

# V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después  
del Protocolo de Palermo

TOMO II



Organización  
Internacional  
del Trabajo



CICAJ  
PUCP



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN  
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS  
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO  
DEL PODER JUDICIAL



# **V CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD**

Veinte años después del Protocolo de Palermo

Tomo II



**V Congreso Jurídico  
Internacional  
sobre formas  
contemporáneas de  
esclavitud**

Veinte años después del  
Protocolo de Palermo

Tomo II

Coordinador

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, febrero de 2023



—  
Departamento  
Académico de Derecho



CICAJ  
PUCP

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

David Lovatón Palacios

**Directora del CICAJ-DAD**

Betzabé Marciani Burgos

**Consejo Directivo del CICAJ**

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafrá Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Eryk Giovany Rodríguez Robles

Genesis Mendoza Lazo

*V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. 20 años después del Protocolo de Palermo. Tomo II*

Coordinador: Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Imágenes de cubierta: Los Muertos Crew/Pexels.com y Benhur Emmanuel/Pexels.com

Primera edición digital: febrero de 2023

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica  
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú  
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901  
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Mercedes Dioses Villanueva

Diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña  
[tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Teléf.: 424-8104 – 424-3411  
Febrero 2023

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-02032  
ISBN: 978-612-49252-1-4

## CONTENIDO

### SECCIÓN I: INTRODUCCIÓN

- ¿Naufraga el Protocolo de Palermo ante la necesidad de erradicar las prácticas de sometimiento forzoso a explotación del ser humano?  
*Esther Pomares Cintas* 13

### SECCIÓN II: TRATA DE PERSONAS Y OTROS FINES DE EXPLOTACIÓN

- La trata de personas con fines de extracción de órganos en el vigésimo aniversario del Protocolo de Palermo  
*Clara Moya Guillem* 43
- Trata de menores, maternidad subrogada y adopciones ilegales  
*Ángeles Lara Aguado* 77
- Necesidad de una convención internacional de abolición de toda forma de explotación reproductiva de las mujeres  
*Pilar Iglesias Aparicio y Rosa Gómez Torralbo* 109
- Esclavas de la criminalidad: la territorialidad del cuerpo en la instrumentalización sexual y criminal de la mujer en las maras  
*Yaritzza María Vásquez Hernández* 143

### **SECCIÓN III: TRATA DE PERSONAS Y ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS**

- La trata de seres humanos para explotación criminal y la cláusula de exención penal  
*Carolina Villacampa Estiarte* 177
- La explotación y la trata laboral desde el contexto de la investigación participativa  
*Waldimeiry Correa Da Silva* 205
- Trata de seres humanos y servicio doméstico: principales factores propiciadores de esta finalidad de explotación humana  
*Leire Berasaluze Gerrikagoitia* 243
- ¿A quién sanciona realmente el Protocolo de Palermo? El perfil de las personas condenadas por trata de personas en España  
*Silvia Rodríguez López* 277

### **SECCIÓN IV: TRATA DE PERSONAS Y ESTUDIOS VICTIMOCÉNTRICOS**

- Situación de las víctimas de trata de personas en la región del Triángulo norte centroamericano  
*Gina Larissa Reyes, Rosa Quintanilla, Ludin Chávez, Miroslava Cerpas, Gladys Lanza y María Eugenia Villarreal* 301
- Análisis de las víctimas de trata de personas a veinte años del Protocolo de Palermo: actuación estatal a la luz del enfoque de género y de derechos humanos  
*Marisol Gonzales, Stephanie Carrion y Marco Arellano* 333



La reparación integral y transformativa de la dignidad de las víctimas de trata de personas a través de la aplicación del enfoque centrado en la víctima

*Carlos Felipe López Vásquez*

373

Las obligaciones del Estado peruano en materia de derechos humanos frente a la trata de mujeres indígenas víctimas de explotación sexual en el Trapecio amazónico: acceso a la justicia y políticas públicas

*Jalcy Guadalupe Cayllahua Arizapana y Yazmine Leslie Ruiz Ramos*

405



Sección I

# **Introducción**



# ¿NAUFRAGA EL PROTOCOLO DE PALERMO ANTE LA NECESIDAD DE ERRADICAR LAS PRÁCTICAS DE SOMETIMIENTO FORZOSO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO?<sup>1</sup>

*Esther Pomares Cintas<sup>2</sup>*

## **Resumen**

Ni el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de 15 de noviembre de 2000, ni la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, han sido herramientas para erradicar las prácticas de sometimiento forzado a explotación. Sus objetivos miran para otro lado: la contención de desplazamientos migratorios de sectores empobrecidos y no cualificados. El Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020, marca un necesario punto de inflexión. Ante el reconocimiento de que la explotación humana es “sistémica”, hay que abordar la problemática de la trata desde otra perspectiva, la que brinda el derecho internacional de los derechos humanos. Realmente, la intervención del derecho penal en esta esfera es la punta del iceberg, porque la obligación de incriminar y perseguir la explotación humana más extrema implica

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación “*Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal*” (P18-RT-2253P), Universidad de Granada; *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica* (PID2019-107974RB-I00), Universidad de Cantabria.

<sup>2</sup> Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén (España); coordinadora de la Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos (AUIP, Universidad de Granada).

incluir, indefectiblemente y, ante todo, la de neutralizar los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna. Es decir, conlleva el compromiso de integrar elementos de *justicia social*. Esa es la mejor prevención.

**Palabras clave:** la agenda política de la trata de personas, formas más severas de explotación humana, incriminación del sometimiento a esclavitud o prácticas análogas, justicia social.

### Sumario

*1. La agenda política internacional y regional europea sobre la trata de personas ha fracasado; 1.1. De la “trata de esclavos” a la indefinición de la “trata de personas”. 1.2. Veinte años después del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y las repercusiones de la pandemia COVID-19; 1.3. Un punto de inflexión: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020. 2. La necesidad de un modelo de incriminación de las situaciones de sometimiento forzado a explotación del ser humano; 2.1. Los ejes comunes; 2.2. Una propuesta de incriminación. 3. Referencias bibliográficas*

## 1. La agenda política internacional y regional europea sobre la trata de personas ha fracasado

### 1.1. De la “trata de esclavos” a la indefinición de la “trata de personas”

Llama la atención que la noción internacional de la *Trata de esclavos*, cuya prohibición legal se hace efectiva a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 8) (Allain, 2017, p. 149), haya sido, sin embargo, actualizada de la mano de instrumentos convencionales ajenos a la naturaleza de los tratados de derechos humanos, que la han concebido como herramienta vinculada a objetivos políticos (Pomares Cintas, 2019c, pp. 625 y ss.) Así ha procedido la ONU que esta vez, bajo la voz *Trata de personas*, ha articulado el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente, de mujeres y niños, del 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo 2000, en adelante), hermanándolo con el relativo al tráfico ilícito de inmigrantes, de la misma fecha, en aras de una misma pretensión: formalmente, la represión de la *criminalidad organizada transnacional* (ambos protocolos complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional); materialmente, viéndolo con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo, para crear globalmente una maquinaria represiva de contención de desplazamientos contemporáneos de personas provenientes de sectores no cualificados y empobrecidos hacia regiones económicamente más desarrolladas, persiguiendo a quienes los favorecen o facilitan, cualquiera que sea la finalidad que los inspiren. Ello justifica el *significado autónomo* que se desea imprimir al delito de Trata, que gira en torno a conductas que implican movimiento (transnacional) de personas, y la ausencia de lo que debe ser el epicentro: la definición de las formas más extremas de explotación.

En este marco, por tanto, se establece el compromiso de los Estados firmantes de tipificar el delito de trata de seres humanos según unos patrones determinados, y en torno a un específico ámbito de aplicación: el Protocolo gira alrededor de la prevención, investigación y castigo de la trata

de personas cuando sea “*de carácter transnacional*” y entrañe “*la participación de un grupo delictivo organizado*” (Art. 4).

En efecto, como se desprende de los Trabajos Preparatorios del Protocolo, la redacción del art. 4 deriva del texto propuesto por Estados Unidos que quedó reflejado en el proyecto de protocolo (A/AC.254/4/Add.3/Rev.6): “Artículo 2. Ámbito de aplicación El presente Protocolo se aplicará, salvo si en el mismo se dispone otra cosa, a prevenir y combatir la trata [internacional] de personas tal como se define en el artículo 2 bis del presente Protocolo y [, cuando intervenga un grupo delictivo organizado,] tal como se define en el artículo [...] de la Convención (UNODC, 2008, p. 378)<sup>3</sup>.”

En coherencia con ese ámbito de aplicación, en los Trabajos Preparatorios se subrayó “que en la definición de trata debía hacerse referencia al *movimiento o traslado de una persona a una comunidad distinta de la comunidad en la que residiera ...* (véase A/AC.254/CRP.13)”. Por ello, se destacó “que la trata debía constituir un *delito separado de sus componentes*” (UNODC, 2008, p. 374), es decir, separado materialmente de la explotación, que se reduce a convertirse en elemento teleológico del delito, no es su vertiente principal. Es decir, el delito de trata cobra significado autónomo frente a la explotación en condiciones similares a la esclavitud, de tal modo que el elemento central de la trata reside en la idea de movimiento, traslado (desplazamiento) transfronterizo de personas. Las formas de explotación asimiladas a la esclavitud no forman parte integrante del concepto normativo de trata (Bales, Trodd y Williamson, 2009, pp. 35 y ss.). Que esta modalidad degradante de explotación del ser humano no es el objeto central de persecución por el Protocolo de Palermo lo muestra la realidad: gran parte de

<sup>3</sup> Art. 4 Protocolo. Ámbito de aplicación. “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”. La cursiva ha sido añadida. Se convierte en regla especial respecto de la cláusula general del art. 34 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.



personas que sufren esas situaciones permanecen en sus países de origen, no han sido previamente objeto de desplazamiento transnacional, es decir, no son víctimas de trata (UNODC, 2010). A ellas no se dirige el Protocolo ONU 2000.

Esta retórica se muestra aún más claramente en el marco regional europeo, concretamente, en el Derecho de la Unión Europea que implementa el Protocolo de Palermo 2000, primero en 2002 (antes de su entrada en vigor) —Decisión Marco del Consejo, 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos—, y luego en 2011, con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (Directiva UE 2011, en adelante). Ciertamente es que la Directiva añadió una dimensión *victimocéntrica* a la regulación de la trata (Pérez Alonso, 2019, pp. 63 y ss.), pero esta vertiente queda en un segundo plano porque este instrumento normativo no se puede entender al margen de los objetivos comunitarios. Así pues, la lucha contra la *trata de seres humanos*, aun debiendo ser concebida como *proceso* que instrumentaliza a la víctima, con independencia de su nacionalidad o condición migratoria para someterla a un estado de explotación forzosa, se inscribe, estructuralmente, en el marco de la política común de inmigración y de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea (UE), dirigida, al igual que la lucha contra la inmigración ilegal, a “*garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios*” (arts. 79.1, 79.2 d) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, del 13 de diciembre de 2007).

Es lo que explica que, en España, que ha asumido el papel de gendarme de la frontera sur europea, se integren “la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas”, y “la persecución de la trata de seres humanos” como “principios de la política migratoria” [Artículo 2 bis, g), h) Ley Orgánica 4/2000, del 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social]. Y es lo que explica también que la persecución de la trata de seres humanos corresponda a

mecanismos especializados en *extranjería*: Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, y la Unidad de la Policía Nacional Contra las Redes de Inmigración Ilegal y Flujos Migratorios (UCRIF).

El paradigma de la rentabilidad económica del ser humano, el hilo conductor del modelo de producción neoliberal, globalmente extendido, ha inspirado de lleno también la gestión y políticas de contención de flujos migratorios de sectores empobrecidos hacia las regiones más industrializadas (Portilla Contreras, 2007; Álvarez García, 2019, pp. 371 y ss.).

En territorio europeo asistimos a una grave restricción de las vías de migración regular, junto a deficientes sistemas de migración laboral y la precariedad de las opciones u oportunidades laborales y recursos para las mujeres-inmigrantes (Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, 2016; Resolución del Parlamento Europeo, 2016). La Unión Europea ha ido paulatinamente blindando sus fronteras frente a los movimientos migratorios externos. El *acervo Schengen* ha diseñado y endurecido una política centrada en la lucha represiva contra la inmigración ilegal, que ha condicionado severamente los canales legales de la inmigración en todas sus etapas (entrada, permanencia y circulación) (Pomares Cintas, 2014, pp. 158 y ss.). Dificultar las condiciones de entrada y permanencia legales ha producido también el efecto de aumentar la población inmigrante ilegal, y fomentar la economía sumergida de una población condenada a la clandestinidad en sectores no cualificados o no regulados (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, 2004; Cuarto Informe General (2013 y 2014) del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA).

A ello cabe añadir su *estatus de desprotección jurídica*, un modelo de exclusión de derechos básicos y fundamentales vinculado al efecto útil de la expulsión, es decir, su punto débil, el *estigma* que le identifica como tal. El temor a ser descubierto, detenido, encerrado y expulsado es una amenaza cierta y constante, lo *inocuiza*, acentúa su vulnerabilidad y garantiza, asimismo, su docilidad y disponibilidad ante situaciones de explotación,

particularmente, las más extremas (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, 2002, Pomares Cintas, 2013, pp. 98 y ss.; 2014, pp. 163 y ss.): quedan terminantemente reducidos a una mera fuerza de trabajo. Esa *disponibilidad* para ser atrapados bajo condiciones de sometimiento forzoso a explotación se puede obtener, simplemente, mediante el aprovechamiento del tratamiento del inmigrante ilegal, que ya le viene dado desde las instituciones comunitarias: ello disuade a la víctima de toda iniciativa de denuncia de su situación. El estigma se ha institucionalizado en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y reforzado por la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de personas nacionales de terceros países en situación irregular.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *Asunto Siliadin vs. Francia* (N.º 73316/01, sentencia del 26 de octubre de 2005) ha declarado que alimentar el temor de la víctima a ser detenida, encerrada y expulsada del territorio, es decir, el riesgo derivado del estatus del inmigrante ilegal, constituye una “situación equivalente a la de una amenaza de pena”, elemento esencial que fundamenta el concepto de sometimiento a explotación a través de los trabajos forzados.

Los efectos perniciosos del estigma del inmigrante ilegal alcanzan también al inmigrante “provisionalmente” legal, cuya estabilidad administrativa descansa sobre bases sinuosas. Su disponibilidad ante la explotación en los mismos sectores productivos se traduce en el temor a perder su ya frágil condición de legalidad por la posibilidad cierta de dejar de cumplir los requisitos que le unen al territorio, esto es, el temor a sufrir el estigma de la ilegalidad. En efecto, la experiencia ha demostrado que el mismo peligro de explotación se extiende a los que ejercen legalmente su derecho a migrar (Informe ACCEM, 2006, pp. 33, 40; Pomares Cintas, 2013, pp. 98 y ss.).

En síntesis, la política (anti)migratoria europea coloca al inmigrante en una posición tal de debilidad, tenga o no autorización administrativa para residir y trabajar, lo que hace que soporte situaciones extremas de explotación, bien porque necesita el puesto de trabajo para aferrarse provisionalmente a su condición de legalidad, o porque simplemente carece de ella. Esa *espada de Damocles* es un factor clave que, sin duda, contribuye a crear canteras humanas de esclavitud. Ahora bien, las instituciones comunitarias, al amparo de la potestad suprema de controlar los flujos de migración, miran sin ver, aun a riesgo de fomentarlas (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, 2004).

## **1.2. Veinte años después del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y las repercusiones de la pandemia COVID-19**

En definitiva, tras veinte años de los “*Protocolos-tándem*” de Palermo, relativos a la persecución del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, cabe constatar que, al tiempo que aumentan las canteras humanas de la esclavitud, se ha visto reforzada la represión policial, incluso militar, en las fronteras tanto en los países de origen, tránsito, como de destino de las personas desplazadas. Véase, por ejemplo, esta militarización en los itinerarios hacia Estados Unidos (México, Guatemala), particularmente, en la era de la administración norteamericana de Trump, a modo de externalización del control de sus fronteras<sup>4</sup>.

Por otro lado, ha creado un mar de confusiones terminológicas. Se han mezclado cuestiones conceptuales distintas, en aras de la prioridad de políticas de control de fronteras (Álvarez García, 2019, pp. 371 y ss.; Mestre i Mestre, 2020, pp. 20 y ss.), pues ni el Protocolo de Palermo 2000, ni la Directiva UE 2011, son tratados de derechos humanos, ni pretenden arrojarse ese elevado papel.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> (<https://elpais.com/mexico/2021-01-18/mexico-militariza-la-frontera-sur-ante-la-llegada-de-la-primera-caravana-de-la-era-biden.html>; <https://elpais.com/mexico/2021-01-17/guatemala-frena-por-la-fuerza-a-la-caravana-de-migrantes-que-se-dirige-hacia-mexico.html>).

