchos Estados experimentan grandes dificultades para separar las malas condiciones de trabajo de una situación que podría o debería perseguirse como un delito de trata. La falta de orientación definitiva a este respecto se mencionó con frecuencia, al igual que la falta de delitos alternativos; esto significa que, si no se establece la trata de personas para los trabajos forzados, una conducta altamente explotadora se puede considerar como una falta administrativa o incluso quedar impune.

La gravedad es relevante para establecer la explotación en la práctica: se les pidió a los profesionales que consideraran la relevancia de la gravedad y/o el grado de daño para establecer la explotación en el contexto de la trata. En general, los profesionales opinaron que estas no son consideraciones relevantes para la ley: incluso una explotación “moderada” es suficiente para establecer el fin/elemento de explotación de la falta. Sin embargo, la mayoría estuvo de acuerdo en que *la gravedad de la explotación, la gravedad de los medios utilizados* (fuerza, engaño, etc.) y *el grado de daño* son consideraciones prácticas importantes tanto para la etapa investigativa como para la fiscalía. De ello se deduce que los casos limítrofes (cuando la explotación y/o los medios utilizados no son considerados particularmente graves, o cuando la explotación no parece haber causado un daño sustancial a la víctima) no pueden, por recursos y otras razones, ser perseguidos como trata. Sin embargo, había una sensación general de que, a pesar de que los casos limítrofes causan problemas, los intentos de delinear con precisión un “umbral de gravedad” serían riesgosos y posiblemente contraproducentes. Cierta número de profesionales señalaron que los delitos alternativos robustos son importantes para garantizar que la conducta de explotación que no alcance el umbral necesario para la trata de personas no quede impune. En la mayoría de los Estados encuestados se observó que la gravedad de la explotación y/o el grado de daño serían relevantes para la imposición de penas, incluso mediante la aplicación de delitos agravados. Asimismo, cabe señalar el vínculo entre la gravedad de la explotación y la pregunta del consentimiento. Las encuestas confirmaron un hallazgo del Documento Temático anterior sobre el consentimiento: cuanto más severa es la explotación, menos relevantes se vuelven las declaraciones de consentimiento (UNODC, 2014b, pp. 82-84).

La cultura y el contexto nacional son relevantes para determinar la explotación: las entrevistas con los profesionales confirmaron que la cultura y el contexto nacional (incluida la religión) suelen ser muy relevantes para determinar si cierta situación se identifica como una forma de explotación relacionada con la trata. Estos factores parecen ser especialmente relevantes en relación con la explotación sexual y otras formas de explotación que afectan particularmente a mujeres y niñas. Por ejemplo, en los Estados donde la prostitución se considera intrínsecamente explotadora, hay indicios de una disposición relativamente mayor a considerar las situaciones de prostitución como indicativas o predictivas de la trata con fines de explotación sexual. En estos Estados, la explotación sexual puede considerarse “peor” que otras formas de explotación. En algunos Estados, el concepto de “matrimonio forzado o servil” es contrario a la cultura y tradición nacionales, y los profesionales tenían claro que se requerirían circunstancias extremas para iniciar la investigación de un matrimonio por explotación relacionada con la trata. Las consideraciones culturales y contextuales específicas, por supuesto, también pueden ser de gran importancia en los casos que afectan a hombres y niños. Algunas personas reconocieron que la explotación de los

trabajadores migrantes ha sido culturalmente “normalizada” hasta el punto en que, en principio, no se consideraría trata, en particular cuando se compara con una situación que involucra a una persona originaria de ese país. Las consideraciones culturales también contribuyen a determinar si otras formas de matrimonio (matrimonio infantil, matrimonio temporal) son vistas como formas de explotación en el marco legal sobre la trata. Cuestiones alrededor de la religión y la etnicidad también pueden desempeñar un papel para determinar si una práctica en particular cumple con el umbral de la explotación en el contexto de la trata. Por ejemplo, los profesionales de un Estado señalaron que prácticas como el matrimonio infantil y la mendicidad de los niños pueden percibirse de manera diferente según el origen étnico de los involucrados. Esto puede dar como resultado un tipo de discriminación en el que formas de explotación que en la cultura dominante son rechazadas se consideran “más aceptables” si afectan a ciertas minorías étnicas.

Existe una necesidad de amplitud y flexibilidad, pero también de establecer parámetros claros: con solo pocas excepciones, los profesionales afirmaron la necesidad de mantener un cierto grado de flexibilidad para definir y comprender la explotación relacionada con la trata. Muchos señalaron la aparición de formas de explotación nuevas u ocultas, cambios en la metodología criminal y la mejora en la comprensión de cómo ocurre la explotación, como factores que subrayan la importancia de dicho enfoque. Sin embargo, un número menor de profesionales también señaló que una ley vaga e imprecisa, no es una buena ley: los principios básicos de legalidad y justicia exigen que los delitos se tipifiquen con certeza. La cuestión de cómo podrían conciliarse estos dos principios importantes no se abordó.

4.4 Perspectivas sobre la orientación para profesionales

Con algunas excepciones, los profesionales acordaron que la orientación sobre el elemento de “explotación” de la definición de trata de personas sería útil para quienes participan en la investigación, el procesamiento legal y la sentencia de tales casos. Algunos profesionales señalaron que dicha orientación también sería útil para otros, por ejemplo, los inspectores del trabajo y las agencias de apoyo a las víctimas que participan en la identificación y referencia de posibles víctimas. Sin embargo, se reconoció que diferentes criterios pueden ser aplicables para determinar si una persona ha sufrido explotación, de manera que pueda recibir el apoyo necesario en su calidad de víctima.