<sup>5</sup> Véase este baile especulador de conceptos: Conclusiones del Consejo de la UE, 2016;

Las instituciones de la UE son conscientes de esta visión instrumental de la lucha penal contra la trata de personas. Como advierte el Parlamento Europeo, en su Resolución del 5 de julio de 2016, en el campo de batalla terrestre o marítimo, la maquinaria policial (Frontex) y militar (EUNAVFOR Sophia, incluso barcos de la OTAN), que han generado las herramientas penales del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, no busca de forma sistemática indicios de peligro de explotación de las personas desplazadas, sino que el objetivo es detectar a inmigrantes de modo indistinto; tratan “a los menores en riesgo como delincuentes o migrantes irregulares”, y persiste el “temor” de las víctimas de que las autoridades de inmigración tomen medidas contra ellas, las detengan y expulsen, sin oportunidad de ejercer sus derechos como víctimas (apartados 33 y 68), revirtiendo drásticamente contra los derechos de los migrantes y los desplazados forzosos (Pomares Cintas, 2019b).

Hasta tal punto es el celo por el control de los flujos migratorios en el *Derecho de la UE, que se permite criminalizar la ayuda humanitaria a inmigrantes* (art. 1.2 Directiva 2002/90/CE) (Pomares Cintas, 2015; Muñoz Ruiz, 2016). Precisamente, con ocasión de la política de externalización del control de las fronteras exteriores, esa puerta abierta se ha convertido en arma clave para disuadir a ONG que se resisten a cumplir condiciones que se les imponen, a propósito de polémicos acuerdos, como el de Libia. En el marco del Acuerdo de la UE (e Italia) con Libia (2017), el Gobierno italiano supeditó las actividades humanitarias de las ONG las funciones encomendadas de salvamento, a la aceptación de un código de conducta: no entrar en aguas libias para ayudar a los que huyen de las costas libias, no trasladarlos a otras naves, colocar a los migrantes rescatados (interceptados) en manos de las autoridades libias. Además, se les obliga a embarcar a agentes preparados para la investigación de redes de tráfico de migrantes, imprimiendo así un gesto policial a las operaciones humanitarias. En suma,

---

Resolución del Parlamento Europeo, 2016a; Resolución del Parlamento Europeo, 2016b, apartado 107; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, 2015, p. 2.

las actividades de salvamento de las ONG no debían impedir la contención de migrantes y necesitados de protección internacional en Libia, es decir, la política de interceptar a migrantes y retornarlos a las costas libias (Del Valle, 2016, pp. 22 y ss., Sánchez Legido, 2018). Semejante condicionamiento desnaturaliza toda función de salvamiento humanitario desde el momento en que se es consciente del verdadero riesgo al que son expuestos los desplazados si son devueltos a las autoridades libias: detenciones indiscriminadas, extorsiones, tratos degradantes en su detención, trabajos forzados, torturas, etc. (Abril, 2018). Esta encrucijada ha sido resuelta por algunas ONG a favor de los migrantes, apostando por surcar el Mediterráneo Central con barcos civiles que rompen barreras<sup>6</sup>, que sufren el hostigamiento por parte de algunos países europeos fronterizos y acusaciones por el delito de colaboración en la inmigración ilegal, como el Open Arms (operado por la ONG Médicos Sin Fronteras), “Acuarius”, “Ocean Viking” (operado también por Médicos Sin Fronteras y SOS Mediterráneo), “Alan Kurdi” (ONG Sea-Eye), “Alex” (colectivo italiano Mediterranea), Sea Watch 3 (Sea Watch), “Aita Mari” (ONG Salvamento Marítimo Humanitario, proyecto Maydayteraneo, 2018).

Movidas por las reglas del estado de necesidad y el concepto de ayuda humanitaria, estas embarcaciones civiles se rebelan ante el cumplimiento de esas condiciones del Acuerdo con Libia<sup>7</sup>. Sin duda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tuviera competencia personal y material para ello, condenaría directamente a la UE por ese Acuerdo, por falta de garantías de respeto del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) o del derecho a la libertad y seguridad personal (art. 5 CEDH: recuérdese que el Tribunal europeo también se ha pronunciado en

---

<sup>6</sup> Vid. Diario El País, 19 de marzo 2018. [https://elpais.com/internacional/2019/07/02/actualidad/1562094157\\_265245.html#?ref=rss&format=simple&link=link](https://elpais.com/internacional/2019/07/02/actualidad/1562094157_265245.html#?ref=rss&format=simple&link=link); [https://elpais.com/internacional/2019/12/21/actualidad/1576931888\\_643431.html#?ref=rss&format=simple&link=link](https://elpais.com/internacional/2019/12/21/actualidad/1576931888_643431.html#?ref=rss&format=simple&link=link); <https://www.publico.es/sociedad/aita-mari-rescata-cinco-horas-148-personas-deriva-cerca-costa-libia.html>.

<sup>7</sup> [https://elpais.com/politica/2019/08/23/actualidad/1566553604\\_204415.html#?ref=rss&format=simple&link=link](https://elpais.com/politica/2019/08/23/actualidad/1566553604_204415.html#?ref=rss&format=simple&link=link)

asuntos de política exterior de algunos Estados miembros que han vulnerado derechos humanos).

En el contexto europeo, la STEDH, en el *Asunto M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, n. 30696/09, de 21 de enero de 2011, consideró contrario al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes el traslado de Bélgica a Grecia de un solicitante de asilo cuando Grecia no ofrecía esas garantías de respeto del derecho del art. 3 del CEDH.

Ante la laguna democrática que presenta el Derecho de la UE, en la medida en que da la espalda al control externo jurisdiccional por parte del TEDH, y a su obligación de adherirse al CEDH, esa función de protección efectiva ante un riesgo cierto de violación de derechos fundamentales y absolutos la están desempeñando hoy esas ONG. Por ello son incómodas para los objetivos de la UE de contención, a cualquier precio, de los desplazamientos hacia Europa, y por ello se explica que hayan sido acusadas de provocar un *efecto llamada* de las migraciones irregulares, de ayudar a la inmigración ilegal facilitando la salida de embarcaciones, recogiendo migrantes cada vez más cerca de las costas libias, a modo de “taxis” para inmigrantes, incluso de colaborar con redes criminales (Abril, 2018).

La persecución de las ONG “subversivas” recuerda a la del movimiento clandestino norteamericano *Underground Railroad*, una red organizada, a mediados del siglo XIX, para ayudar a los esclavos de las plantaciones de los Estados del Sur a escapar a territorios seguros, donde podían vivir libremente y lejos de tratos inhumanos. En un inicio los traslados eran internos, hacia el norte de Estados Unidos, y, posteriormente, cobraron naturaleza transfronteriza hacia destinos como Canadá, principalmente, o México y Centroamérica. Se consideraba una organización criminal, de carácter subversivo, contrario a la *Fugitive Slave Act* de 1850: formaba parte de la resistencia y lucha contra la legislación que instituía la esclavitud, es decir, del movimiento abolicionista<sup>8</sup>. Una de sus más significativas protagonistas y promotoras fue Harriet Tubman, una mujer negra norteamericana que,

<sup>8</sup> <https://revistadehistoria.es/harriet-tubman-la-conductora-de-la-libertad/>.

tras escaparse al Norte, y alcanzar su libertad, regresó para ayudar a cientos de esclavos a huir, siendo tenazmente perseguida. El padre de la autora de la obra *La cabaña del Tío Tom*, Harriet Beecher Stowe, fue uno de los conductores de la red clandestina (Lengellé-Tardy, 1971). La historia se repite: hoy el movimiento *Underground Railroad* también sería delictivo, como organización criminal de traficantes de personas.

El ideario del control represivo de las migraciones externas ha convertido la zona del Mediterráneo en un campo de batalla, un dique para la humanidad inmigrante (inmigrantes económicos y solicitantes de asilo o protección internacional). Hoy, y desde hace treinta años, el Mediterráneo es un mar frustrado, de profundos temores; guarda como tesoros las expectativas migratorias de personas que mueren bajo sus aguas.

El caldo de cultivo de la vulnerabilidad institucional de la humanidad inmigrante se ha recrudecido con el ingrediente de la pandemia de la COVID-19. En el territorio de la UE se ha reforzado la nacionalización del cierre de fronteras interiores a cal y canto<sup>9</sup>; la agencia policial de la UE (Frontex), guardiana de las fronteras exteriores, está siendo cuestionada y acusada por prácticas sistemáticas violentas y humillantes contra las personas que llaman a las puertas de Europa<sup>10</sup> (Naïr, 2020a; 2021; Martínez Escamilla, 2017). Se han recrudecido, como advierte ACNUR, las detenciones arbitrarias de refugiados y solicitantes de asilo<sup>11</sup>.

Hablamos hoy, pues, de fronteras espinosas, interiores y exteriores, que han confinado como rehenes el derecho internacional humanitario y la necesidad de pensar y elaborar otro modelo de política migratoria a mediano y largo plazo (Naïr, 2020b).

---

<sup>9</sup> <https://elpais.com/sociedad/2021-01-29/francia-evita-un-nuevo-confinamiento-pero-refuerza-el-control-en-las-fronteras.html>; <https://elpais.com/espana/2020-11-06/espana-y-frontex-negocian-una-operacion-para-cerrar-la-ruta-migratoria-canaria.html>.

<sup>10</sup> Vid. <https://elpais.com/internacional/2021-01-12/la-oficina-antifraude-de-la-ue-investiga-si-frontex-realiza-devoluciones-irregulares-de-migrantes.html>

<sup>11</sup> <https://www.acnur.org/noticias/press/2020/7/5f1b0e1c4/acnur-destaca-la-necesidad-urgente-de-que-los-estados-pongan-fin-a-la-detencion.html> (24 de julio de 2020).



Y, mientras tanto, tras veinte años del Protocolo de Palermo y 18 de directrices comunitarias, las canteras humanas de la esclavitud no solo no se han debilitado, sino que han crecido conforme aumentan los excedentes humanos del sistema económico global y las necesidades de migrar.

### **1.3. Un punto de inflexión: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020**

Es hora, pues, de mirar con la perspectiva del derecho internacional humanitario: el epicentro debe colocarse, directamente, en la prevención de las prácticas contemporáneas de sometimiento forzado a situaciones de explotación humana, y en la elaboración de un régimen jurídico eficaz que permita identificarlas, perseguirlas y castigarlas. Es hora de reconocer que el sistema jurídico existente en la esfera internacional sigue siendo “funcionalmente inoperante como herramienta para mitigar la explotación” (Allain, 2017, p. 181), como si estuviera aún en suspenso. Piénsese que la actualización de la definición de la *trata* de personas, por parte del Protocolo de Palermo de 2000, nació con letra pequeña, para facilitar las negociaciones de los Estados parte de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y poner la mirada en la inmigración irregular y en la contención de desplazamientos transnacionales empobrecidos (UNODC, 2008). Institucionaliza una visión de la trata como fin en sí misma, eludiendo ser herramienta de prevención de la explotación del ser humano en condiciones asimiladas a la esclavitud, que no pretende definir.

Estos veinte años desde el Protocolo, por las razones indicadas, sumadas a los efectos del *mantra* neoliberal que ha destapado la pandemia (Arcos Ramírez, 2017, pp. 83 y ss.; Pérez Machío, 2016), señalan que es el momento de cambiar de paradigma, de mirar al fondo. Y esa es la voz que se desprende del excepcional Informe presentado, en 2020, por la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU (A/75/169, 17 de julio de 2020), que reconoce importantes deficiencias sobre las que he venido insistiendo con el paso

del tiempo: el Protocolo de Palermo de 2000 sobre trata de personas no satisface el enfoque del derecho internacional humanitario, ni la mirada de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, cuya doctrina evolutiva ha roto moldes en la definición y lucha contra las formas modernas de esclavitud (Pomares Cintas, 2013, pp. 98 y ss., 121 y ss.; 2014, pp. 158 y ss; 2021, pp. 1059 y ss.), pero no solo eso.

La virtualidad del Informe, a mi juicio, se centra en una cuestión más profunda: reconoce el “*carácter sistémico de la explotación*” y considera prevenir las canteras de la esclavitud “*como una cuestión de justicia social*”, no solo como un asunto penal, que constituye la punta del iceberg. En efecto, hoy seguimos hablando de abusos sistémicos sobre el ser humano (que tiene plurales aristas), más rentables y a mayor escala que en la era de la esclavitud como sistema de producción económica, porque discurre por hilos invisibles y otro modelo de prácticas que atrapan a las víctimas con similar eficacia (Lengellé-Tardy, 1971; 2002). En estos otros escenarios, combatir el *dumping* social, o la llamada competencia *desleal* empresarial, ha conseguido el efecto de desplomar, como un gran tsunami global, el techo de los derechos laborales y económicos que se han visto gravemente filtrados, también, por el eje de la mercantilización (Mantouvalou, 2012; Hortal Ibarra, 2018; Ramonet, 2011), sin hablar de las repercusiones de la precarización de las políticas migratorias laborales al son de la gestión-contención de movimientos migratorios no cualificados y de sectores empobrecidos. Significativa es la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que habla de una “reminiscencia de los primeros años de la revolución industrial”, cuando reconoce una situación de explotación que califica de *servicios forzados* en el contexto de la agricultura estacionaria (Sentencia de 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros vs. Grecia*, N.º 21884/15).

De ahí la necesidad de un planteamiento consciente y un régimen jurídico en los que la obligación de erradicar las prácticas extremas de explotación humana incluya, de modo intrínseco, neutralizar los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna.

El mencionado Informe hace un llamamiento para que se adopten alternativas al Protocolo de Palermo de 2000, incluso la adopción de “un posible instrumento internacional nuevo” que aborde la problemática desde esa doble perspectiva, es decir, integrando elementos de justicia social.

Que la trata de personas sea una *cuestión de justicia social* (como destaca el Informe) implica el deber de implementar y desarrollar políticas públicas de erradicación de los factores que favorecen situaciones extremas de explotación, como: la ausencia de regulación de las condiciones y derechos laborales en torno a actividades o servicios como el trabajo sexual, que subraya su desamparo legal y la clandestinidad (Hava García, 2006; Baucells Lladós, 2006, pp. 201, 202; Maqueda Abreu, 2017; Corrêa Borges, 2013); una precarización estructural, además de un deficiente servicio de inspección laboral en ciertos sectores de producción no cualificados: la agricultura, especialmente la estacionaria (Correa Da Silva y Cingolani, 2020), el trabajo doméstico (Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, junio 2011; Miñarro Yanini, 2014; Berasaluze Gerrikagoitia, 2021), o los talleres textiles vinculados a la economía sumergida.

En otro nivel, a medio y largo plazo, habrá que afrontar las causas estructurales del perfil contemporáneo de los flujos migratorios, pues se reconoce que los factores que los impulsan “tienen vocación de permanencia” (Comunicación de la Comisión Europea, 2016), y flexibilizar los canales para la migración regular, los sistemas de migración laboral, que permitan la regularización en el territorio del país de destino (Cuarto Informe General GRETA, 2013 y 2014; Sentencia TEDH de 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros vs. Grecia*), la subsanación de la reducción o precariedad de las opciones u oportunidades laborales y recursos para las mujeres-inmigrantes (Resolución del Parlamento Europeo, 2016b; Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, 2016; Daunis Rodríguez, 2012, p. 94), que las colocan en una posición de desventaja en los sectores de actividad no cualificados, ya que esta situación se agrava en los periodos de crisis económica. En definitiva, las respuestas a los factores que favorecen

canteras humanas de esclavitud no pueden ser excusadas por trascender las competencias en relación con la persecución de la trata de personas. Ya no, por su componente de justicia social. Hasta ahora ha sido una interrogante pendiente, guardada en el cajón de las agendas políticas internacionales y regionales.

## **2. La necesidad de un modelo de incriminación de las situaciones de sometimiento forzado a explotación del ser humano**

A la hora de afrontar el alcance del delito de trata de seres humanos, la escala de medición debe discurrir propiamente a la altura de los tratados de derechos humanos: la trata debe ser estrictamente concebida en tanto el proceso conduzca a someter a la víctima a una situación forzada de explotación, cualquiera que esta sea, bajo la esfera de disponibilidad de otra persona (Montoya Vivanco, 2016; Gallo y García Sedano, 2020).

Una interpretación que mira al derecho internacional de los derechos humanos lleva a sustentar un alcance estricto de la noción de la trata de personas, en la medida en que su prohibición se encuentra intrínsecamente anudada al sustrato que le confiere sentido: la protección universal de las personas, como norma de *ius cogens*, frente a las prácticas de *esclavitud* o formas de explotación de significación análoga en la fenomenología de hoy —*servidumbre, trabajos o servicios forzados* (Art. 8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966; art. 4 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-1950; art. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22-11-1969; art. 5 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 27-7-1981) (Pomares Cintas, 2019a, pp. 400 y ss.)

Porque es precisamente ese sustrato lo que fundamenta las obligaciones de los Estados en orden a abordar la incriminación del sometimiento forzado a una situación de explotación ligado a la esclavitud o formas análogas (Villacampa Estiarte, 2015, pp. 416, 418; 2020). Ello implica, a su vez, el deber de perseguir las respectivas conductas como tales, y el deber de proteger y

asistir a las víctimas sin necesidad de que la condición que las subyuga se haya derivado de un comportamiento previo de trata de personas. El Protocolo de la OIT, del 11 de junio de 2014, relativo al Convenio 29 sobre el Trabajo Forzoso, ratifica estas obligaciones.<sup>12</sup>

Así, en puridad, deberíamos reemplazar el término “trata de seres humanos” por otro más significativo, para evitar desvirtuarlo y desviarlo a otros objetivos: *trata de esclavos contemporáneos*, abarcando mujeres, hombres y menores de edad.

Ahora bien, unida a políticas sociales y migratorias neutralizadoras de canteras de explotación humana, una política criminal solvente en esta materia ha de apostar por una definición que permita identificar y, con ello, perseguir *toda* práctica de sometimiento forzoso a una situación de explotación (Maqueda Abreu, 2018), concebidas como las formas más severas de aprovechamiento del ser humano.

## 2.1. Los ejes comunes

La clave de las situaciones de explotación humana subsumibles en el contexto de las formas contemporáneas de esclavitud no depende, en sí, de la naturaleza del servicio, prestación o tipo de actividad que subyugue a la víctima, sino del eje de una *relación o estado de sometimiento forzado* a la esfera de disponibilidad de otra persona, como una extensión de su posesión, y de los elementos capaces de constreñir la voluntad de la víctima (OIT, 2005; 2006; UNODC, 2010). Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, todas las modalidades de explotación que específicamente se mencionan en el contexto de la trata —*explotación sexual, celebración de matrimonios forzados, explotación para*

---

<sup>12</sup> En esta línea, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 73316/01, de 26-10-2005 (*Asunto Siliadin vs. Francia*); 25965/04, de 7-1-2010 (*Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*); 4239/08, de 13-11-2012 (*Asunto C. N. vs. Reino Unido*); 60561/14, de 25-6-2020 (*Asunto S. M. vs. Croacia*); Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de 20-10-2016 (*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*).

*realizar actividades delictivas, mendicidad, extracción de órganos corporales* de la víctima, etc.—, deben compartir un *eje cualitativo común*: deben reconducirse, sin perjuicio de sus particularidades, a los parámetros de una situación de explotación forzada en el modelo socioeconómico vigente. Es el planteamiento que respalda la doctrina evolutiva de los tribunales internacionales y regionales de derechos humanos, que ha interpretado, con los ojos de hoy, los ejes de la denominada *esclavitud moderna* (Bonet Pérez, 2017, pp. 184 y ss.; Mestre i Mestre, 2020, pp. 20 y ss.)<sup>13</sup>.

En otras palabras, las finalidades de explotación sexual, mendicidad, o el matrimonio forzado, no aluden, en el contexto de la trata, a prácticas de aprovechamiento del ser humano cualitativamente distintas del eje que une a los términos de esclavitud, servidumbre o servicios forzosos (Pomares Cintas, 2019a, pp. 413 y ss.; en esta línea, en España, *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, Unidad de Extranjería, 2019). De este modo, la finalidad de “explotación sexual” trasciende el ejercicio de la prostitución ajena: equivale aquí a la “explotación sexual en condiciones de análoga significación a la esclavitud (servicios forzados, servidumbre)” (Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, 2016; UNODC, 2010; Resolución del Parlamento Europeo, 2016b; Sentencia TEDH de 7-1-2010, *Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*). Por las mismas razones, el *matrimonio forzado*, como finalidad en el contexto de la trata, no se reduce al riesgo cierto de “celebrar” la unión forzada de la víctima con otra persona, sino que debe tener como objetivo subyugarla a una situación derivada de esa unión que implique elementos de explotación personal (Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, 2012; Informe temático, 2016; Villacampa Estiarte, 2015, pp. 407 y ss.; Pomares Cintas, E., 2019a, pp. 414 y ss.).

---

<sup>13</sup> Sentencias TEDH de 26-10-2005 (*Asunto Siliadin vs. Francia*); de 7-1-2010 (*Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*); de 11-10-2012 (*Asunto C. N. y V. vs. Francia*); de 13-11-2012 (*Asunto C. N. vs. Reino Unido*); de 30-3-2017 (*Asunto Chowdury y otros vs. Grecia*), Sentencia CIDH, de 20-10-2016 (*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*). Véase también, en esta línea, STS 298/2015, de 13-5.

Admitir otro alcance de las modalidades de explotación desvirtuaría la prohibición de la trata de personas como *derecho humano absoluto*, al tiempo que equipararía la prohibición de las formas de explotación en condiciones análogas a la esclavitud, es decir, sus formas más severas, a cualquier otra forma de explotación (no forzada) que no atienda a esos parámetros.

## 2.2. Una propuesta de incriminación

Una incriminación que opte por la diversificación penal de los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos o servicios forzosos, como compar-timentos estancos, a través de formulaciones que los encorseten, o descripciones muy imprecisas, puede ser obstáculo para su persecución pues, en la práctica, esas figuras aparecen interrelacionadas, de modo que se haría “difícil detectar la forma exacta de explotación a la que se somete a las víctimas” (Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos, 2012-2016).

En su lugar, habría que apostar por una incriminación única, capaz de aglutinar el *sustrato esencial* que fundamenta todo *sometimiento forzoso de las personas a una situación de explotación*. Porque son dos los ejes básicos que identifican todo sometimiento forzoso a explotación. De un lado, el ejercicio de un poder de control-disposición de carácter fáctico sobre la víctima; el otro eje, íntimamente relacionado con el anterior, alude a los métodos o procedimientos para someterla y obligarla a realizar una prestación, actividad o servicio, cualquiera que sea su naturaleza.

La gravedad de este escenario de sometimiento del ser humano es susceptible de ser ponderada, esto es, admite graduaciones. Su mayor o menor entidad dependerá del grado de restricción de libertades, y su alcance, es decir, si el poder de disposición del explotador se extiende, o no, más allá de la esfera de realización de la prestación, actividad o servicio forzados de que se trate, afectando sus fauces a la libertad o capacidad de determinación de los tiempos de vida de la víctima. Es el derecho de la persona a no ser

cosificada en escenarios de explotación forzosa el que está en juego (art. 4 CEDH, art. 6 CADH), el derecho absoluto a no ser reducida a la condición de objeto en manos de otra persona.

Se propone la incorporación en el Código Penal (no en leyes especiales) de un Capítulo que englobe, junto al delito de trata de personas, las formas más severas de explotación humana, que atendería a la siguiente tipificación:

- Tipo básico. Quien, ejerciendo sobre otra persona un poder de disposición o control, la reduce o la mantiene en un estado de sometimiento, obligándola a realizar trabajos o a prestar servicios, será castigado con las penas de [...]
  1. La reducción o el mantenimiento del estado de sometimiento, a que se refiere el párrafo anterior, tendrá lugar cuando la conducta se realiza mediante violencia, intimidación, engaño, abusando de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima.
  2. Penas. Prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del oficio o profesión utilizados en el delito, junto a la prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales.
  3. El marco punitivo debe garantizar una mayor gravedad, en contraste con las penas del delito de trata de personas, debiendo también guardar coherencia con el sistema de penas interno.
- Circunstancias agravantes específicas:
  - Abuso de especial situación de vulnerabilidad de la víctima por minoría de edad, por ser discapacitada, o mujer embarazada.
  - La víctima lo es también de un delito de trata de personas, a sabiendas de que lo es, siempre que el culpable no haya intervenido en el mismo.



- **Cláusula concursal.** Las penas previstas en los artículos anteriores se deben imponer sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por otros delitos cometidos en la situación de sometimiento forzoso a explotación. La cláusula concursal obligaría a remitir a las reglas generales del concurso real (heterogéneo) de delitos, evitando la inadecuada técnica de crear delitos complejos. Se aplicarán, por tanto, en su caso, las penas correspondientes por otros delitos cometidos contra la vida, la integridad física, salud o la libertad sexual de la víctima.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abril, G. (2018, 14 de enero). Reportaje La batalla del Mediterráneo, *El País Semanal*, (2155). [https://elpais.com/elpais/2018/01/09/eps/1515520544\\_906349.html?rel=mas](https://elpais.com/elpais/2018/01/09/eps/1515520544_906349.html?rel=mas).
- Allain, J., (2017). 125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana. En E. Pérez Alonso (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Álvarez García, F. J., (2019). Criterios de armonización de la legislación penal centroamericana en materia de trata de personas. En E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Arcos Ramírez, F. (2017). Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita. En E. Pérez Alonso (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Bales, K., Trodd, Z. y Williamson, A. K. (2009). *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*. Oneworld.
- Baucells Lladós, J., (2006). El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual. En M. J. Rodríguez Mesa y L. Ruíz Rodríguez (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch.
- Berasaluze Gerrikagoitia, L. (2021). *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas*. Aranzadi.
- Bonet Pérez, J., (2017). La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional. En E. Pérez

- Alonso (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Corrêa Borges, P. C. (Org.) (2013). *Tráfico de Pessoas para Exploração Sexual: Prostituição e Trabalho Sexual Escravo* Unesp, Cultura Acadêmica Editora.
- Correa Da Silva, W. y Cingolani, C. (2020). *Labour Trafficking and Exploitation in Rural Andalusia*. Intechopen.
- Daunis Rodríguez, A. (2012). Cuestiones clave de la prostitución y trata de personas. Aproximación al caso andaluz. En A. Iglesias Skulj y L. M. Puente Aba (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*. Comares.
- Del Valle, H. (2016). Search and Rescue in the Mediterranean Sea: Negotiating Political Difference. *Refugee Survey Quarterly*, 35(2), 22-40.
- Gallo, P. y García Sedano, T. (2020). *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*. BdF.
- Hava García, E. (2006). Trata de personas, prostitución y políticas migratorias. *Estudios penales y criminológicos*. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela (26).
- Hortal Ibarra, J. C. (2018). Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del Derecho Penal del Trabajo? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20).
- Lengellé-Tardy, M. (1971). *La esclavitud*. Ed Oikos-Tau.
- Lengellé-Tardy, M. (2002). *La esclavitud moderna*. Bellaterra.
- Mantouvalou, V. (2012, febrero). Are Labour Rights Human Rights? *European Labour Law Journal*.

- Maqueda Abreu, M. L. (2017). La prostitución: el “pecado” de las mujeres. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (35).
- Maqueda Abreu, M. L. (2018). Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son? *Estudios jurídico penales y criminológicos*, en *Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. m., Lorenzo Morillas Cueva*, Ed. Dykinson, II.
- Martínez Escamilla, M. (2017). Fronteras sin derechos. Las “devoluciones en caliente”. *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*. Anthropos.
- Mestre i Mestre, R. M. (2020). La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de Las Sexualidades*, 4.
- Miñarro Yanini, M. (2014). Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas. *Relaciones Laborales*, (10), t. 1 (La Ley).
- Montoya Vivanco, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Revista de la Facultad de Derecho* (PUCP), (76).
- Muñoz Ruiz, J. (2016). *La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?* *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-08.
- Nair, S. (2020a, 21 de diciembre). Los rechazos a golpes de Frontex. Diario *El País*.
- Nair, S. (2020b, 22 de junio). Los inmigrantes, ¿otra vez olvidados? Diario *El País*.
- Nair, S. (2021, 1 de febrero). Una época sombría para los refugiados. Diario *El País*.

- Pérez Alonso, E. (2019). Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea. En E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Pérez Machío, A. I. (2016). Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular. *Estudios Penales y Criminológicos*, (36).
- Pomares Cintas, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2014). La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (7).
- Pomares Cintas, E. (2015). Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* (Universidad Estatal Paulista), (29).
- Pomares Cintas, E. (2019a). Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas*: protocolo regional de buenas prácticas en torno al eje de persecución del delito de trata de personas y modalidades de explotación asimiladas a la esclavitud. En E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2019b). La generalizzazione della privazione di libertà dei richiedenti protezione internazionale nello spazio giuridico europeo. *Rivista Altre Modernità*. Università degli Studi di Milano.
- Pomares Cintas, E. (2019c). La metamorfosis del concepto de *trata de blancas* en el seno de la Sociedad de Naciones como paradigma del control de los flujos migratorios contemporáneos. En E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.

*vitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas.* Tirant lo Blanch.

Pomares Cintas, E. (2020). La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas. *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, (4), 173-192.

Pomares Cintas, E. (2021). Delito de trata de seres humanos. En Álvarez García (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. 3.<sup>a</sup> Ed. Tirant Lo Blanch.

Portilla Contreras, G. (2007). *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista.* Tirant lo Blanch.

Ramonet, I. (2011, julio). Esclavos en Europa. *Le Monde diplomatique*, (189).

Sánchez Legido, A. (2018). ¿Héroes o villanos? las ONGs de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (a propósito del caso *open arms*). *Revista General de Derecho Europeo*, (46).

Villacampa Estiarte, C. (2015). El delito de trata de seres humanos. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*. Thompson Reuters-Aranzadi.

Villacampa Estiarte, C. (2020). ¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos? *Revista General de Derecho Penal*, (33).

## **Anexo documental**

- Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos, 2012-2016. COM/2012/0286 final 19 de junio de 2012.

- Comunicación de la Comisión Europea (2015) al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), 27 de mayo de 2015 (COM (2015) 285 final).
- Comunicación de la Comisión Europea (2016) sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración.
- Conclusiones del Consejo de la UE sobre el tráfico ilícito de migrantes (2016, 10 y 11 de marzo) (Doc. N.º 6995/16).
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2002), de 25 de abril de 2002, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal” [COM (2001) 672 final].
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2004), de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final].
- Informe ACCEM, G. Susaj, K. Nikopoulou y A. Giménez-Salinas Framis (Coord.) (2006), *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*.
- Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre el matrimonio servil (2012).
- Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de

ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41).

- Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU (A/75/169, 17 de julio de 2020).
- Maydayterraceo - Proyecto (2018) Aita Mari, Asistencia y Socorro a embarcaciones de personas migrantes que utilizan las rutas marítimas del Mediterráneo, Monitorización del cumplimiento de los derechos humanos en la mar.
- Memorias de la Fiscalía General del Estado, Unidad de Extranjería (2019).
- OIT (2005). *Una alianza global contra el trabajo forzoso.*
- OIT (2006). *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación.*
- Resolución del Parlamento Europeo (2016a, 12 de mayo), sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, 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 desde la perspectiva de género (2015-2118-INI).
- Resolución del Parlamento Europeo (2016b, 5 de julio), sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión [2015/2340(INI)].
- UNODC (2008). *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.*
- UNODC (2010). *Ley modelo contra la trata de personas.*



## Sección II

# **Trata de personas y otros fines de explotación**

Los textos de la Sección II, la Sección III y la Sección IV de esta publicación han pasado satisfactoriamente por un proceso de arbitraje doble ciego por pares externos internacionales a cargo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



# LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DEL PROTOCOLO DE PALERMO

*Clara Moya Guillem*<sup>14</sup>

## Resumen

Aunque la incorporación de la extracción de órganos a las finalidades de explotación, que definen la trata de personas, fue sumamente discutida durante la confección del Protocolo de Palermo, pasados más de veinte años desde su aprobación se ha consolidado y recogido en las legislaciones penales de gran parte de los Estados. En consecuencia, sobre todo en la última década, han comenzado a dictarse sentencias condenatorias en aplicación de los correspondientes delitos de trata de personas con fines de extracción de órganos en los países de los cinco continentes. La mayoría de ellas describen como hechos probados situaciones de turismo de trasplantes, que encajan en la definición internacional de trata de personas con fines de extracción de órganos y, a su vez, en la de tráfico de órganos. Esta es la razón por la que en este trabajo, tras examinar la etiología de la trata de personas con fines de extracción de órganos, y el modo en el que se lleva a cabo, se distinguen los tres fenómenos aludidos (el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes) y se examina la regulación en este ámbito. La conclusión alcanzada es que la represión penal de la trata de personas con fines de extracción de órganos debería contemplarse como un subtipo cualificado del delito de tráfico de órganos, y no como una modalidad delictiva de la trata de personas.

---

<sup>14</sup> Universidad de Alicante, Alicante, España. Correo electrónico: clara.mg@ua.es

## Abstract

Although the inclusion of organ removal into the purposes of exploitation that define trafficking in persons was highly debated during the drafting of the Palermo Protocol, more than twenty years after its approval, it has been established and included in the criminal legislation of most States. As a result, particularly in the last decade, convictions have begun to be handed down in countries on all five continents for the relevant offences of trafficking in persons for organ removal. Most of them present as proven facts situations of transplant tourism, which fit the international definition of trafficking in persons for organ removal and, in turn, organ trafficking. This is why this paper, after examining the etiology of trafficking in persons for organ removal and how it is carried out, differentiates between the three phenomena (organ trafficking, trafficking in persons for organ removal and transplant tourism) and examines regulation in this field. The conclusion reached is that the criminal repression of trafficking in persons for organ removal should be considered as a qualified subtype of the crime of organ trafficking and not as a criminal modality of trafficking in persons.

**Palabras clave:** tráfico de órganos, trata de personas, trata de seres humanos, extracción de órganos, turismo de trasplantes, Protocolo de Palermo.

**Keywords:** organ trafficking, trafficking in persons, trafficking in human beings, organ removal, transplant tourism, Palermo Protocol.