Para algunos profesionales, es necesario que en su país se brinde orientación: la explotación y las formas de explotación estipuladas en la ley deben explicarse claramente y sus parámetros deben estar firmemente establecidos de manera que reflejen las condiciones y el contexto nacionales. Otros profesionales consideraron que la orientación internacional es más importante, tanto en sí misma como en términos de proporcionar un marco dentro del cual se pudiera desarrollar una orientación nacional más detallada y adaptada. Cierta número de profesionales expresaron su preocupación de que la orientación, ya sea nacional o internacional, pueda operar para restringir la flexibilidad que es tan importante para garantizar que las leyes de trata puedan incorporar situaciones nuevas y cambiantes. Los profesionales estaban divididos sobre la cuestión de si podría haber una comprensión universal de lo que constituye la explotación para fines de trata. Algunos expresaron la opinión de que las diferencias entre los Estados (en términos de situación, actitudes

y valores) son demasiado grandes para apoyar una comprensión genuinamente común. Otros señalaron que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos proporcionan una base sólida para una comprensión universal de la explotación. Estos puntos de vista deben ser considerados a la luz del hallazgo de que la cultura y el contexto nacional pueden ser determinantes importantes de lo que se considera “explotación”.

5. Orientación sobre políticas y prácticas para consideraciones posteriores

La siguiente guía refleja los puntos generales que surgieron durante el desarrollo de este Documento Temático, así como durante las entrevistas con expertos y en la reunión del Grupo de Expertos.

1. Comprendiendo el Protocolo

1.1. No toda explotación es trata. Las formas de explotación estipuladas en la definición de trata del Protocolo no son “trata” bajo ese instrumento, a menos que los otros elementos requeridos (actos/medios) también estén establecidos. La única excepción a esto se relaciona con la trata de niños, cuya definición no contiene un elemento de medios.

1.2. En relación con el elemento “fin” de la definición de trata, la formulación del Protocolo debe considerarse un estándar mínimo, por debajo de la cual los Estados Parte no deberían caer. Los Estados Parte pueden ir más allá del estándar establecido en el Protocolo. Sin embargo, a este respecto, es importante reconocer que la formulación del Protocolo está diseñada para abordar formas graves de conducta delictiva y no para abarcar formas de conducta menos graves o meras violaciones técnicas de la ley.

1.3. La explotación en el contexto de la trata no está sujeta a una definición legal internacional precisa, aunque algunos tipos de explotación estipulados en el Protocolo se han definido mediante otros instrumentos jurídicos internacionales. Cuando los Estados consideran definiciones y entendimientos que se deben adjuntar a formas particulares de explotación en su legislación nacional, deben buscar orientación en los instrumentos legales internacionales pertinentes, incluidos los tratados de derechos humanos, los cuales aclaran varios conceptos asociados con la trata de personas.

1.4. Una medida de flexibilidad sobre cómo se entiende y aplica la “explotación” puede ser importante para dar cuenta de las diferentes formas de explotación que se pueden encontrar en la práctica o que pueden surgir a lo largo del tiempo. Sin embargo, como una cuestión de equidad fundamental y para proteger los derechos de todos, es imperativo que el marco legal nacional sea suficientemente claro, de manera que los profesionales de justicia penal y la comunidad en general puedan cumplir con las normas aceptadas en materia de justicia penal.

1.5. Los Estados pueden considerar útil reconocer las nuevas formas de explotación relacionadas con la trata que van más allá de las enumeradas en el Protocolo. Ejemplos tomados de leyes nacionales incluyen mendicidad, explotación en actividades delictivas, adopción comercial y subrogación, extracción de tejidos o fluidos corporales, servicio militar, fraude financiero o de bienestar social, matrimonio forzado o servil, explotación de niños para fines políticos, uso de niños en conflictos armados y prácticas o rituales perjudiciales.

2. Relevancia de la gravedad

2.1. En principio, la aparente severidad de la explotación no debe considerarse para determinar si el elemento de explotación ha sido establecido. Dado que el Protocolo está diseñado para abordar conductas delictivas graves, los profesionales pueden beneficiarse de una guía adaptada al contexto nacional, cuyo propósito sea ayudarlos a identificar formas y manifestaciones de explotación que deben considerarse para determinar si se justifica el proceso en virtud de la ley nacional de trata.

2.2. Los profesionales deben ser conscientes sobre los riesgos de establecer una jerarquía de tipos explotadores: un daño significativo puede resultar de cualquier tipo de explotación. En consecuencia, las suposiciones sobre el impacto no deberían hacerse sobre la base del *tipo* de explotación.

3. Consideraciones culturales, económicas y contextuales y la importancia de un estándar objetivo

3.1. Los profesionales deben ser conscientes del riesgo de hacer suposiciones o juicios sobre la explotación con base en los estereotipos de las víctimas o las expectativas culturales. Únicamente se deben considerar los estándares objetivos *establecidos en la legislación nacional que rige la investigación o el proceso de casos de trata*. Por ejemplo, el hecho de que una víctima pueda haber experimentado una mejoría aparente en su situación anterior no debería ser relevante para determinar si se ha establecido el elemento del fin de la trata. Si bien es potencialmente útil para establecer los medios, la creencia subjetiva de la víctima con respecto a su situación tampoco debería interferir con la aplicación de un estándar objetivo para determinar si se ha establecido el elemento de fin de la definición de trata.

3.2. En la práctica, la cultura y el contexto nacional (por ejemplo, las creencias religiosas, la etnicidad de la víctima, etc.) pueden influir en cómo se comprenden y se aplican las diferentes formas de explotación (y, por lo tanto, el elemento de finalidad de la definición). Existe el riesgo de que tales enfoques resulten en una aplicación diferente de las normas de justicia penal. Al considerar las perspectivas culturales y nacionales, los Estados Parte y sus profesionales deberían guiarse por los fines generales del Protocolo⁹⁷ y por las normas internacionales de derechos humanos pertinentes, incluidas las que protegen la dignidad y la libertad humanas.