## Sumario

*1. Perfiles criminológicos de la trata de personas con fines de extracción de órganos. 1.1. Caso Medicus clinic de Kosovo. 1.2. Caso Netcare de Sudáfrica. 1.3. Caso Gurgaon de India. 1.4. Resolución N.º 0086-2018 de Costa Rica. 2. Delimitación del fenómeno y su etiología. 2.1. Diferencias y similitudes entre el tráfico de órganos, la trata de personas*

*con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes. 2.2. La etiología de la trata de personas con fines de extracción de órganos. 3. Regulación internacional y doméstica. 3.1. Regulación internacional. Los instrumentos adoptados por la ONU. 3.2. Regulaciones domésticas. Especial referencia a las figuras delictivas del ordenamiento jurídico español. 4. Recapitulación de conclusiones y propuesta de lege ferenda. 5. Referencias bibliográficas.*

## 1. Perfiles criminológicos de la trata de personas con fines de extracción de órganos

La Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) afirmaba, en el año 2006, que el tráfico de órganos era un fenómeno relativamente desconocido porque no se ofrecían datos concretos sobre su envergadura, ni existían suficientes estudios sobre los elementos que lo caracterizaban. Asimismo, advertía, entonces, que la determinación de sus dimensiones reales, y la comprensión de su naturaleza y del *modus operandi* de quienes lo cometen eran difíciles debido a la índole clandestina del problema y a los distintos agentes involucrados<sup>15</sup>.

No obstante, transcurridos más de veinte años desde la aprobación del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional* (en adelante, Protocolo de Palermo), a pesar de que debe presuponerse todavía una elevada cifra negra en relación con el tráfico de órganos en general y con la trata de personas con fines de extracción de órganos en particular, se dispone de alguna información al respecto, proporcionada por las principales organizaciones internacionales. Concretamente, han aportado datos de sumo interés tanto la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODC), como la Comisión Europea.

En el *Global Report on Trafficking in persons 2020*, publicado por la UNODC, se afirma que la mayoría de las víctimas de trata de personas detectadas lo son con fines de explotación sexual y laboral (un 50% y un 38%, respectivamente, sobre el total). Sin embargo, también se localizan víctimas de trata de personas con otras finalidades de explotación (un 12%<sup>16</sup>). Específicamente, por lo que se refiere a la trata de personas con

---

<sup>15</sup> Informe “Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos” del 15.º periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU de 2006 (E/CN.15/2006/10).

<sup>16</sup> Esta cifra parece haberse incrementado si atendemos al *Global Report on Trafficking in*

finés de extracción de órganos, en el citado informe se determina que en el año 2017 fueron 25 las víctimas detectadas, y que en 2018 (último año analizado en el informe) ascendieron a más de 40<sup>17</sup>.

Por su parte, en la Estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025, publicada en 2021 por la Comisión Europea, la tasa de víctimas de trata de personas con otras finalidades de explotación (al margen de la sexual y la laboral) se eleva al 18%<sup>18</sup>, y en el *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*, publicado en

---

*persons 2018* de la UNODC, que situaba la tasa de víctimas de trata de personas con otros fines de explotación en el 7%. [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf) (última consulta: 30/3/2022).

<sup>17</sup> *Global Report on Trafficking in persons 2020* de la UNODC.

[https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf) (última consulta: 2/3/2022), p. 36.

Son ya cinco los informes de la UNODC en los que se da cuenta de la extensión de la trata de personas a nivel mundial. En el primero, publicado en 2012, se indicaba que, entre los casos de trata de personas detectados, los que se habrían llevado a cabo con otros fines de explotación que no fuesen la sexual ni la laboral, representarían un 6% sobre el total. Concretamente, durante el año 2010 se evidenció que 591 víctimas de trata de seres humanos lo fueron, por ejemplo, con fines de extracción de órganos, con fines de celebración de matrimonios forzados o con fines de explotación para realizar actividades delictivas. Estos resultados del año 2010, según el *Global Report on Trafficking in Persons 2012* de la UNODC, se basan en 9007 víctimas de trata de seres humanos detectadas. En el *Global Report on Trafficking in persons 2014* de la UNODC se afirmaba que, en el periodo transcurrido entre el año 2010 y el 2012, las víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos supusieron un 0,2% sobre el total (de dieciséis países). En el *Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC se determinaba que entre el año 2014 y el 2016 se habían detectado aproximadamente 120 víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos a nivel mundial (de diez países). Y en el *Global Report on Trafficking in persons 2018* se estimó que las víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, detectadas desde 2014 hasta 2017, fueron aproximadamente 100.

<sup>18</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* [COM(2021) 171 final ] *on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*.

[https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files\\_en?file=2021-04/14042021\\_eu\\_strategy\\_on\\_combatting\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings\\_2021-2025\\_com-2021-171-1-en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files_en?file=2021-04/14042021_eu_strategy_on_combatting_trafficking_in_human_beings_2021-2025_com-2021-171-1-en.pdf) (última consulta: 15/4/2022).

2020 por este mismo organismo, se establece, en relación estrictamente con la trata de personas con fines de extracción de órganos, que se detectaron diecisiete casos en la Unión Europea entre los años 2017 y 2018<sup>19</sup>.

La trascendencia de la trata de personas con fines de extracción de órganos, en cualquier caso, varía sustancialmente en función del área geográfica, objeto de análisis y del sexo de las víctimas. Las zonas con mayor tasa de victimización serían el Norte de África y Oriente Medio<sup>20</sup>. De hecho, en el *Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC se estableció que la incidencia de este fenómeno habría alcanzado el 3% en el norte de África. Y, por su parte, los varones mayores de edad serían el grupo con una propensión victimal más acentuada<sup>21</sup>.

Con todo, para poder aproximarse al fenómeno criminal en estudio deviene imprescindible analizar las sentencias condenatorias dictadas en este contexto. Seguidamente, van a describirse cuatro de los casos que han albergado mayor repercusión mundialmente, para de este modo poder perfilar la realidad criminológica que se esconde tras las estimaciones acabadas de mencionar. En particular, se va a hacer referencia al caso *Medicus clinic* de Kosovo, al caso *Netcare* de Sudáfrica, al caso *Gurgaon* de India y a la resolución N.º 00864-2018 de Costa Rica.

---

<sup>19</sup> *El Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*, publicado en 2020 por la Comisión Europea. [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/third-report-progress-made-fight-against-trafficking-human-beings\\_en](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/third-report-progress-made-fight-against-trafficking-human-beings_en) (última consulta: 30/3/2022).

<sup>20</sup> Advierte la UNODC del incremento del riesgo tanto de trata de personas como de tráfico ilícito de migrantes generado por el conflicto en Ucrania en *Conflict in Ukraine: key evidence on risks of trafficking in persons and smuggling of migrants* (2022). [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/Conflict\\_Ukraine\\_TIP\\_2022.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/Conflict_Ukraine_TIP_2022.pdf) (última consulta: 16/4/2022).

<sup>21</sup> Las víctimas de trata de personas con fines de extracción de órganos suponen aproximadamente el 1% sobre el total de víctimas detectadas, concretamente, si se trate de víctimas varones mayores de edad. Así se determina tanto en el *Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC como en sus equivalentes publicados en 2018 y 2020.



### 1.1. Caso *Medicus clinic* de Kosovo

Por lo que respecta a Kosovo, la investigación en general del tráfico de órganos ha sido especialmente compleja por la inestable situación del país. Esta es precisamente la razón por la que el Consejo de Europa y la European Union Rule of Law Mission in Kosovo (en adelante, EULEX) han sido los organismos responsables de la instrucción y enjuiciamiento de las denuncias sobre el asunto. De este modo, han conseguido probarse ya algunos sucesos, entre los que se encuentra el conocido caso *Medicus clinic*.

En la sentencia dictada por este caso en 2013, que ha sido confirmada en última instancia en 2018, se acreditaron al menos 24 casos de trata de personas con fines de extracción de órganos (Ambagtsheer, 2021). Los hechos probados desvelan que una red criminal reclutaba a donantes de diferentes países: Bielorrusia, Israel, Kazajistán, Moldavia, Turquía, Rusia y Ucrania; todos ellos donantes de entre 20 y 30 años, y los trasladaba a la clínica *Medicus* ubicada en Pristina (Kosovo) para extraerles los órganos, que eran vendidos a receptores de aproximadamente 50 años, procedentes de Canadá, Alemania, Israel, Polonia y Estados Unidos. La sentencia corrobora que los receptores pagaban hasta 130 000 euros, mientras que los donantes, en ocasiones, perdían sus órganos sin recibir el pago prometido o recibéndolo solo parcialmente (Ambagtsheer et al., 2016, pp. 100-103).

Por estos hechos, se condenó a cuatro personas a penas de hasta ocho años de prisión. Concretamente, se condenó a ocho años de prisión al director de la clínica; a siete años y tres meses de prisión, a su hijo; a tres años de prisión al jefe de la sección de anestesia del hospital; y a un año de prisión al asistente del anestesista. Sin embargo, aunque el tribunal de apelaciones de Kosovo confirmó dichas condenas dictadas en 2013 en el año 2016, un fallo de la Corte Suprema anuló la sentencia sobre la base de irregularidades procesales y se abrió un nuevo juicio en 2017. Tras este nuevo proceso penal, en mayo de 2018 se dictó una sentencia mediante la que se confirmaron los hechos probados y se condenó por trata de personas con fines de extracción de órganos y crimen organizado al director de la clínica y al jefe

de la sección de anestesia. Los otros dos condenados en la sentencia dictada en 2013 todavía se encuentran en búsqueda y captura por Interpol en el momento de elaborar este trabajo<sup>22</sup>.

## 1.2. Caso *Netcare* de Sudáfrica

En cuanto a Sudáfrica, el conocido caso *Netcare* ha puesto de manifiesto que se realizaron al menos 109 trasplantes ilegales de riñón, entre los años 2001 y 2003, en el St. Augustine's Hospital (Allain, 2011). Los donantes eran rumanos y brasileños, y los receptores mayoritariamente israelíes. Estos últimos pagaron por el riñón, los servicios sanitarios, el viaje y el alojamiento, aproximadamente, 120 000 dólares. En cambio, a los donantes solo les pagaron entre 3000 y 6000 dólares.

En ese momento, en Sudáfrica, se exigía que cualquier trasplante entre vivos no relacionados contase con la autorización previa de un comité creado *ad hoc*. Por ello, la empresa *Netcare Kwa-Zulu* tramitó la obtención de documentación falsa que certificara que los donantes y los receptores implicados en la trama eran familiares y, con esta misma finalidad, la compañía contrató a dos nefrólogos coordinadores para que les ayudasen a gestionar los trámites administrativos oportunos. Al parecer, a los receptores israelíes la Sanidad Pública les reembolsó los gastos correspondientes al trasplante, llegándoles a pagar entre 37 000 y 70 000 dólares americanos por los gastos ocasionados (Ambagtsheer, 2021).

Por estos hechos, en el año 2010, se condenó por primera vez a una persona jurídica por hechos relacionados con la trata de personas con fines de extracción de órganos. Específicamente, se condenó a la compañía privada *Netcare Kwa-Zulu* al pago de una multa de 380 000 dólares<sup>23</sup>. Además, posteriormente,

---

<sup>22</sup> Esta información puede leerse, por ejemplo, en “Kosovo convicts two in organ – trading trial” del *Balkan Transitional Justice* (24 /5/2018). <https://balkaninsight.com/2018/05/24/kosovo-organ-trafficking-medicus-trial-verdict-05-24-2018/> (última consulta: 6 /4/2022).

<sup>23</sup> Se trata del “*The State v. Netcare Limited, case N.º 41*”, *Commercial Crime Court, Regional Court of Kwazulu Natal Durban, South Africa* (3 de septiembre de 2010). Tras

se condenó a cuatro nefrólogos que intervinieron en el proceso y a dos coordinadores de trasplantes a penas de cinco años de prisión<sup>24</sup>.

### 1.3. Caso *Gurgaon* de India

El caso *Gurgaon* de India ha sido otro de los casos más escandalosos de trata de personas, con fines de extracción de órganos, conocidos hasta el momento<sup>25</sup>.

En 2008 se arrestó a varias personas, y se localizaron en total tres hospitales y diez laboratorios en los que se desarrollaban actividades ilegales relacionadas con el trasplante de riñón.

La red criminal encargada de su ejecución habría estado en funcionamiento unos siete años, y habría realizado alrededor de 500 trasplantes ilegales. La mayoría de los receptores fueron indios, aunque desde 2005 también habrían sido trasplantados numerosos extranjeros (de EE. UU., Reino Unido, Canadá, Australia, Arabia Saudí y Grecia). Los donantes, por su parte, eran en su mayoría habitantes de localidades rurales de India, desempleados y jóvenes (de entre 20 y 35 años de edad). La captación se llevaba a cabo mediante la promesa de un trabajo y, una vez en el destino, les ofrecían entre 1000 y 2500 dólares por entregarles su riñón. Algunos aceptaban y a quienes se negaban les extirpaban el riñón empleando violencia o intimidación.

Sobre la base de estos hechos, en marzo de 2013, un tribunal condenó a cinco de los acusados a penas de prisión de hasta siete años y absolvió a otros cinco.

---

este suceso, y en conexión con el mismo, otro culminó con la condena en Brasil de dos sujetos por tráfico de órganos (Efrat, 2013; Scheper-Hugues, 2009).

<sup>24</sup> Véase, al respecto, el documento “Trafficking in human organs” (EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/03) del *Directorate-General for External Policies Policy Department*, publicado el 25 de julio de 2015. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO\\_STU\(2015\)549055\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU(2015)549055_EN.pdf) (última consulta: 2/4/2022), p. 38. Sin embargo, solo se ha localizado la sentencia del caso *State vs. Ziegler*.

<sup>25</sup> La información que se expone en relación con este caso ha sido extraída del ya citado estudio del Parlamento Europeo “Trafficking in human organs” (EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/03).

#### **1.4. Resolución N.º 00864-2018 de Costa Rica**

Por último, en diciembre de 2017 se condenó, en Costa Rica, al jefe de nefrología del hospital Calderón Guardia y a un intermediario a penas de 12 y 8 años de prisión, respectivamente, por trata de personas con fines de extracción de órganos. Otros tres doctores acusados fueron finalmente absueltos por falta de pruebas en relación con el elemento subjetivo del injusto.

De acuerdo con los hechos probados, ambos formaban parte de una red criminal internacional que, entre 2009 y 2013, compró riñones a personas en situación de necesidad socioeconómica para ser trasplantados en receptores que habrían sido israelíes. Se consiguieron probar al menos catorce casos.

Como se puede observar, en definitiva, en todos los casos referenciados, que han concluido con sentencias condenatorias en la última década, son los receptores (personas solventes económicamente) quienes se trasladaron a terceros países para que les fuese trasplantado el órgano de un donante muy joven y en situación de necesidad o vulnerabilidad, que consintió la extirpación a cambio de un precio muy inferior al que los enfermos habían pagado por la intervención. En otras palabras, el *modus operandi* característico de los casos de trata de personas con fines de extracción de órganos más conocidos es constitutivo del denominado “turismo de trasplantes”, que se examina en el siguiente epígrafe.

De hecho, cada vez son más los pacientes que viajan en busca de un órgano. Son más de 6000 los casos reportados a nivel mundial de pacientes que habrían recibido un trasplante en el extranjero entre 1971 y 2013; y de ellos, 1238 (un 21%) admiten haber pagado por la intervención (Ambagtsheer y Van Balen, 2020). Algunos han llegado a pagar más de 300 000 dólares y, en cambio, los donantes en ocasiones no han recibido nada. Son los intermediarios, el personal sanitario y las autoridades corruptas quienes se llevan los mayores beneficios.

## 2. Delimitación del fenómeno y su etiología

Hace más de una década que se viene denunciando que habitualmente se confunde el tráfico de órganos y la trata de personas con fines de extracción de órganos, así como que este desconcierto dificulta la eficacia de los esfuerzos para combatir el problema y proporcionar protección adecuada a sus víctimas<sup>26</sup>. Estos fenómenos, asimismo, se equiparan en ocasiones al turismo de trasplantes, lo que todavía complica más la lucha contra el crimen en estudio.

### 2.1. Diferencias y similitudes entre el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes

Para delimitar los tres fenómenos a los que se acaba de hacer alusión (el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes) conviene acudir a la última edición de la *Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes* (2018)<sup>27</sup>.

Según este instrumento normativo internacional, el “tráfico de órganos” “consiste en cualquiera de las siguientes actividades:

- a) la extracción de órganos de donantes vivos o fallecidos sin consentimiento válido o autorización o a cambio de un beneficio económico o ventaja comparable para el donante y/o o una tercera parte;

---

<sup>26</sup> Estudio conjunto de Naciones Unidas y el Consejo de Europa *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, publicado en 2009. <https://rm.coe.int/16805ad1bb> (última consulta: 1/4/2022).

<sup>27</sup> Este instrumento normativo internacional es el que toma como referente la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante. Así lo establece, por ejemplo, en la *Recomendación REC-RCIDT-2020 (28) sobre sistemas de información nacionales de donación y trasplante*. [http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%20IBEROAMERICA-2020\\_09\\_03\\_2021.pdf](http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%20IBEROAMERICA-2020_09_03_2021.pdf) (última consulta: 1/4/2022). La repercusión de la Declaración de Estambul en este ámbito viene dada porque fue adoptada por 150 organizaciones médicas y científicas relacionadas con el trasplante de órganos, y por 78 países.

- b) el transporte, la manipulación, el trasplante o cualquier otro uso de dichos órganos;
- c) el ofrecimiento de una ventaja indebida o su solicitud por parte de un profesional sanitario, funcionario público o empleado del sector privado para facilitar o realizar dicha extracción o uso;
- d) la propuesta o captación de donantes o receptores, cuando se efectúa para obtener un beneficio económico o ventaja comparable; o
- e) la tentativa de cometer, o la ayuda o la inducción a la comisión de cualquiera de estos actos”<sup>28</sup>.

Por su parte, la “trata de personas con fines de extracción de órganos” es definida como la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con el objetivo de la extracción de órganos”.

Por último, la Declaración de Estambul define el “viaje para trasplantes” como el movimiento de personas a través de las fronteras con el propósito del trasplante. Y aclara que el “viaje para trasplantes” se convierte en “turismo de trasplantes” cuando implica trata de personas con fines de extracción de órganos o tráfico de órganos, o cuando la dedicación de recursos (órganos, profesionales y centros de trasplante) a la provisión de la terapia del trasplante a pacientes no residentes disminuye la capacidad del país de proporcionar servicios terapéuticos en este ámbito a su propia población.

Considerando, pues, que una de las actividades constitutivas de tráfico de órganos es la tentativa, ayuda o inducción a la extracción de órganos de donantes vivos sin su válido consentimiento, la diferencia entre el tráfico de

---

<sup>28</sup> Esta definición deriva, según sostiene el propio documento, del artículo 2 del *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos Humanos* (2015).

órganos y la trata de personas con fines de extracción de órganos es que, en el primero, el elemento central es el órgano y el uso que se le da al mismo, mientras que la trata de personas es un crimen donde la explotación de la víctima es el elemento central. Por ende, los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos constitutivos de tráfico de órganos pueden referirse a órganos de donantes vivos o fallecidos y llevarse a cabo con o sin el consentimiento del donante. Por el contrario, los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos integrantes de la trata de personas siempre aluden a personas vivas que no han prestado su consentimiento válido. Esto implica que toda conducta que encaje en la definición de trata de personas con fines de extracción de órganos lo hará necesariamente en la de tráfico de órganos, a modo de círculo concéntrico.

Por su parte, tanto la trata de personas con fines de extracción de órganos como el tráfico de órganos conformarán, a su vez, turismo de trasplantes si se ha procedido al cruce de fronteras por parte del donante y/o del receptor.

En conclusión, la trata de personas con fines de extracción de órganos es una de las formas en las que se manifiesta el tráfico de órganos, que es un fenómeno mucho más amplio. Y, a su vez, como se ha podido observar en la exposición de casos del anterior epígrafe, el turismo de trasplantes es una de las formas en las que suele manifestarse la trata de personas con fines de extracción de órganos.

En efecto, los cuatro supuestos anteriormente narrados son casos constitutivos de turismo de trasplantes que encajan en la definición de trata de personas con fines de extracción de órganos y, simultáneamente, en la de tráfico de órganos. Y, precisamente por esta relación de subsunción entre los tres fenómenos, todos tienen una misma etiología<sup>29</sup>, que, según

---

<sup>29</sup> Como establece el ya mencionado estudio conjunto de Naciones Unidas y el Consejo de Europa *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs* (2009), entre las similitudes entre el tráfico de órganos y la trata de personas con fines de extracción de órganos se encuentran las causas que los generan y las consecuencias para los individuos implicados en cuanto al riesgo para su salud.

todas las publicaciones en este ámbito, reside en el insuficiente número de órganos disponibles para trasplantar<sup>30</sup>. Como indica la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) en el Preámbulo de los Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos de 2010 (WHA 63.22),

[...] la escasez de órganos disponibles no solo ha llevado a muchos países a elaborar procedimientos y sistemas destinados a aumentar la oferta, sino que también ha estimulado el tráfico comercial de órganos humanos, sobre todo de donantes vivos no emparentados con los receptores. Las pruebas de la existencia de ese comercio, y del tráfico de seres humanos que lo acompaña, se han hecho más evidentes en los últimos decenios. Además, la facilidad cada vez mayor para las comunicaciones y viajes internacionales ha llevado a muchos pacientes a viajar al extranjero para acudir a centros médicos que hacen publicidad de su capacidad para realizar trasplantes y suministrar órganos donados por una tarifa única que lo incluye todo.

## **2.2. La etiología de la trata de personas con fines de extracción de órganos**

El último *Newsletter Trasplant 2020*<sup>31</sup>, relativo a los datos sobre donación y trasplante de órganos del año 2019, contiene información que permite explicar la causa por la que surge toda forma de tráfico de órganos.

---

<sup>30</sup> La insuficiencia de órganos disponibles para trasplantar es la principal causa por la que surge el tráfico de órganos. Así se afirma, por ejemplo, en el Informe *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos* del 15.º periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU del año 2006; en el *Estudio conjunto sobre el Tráfico de órganos, tejidos y células y la Trata de seres humanos con el objetivo de extracción de órganos* del Consejo de Europa y la ONU de 2009; y en el *Plan de acción para la donación y el trasplante de órganos (2009-2015): cooperación reforzada entre los Estados miembros* de la Comisión, de 2008.

<sup>31</sup> El *Newsletter Transplant 2020*, que confeccionan anualmente la Organización Nacional de Trasplantes de España (ONT) y el Consejo de Europa. [http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%202020\\_baja.pdf](http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%202020_baja.pdf) (última consulta: 1/4/2022).



Si consideramos la información que facilitan los catorce países latinoamericanos participantes en el informe<sup>32</sup>, se observa que al 31 de diciembre de 2019 había 60 846 pacientes en lista de espera y que ese mismo año se contabilizaron 5657 enfermos fallecidos a la espera de un trasplante. Siendo ello así, casi un 10% de los pacientes en lista de espera habrían fallecido sin recibir el trasplante que necesitaban. Por su parte, según la información presentada por los 26 países europeos que colaboran en el informe<sup>33</sup>, al 31 de diciembre de 2019 había 54 473 pacientes en lista y en ese año murieron 3497 enfermos, lo que supone aproximadamente un 6,5% de mortalidad en lista. Es más, para los que sobreviven, un largo periodo de permanencia en lista de espera influye negativamente sobre su salud y sobre el futuro éxito del trasplante.

Esta trágica realidad es, en efecto, la principal causa por la que surge y se consolida el tráfico de órganos en todas sus modalidades, incluida la trata de personas con fines de extracción de órganos.

De igual modo, la desigualdad económica contribuye a la aparición y al posterior arraigo de toda forma de tráfico de órganos, sobre todo, de la trata de personas con fines de extracción de órganos y, más específicamente, del turismo de trasplantes.

Ya en el año 1996, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas (A4-0326/95) afirmó que el fenómeno es la consecuencia de unas relaciones económicas desequilibradas a nivel internacional y que afecta tanto a la política de desarrollo como a la de cooperación internacional. Del mismo modo, en la actualidad, concretamente mediante la Resolución A/RES/71/322, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2017, la ONU se ha mostrado “alarmada por el posible aumento de la

---

<sup>32</sup> Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>33</sup> Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Letonia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, España, Suecia y Reino Unido.

explotación por grupos delictivos de las necesidades, la pobreza y la miseria humanas con miras al tráfico de órganos humanos mediante el uso de la fuerza, la coacción, el secuestro, el fraude o el engaño”.

A mayor abundamiento, la Resolución 75/195, del 16 de diciembre de 2020, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”, determina que “si bien existen diferencias entre los delitos de tráfico de órganos humanos y trata de personas con fines de extracción de órganos, ambos delitos guardan relación con la escasez de órganos humanos disponibles para el trasplante y con las dificultades sociales y económicas que hacen vulnerables a las personas, y que la prevención y respuesta a ambos delitos debe llevarse a cabo de manera eficaz y coordinada”.

Los donantes, por lo general, se encuentran en una situación de extrema pobreza y los receptores se enfrentan a su grave estado de salud<sup>34</sup>. Por ello, unos están dispuestos a ceder uno de sus órganos a cambio de mejorar su situación económica, y los otros se ofrecen a entregar grandes cantidades de dinero para sobrevivir.

Según la doctrina especializada, cuando a los donantes se les pregunta acerca de los motivos que les han llevado a vender un órgano, la pobreza, las deudas y la incapacidad para mantener a sus familias son las razones más señaladas (Mendoza, 2011; Jafar, 2009; Shimazono, 2007; y Cohen, 2003). A modo de ejemplo, un estudio llevado a cabo en Pakistán afirmó que el 93% de los encuestados habían vendido un riñón para pagar una deuda, y se estima que la mayoría de ellos tenía un nivel de estudios muy bajo (Naqvi, 2007). En Egipto, igualmente, se constató que más de un 62% de

---

<sup>34</sup> Debe tenerse en cuenta que para evitar utilizar diversos términos con la finalidad de hacer referencia a la persona que cede un órgano, según el modo en el que lo haga, en el trabajo se emplea indistintamente el término “donante”, aunque en ocasiones se aluda a quien lo vende y no a quien lo dona gratuitamente.

los vendedores eran analfabetos (Budiani-Saberi y Mostafa, 2011; Moazam *et al.*, 2009). Y en un estudio llevado a cabo en Colombia se estimó que, aproximadamente, el 90% de los donantes estaban entre los estratos más pobres de la población colombiana (Mendoza, 2012).

Concretamente, las rutas seguidas apuntan como “países receptores”, entre otros, a Canadá, Australia, Israel y Reino Unido, y como “países vendedores”, mayoritariamente, a China, Bangladesh, Ucrania, Moldavia, Brasil, Bolivia y Pakistán. Además, algunos Estados, como Colombia, Filipinas, Egipto y la India, hacen simultáneamente de “países donantes” y “países receptores” (Pascalev *et al.*, 2013).

### **3. Regulación internacional y doméstica**

La política criminal diseñada para hacer frente a la trata de personas con fines de extracción de órganos coincide en la práctica con la totalidad de los Estados. Tal y como se indica en el *Global Report on Trafficking in persons 2020* de la UNODC, en agosto de 2020, 169 países habían tipificado penalmente el fenómeno en términos muy similares.

Ello se debe, sobre todo, a que prácticamente todos los Estados han suscrito las resoluciones internacionales contra la trata de personas que se han venido dictando desde organismos como la ONU. En el siguiente epígrafe se hará referencia a las más relevantes. Y, seguidamente, se examinará la regulación penal que han adoptado algunos Estados en este ámbito, tomando como punto de partida la legislación española.

#### **3.1. Regulación internacional. Los instrumentos aprobados por la ONU**

Teniendo en consideración el alcance y la gravedad del tráfico de órganos, los documentos más importantes aprobados en el seno de la ONU para hacerle frente, al margen del Protocolo de Palermo, al que luego me referiré, han sido, por un lado, las diversas resoluciones adoptadas por la OMS

en materia de trasplante de órganos, tejidos y células, que condenan su comercialización<sup>35</sup>; por otro lado, la Resolución 59/156, del 20 de diciembre 2004, titulada “Prevención, lucha y sanción del tráfico de órganos”; y, finalmente, la Resolución 75/195, de 16 de diciembre de 2020, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”<sup>36</sup>.

En todas ellas se exige a los Estados que desarrollen, en sus respectivas legislaciones, medidas para mejorar la práctica del trasplante de órganos sobre la base de los principios de voluntariedad y gratuidad. Se critica, asimismo, la falta de atención prioritaria que los Estados miembros y las organizaciones supranacionales han dedicado al problema. Y, por último, se insta a los Estados a sancionar penalmente el tráfico de órganos de un modo adecuado. En relación con esto último, la última de las resoluciones mencionadas, aprobada en diciembre de 2020, insta a los Estados a “fortalecer los marcos legislativos, entre otras cosas revisando, desarrollando o modificando dichos marcos, según proceda, para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos, concretamente tipificando como delito esas prácticas y adoptando disposiciones para garantizar la rendición de cuentas de los responsables”.

---

<sup>35</sup> Resolución de la OMS 40.13, sobre los principios acerca del trasplante de órganos de 1987; Resolución de la OMS 42.5, sobre prevención de la compra y venta de órganos humanos, de 1989; Resolución 44.25, sobre el trasplante de órganos humanos, de 1991; Resolución 57.18, sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos, de 2004; Resolución 63.22, sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos, de 2010.

<sup>36</sup> Esta última norma viene precedida por otras (la Resolución 73/189, del 17 de diciembre de 2018, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”; la Resolución 74/176, del 18 de diciembre de 2019, titulada “Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas”; y las resoluciones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal 23/2, del 16 de mayo de 2014, y 25/1, del 27 de mayo de 2016, relativas a la prevención), aunque en ella se recogen sus principales aportaciones.

Todas estas resoluciones adoptadas en el seno de la ONU abordan el amplio fenómeno del tráfico de órganos y, por lo tanto, se refieren también a la trata de personas con fines de extracción de órganos. Sin embargo, en el artículo 3 del Protocolo de Palermo se contempla este último fenómeno de manera específica.

En dicha norma se define la trata de personas como: “[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”. Y se añade que “[l]a explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”.

Por tanto, el concepto jurídico-penal de trata de personas, que se facilita desde el derecho internacional, se caracteriza por la concurrencia de tres elementos: la conducta (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas), el modo (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona) y la finalidad (la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos).

No obstante, la propia UNODC ha admitido, recientemente, que la extracción de órganos es única entre las finalidades de explotación

estipuladas, ya que no constituye una práctica inherentemente explotadora<sup>37</sup>. Es más, en los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo se pone de manifiesto cómo, en un primer momento, no se incluyó en la definición de trata de personas esta finalidad de explotación. Y, posteriormente, cuando se propuso su inclusión, hubo un intenso debate en torno a los términos en los que debía aparecer. Así, inicialmente, se sugirió como finalidad “la extirpación o el tráfico de órganos, tejidos o partes del cuerpo humano”. También se propusieron las expresiones “extirpación ilícita de órganos”, “transferencia de órganos de personas con fines de lucro” y “tráfico de órganos”, así como ampliar la formulación para que incluyesen “otras partes del cuerpo”<sup>38</sup>. Finalmente, se decidió incluir la extracción de órganos (no de tejidos, células ni otras partes del cuerpo humano, y no específicamente con el propósito de comercializar con ellos) entre los fines de explotación. Pero esto no obsta que deba diferenciarse esta finalidad de las clásicas formas de explotación que se tratan de impedir mediante la tipificación penal de la trata de personas.

Tres son las diferencias fundamentales entre la extracción de órganos y el resto de finalidades contempladas en la definición de trata de personas que impiden, bajo mi punto de vista, su equiparación: en primer lugar, que al donante no se le somete a la voluntad del explotador de una forma duradera en el tiempo como sucede, por ejemplo, con la explotación

---

<sup>37</sup> *Legislative guide for the Protocol to Prevent, Suppress and punish trafficking in persons, especially women and children* de la UNODC publicado en 2020. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/TiP\\_LegislativeGuide\\_Final.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/TiP_LegislativeGuide_Final.pdf) (última consulta: 5/4/2022). Ya en esta dirección se pronunciaba la ONU en el documento *Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability consent, and exploitation* (CTOC/COP/WG.4/2015/4), publicado en 2015. [https://www.unodc.org/documents/treaties/organized\\_crime/2015\\_CTOC\\_COP\\_WG4/V1506009.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2015_CTOC_COP_WG4/V1506009.pdf) (última consulta: 5/4/2022).

<sup>38</sup> Al respecto, véanse los *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, publicados en 2008. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) (última consulta: 27/3/2022).

laboral; en segundo lugar, que el explotador no obtiene un beneficio continuado, sino que, a lo sumo, logra un lucro aislado que impide sacar más rédito de la víctima a partir de ese momento (e incluso puede suceder que con la extirpación del órgano no se persiga ninguna finalidad lucrativa, sino la mejora en la salud de un familiar o de uno mismo); y, en tercer lugar, que la extracción de órganos no se prohíbe como tal por los ordenamientos jurídicos (como sucede con el resto de finalidades que son *per se* ilegales y, por lo general, constitutivas de delito), sino que, muy al contrario, está permitida (incluso incentivada) bajo determinadas condiciones. Estas tres divergencias entre la extracción de órganos y el resto de los fines previstos en la definición de trata de personas no pueden salvarse ni siquiera interpretando, como estimo que debe hacerse, que los ilícitos penales relativos a la trata de personas con fines de extracción de órganos solo se consuman si se refieren a una extirpación con fines comerciales (Moya, 2020, p. 199).

A pesar de ello, la mayoría de los Estados han incorporado a sus respectivas legislaciones el delito de trata de personas en los términos establecidos en el Protocolo de Palermo y, por ende, han incluido la extracción de órganos como una de sus finalidades. El problema es que lo han hecho, a pesar de prever también un delito de tráfico de órganos, que, en parte, reprime el mismo comportamiento: la promoción de la obtención de órganos de personas vivas sin su válido consentimiento.

### **3.2. Regulaciones domésticas. Especial referencia a las figuras delictivas del ordenamiento jurídico español**

El solapamiento normativo aludido *supra* entre el delito de tráfico de órganos humanos y el de trata de personas con fines de extracción de órganos se da, por ejemplo, en la legislación española.

Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorporó al Código Penal tanto el artículo 156 bis, que recoge el delito de tráfico de órganos, como el artículo 177 bis, que sanciona la trata de personas.

El delito de tráfico de órganos ha sido sustancialmente reformado a través de la Ley Orgánica 1/2019, del 20 de febrero, de manera que en la actualidad reprime con penas de hasta doce años, entre otras conductas, el favorecimiento de la extracción u obtención ilícitas de órganos humanos ajenos.