4. Cuestiones probatorias y de procedimiento

4.1. Por muchas razones, incluida la complejidad del delito y los obstáculos para garantizar la cooperación de las víctimas, así como el lapso que suele transcurrir entre la comisión del delito y el juicio, la investigación y el proceso de los casos de trata de personas suelen ser difíciles, complejos

⁹⁷ El artículo 2 del Protocolo establece que sus fines son: a) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; (b) proteger y ayudar a las víctimas de trata, con pleno respeto de sus derechos humanos, y (c) promover la cooperación entre los Estados Parte para alcanzar esos objetivos.

y tomar mucho tiempo. Lo anterior no debe menoscabar la responsabilidad general del profesional de analizar cuidadosa y objetivamente toda la evidencia relevante para garantizar que todos y cada uno de los elementos de los cargos de trata propuestos estén respaldados adecuadamente por hechos creíbles antes de que se formulen y persigan los cargos de trata.

4.2. El establecimiento de una relación de confianza entre los funcionarios de la justicia penal y las víctimas de la explotación es esencial para una respuesta efectiva de la justicia penal. Los profesionales deben estar conscientes de que este proceso crítico requerirá una inversión substancial de tiempo y compromiso.

4.3. Al abordar los problemas asociados con el establecimiento del elemento del fin del delito (explotación), los profesionales tal vez quieran considerar ciertas prácticas prometedoras que están surgiendo. Por ejemplo, muchos Estados consideran que la tarea de obtener pruebas de la explotación puede facilitarse mediante alianzas tempranas y efectivas entre: (i) investigadores y fiscales, (ii) agencias de justicia penal y otros funcionarios, como inspectores del trabajo y (iii) las agencias de justicia penal y personas que trabajan con víctimas, como trabajadores sociales, quienes pueden estar en condiciones de generar confianza entre las víctimas y trabajar con los investigadores para obtener declaraciones.

4.4. Otras prácticas prometedoras que pueden facilitar la obtención de pruebas de explotación incluyen: (i) la especialización de la investigación y la respuesta procesal mediante la reforma institucional y la capacitación dirigida; (ii) equipos multidisciplinarios que incluyen agencias de apoyo a víctimas, así como diferentes agencias de justicia criminal; (iii) investigaciones financieras paralelas destinadas a identificar los activos y el producto del delito; (iv) cooperación internacional para obtener información y evidencia de otro país; (v) la negociación de la declaración de culpabilidad para obtener la cooperación de delincuentes menores a fin de fortalecer la evidencia contra los delincuentes mayores, y (vi) el uso estratégico de delitos no relacionados con la trata o menos graves para atacar a delincuentes de menor rango a fin de obtener pruebas contra delincuentes de alto nivel.

4.5. Cuando hay indicios de explotación relacionada con la trata de personas, los profesionales deben tratar de obtener pruebas que corroboren esa explotación de manera oportuna y eficiente. Esta tarea probatoria es necesaria en todos los casos y puede ser especialmente vital en situaciones donde las víctimas parecen ignorar que han sido explotadas o afirman que no han sido explotadas.

4.6. Los profesionales deben ser conscientes de la posibilidad de que la legislación nacional permita que una situación de explotación sea debidamente juzgada como un delito no relacionado con la trata (ya sea de manera separada o como una adición a un cargo de trata). Al considerar las opciones de los cargos, se debe tener cuidado para garantizar que el rango de sentencia de cualquier delito alternativo considerado o acusado refleje adecuadamente la gravedad de la explotación y el papel desempeñado por el acusado en esta. También se debe tener cuidado de que este enfoque no dé lugar a una negación de las protecciones y los derechos de las víctimas, o de que no se identifiquen y no se brinde atención a todas las víctimas de la explotación delictiva.

4.7. A menudo se requiere que los Estados prioricen los escasos recursos de justicia penal. En este sentido, y en consonancia con el propósito general del Protocolo, para abordar la delincuencia

severa, se debe garantizar que los recursos se asignen de manera tal que los funcionarios de la justicia penal puedan abordar las formas y manifestaciones de explotación que presentan los riesgos más graves para los derechos de las víctimas y su bienestar, tanto físico como psicológico.

Referencias

Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho Penal y las Organizaciones No Gubernamentales, Convenio Interinstitucional 045-2009, (Libertad y Orden, Ministerio del Interior y de Justicia, Republica de Colombia; UNODC, Universidad del Rosario, Acreditación institucional de alta calidad, Ministerio de Educación Nacional).

Allain, J. (2012). Introducción. *La esclavitud en el derecho internacional: la explotación y la trata de personas* (s.p.). Leiden: Editores Martinus Nijhoff.

----- (2009). Sobre la Curiosa Desaparición de la Servidumbre Humana del Derecho Internacional General. *Revista de Historia del Derecho Internacional*, vol. 11, s.p.

----- (2008). *Las Condiciones de Esclavitud: Los Trabajos Preparatorios de la Convención de la Liga de las Naciones de 1926 y la Convención de las Naciones Unidas de 1956*. Leiden: Martinus Nijhoff.

Bossuyt, M. (1987). *Guía de los Trabajos Preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Leiden: Martinus Nijhoff.

Chuang, J. (2014). El Avance Sigiloso de la Explotación y el Desmantelamiento de la Ley de Trata de Personas. *Revista Americana de Derecho Internacional*, 108(4).

----- (2012). Artículo 6. En M. Freeman, C. Chinkin y B. Andrees (eds.), *La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: Un Comentario* (s.p.). Oxford: Editorial de la Universidad de Oxford.

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2000). Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Adendum, Parte II: Borrador Final del Texto de los Elementos de los Crímenes, UN Doc. PCNICC / 2000/1 / Add.2, 2 de noviembre.

Comité Nacional para Combatir la Trata Humana, *Combatiendo la Trata Humana en los EAU: Reporte Anual 2013-2014*, p. 26 y 27.

Conferencia Internacional del Trabajo (2014). Texto del Protocolo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930, Actas Provisionales 9A, 103.^a reunión, Ginebra.

Consejo de Europa (2005). Informe Explicativo sobre el Convenio sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos, ETS 197, 16.V.2005.

Consejo Europeo y Naciones Unidas (2009). *Trata de Órganos, Tejidos y Células y Trata de Seres Humanos con el Propósito de la Extracción de Órganos*.

Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D46.pdf>

Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 96 UNTS 271, realizado el 2 de diciembre de 1949; entró en vigor el 25 de julio de 1951.

Convención sobre la esclavitud. 1926. Ginebra. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>

Fundación Thomas Reuters (2012). *Perspectiva General de las Leyes de Trata y Prostitución en Medio Oriente y África*.

Gallagher, A. (2015). Artículo 35. En P. Alston y J. Tobin (eds.), *Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño* (s.p.). Oxford: Editorial de la Universidad de Oxford.

----- (2010). *El derecho internacional de la trata de personas*. Cambridge: Editorial de la Universidad de Cambridge, 2010).

Gladstone, R. (2013). Americanos encarcelados por meses en Catar después de la muerte de su hija. *New York Times*, 4 de noviembre. Disponible en: www.nytimes.com/2013/11/05/world/middleeast/americans-accused-in-daughters-death-are-jailed-for-months-in-qatar.html?_r=0

Grupo de Expertos en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa (2011). Informe sobre la aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos en Bulgaria.

Honderich, T. (ed.) (2005). *El Compañero Oxford a la Filosofía*. Oxford: Editorial de la Universidad de Oxford.

Informe de Trata de Personas de los Estados Unidos de 2012 Disponible en: http://www.mercops.org/Vigentes/117.Report_US_narrative_final_HNC-SPA.pdf

Kunarac, Kovac y Vukovic (2002). Caso IT-96-23-T e IT-96-23 / 1-T, Sala de Apelaciones del TPIY, 12 de junio. La Haya.

Mattar, M. (2011). Legislación de Derechos Humanos en el Mundo Árabe: el Caso de la Trata de Personas. *Revista de Michigan de Derecho Internacional*, vol. 33: 101, 2011, s.p.

McLean I. y McMillan, A. (eds.) (2009). *Diccionario Conciso Oxford sobre Política*. Oxford: Editorial de la Universidad de Oxford.

Naciones Unidas (2013a). Formas de explotación no mencionadas específicamente en el Protocolo, Doc. de las Naciones Unidas CTOC/COP/WG.4/2013/4, 23 de agosto.

----- (2013b). Informe del Relator Especial sobre la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, UN Doc. A / 68/256, 2 de agosto

----- (2012) Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York: UNODC. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf

----- (2012). Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 15 al 19 de octubre de 2012, UN Doc. CTOC/COP/2012/15, 5 de noviembre.

----- (2011). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo, UN Doc. A/HRC/17/35/Add.2, 15 de abril.

----- (2010a). Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo sobre la trata de personas celebrada en Viena del 27 al 29 de enero de 2010, documento de la ONU CTOC/COP/ WG.4/2010/6, 17 de febrero.

----- (2010b). Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su quinto período de sesiones, celebrado en Viena del 18 al 22 de octubre de 2010, UN Doc. CTOC/COP/ 2010/17, 2 de diciembre.

----- (2008). Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional en su cuarta sesión, celebrada en Viena del 8 al 17 de octubre de 2008, UN Doc. CTOC/COP/2008/19, 1 de diciembre.

----- (2004). Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

----- (2003). Boletín del Secretario General: Medidas especiales para la protección contra la explotación y el abuso sexual, doc. ONU. ST/SGB/2003/13, 9 de octubre.
sobre su primer período de sesiones, celebrado en Viena del 28 de junio al 8 de julio.

----- (2002). Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Pornografía Infantil, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo.

----- (2000). Proyecto revisado de 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, A/AC.254/4/Add.3/Rev.7, 11º período de sesiones Viena, 2 a 27 de octubre.

No.2 / 16.07.2009 del Tribunal Supremo de casación búlgaro.

Nowak, M. (2005). *Pacto de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos: Comentario del CCPR*. Alemania: N.P. Engel, 2005.

Oficina de Servicios de Supervisión Interna de las Naciones Unidas (2008). Preguntas frecuentes.

OIT (2014). *Ganancias y Pobreza: la Economía del Trabajo Forzoso*.

----- (2012). *Estimación Mundial del Trabajo Forzoso de la OIT: Resultados y Metodología*.

----- (2011). *Difícil de Ver, Más difícil de Contar: Directrices de la Encuesta para Estimar el*

Trabajo Forzoso de Adultos y Niños. Suiza.

----- (2009a). *Trabajo Forzoso y Trata de Personas: Libro de Casos de Decisiones de la Corte. Suiza.*

----- (2009b). *El Costo de la Coerción. Suiza*

----- (2005). *Una Alianza Mundial Contra el Trabajo Forzoso: Informe Global en el Marco del Seguimiento de la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo.*

OSCE (2013). *Trata de seres humanos con fines de expulsión de órganos en la región de la OSCE: análisis y conclusiones.*

Parlamento de la Mancomunidad de la Cámara de Representantes de Australia (2012). Enmienda de la Legislación sobre Crímenes (Esclavitud, Condiciones Similares a la Esclavitud y Trata de Personas) Iniciativa de Ley 2012. Disponible en: www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r4840

Parlamento y Consejo de la Unión Europea (2011). Directiva 2011/36 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Pearsall, J. y Trumble, B. (eds.) (1996). *Diccionario Oxford de referencia inglés de Oxford.* Oxford: Editorial de la Universidad de Oxford.

R contra Stone y Beckford [2013] O.J. No. 371, 2013 ONSC 653.