Específicamente, el artículo 156 bis establece, en su primer apartado, que “[l]os que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida. A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos:

a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1.<sup>a</sup> que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;
- 2.<sup>a</sup> que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,
- 3.<sup>a</sup> que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines”.

Por su parte, aunque el delito de trata de personas se ha modificado mediante la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, y también mediante la Ley



Orgánica 8/2021, del 4 de junio, la finalidad de extracción de órganos no ha sufrido ningún cambio. Así, el artículo 177 bis establece, en su primer apartado, que “[s]erá castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. [...]”.

Por lo tanto, ante un caso de trata de personas con fines de extracción de órganos del que deban conocer los jueces o tribunales españoles, resultan de aplicación ambas figuras delictivas. Es más, si la extirpación del órgano finalmente se ha materializado debe apreciarse, asimismo, el correspondiente delito de lesiones. Y, consecuentemente, deben resolverse los correspondientes concursos de normas y/o delitos concurrentes. Este es, al menos, bajo mi punto de vista, el modo en el que debería haberse procedido en las sentencias dictadas en España, hasta el momento, en este ámbito, cuyos hechos probados encajan perfectamente en la definición de trata de personas con fines de extracción de órganos, pero que han aplicado, indebidamente, solo el delito de tráfico de órganos y no el de trata de personas. Me refiero a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 793/2016, del 13 de octubre, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 710/2017, del 27 de octubre; y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 482/2019, del 7 de octubre.

Y la misma confusión puede surgir en otros países europeos como Alemania<sup>39</sup>, Francia<sup>40</sup>, Italia<sup>41</sup> o Reino

---

<sup>39</sup> El trasplante de órganos en Alemania se regula en la Ley de Donación, Extracción y Trasplante de Órganos (*Transplantationsgesetz-TPG*), del 5 de noviembre de 1997, y en esta norma se sanciona la compraventa de órganos y tejidos humanos. Al respecto, en el ya citado informe *Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos* (E/CN.15/2006/10), Alemania declaró que dos de los comportamientos sancionados penalmente a través de la *Transplantationsgesetz-TPG* (la extracción de órganos o tejidos a un menor de edad y la extirpación de los de un mayor de edad sin su consentimiento libre e informado) eran la forma en la que se tipificaba la trata de personas con fines de extracción de órganos. Sin embargo, en 2016 se criminalizó la trata de personas entre los delitos contra la libertad personal a través de la Ley para Mejorar la Represión de la Trata de Seres Humanos. Así, en el parágrafo 232 de la *StGB* se sanciona ahora, de forma expresa, la trata de personas con fines de extracción de órganos. Pero las infracciones de la *Transplantationsgesetz-TPG* no se han derogado, por lo que los diversos ilícitos penales se solapan.

<sup>40</sup> El Código Penal francés contempla hasta cuatro figuras delictivas que castigan cuatro grupos de comportamientos relacionados con el uso de órganos humanos: en primer lugar, la obtención de órganos, la mediación para favorecer la obtención de un órgano, y la cesión de un órgano ajeno, con ánimo de lucro (art. 511-2); en segundo lugar, la extracción de un órgano de una persona viva mayor de edad, sin haber obtenido su consentimiento o sin que se haya autorizado, así como la extracción de un órgano a un menor o incapaz, fuera de los casos previstos por la ley (art. 511-3); en tercer lugar, la extracción o el trasplante de órganos en un establecimiento que carezca de la autorización prevista en el Código de Salud Pública, o la ejecución de esas mismas conductas tras la retirada o la suspensión de dicha autorización (art. 511-7); y, en cuarto lugar, la distribución o cesión de órganos sin respetar las reglas de seguridad sanitaria exigidas en el Código de Salud Pública (art. 511-8). A pesar de ello, el artículo 225-4 del Código Penal francés prevé el delito de trata de personas entre los delitos contra la dignidad humana, en los mismos términos que el Código Penal español, lo que implica la existencia de duplicidad de infracciones penales para el mismo comportamiento.

<sup>41</sup> La Ley italiana N.º 91 de 1999, en su artículo 22 bis, insertado bajo la rúbrica “De las sanciones relacionadas con el tráfico de órganos humanos con fines de trasplante”, castiga al que haya mediado en la donación de órganos con ánimo de lucro. Por su parte, el artículo 601 bis del Código Penal, bajo el nomen “Tráfico de órganos de persona viva”, contempla dos grupos de modalidades delictivas. En su primer apartado, sanciona a quienes, ilícitamente, comercien, vendan, compren o de cualquier otro modo o por cualquier otro título obtengan o trafiquen con órganos o partes de órganos procedentes de personas vivas. Este apartado, por lo tanto, se considera sancionador de las conductas que cronológicamente suceden a la prevista en el artículo 22 bis de la Ley N.º 91 de 1999; es decir, posteriores a la mediación en la donación de órganos. Y el segundo apartado

Unido<sup>42</sup>, así como en países latinoamericanos, como, por ejemplo, Argentina<sup>43</sup>,

---

del artículo 601 bis castiga a quien realice conductas relacionadas con el turismo de trasplantes o su publicidad y para quien publique o difunda anuncios con fines de tráfico de órganos humanos. Por su parte, la trata de personas con fines de extracción de órganos en Italia se sanciona en el artículo 601 del Código Penal. Pero, adviértase que esta última figura delictiva se solapa con las previstas en las normas anteriores.

<sup>42</sup> En la Human Tissue Act de 2004 se castiga a quienes vulneren los requisitos establecidos sobre el consentimiento del donante (art. 5). Además, bajo la rúbrica “Prohibition of commercial dealings in human material for transplantation”, se sanciona a quienes realicen cualquier actividad tendente a la compra o a la venta de material controlado, a los que dirijan una organización cuyas actividades consistan en el comercio de dicho material, y a quienes publiquen o distribuyan anuncios que promocionen la disponibilidad o la necesidad de material controlado, con ánimo de lucro (art. 32). Finalmente, se reprime a la persona culpable de publicar o distribuir anuncios sobre la disponibilidad de órganos o sobre su necesidad. Y la trata de personas se recoge actualmente en la Modern Slavery Act 2015. En esta norma se entiende que “una persona comete un delito si organiza o facilita el viaje de otro con fines de explotación. Será irrelevante si la víctima da su consentimiento (tanto si es un adulto como si es un niño)” (art. 2). A continuación, la ley aclara que una persona puede, en particular, organizar o facilitar el viaje mediante la captación, el transporte, la transferencia, la acogida o la recepción, incluido el intercambio del control sobre la víctima. E, igualmente, determina que, a los efectos de esta ley, se entenderá que una persona organiza o facilita el viaje de la víctima con fines de explotación si tiene la intención de explotarla o si sabe que otro lo hará. Los fines de explotación a los que se refiere esta norma son los siguientes: “esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio; explotación sexual; extirpación de órganos, etc.”. Por ende, de nuevo, se trata de una doble incriminación de un mismo comportamiento.

<sup>43</sup> La Ley argentina N.º 24.193, de trasplantes de órganos y tejidos, sanciona al que, siendo “un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar”, entregue u ofrezca beneficios a un potencial donante o a un tercero para lograr la obtención de órganos o tejidos; reciba, exija para sí o para terceros, o acepte una promesa de beneficios, con el fin de lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos, sean o no propios; o intermedie con ánimo de lucro en la obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas o de cadáveres (art. 28). A estos mismos sujetos activos se les sanciona con la pena de prisión incluso a perpetuidad si la extracción del órgano se realiza por cualquiera a una persona viva vulnerando la normativa vigente (art. 30). Además, la Ley N.º 26.842, Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas de 2012, ha incorporado al Código Penal el artículo 145 bis, que castiga al que realice conductas de trata de personas. Por lo tanto, una vez más, podrán darse solapamientos normativos en este ámbito.

Chile<sup>44</sup>, Colombia<sup>45</sup> o México<sup>46</sup>, en los que también se regulan

---

<sup>44</sup> En Chile la regulación del trasplante de órganos se halla en la Ley N.º 19.451 de 1996, de Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos. Esta norma proclama el principio de gratuidad y sanciona penalmente, en relación con el tráfico de órganos procedentes de personas vivas, tres supuestos: el primero comprendería los actos tendentes a la venta de un órgano por parte del propio donante; el segundo se correspondería con los actos tendentes a la compra de un órgano por parte del receptor; y el tercero sería aquel en el que el sujeto activo es un tercero (ni donante ni receptor del órgano objeto de trasplante), que o bien ofrece o proporciona dinero para conseguir un órgano, o bien gestiona la venta de un órgano a un tercero (art. 13). Por su parte, la Ley N.º 20.507, por la que se tipifican los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal del 2011, añadió al Código Penal el título “De los delitos de tráfico de inmigrantes y trata de personas”, que castiga a quienes cometan trata de personas (art. 411 quáter) en los mismos términos que lo hace la legislación española comentada en el texto.

<sup>45</sup> La Ley colombiana N.º 919 de 2004, por la que se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante, castiga al que, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración: trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos; sustraiga un componente anatómico de persona viva o muerta sin la correspondiente autorización; participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente; o, realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, o sobre su disponibilidad (art. 2). Y el delito de trata de personas se incorporó al Código Penal mediante la Ley N.º 985 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas, y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma, entre los delitos contra la autonomía personal (art. 188.a CP). El tipo penal dispone sanción penal para “[e]l que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación”. Y, a continuación, aclara que “se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación”. En definitiva, se vuelven a sancionar en dos normas penales distintas los comportamientos tendentes a la obtención de órganos, sin la válida anuencia del donante.

<sup>46</sup> En la Ley General de Salud de México se prevén tres tipos penales. En primer lugar, se castiga al que traslade o realice actos tendentes a trasladar fuera del territorio nacional órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres sin permiso de la Secretaría de Salud (art. 461). En segundo lugar, se condenan tres grupos de modalidades delictivas distintas: la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro ilícito de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres

penalmente ambos fenómenos solapándose entre ellos.

#### **4. Recapitulación de conclusiones y propuesta *de lege ferenda***

Las principales conclusiones alcanzadas en este trabajo pueden resumirse en las siguientes cuatro:

1. La trata de personas con fines de extracción de órganos es una forma de tráfico de órganos cada vez más extendida que suele manifestarse en forma de turismo de trasplantes.
2. Aunque suelen abordarse indiscriminadamente estas tres prácticas ilegales (el tráfico de órganos, la trata de personas con fines de extracción de órganos y el turismo de trasplantes), al tener la misma etiología, deben diferenciarse para prevenirlas y combatirlas adecuadamente.
3. Con este propósito, entre otros, las principales organizaciones internacionales han aprobado instrumentos normativos frente a toda forma de tráfico de órganos y han exigido a los Estados que lo sancionen penalmente.

---

humanos; el comercio o la realización de actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos (incluyendo la sangre), cadáveres, fetos o restos de seres humanos; y, por último, el trasplante de un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera (art. 462). Por su parte, el artículo 10 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas, y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos de 2012, castiga “[t]oda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación”. Este mismo precepto aclara que “se entenderá por explotación de una persona a: la esclavitud; la condición de siervo; la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; la explotación laboral; el trabajo o servicios forzados; la mendicidad forzosa; la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas; la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años; el matrimonio forzoso o servil; tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos; y experimentación biomédica ilícita en seres humanos”. Siendo esto así, se da nuevamente el solapamiento normativo al que se alude en el texto.

4. El problema es que los Estados, siguiendo el dictado de los instrumentos normativos internacionales, se han limitado a incorporar a sus respectivas legislaciones, por un lado, el delito de tráfico de órganos y, por otro lado, el delito de trata de personas con fines de extracción de órganos, sin dar respuesta a los solapamientos que entre ellos se generan.

Sentado lo anterior, parece conveniente proponer un cambio en todas las legislaciones penales que contengan una regulación como la descrita en el anterior epígrafe, que trate de salvar, en la medida de lo posible, algunos de los inconvenientes revelados y que, al mismo tiempo, sea absolutamente respetuoso con los instrumentos internacionales aprobados en este ámbito. Esta sugerencia, teniendo en cuenta la simetría de los delitos de trata de personas y de los de tráfico de órganos que se recogen en las normas de la mayoría de los Estados referenciados, sería perfectamente extrapolable a todas ellas.

A grandes rasgos, a mi juicio, lo más adecuado sería, por un lado, modificar los delitos de tráfico de órganos, de modo que, al sancionar los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos, distinguan aquellos que cuenten con el consentimiento del donante de los que se lleven a cabo sin contar con su válida anuencia. Y, por otro lado, parece razonable excluir la trata de personas con fines de extracción de órganos de los respectivos delitos de trata de personas y sancionarla como una modalidad agravada de los delitos de tráfico de órganos.

En otras palabras, siguiendo esta propuesta, en el marco de los delitos de tráfico de órganos, se castigarían con una pena menor aquellos casos de favorecimiento de la obtención ilegal de órganos de personas fallecidas, y aquellos otros que se lleven a cabo en personas vivas que presten su consentimiento a la extirpación. En cambio, se reprimiría con una pena más severa la facilitación de la obtención ilegal de órganos realizada sin la válida anuencia del donante vivo, que ahora se incluye como modalidad delictiva de la trata de personas. Este último comportamiento merecería mayor

reproche penal puesto que, a pesar de que sería una manifestación más del tráfico de órganos, supone un atentado contra la libertad y la integridad moral del donante, además de una grave lesión para la salud pública (Moya, 2020, pp. 142-160).

En conclusión, los actos tendentes a la obtención ilegal de órganos, que se lleven a cabo sin contar con el consentimiento del donante, deberían considerarse un subtipo cualificado de los delitos de tráfico de órganos que contemplan actualmente las legislaciones domésticas y no una modalidad de los delitos de trata de personas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allain, J. (2011). Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital. *Medical Law Review*, 19(1), 117-122. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwr001>
- Ambagtsheer, F. (2021). *Understanding the challenges to investigating and prosecuting organ trafficking: a comparative analysis of two cases*, *Trends in Organized Crime*, 1-28. <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09421-2>
- Ambagtsheer, F., Gunnarson, M., De Jong, J., Lundin, S., Van Balen, L., Orr, Z., Byström, I. y Weimar, W. (2016). Trafficking in human beings for the purpose of organ removal. A case study report. En Ambagtsheer, F. y Weimar, W. (Eds.). *Trafficking in human beings for the purposal of organ removal. Results and Recommendations*, Pabst, Lengerich, 91-116.
- Ambagtsheer, F. y Van Balen, L. (2020). “I’m not Sherlock Holmes”: suspicions, secrecy and silence of transplant professionals in the human organ trade. *European Journal of Criminology*, 17(6), 764-783. <https://doi.org/10.1177/1477370818825331>
- Budiani-Saberi, D., y Mostafa, A. (2011). Care for commercial living donors: the experience of an NGO’s outreach in Egypt. *Transplant International*, 24, 317-323. <https://doi.org/10.1111/j.1432-2277.2010.01189.x>
- Cohen, L. (2003). Where in hurts: Indian material for an ethics of organ transplantation. *Zygon*, 38, 663-688. <https://doi.org/10.1111/1467-9744.00527>



- Efrat, A. (2013). The rise and decline of Israel's participation in the global organ trade: causes and lessons. *Crime, Law and Social Change*, 1-25. <https://doi.org/10.1007/s10611-013-9435-0>
- Jafar, T.H. (2009). Organ trafficking: global solutions for a global problema. *American Journal of Kidney Diseases*, 54, 1145-1157. <https://doi.org/10.1053/j.ajkd.2009.08.014>
- Mendoza, R. L. (2011). Price deflation and the underground organ economy in the Philippines. *Journal of Public Health*, 33, 101-107. <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdq016>
- Mendoza, R. L. (2012). Transplant management from a vendor's perspective. *Journal of Health Management*, 14, 67-74. <https://doi.org/10.1177/097206341101400106>
- Moazam, F., Zaman, R. M. y Jafarey, A. M. (2009). Conversations with kidney vendors in Pakistan: An ethnographic study. *The Hasting Center Report*, 39, 29-44. <https://doi.org/10.1353/hcr.0.0136>
- Moya, C. (2020), *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*. Tirant lo Blanch.
- Naqvi, S. A., Ali, B., Mazhar, F., Zafar, M. N., y Rizvi, S. A. (2007). A socio-economic survey of kidney vendors in Pakistan. *Transplant International*, 20, 934-939. <https://doi.org/10.1111/j.1432-2277.2007.00529.x>
- Pascalev, A., Van Assche, K., Sandor, J. Codreanu, N., Naqvi, A., Gunnarson, M., Frunza, M., y Yankov, J. (2013). *Trafficking in human beings for the purpose of organ removal. A comprehensive literature review*. <http://hottproject.com/userfiles/HOTTProject-TraffickinginHumanBeingsforthePurposeofOrganRemoval-AComprehensiveLiteratureReview-OnlinePublication.pdf> (última consulta: 12/3/2021).

Scheper-Hughes, N. (2009). Black markets in organs. Face to face with Gaddy Tauber, Human trafficker, organs broker, holocaust survivor, *Business Today*, 46.

Shimazono, Y. (2007). The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information. *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, 85, 955-962.

### Referencias documentales internacionales

*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* [COM(2021) 171 final ] *on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021- 2025*.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos Humanos (2015).

Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes (2018).