Secretaría Nacional de Justicia, Departamento de Justicia, Clasificación, Títulos y Cualificación (2013). *Trata de personas: un abordaje para los derechos humanos.* Brasilia: Ministerio de Justicia.

Sobre la mendicidad forzada, véase Naciones Unidas (2013b). Sobre la trata para la venta de niños, véase Comité Nacional para Combatir la Trata de Personas, *Combatiendo la trata de personas en los EAU: Informe anual 2013-2014*, p. 27.

Stoyanova, V. (2013). La Crisis de una Definición: Trata de Personas en la Legislación Búlgara, *Amsterdam Law Forum*, vol. 5, no. 1, (s.p)

Trata de seres humanos con fines sexuales y de otro tipo, Informe de situación 13, RPS Rapport 2012, p. 23, refiriéndose al Tribunal de Distrito de Västmanland 25.08.2011, Caso no B 406-11.

Tribunal Supremo de Casación Búlgaro (2009). Decisión interpretativa n. ° 2 / 16.07. Disponible en: http://www.vks.bg/vks_p10_36.htm

UNODC (2014a). *Informe Mundial sobre la Trata de Personas.* Viena: UNODC.

----- (2014b). *Documento Temático: El Papel del “Consentimiento” en el Protocolo contra la Trata de Personas*. Viena: UNODC.

----- (2010). *Ley Modelo contra la Trata de Personas, E.09.V.11*, Nueva York.

----- (2009). *Manual contra la Trata de Personas para Practicantes de la Justicia Penal*. Viena: UNODC.

----- (2006). *Trabajos Preparatorios de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Viena: UNODC.

----- (2004). *Guías Legislativas para la Implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Viena: UNODC.

UNODC, Secretaría Nacional de Justicia, Ministerio de Justicia, Gobierno Federal de Brasil (2013). *Metodología Integrada de Recolección y Análisis de datos e Información sobre Trata de Personas*. Lugar:Brasil.

Van Dijk, P. y Van Hoof, G. (1990). *Teoría y Práctica de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Londres

ANEXO 1. Cuestiones para consideración y discusión

La siguiente es una lista de preguntas y temas a discusión que surgieron durante la encuesta y la reunión del Grupo de Expertos que tuvo lugar en octubre de 2014.

Preguntas generales de valores, política y riesgo

- ¿Existe el riesgo de que una comprensión demasiado amplia o flexible del consentimiento de la explotación (particularmente cuando vaya acompañada de medios más “sutiles” y una aplicación rígida del principio de irrelevancia del consentimiento) amplíe la definición de trata de una manera poco útil?
- En relación con lo anterior, ¿cuáles son los riesgos asociados con los esfuerzos actuales para identificar toda la trata como esclavitud, y todos los trabajos forzados como trata? ¿Estos reclamos pueden ser legalmente sostenidos?, es decir, ¿hay situaciones en las que el establecimiento del elemento de prueba por sí solo es suficiente para cumplir con la definición de trata? ¿Cuáles son las implicaciones de esto para la existencia de un concepto jurídico independiente de trata?
- ¿Existe el riesgo de que una comprensión demasiado estrecha o restrictiva de la explotación reduzca la definición de trata de una manera inútil?
- Al considerar los riesgos anteriores, ¿qué tan importante y relevante es el principio *nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege* (no hay delito ni sanción sin ley, que implica que la ley debe formularse en términos tan precisos que se puede establecer de antemano qué consecuencias judiciales tendrán ciertos actos)?
- ¿Es posible identificar valores comunes que puedan orientar a los Estados hacia un entendimiento común sobre lo que la “explotación” debe significar en el contexto de la trata? ¿En qué medida las diferencias entre los Estados (económicas, culturales, etc.) impiden el surgimiento de un entendimiento común?
- Desde la perspectiva de los valores y las políticas: ¿debería ser posible que una persona sea capaz de consentir su propia explotación? ¿Para la explotación severa? ¿Para la esclavitud?

Definiendo y entendiendo la explotación

- ¿Debería definirse “explotación” en la legislación nacional? En caso afirmativo, ¿qué elementos son más importantes? En caso contrario, ¿por qué no?
- ¿La explotación debe ser “económica” o “material”? ¿Por qué sí o por qué no?
- ¿Deberían ser definidas en la legislación nacional las formas de explotación estipuladas?
- Las definiciones existentes de los tipos específicos de explotación en el derecho internacional (trabajos forzados, esclavitud), ¿son apropiadas en el contexto de la trata?

-
- Si no, ¿qué precisiones a esas definiciones existentes serían adecuadas?
- Los esfuerzos para expandir el concepto de “esclavitud”, ¿deberían ser considerados como potencialmente relevantes para la definición legal internacional? ¿El Protocolo contra la Trata de Personas debería brindar orientación sobre la manera en que dichos esfuerzos expansionistas deban ser considerados y deban de responderse?
 - ¿Es apropiada la comprensión internacional generalmente aceptada de la “**explotación de la prostitución ajena**” en el contexto de la trata? Si no, ¿qué precisiones a ese entendimiento existente serían apropiadas?
 - ¿Es apropiada la comprensión internacionalmente aceptada de la “**servidumbre**” en el contexto de la trata? Si no, ¿qué precisiones a ese entendimiento existente serían apropiados?
 - ¿Es la comprensión generalmente aceptada a nivel internacional sobre las prácticas comprendidas en el término “**prácticas análogas a la esclavitud**” adecuada en el contexto de la trata? Además, ¿las definiciones/entendimientos jurídicos internacionales existentes vinculados a esas prácticas son apropiadas en el contexto de la trata de personas (**la servidumbre por deudas, la venta de niños para la explotación, la servidumbre y las formas serviles de matrimonio**)? Si no, ¿qué precisiones a esas definiciones existentes serían apropiadas? Por ejemplo, ¿la definición de servidumbre por deudas se adapta a un mundo en el que la migración financiada con deuda se ha vuelto tan importante? ¿Es apropiada la definición de matrimonio servil dada la amplia variedad de prácticas culturales en torno al matrimonio y las posibles consecuencias negativas de asociar los matrimonios con la trata?
 - ¿En qué medida se ha aceptado la «**extracción de órganos**» como una forma de trata de personas?
 - ¿Se debería motivar a los Estados a ir más allá de las formas mínimas establecidas en la definición, así como a agregar formas adicionales en su legislación nacional? ¿Hay algunas formas de explotación que los Estados deberían evitar incluir dado que se abordarían mejor mediante un marco jurídico alternativo (por ejemplo, adopción comercial, subrogación comercial y matrimonio forzado)? En relación con estas tres prácticas, ¿se debería ofrecer orientación sobre si también requieren que haya explotación para cumplir el umbral de ser un “fin” de la trata?
 - ¿Es una forma de explotación relacionada con la trata de personas la práctica reportada de mantener a los migrantes detenidos con fines de **extorsión criminal** (a veces también involucrando trabajo forzado y explotación sexual)? ¿Sería la “trata” un marco apropiado para comprender y responder a esta práctica?