Documento *Trafficking in human organs* (EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/03) del *Directorate-General for External Policies Policy Department* (2015).

Estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025 de la Comisión Europea (2021).

Estudio conjunto de Naciones Unidas y el Consejo de Europa *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs* (2009).

*Global Report on Trafficking in Persons 2012* de la UNODC.

*Global Report on Trafficking in persons 2014* de la UNODC.

*Global Report on Trafficking in persons 2016* de la UNODC.

*Global Report on Trafficking in persons 2018* de la UNODC.

*Global Report on Trafficking in persons 2020* de la UNODC.

Informe “Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos” del 15.º periodo de Sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU de 2006 (E/CN.15/2006/10).

*Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability consent, and exploitation* (CTOC/COP/WG.4/2015/4), 2015.

*Legislative guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children* de la UNODC (2020).

Plan de acción para la donación y el trasplante de órganos (2009-2015): cooperación reforzada entre los Estados miembros de la Comisión Europea (2008).

Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos de 2010 (WHA 63.22).

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (2000).

Recomendación REC-RCIDT-2020 (28) sobre sistemas de información nacionales de donación y trasplante de la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante.

Resolución de la ONU 59/156, del 20 de diciembre 2004, titulada “Prevención, lucha y sanción del tráfico de órganos”.

Resolución de la ONU 74/176, del 18 de diciembre de 2019, titulada “Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas”.

Resolución de la ONU 75/195, del 16 de diciembre de 2020, titulada “Fortalecimiento y promoción de medidas eficaces y de la cooperación internacional en materia de donación y trasplante de órganos para prevenir y combatir la trata de personas con fines de extracción de órganos y el tráfico de órganos humanos”.

Resolución de la ONU A/RES/71/322, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2017.

*Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings* (2020).

*Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2008).

# TRATA DE MENORES, MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIONES ILEGALES<sup>47</sup>

*Ángeles Lara Aguado*<sup>48</sup>

## Resumen

El paradigma social caracterizado por el individualismo feroz conduce a los individuos a querer hacer realidad, a toda costa, su sueño de paternidad o maternidad, lo que es aprovechado por los intermediarios que, deseando enriquecerse, no dudan en someter a las mujeres, especialmente extranjeras en situación de vulnerabilidad, a toda clase de explotaciones, muchas de ellas caracterizadas como supuestos de trata de personas por el Protocolo de Palermo. La maternidad subrogada comparte con la adopción ilegal algunos rasgos, porque no garantiza el respeto al interés del menor, por las dudas sobre el consentimiento prestado por la madre gestante, y por existir una retribución que bien puede considerarse una forma de venta del menor. Pero su caracterización como forma de trata requeriría una previsión expresa en el Protocolo de Palermo, como una forma de explotación propia de la trata de personas. Esto no puede lograrse

---

<sup>47</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i PID2020-113061GB-I00: “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, IP’s: María Victoria Cuartero Rubio y José Manuel Velasco Retamosa; en el del Proyecto PID2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, “Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio de *gender mainstreaming*” IP: Juana María Gil Ruiz.

<sup>48</sup> Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada (España).

sin una prohibición universal de la maternidad subrogada, a través de un convenio internacional, pues la legalidad de la práctica en los países en que se lleva a cabo la gestación por sustitución impide tal calificación. Se requiere, pues, una modificación del Protocolo de Palermo para dar entrada específicamente a otras formas de explotación que tienen cabida en el mismo, como la adopción ilegal y la maternidad subrogada, para evitar cualquier duda al respecto.

**Palabras clave:** trata de menores, gestación por sustitución, adopción ilegal, derechos de la infancia, filiación, derecho a la identidad.

### Sumario

*1. La maternidad subrogada en el contexto internacional de la explotación de mujeres y menores: alquiler de úteros y trata de personas. 2. El alquiler de úteros como una forma de adopción ilegal, y la adopción ilegal como una forma de trata. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.*

## **1. La maternidad subrogada en el contexto internacional de la explotación de mujeres y menores: alquiler de úteros y trata de personas**

El entorno social y económico en el que se desenvuelven las relaciones privadas internacionales en la actualidad, se caracteriza por la globalización, lo que ha posibilitado a través de los avances tecnológicos la interconexión de los mercados más allá de las fronteras estatales; fronteras, que, al menos en el plano económico, quedan desdibujadas (De Miguel Alonso, 2001, p. 39). Aunque este fenómeno se asocia a la coexistencia de culturas y a la multiculturalidad, la globalización ha dado lugar a la extensión generalizada de un único modelo político, económico, social y cultural, que se ha impuesto y en el que prima un individualismo cada vez más feroz. En este modelo socioeconómico solo importan los deseos e intereses del “yo” individual, que se encuentra en el vértice de la pirámide social, rodeado de privilegios y derechos y sin ninguna obligación para con los demás. La base de esa pirámide la ocupan las demás personas —y, más específicamente, las otras, las mujeres, las extranjeras, las que se encuentran en una situación precaria, aunque vivan en un país desarrollado, las más desfavorecidas a nivel económico, educativo, social o psicológico, quienes tienen algún tipo de discapacidad y, por supuesto, los niños y las niñas—, a quienes no se duda en imponer cualquier práctica, o convertirlos en objeto de las mismas para satisfacer los caprichos del yo individual.

Para atender a la creciente demanda de satisfacción de deseos particulares, muchos individuos no dudan en obtener pingües beneficios, captando a miles de menores para someterlos a todo tipo de abusos, como la explotación sexual, la prostitución infantil, la pornografía infantil, el tráfico de órganos, el tráfico de estupefacientes, el ejercicio de la mendicidad, la servidumbre doméstica, los matrimonios forzados, las adopciones ilegales...; en definitiva, a diversas formas de trata de personas, tal y como han sido definidas en el Protocolo de Palermo, 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, adoptado el 15 de noviembre de 2000 en Nueva York.

La explotación de las mujeres y de los niños y las niñas y su utilización como mercancía va adoptando diversas caras (Pérez Alonso, 2020), aunque ha venido preocupando a numerosas instituciones y organizaciones internacionales desde hace tiempo, como en su momento a la Sociedad de Naciones y más recientemente a Naciones Unidas, la OIT, la Unión Europea, la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre otras. Estas instituciones nos han ido dotando de un extenso marco normativo internacional de protección de la infancia, que reconocen derechos a la niñez y se ha ido concienciando a la sociedad sobre la necesidad de considerar a la infancia, adolescencia y juventud como sujetos de derechos. Entre tales normas pueden citarse el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, del 30 de septiembre de 1921, elaborado por la Sociedad de Naciones, que ya se hizo eco de la alarma por la cantidad de mujeres y niños y niñas que estaban siendo objeto de trata (modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947), y que consiguió un compromiso de los Estados para perseguir y castigar a los individuos que se dedicaran a la trata de niños de uno y otro sexo (art. 2); la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, que es la primera Carta de Derechos de la Infancia, adoptada porque se sintió la necesidad de proclamar que los niños debían ser protegidos de cualquier explotación (art. 4); la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1959, que estableció entre sus principios el derecho del niño a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y a no ser objeto de ningún tipo de trata (principio 9); la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN), que reconoce el derecho del niño a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (art. 34) y frente al secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (35); el Protocolo facultativo al CDN sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización



de niños en la pornografía, jurídicamente vinculante desde el 18 de enero de 2002, y que prohíbe la venta de menores, entendiendo por tal, todo acto o transacción en virtud del cual un menor es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución (art. 1), y también protege a los menores de la venta con objetivos no sexuales, como otras formas de trabajo forzoso, las adopciones ilegales o la transferencia de órganos (art. 3); la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993, que se adoptó por la preocupación por prevenir la sustracción, el tráfico y la venta de niños en el marco de las adopciones internacionales, arbitrando mecanismos para que se realizaran en un marco legal y con todas las garantías para el interés de los menores; el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, que considera incluidas dentro de las peores formas de trabajo infantil todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños (art. 3), entre otras normas.

Este entramado normativo -aparte de sensibilizar sobre la necesidad de proteger a los menores contra el secuestro, la venta y cualquier forma de explotación, contra la trata con cualquier fin, las adopciones ilegales o sobre la no exposición de los menores al peligro de la prostitución-, reconoce a las niñas y a los niños como sujetos de derechos y no como simples objetos necesitados de protección, llama la atención a los legisladores, al poder Ejecutivo y a la sociedad sobre la necesidad de actuar frente a las violaciones de derechos, e incita a las legislaciones nacionales a tipificar como delitos la venta de menores, la adopción ilegal y la trata de menores.

Sin embargo, todas estas normas sobre derechos de la infancia y prevención de las situaciones de explotación de menores no son suficientes para erradicar las violaciones de derechos humanos de que son víctimas las niñas y los niños y sus madres. El nivel de egocentrismo lleva, en algunos casos, a pretender elevar los deseos y caprichos del yo individual a la categoría de derechos, sin importar si para ello se conculcan los derechos de las otras personas o si se abusa de su situación de vulnerabilidad. La desidia respecto a la situación de

explotación que sufren las mujeres y los menores se debe, en parte, a la creencia de que con ello se hace un favor a la persona explotada; o a la convicción social de que la infertilidad o esterilidad suponen una carencia inaceptable para las personas (González Moreno, 2020, p. 331), lo que lleva a cerrar los ojos ante la posible explotación que sufren “las otras”; explotación, que es vista como una externalidad inevitable para conseguir la plenitud del yo individual. Esto explica que el sueño de paternidad/maternidad trate de hacerse realidad a toda costa.

Aunque este deseo de ser padres y/o madres es muy legítimo y suele encauzarse por las vías legalmente establecidas de la adopción nacional o internacional, que permiten satisfacer el interés del menor que debe siempre primar, en otras ocasiones es aprovechado por quienes buscan enriquecerse a través de un fructífero negocio basado en la explotación de las mujeres afectadas y en la mercantilización de los niños y de las niñas que nacen como consecuencia de estas prácticas, o con quienes se trafica para explotarlos a través de adopciones ilegales o con otros fines (Lara Aguado, 2020, pp. 321-326). Así asistimos cada vez más frecuentemente al nacimiento de niñas y niños de madres subrogadas, que han celebrado contratos (de “gestación por sustitución”, “gestación subrogada”, “vientres de alquiler”, “maternidad subrogada”, o “maternidad por sustitución”), en virtud de los cuales, los comitentes (padres de intención) encargan a una mujer (gestante) que se someta a una técnica de reproducción humana asistida, a fin de que gesté y dé a luz a un niño o niña, con quien la madre gestante o los comitentes pueden estar o no vinculados genéticamente, y que posteriormente entregará a los contratantes, renunciando la madre subrogada a su maternidad, previo pago de una cantidad de dinero o sin mediar contraprestación económica. Que los comitentes no sean nacionales, ni residentes en el Estado al que acuden a contratar a la madre gestante, o que esta práctica esté prohibida o sea un contrato nulo en el Estado de origen o de residencia de los padres de intención, no impide el “turismo procreativo” o “*cros-border reproductive care*” (Deech, 1999, p. 133).

Quienes apoyan la maternidad subrogada esgrimen que el modelo de familia ha evolucionado, las familias son muy dispares y ha cambiado

el concepto de paternidad/maternidad con los adelantos científicos y tecnológicos. Se afirma que en el pasado, la paternidad se basaba en el principio de verdad biológica, pero las técnicas de reproducción humana asistida han posibilitado ser padres o madres sin tener vínculos genéticos con los menores, de modo que la paternidad/maternidad ya no se basa en esta vinculación, sino en la voluntad o intención de ser padres/madres, en la implicación emocional y en el consentimiento prestado antes de someterse a la intervención Médica (Steinbok, 2005, pp. 287-310; Vonk, 2008, pp. 117-134): se puede hablar de padres legales (reconocidos legalmente como tales); padres genéticos (aportan los gametos); padres biológicos (padre genético y gestante no vinculada genéticamente); padres de intención (con voluntad de ser padres); paternidad social (cuidan y atienden a los menores); copaternidad (padres legales en las parejas del mismo sexo); co-madre (la pareja de una mujer lesbiana); co-padre (pareja de un hombre homosexual) (Todorova, 2010, p. 14). En estos nuevos modelos familiares se incardina la familia constituida a través de la maternidad subrogada (Scotti, 2013, pp. 267-269), cuya protección se pretende fundar en el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que afirma que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Este argumento tiene un peso irrefutable: una vez constituida la familia, tiene derecho a toda la protección estatal e internacional con independencia del modo en que se haya formado. Sin embargo, el derecho a tener un hijo o a ser padres no está reconocido como tal en ningún instrumento normativo internacional ni de origen interno. Si existiera este derecho y una persona deseara un hijo y no pudiera tenerlo, el Estado debería proporcionárselo, procreando esos menores con la intervención de las madres subrogadas. Tampoco existe un derecho a tener hijos con tal o cual persona, pues de existir, se podría obligar a la persona elegida a que colaborara en el proceso de engendrar a un hijo. Es verdad que en España, de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), puede desprenderse que sí existe el derecho a ser

padres, por cuanto las nuevas tecnologías permiten, a quienes no pueden tener descendencia por medios naturales, recurrir a estos mecanismos para colmar sus deseos de paternidad/maternidad. Este derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida está reconocido “a las parejas formadas por personas de distinto sexo, tanto si están casadas como si no, a las mujeres sin pareja, con independencia de que tengan problemas de fertilidad o no, y las parejas formadas por dos mujeres, tanto si están casadas como si no” (González Moreno, 2020, p. 334). Incluso la Sentencia N.º 116/1999, de 17 de junio del Tribunal Constitucional español ha admitido que se puede recurrir a estas técnicas para la creación o crecimiento de la familia (Tamayo Haya, 2013, pp. 261-316). Además, la LTRHU no considera padre del menor al donante de esperma, ni a la donante de óvulos y, en cambio, sí considera padre, a efectos legales, al marido que consiente que su mujer se someta a un tratamiento de inseminación artificial o de fecundación *in vitro*. Con ello se está reconociendo valor a la paternidad social basada en el consentimiento por encima del valor de la paternidad biológica o genética. Y, en algunos casos, también se extiende la paternidad legal a la pareja de quien se somete a estas técnicas, en supuestos de uniones conyugales (como en Austria, Dinamarca, Francia, España, Estonia, Países Bajos, Noruega, Reino Unido y Suecia).

Este panorama tan complejo, en el que pierde peso la vinculación genética como fuente prioritaria de atribución de la filiación (Echezarreta Ferrer, 2015, pp. 233-248; Blanco-Morales Limones, 2015, pp. 1-16), y en el que la tecnología hace posible estas paternidades/maternidades basadas exclusivamente en la intención o voluntad de ser padres, utilizando esperma u óvulos procedentes de donantes anónimos, sirve de argumento para pretender que el Estado provea los medios necesarios para facilitar lo que se considera un derecho humano: el derecho a ser padres.

Sin embargo, las técnicas de reproducción humana asistida se han de ejercitar en el límite previsto por el legislador, límite que no es caprichoso o arbitrario. En este sentido, el derecho se reconoce a las parejas de mujeres del mismo o distinto sexo, casadas o no, y a las mujeres solteras que

pretendan acceder a estas técnicas de reproducción humana asistida, pero que en su Estado de origen o de residencia no tuvieran admitida legalmente esta posibilidad. Estas personas pueden reivindicar su derecho a ser tratadas del mismo modo que las parejas de distinto sexo, y a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. No existe la discriminación que alegan los hombres solteros o con pareja del mismo sexo por no poder hacer uso de estas técnicas para la creación de una familia, como sí pueden hacerlo las mujeres, porque las situaciones no son iguales y no hay discriminación cuando el supuesto de partida comparado no es igual: los hombres no gestan y las mujeres sí. La creación de una familia, en el caso de estas personas, procede a través del mecanismo de la adopción nacional o internacional. Lo que sí existe es la libertad de procrear (o no hacerlo) sin injerencias estatales, lo que forma parte del libre desarrollo de la personalidad: decidir concebir, gestar y parir hijos o no y, en caso de desearlos, elegir entre la procreación biológica o la adopción, y ello, dentro del marco de lo que es posible y lícito y del respeto a la dignidad y a los derechos de los demás. En ningún caso, esta libertad de procreación conlleva el derecho a encargar a otra mujer que conciba, geste y dé a luz un hijo para otra persona y que luego renuncie a su maternidad, pues el cuerpo de las mujeres y su salud no puede ser objeto de mercantilización.

Y es que hay que diferenciar los deseos individuales de los derechos universales. El derecho a formar una familia sí está reconocido en el art. 16.1.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Sin embargo, en este derecho tampoco se puede fundamentar la admisión de la maternidad subrogada. La familia se podrá fundar dentro de los límites permitidos por la ley, entre los que se encuentra la posibilidad de acudir al trámite de la adopción. Lo que la ley no ampara —y no debería amparar— es la explotación de las funciones reproductivas de las madres gestantes para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de los comitentes.