Perspectivas nacionales e internacionales

- ¿Es posible asegurar una comprensión universal de la explotación que también reconozca las diferencias sustanciales (económicas, culturales, etc.) entre los Estados?
- Es ampliamente aceptado que las decisiones sobre si una situación particular constituye “explotación” para fines de trata deben reflejar los estándares del país en el que se produce la explotación. Por ejemplo, las normas laborales aceptadas pueden ser más bajas en un país que en otro. ¿Sigue siendo aplicable este principio cuando esos estándares están muy

-
- por debajo de los estándares internacionales?
 - En consecuencia: ¿la explotación es cultural o contextualmente relativa? ¿Debería serlo? ¿Cuál es el impacto de la relatividad en lograr una comprensión universal de la trata de personas? Por ejemplo, ¿debería ser posible que una situación se considere trata en un país y no en otro?
 - ¿Podría ser que la pertenencia de una posible víctima a un grupo étnico, religioso o cultural particular sea decisiva para determinar si una situación particular constituye “explotación” para los fines de trata?

Conexiones entre “explotación” y “medios”

- ¿Es relevante que algunas formas de explotación (por ejemplo, los trabajos forzados) impliquen “medios” y otros (por ejemplo, extracción de órganos, mendicidad) no lo hagan? ¿Debería existir una diferencia en cómo las formas de explotación que implican “medios” y las formas de explotación que no implican medios deberían abordarse?
- En relación con las formas de explotación que sí implican medios, ¿constituyen esencialmente la trata?, es decir, ¿la mano de obra forzada es trata?
- ¿Es relevante que algunas formas de explotación (por ejemplo, los trabajos forzados) impliquen la ausencia de consentimiento y otras no (por ejemplo, la extracción de órganos)?
- Algunos Estados han omitido el elemento “medios” de su definición de trata. ¿Tiene esta omisión algún impacto sobre cómo se entiende la explotación?

Relevancia de la gravedad/forma de explotación/impacto y daño

- La idea de un continuo de explotación es ampliamente comprendida y aceptada, y en general se acepta que el delito grave de trata de personas debe vincularse a formas y manifestaciones graves de explotación. Sin embargo, la definición del Protocolo no requiere un cierto nivel de gravedad (más allá de lo que implican las formas de explotación estipuladas). ¿La explotación debe ser de una severidad particular para establecer el elemento de “fin”? ¿El límite varía según el tipo de explotación? ¿Debería de variar? ¿Debido a qué otras razones sería diferente el “límite”?
- ¿La explotación extrema podría ocurrir fuera del contexto de la trata?
- ¿En qué medida debe la gravedad de la explotación ser una consideración en el establecimiento de las prioridades de la justicia penal?
- ¿La gravedad de la explotación es establecida con referencia al daño causado? ¿Qué otros factores son relevantes?
- Al determinar si una situación particular constituye “explotación” para fines de la trata, ¿podría el aparente *beneficio* para la víctima ser una consideración relevante?
- ¿Las consideraciones de derechos humanos podrían ayudar a determinar dónde se debe trazar la línea entre la explotación que no cumple con el umbral para la trata y la explotación que sí lo hace? (Por ejemplo, conducta o prácticas que violan los derechos

-
- humanos fundamentales frente a conductas o prácticas que no lo hacen).
- ¿Las consideraciones culturales o de otro tipo podrían ayudar a determinar dónde se debe trazar la línea entre la explotación que no cumple con el límite de trata y la explotación que sí lo hace? ¿Hay riesgos con este enfoque?

Consideraciones probatorias

- El elemento del “fin” del delito de trata requiere la intención de explotar: la explotación no necesita ser de una cierta severidad (aparte de la requerida o implícita por las formas de explotación estipuladas), o incluso haber ocurrido. ¿Se puede o se debe considerar la explotación al establecer otros elementos (actos y medios)?
- ¿Es razonable/practicable iniciar procesos por trata donde hay evidencia de intención de explotación, pero no de explotación?
- ¿Por qué algunas formas de explotación son más difíciles de identificar, investigar y procesar que otras? ¿Ayudarían las definiciones más claras en la identificación e investigación?

Consideraciones de orientación general

- ¿Es posible proporcionar orientación que pudiera ser útil para todos los Estados y contextos nacionales?
- ¿Es posible proporcionar una guía que equilibre la necesidad de un nivel de certeza con la necesidad de preservar la flexibilidad que es tan importante para garantizar que las leyes de trata puedan adaptarse a situaciones nuevas y cambiantes?
- ¿Cómo se puede ofrecer orientación de tal manera que no exacerbe el riesgo de que el concepto de trata se amplíe o reduzca de una manera que puede no estar en el espíritu del Protocolo?
- ¿Cómo se puede ofrecer orientación de tal manera que sea práctica, útil y accesible para los profesionales de la justicia penal encargados de la responsabilidad de identificar y procesar trata?
- ¿Cómo se puede ofrecer orientación teniendo en cuenta los limitados recursos con que cuenta el sistema de justicia penal y la necesidad de priorizar su uso?

ANEXO 2. Encuesta

ENCUESTA

El concepto de “explotación” en el contexto de la trata de personas

Esta encuesta es solo una plantilla. Se adaptó con base en la legislación nacional, el conocimiento y la experiencia de cada persona.

País:

Entrevistado:

Fecha / Hora / Lugar:

PARTE I: GENERAL

1. ¿Cuál es su visión sobre la definición de trata de personas en la legislación nacional?

- ¿Cree que es demasiado amplia / no es lo suficientemente amplia?
- ¿Cree que es una herramienta útil para procesar la explotación?
- ¿Cuáles son los principales problemas, si los hay, con la definición?
- ¿Existen preocupaciones probatorias específicas asociadas con la definición?
- ¿Es difícil procesar la explotación relacionada con la trata de personas? ¿Por qué?

PARTE II: EXPLOTACIÓN

Definiciones en la legislación nacional

2. ¿Cómo se delimita/describe/define la explotación en su legislación?

- ¿La explotación misma está definida? ¿Cómo explicaría el significado de la explotación?
- ¿Las definiciones se adjuntan a las formas de explotación estipuladas? (Especificar)
- Si algunas/todas las formas de explotación estipuladas no están explícitamente definidas, ¿es esto problemático o potencialmente problemático?

-
- ¿Cree que la explotación se define de manera demasiado amplia o restringida?

Práctica nacional

3. ¿Los parámetros de ciertas formas de explotación son claros para los profesionales y los tribunales?

- ¿Se han discutido/establecido los parámetros en la Corte?
- ¿Algunas formas de explotación presentan dificultades probatorias particulares o de otro tipo?
- ¿Puede ofrecer ejemplos de casos que hayan enfrentado estos conceptos?

4. ¿Cuál es la relación entre los delitos de explotación autónomos y la trata de personas?

- ¿Qué delitos aislados relacionados con la trata de personas existen? ¿Cómo se comparan las sentencias en relación con la trata?
- ¿Es fácil o difícil distinguir entre los delitos de explotación autónomos y la explotación en contextos de trata?
- ¿Por qué sí o por qué no?
- ¿Qué consideraciones son relevantes para determinar si una conducta ilícita será procesada en juicio como un delito de explotación independiente, como de explotación en la trata, o ambas cosas?

Patrones y tendencias de la trata

5. ¿Cuáles son las formas de explotación comúnmente más investigadas/procesadas en juicios en su país?

- ¿Las investigaciones/juicios por algunos tipos de explotación en la trata son más exitosos que otros? ¿Por qué?

6. ¿Cuáles son los desafíos al investigar/procesar la explotación por trata?

- ¿Cómo se prueba la intención de explotación del supuesto tratante?
- ¿Puede un juicio por intento de explotación tener éxito cuando no se ha producido ninguna

-
- explotación?
- ¿Puede un juicio ser exitoso aun cuando no sea posible probar qué tipo de explotación se pretendía?
 - ¿Puede un juicio ser exitoso aun cuando no se pueda demostrar el alcance previsto de la explotación?
 - ¿Cómo se prueba el intento de explotación del supuesto tratante?

7. ¿Cuál es la relevancia de las prácticas culturales o tradicionales en la comprensión, investigación y juicio de la explotación en casos de trata?

- ¿Las prácticas culturales o tradicionales de las presuntas víctimas/perpetradores influyen sobre cómo se advierte la explotación?
- ¿Los puntos de vista culturales o tradicionales de los jueces y otros actores influyen en cómo abordan la explotación?

Alcance del concepto de explotación

8. ¿Bajo qué condiciones los siguientes fines serían identificados como explotación, según las leyes de su país?

Formas de explotación contenidas explícitamente en el Protocolo contra la Trata de Personas

Explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual

Trabajo o servicios forzados (explotación laboral)

Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud

Servidumbre

Extracción de órganos

Otras formas de explotación

Subrogación comercial:

Adopción comercial: De quién es relevante la explotación: ¿de los padres biológicos, de los padres

adoptivos, del niño?

Formas forzadas o serviles de matrimonio: ¿Cuándo el matrimonio arreglado se convierte en matrimonio forzado?

Prostitución/Pornografía:

Actividades delictivas:

Mendicidad:

Servicio militar:

Trabajadores domésticos: ¿Caería esto dentro de la trata? ¿Por debajo de las leyes laborales?

¿Otro?

Alcance o severidad de la explotación

9. ¿Se requiere (o aparentemente se requiere) un cierto límite de explotación para establecer dicho elemento en el delito de trata?

- En caso afirmativo, ¿cómo se determina y mide la gravedad de la explotación?
- ¿La gravedad requerida cambia dependiendo del tipo de explotación? ¿Cómo?
- ¿Se consideraría que alguna explotación es demasiado «moderada» para cumplir con el elemento de explotación del delito de trata?
- ¿Se requiere el límite de explotación para los delitos de trata, el mismo límite, más alto o más bajo que para los delitos de trata autónoma?
- ¿Es más probable que las formas más graves de explotación sean juzgadas como un elemento de trata que como una forma de explotación autónoma?

10. ¿Cómo es relevante el tipo o la gravedad de la explotación en la sentencia?

- ¿Cómo impacta la gravedad de la explotación en la sentencia? ¿Cómo se mide o determina esa severidad?
- ¿Es más probable que las sentencias sean más altas para algunos tipos de explotación que otras? ¿Qué tipos de explotación provocan penas más altas? ¿Por qué?

Relación de explotación con el elemento “medio” e irrelevancia del “consentimiento”

11. ¿Cuál es la naturaleza de la relación entre el elemento “medio” y el elemento “fin” (explotación) en la legislación nacional?

- ¿Algunos “medios” se superponen con la explotación?
- Por ejemplo, ¿es la servidumbre por deudas un medio o un fin de explotación o ambos?
- En formas serviles de matrimonio, ¿cómo se separan los medios y el fin de explotación?
- ¿Cómo se distinguen las situaciones de trabajos forzados de las situaciones de trata de personas para los trabajos forzados, dado que el elemento de medios está siempre presente?
- ¿Pueden establecerse los tres elementos de la trata cuando el elemento de los medios y el fin de explotación se superponen? (Por ejemplo, ¿cómo se aplica “trabajos forzados” dado que implica un medio? ¿Se requiere un medio adicional?)

12. ¿Cuál es la naturaleza de la relación entre la irrelevancia del consentimiento y el elemento de fin (explotación) en la legislación nacional?

- ¿La irrelevancia del consentimiento plantea desafíos particulares para probar algunos tipos de explotación más que otros?

Orientación para profesionales

13. ¿Qué orientación, si hubiera, cree que se debe dar a los profesionales sobre el tema de la explotación en la definición de trata?

- ¿Qué buenas prácticas puede ofrecer con respecto a las áreas que cree que carecen de claridad?

14. ¿Puede compartir los juicios/decisiones de casos relevantes u otros materiales?

Otro

15. ¿Hay algún otro asunto relevante para el estudio que le gustaría abordar?

ANEXO 3. Lista de personas consultadas, incluidos los participantes de la reunión del Grupo de Expertos

Sr. Thomas Ahlstrand (Suecia)	Sr. Marco Bonabello (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa)
Sra. Adilla Ahmad (Malasia)	Sra. Daniela Borrea (Colombia)
Sr. Ahmad Murad Ahmad (Emiratos Árabes Unidos)	Sr. Alejandro Cáceres (Colombia)
Sr. David Alamos (Colombia)	Sra. Ana María Botero Caldes (Colombia)
Sra. Myra Albu (Organización Internacional para las Migraciones)	Sr. Patrik Cederlof (Suecia)
Sra. Rocío Gutiérrez Rafael Alarcón (Colombia)	Sr. Marcelo Colombo (Argentina)
Sr. Saad Salim Aldosari (Catar)	Sra. Damienne Darby (Canadá)
Sr. Tawfik Allam (Egipto)	Sra. Dana Darwish (Catar)
Sr. Hasan Al Hamadi (Emiratos Árabes Unidos)	Sra. Martha Liliana Díaz (Colombia)
Sr. Ahmad Abdullah Al-Harami (Catar)	Sr. Evgeni Dikov (Bulgaria)
Sr. Ahmad Ali Falih Nassir Al-Thani (Catar)	Sr. Khalifa Rashed Ben Dimas (Emiratos Árabes Unidos)
Sr. Alberto Andreani (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa)	Sr. Ahmed El-Sergany (Egipto)
Sra. Fernanda Alves dos Anjos (Brasil)	Sr. Khalid Fakhra (Emiratos Árabes Unidos)
Sr. Camilo Arango (Colombia)	Sr. Aysar Fouad (Emiratos Árabes Unidos)
Sra. Lina Arbelaez (Colombia)	Sra. Rahel Gershuni (Israel)
Sra. Diana Ascencio (Colombia)	Sra. Isabel Gutiérrez (Colombia)
Sr. Afzainizam Abdul Aziz (Malasia)	Sra. Youla Haddadin (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos)
Sr. Rinaldo Aparecido Barros (Brasil)	Sra. Farah Kareena Hadenan (Malasia)

Sr. Jaime Matute Hernández (Colombia)	Sr. Diego Felipe Otero (Colombia)
Sra. Laura Hernández (Colombia)	Sra. Monika Parra (Colombia)
Sra. Veronika Imova (Bulgaria)	Sra. Emilia Paunova (Bulgaria)
Sra. Zeidy Janeth Izquierdo (Colombia)	Sr. Carlos Pérez (Colombia)
Sra. Maryam Jaber (Catar)	Sra. Dobryana Petkova (Bulgaria)
Sra. Patience Kabijje (Uganda)	Sra. Ivonne Pineda (Colombia)
Sra. Rebekah Kilpatrick (Australia)	Sra. Veronica Puls (Canadá)
Sr. Adel Maged (Egipto)	Sr. Muhd Khair Razman bin Mohamed Annuar (Malasia)
Sra. Carmen Torres Malaver (Colombia)	Sr. Wanchai Roujanavong (Tailandia)
Sr. Eden Martingo (Brasil)	Sr. John Cotton Richmond (Estados Unidos de América)
Sr. Bo Mathiasen (Colombia)	Sr. Mahmoud Said (Catar)
Sra. Aksiniya Matosian (Bulgaria)	Sr. Harjeet Singh Hardev Singh (Malasia)
Sr. Mohamed Mattar (Estados Unidos de América)	Sr. Matthew Taylor (Canadá)
Sr. Binoga Moses (Uganda)	Sra. Lisa West (Australia)
Sr. Albert Moskowitz (Programa Australia-Asia para Combatir la Trata de Personas)	Sra. Anna Wildt (Suiza)
Sr. Anh Nguyen (Organización Internacional para las Migraciones)	Sra. Syuhaida Binti Abdul Wahab Zen (Malasia)
Sr. Glenn Nilsson (Suecia)	



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Para obtener más información sobre el trabajo de la UNODC en materia de combate a la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, comuníquese con la:

Sección Contra la de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes

UNODC P.O. Box 500, 1400 Viena, Austria

Tel. (+ 43-1) 26060-5687

Correo electrónico: ahtmsu@unodc.org

En línea: www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/