Desde algunos planteamientos llamados feministas, se alega que la maternidad subrogada se basa en la autonomía de la voluntad, y que se debe respetar la libertad de las mujeres de disponer de su cuerpo como les plazca, pues las mujeres no son seres menores de edad o desvalidos, sino plenamente conscientes de lo que hacen y con derecho a decidir por sí mismas lo que quieren hacer con su cuerpo (Farnós Amorós, 2010, pp. 1-25); que el libre desarrollo de la personalidad “faculta al titular del derecho para decidir no solo lo que no quiere hacer sino también lo que quiere hacer en ese ámbito vital” (Presno Linera y Jiménez Blanco, 2014, pp. 13); que debe empoderarse a las mujeres para permitirles que, a través de esta práctica, consigan mejorar su situación económica y la de sus familias (Vela Sánchez, 2013, pp. 1-9), pues nada hay de malo en que las mujeres perciban alguna contraprestación por todas las molestias que sufren durante la gestación y el parto. Además, se afirma que muchas mujeres se sienten bien estando embarazadas y son felices de ser solidarias y de ayudar a otros a hacer su sueño realidad, por lo que colaboran dando un regalo de vida, un don de amor.

En mi opinión, esta posición no puede defenderse desde un enfoque feminista. En contra de ese planteamiento habría que alegar que la autocosificación de las mujeres es otra forma de violencia de género en sí, un triunfo del neoliberalismo patriarcal, consecuencia y producto del patriarcado. Se ha llegado a tal nivel que algunas mujeres no se conciben a sí mismas como objetos, sino que se sienten empoderadas por disponer de sus cuerpos, al igual que sucede con la prostitución, cuya regulación como trabajo sexual es reclamada por algunas personas también llamadas feministas. Pero, igualmente, en relación con la prostitución, estimo que no es compatible con el feminismo otra posición que no sea la abolicionista. Como afirma Amelia Tiganus, superviviente de la explotación sexual, no es lo mismo pasar la fregona, que ser la fregona. Sin entrar en el debate filosófico acerca del ser, nuestro cuerpo y nuestro yo son inseparables, no podemos disponer de él, porque eso nos reduciría a objetos. Pero, ¿es realmente libre la madre subrogada o estamos hablando de la libertad en un plano teórico? Cualquier análisis sociológico nos revela que las gestantes son víctimas de explotación

de sus funciones reproductivas, ya que las mujeres, forzadas por la miseria o por una situación precaria o por los abusos de poder de sus maridos o de las redes de tratantes que se mueven impunemente en países donde la corrupción y las mafias están a la orden del día, o por su baja autoestima que las lleva a encontrar un sentido a su vida, solo si cumplen la función que tradicionalmente se les viene encomendando desde la antigüedad clásica — la de paridoras—, se ven constreñidas a someterse a técnicas de reproducción asistida para quedarse embarazadas y dar a luz a uno o más bebés, que luego deben entregar a otras personas (Lara Aguado, 2018). Ciertamente, muchas mujeres estadounidenses casadas con militares se someten a esta práctica. Habría que plantearse qué pasa por las cabezas de estas mujeres (tantas esposas de militares) para querer someterse a una gestación para otro (desconocido). Desde un planteamiento feminista no puede admitirse la gestación por sustitución como una práctica emancipatoria y empoderante de la mujer, cuando la misma a lo que conduce es a la reducción de la mujer a un cuerpo, cuyas funciones reproductivas se pueden alquilar, al igual que el feminismo no puede aceptar que la mujer se reduzca a agujeros en los que los hombres desahogan sus impulsos sexuales. La reducción de la mujer a objeto sexual es una forma de feminicidio, porque elimina simbólicamente a la mujer (Hadjab Boutiaf, 2021).

Esta mercantilización del cuerpo de la mujer es una forma de trata, que encaja perfectamente dentro de las nuevas formas de esclavitud, pues conduce a la cosificación de la mujer, a su instrumentalización para conseguir los fines perseguidos por los demás, lo que atenta contra su dignidad. De hecho, ya existen supuestos de trata de mujeres con fines procreativos, entremezclada con la trata con fines de explotación sexual, pues son frecuentes las redes de trata que explotan a mujeres extranjeras sexualmente y, además, las obligan a gestar para otros. Esta industria del turismo procreativo se aprovecha de la vulnerabilidad económica o psicológica de la mujer, pues, incluso, en los supuestos en que la mujer gestante proceda de países donde su situación económica no sea tan precaria, o donde se presume el respeto a los derechos humanos, no hay que olvidar que no hay verdadera libertad allí donde no hay igualdad o equilibrio entre las partes, y la mujer gestante

no tiene el mismo poder que quienes recurren a sus servicios. Por no hablar de la falacia del consentimiento libre e informado, prestado por estas mujeres a quienes se les supone el ejercicio de su libertad individual y del libre desarrollo de su personalidad. El consentimiento no es libre cuando la mujer no tiene otra opción real para salir de la pobreza, o si no decide ella, sino su cónyuge. Además, no todo es disponible. No puede afirmarse que la mujer presta un consentimiento informado, cuando nadie la previene de las complicaciones para su salud que puede conllevar esta práctica (sobrestimulación ovárica, abortos impuestos o espontáneos, cesáreas programadas para que el parto coincida con los vuelos o tiempo de vigencia de los visados de los comitentes, embolia, preeclampsia, eclampsia, diabetes gestacional, hemorragias, anemia, etc.), por no hablar de las presiones psicológicas a las que se ven sometidas las mujeres, que deben ser preparadas psicológicamente durante el embarazo para desapegarse de sus hijos y poder enfrentar el momento de la separación (Bellver Capella, 2015, pp. 19-52).

Basta echar una ojeada a los modelos de contratos firmados por las madres subrogadas, en los que se enumeran las obligaciones de los padres de intención (básicamente pagar el precio o remuneración, los gastos del embarazo y parto y asumir la paternidad/maternidad del menor), así como las de la madre subrogada (someterse a la técnica de reproducción, gestar, seguir las instrucciones médicas durante el embarazo, no realizar actividades peligrosas durante ese tiempo, entregar el bebé a los comitentes, admitir la paternidad/maternidad de los padres de intención, no intentar contactar con el bebé tras su nacimiento sin el consentimiento de los comitentes, etc.). Entre las exigencias que deben cumplir los padres de intención, solo se suele hacer referencia a los requisitos de edad y médicos (relativos a la infertilidad o esterilidad), así como a la situación matrimonial o condición sexual (parejas heterosexuales u homosexuales, según las exigencias del país), mientras que a la madre gestante se le exigen, aparte de los requisitos de edad y carecer de antecedentes penales, otras condiciones médicas de salud física (ser capaz de llevar a término el embarazo, haber tenido ya algún hijo) y psicológica (no haber padecido depresión o desórdenes psíquicos)



que garanticen el éxito del cumplimiento del contrato, para lo cual, los comitentes se comprometen a contratar a un psicólogo que haga un seguimiento de la madre subrogada durante el embarazo (Sánchez Jordán, 2020, pp. 122-129). El interés del menor no preocupa en absoluto en esta forma de establecimiento de la filiación.

Contratar a una mujer para que geste y dé a luz a un menor es una instrumentalización de la mujer, que es tratada como si fuera un medio para obtener un fin al servicio de otras personas: no solo es un órgano del cuerpo de la mujer lo que se alquila, sino su cuerpo y su salud, que se convierten en objetos del contrato, reduciendo a la mujer a un mero recipiente reproductor, sin tener en cuenta todo el proceso fisiológico y emocional que encierra el embarazo (Rubio Castro, 2017, p. 67). Esta visión utilitarista de la mujer atenta contra la dignidad humana, al convertir a la mujer en una incubadora humana (Freeman, 1996, pp. 273-297; Wallbank, 2002, pp. 271-294), una cosa, cuyo valor depende del mercado, siendo más cara en los países económicamente más pudientes, y valiendo menos allí donde la oferta de mujeres pobres es más amplia (Lara Aguado, 2018), lo que está generando nichos de alquiler de úteros, desplazando el negocio hacia mercados donde el útero es más barato. Esto explica que los comitentes nacionales o residentes en países donde está permitida esta práctica decidan desplazarse a países donde la contratación del “producto” es más barata.

Como argumento para contrarrestar estas críticas se afirma que la maternidad subrogada altruista no conlleva mercantilización de la mujer. Sin embargo, exigir a la mujer que sea ella la que soporte todos los riesgos y problemas de la gestación, parto y posparto, y que no perciba ninguna contraprestación económica a cambio, mientras otros se benefician a su costa a través de un negocio millonario, es otra forma de explotación, amén de que generaría bolsas de dinero negro y más abusos sobre la mujer, que no podría reclamar lo que se le hubiera prometido a escondidas (Lara Aguado, 2018).

A pesar de las ventajas que desde el punto de vista utilitarista se asocian a la maternidad subrogada, como el beneficio económico que genera para

las clínicas, bufetes de abogados, intermediarios o *brokers*, traductores, la industria farmacéutica, la de la hostelería, transportes, etc., con el consiguiente aumento del producto interior bruto de los países donde se lleva a cabo, el incremento de la natalidad, tan necesaria en los países con población envejecida, así como la satisfacción de los deseos de paternidad/maternidad de los comitentes o la mejora de la situación económica de la gestante o su familia, no parece repararse lo suficiente en las externalidades negativas que produce en la mujer, ni en el extractivismo o colonización del cuerpo de las mujeres del sur global (Puleo, 2017, pp. 178-179). La inmensa mayoría de gestantes son extranjeras en situación precaria o mujeres con una baja autoestima, que consideran que su vida solo tiene sentido cuando cumplen su función en la vida, que es la reproducción, tal y como le viene asociado al género femenino por la sociedad patriarcal. Los contratos que firma la gestante no garantizan los derechos de la madre subrogada, porque son supervisados por abogados pagados por los comitentes; no suelen ser leídos o comprendidos por las gestantes y en las entrevistas previas a su selección es frecuente informarlas solo de las obligaciones que asume con el contrato, así como de que ellas no son las madres, pues los hijos pertenecen a los comitentes. Además, se está generalizando una práctica de rastreo de madres subrogadas, derivando las mujeres jóvenes y con menos problemas hacia clínicas más exigentes, y aquellas a las que se les ha practicado alguna cesárea previa o tienen más edad hacia clínicas menos exigentes, con la consiguiente reducción del precio ofrecido, como si se seleccionaran productos en un mercado. A todo ello habría que añadir que la maternidad subrogada conduce al racismo, porque se busca el blanqueamiento de la piel, al admitir gestar a las madres subrogadas de cualquier raza, siempre que no aporten sus propios óvulos, mientras que se buscan donantes de óvulos entre mujeres caucásicas para asegurarse una piel blanca. Y, con frecuencia, las rastreadoras son mujeres que tienen un proyecto de contratar a otra madre subrogada, para cuyo pago está ahorrando, reclutando a otras mujeres.

Otro dato que no debe olvidarse es que la maternidad subrogada contribuye a proyectar una imagen devaluada de la mujer como una vasija, como una

incubadora humana y, por lo tanto, su instrumentalización conduce a pensar que es un ser inferior al hombre, pues este siempre es considerado un fin y no un medio, como en cambio sí lo es la mujer. Por todo esto, bien puede afirmarse que el alquiler de úteros es una forma más de explotación y de violencia contra las mujeres, cuya prohibición puede entenderse subsumida en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Gil Ruiz, 2018). El art. 3 de este Convenio define como violencia de género cualquier forma de violencia basada en el género que implique o pueda implicar daños o sufrimientos físicos, psíquicos, sexuales o económicos a la mujer y que afecte de manera desproporcionada a las mujeres.

Como forma moderna de esclavitud cumple los requisitos previstos en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo para ser considerada trata: se realiza un acto (captación de la mujer para que sea madre subrogada a través de los procesos de rastreo o con anuncios en internet u otras formas), acudiendo a un medio (pago o abuso de la situación de vulnerabilidad de la mujer) y su finalidad es la explotación (de las funciones reproductivas de la mujer). Es cierto que esta finalidad de explotación no está expresamente prevista en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo, que solo menciona la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Sin embargo, esta enumeración no es exhaustiva, pues el Protocolo las contempla como mínimo, permitiendo la inclusión en dicha enumeración de otras formas de explotación también inadmisibles. Aunque sería recomendable una modificación de dicho Protocolo para incluir expresamente la explotación de las funciones reproductivas de la mujer como una de las finalidades de explotación de la trata, aun así, cabe considerar que la maternidad subrogada es una forma moderna de esclavitud, basada en la mercantilización de la mujer, concretamente, de sus funciones reproductivas.

E, igualmente puede ser vista como forma de trata en relación con el menor, pues el niño o la niña resulta mercantilizado, cosificado, lo que constituye

una práctica análoga a la esclavitud, tal y como se menciona en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud del 7 de septiembre de 1956. Conforme al art. 1 d) de dicha Convención, es una práctica análoga a la esclavitud toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (Bonet Pérez, 2017, pp. 183-209). Aunque no define a qué tipo de explotación es sometido el menor, bien podría considerarse que se abusa de la vulnerabilidad del niño o la niña. De este modo, la mercantilización o venta del menor es una forma de esclavitud moderna o de práctica análoga a la esclavitud. Si atendemos a la definición de esclavitud que proporciona el art. 1 de la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. El principal atributo del derecho de propiedad es la posibilidad de vender el “objeto” poseído y la anulación de su personalidad (Rivas Vallejo, 2020, p. 54). La cosificación del menor conduce a no atribuirle su condición de sujeto, sino a considerarlo un objeto que se puede comprar y cuya personalidad es anulada, al quedar privado de su identidad. Por tanto, si admitimos que la maternidad subrogada conlleva la venta de un menor, para transferirlo a otra u otras personas, renunciando la madre subrogada a su maternidad para cederla a los comitentes, el niño o la niña nacido de esta práctica estaría sometido a una forma de esclavitud, pues resulta cosificado y se le priva de su identidad, al ser falseada su filiación materna y al ser privado de ella.

## **2. El alquiler de úteros como una forma de adopción ilegal y la adopción ilegal como una forma de trata**

La Guía 1 de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya sobre “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional” define la adopción ilegal como “aquella que

resulte de abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños”. Se pueden extraer una serie de principios que han de respetarse para evitar la adopción ilegal de instrumentos jurídicos como la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986, la Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, o la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993, entre otros instrumentos normativos.

En primer lugar, la adopción debe ir en interés del menor. Este se convierte así en el principio superior y en la consideración primordial a atender, de modo que impregna todas las actuaciones a realizar en torno a la adopción. En particular, de este principio se desprende el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto a la interna, así como el derecho del menor a conocer sus orígenes. Cuestión distinta es si el interés del menor debe ser el criterio exclusivo a tener en cuenta, despreciando todos los demás implicados en la relación (García Rubio, 2020, 14-49).

En segundo lugar, la prohibición de obtener beneficios financieros indebidos por la adopción está vinculada a la necesidad de prevenir la venta y la trata de menores para cualquier fin o en cualquier forma. Según el art. 2 a) del Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, por venta hay que entender “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Además, entre las formas de venta para fines sexuales y no sexuales, el art. 3 a) 1 ii) del mencionado Protocolo incluye la adopción ilegal.

El tercer principio básico en materia de adopción requiere que el consentimiento prestado por quienes deban darlo sea libre y consciente (art. 4 de la Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional), para prevenir la venta y trata de menores.

En cuarto lugar, la adopción debe realizarse respetando la legalidad, lo que facilitará la eficacia extraterritorial de las adopciones, y, en particular, el reconocimiento de las adopciones certificadas conforme al Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. El reconocimiento de la adopción válidamente constituida ante la autoridad extranjera permite hacer valer en otros Estados la filiación legalmente establecida, lo que es una exigencia del derecho a la identidad de los menores, y forma parte de su derecho a la vida privada, tal y como viene reconocido en el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Todo ello permite concluir que las adopciones ilegales no responden al interés de los menores, vulneran el derecho de los niños y niñas a su identidad, porque falsean y alteran su filiación y los priva de la filiación que les corresponde. Por eso, cabe afirmar que las adopciones ilegales son una forma de trata de menores (Fernández Pérez, 2018, p. 122), tal y como se define en el Protocolo de Palermo. En la definición de trata que ofrece el Protocolo, encaja perfectamente la trata cuando es la finalidad de la adopción ilegal, es decir, cuando se adopta al menor para someterlo a alguna de las formas de explotación mencionadas expresamente en el art. 3 a) (sexualmente, laboralmente, para el tráfico de órganos, para la servidumbre, etc.), porque reúne todos los requisitos previstos en dicho precepto (se capta a un menor para someterlo a una de las formas de explotación mencionadas en el art. 3 a) del Protocolo, sin que sea necesario recurrir a los medios enumerados en dicho precepto). Y es que la adopción ilegal favorece y propicia la trata con fines de explotación, la sustracción y la venta de menores.

Más dudosos podrían ser los supuestos en que la trata está en el origen de la adopción ilegal, esto es, cuando se realizan todos los actos constitutivos de la trata con la finalidad de destinar al menor a la adopción ilegal, de tal modo que la explotación consistiría en dar al niño en adopción ilegal. La pregunta, entonces, es si la adopción ilegal es en sí misma una forma de trata. Lo ideal sería seguir el modelo mexicano de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos del 14 de junio de 2012, que en su art. 10 VIII incluye, entre las formas de explotación constitutivas de trata, la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, y lo hace en sus dos modalidades: primero, cuando el padre, madre, tutor o persona que tiene autoridad sobre quien se ejerce la conducta, entregue o reciba de forma ilegal, ilícita, irregular o incluso mediante adopción, a una persona menor de dieciocho años con el fin de abusarla o explotarla sexualmente, o para cualquiera de las formas de explotación a que se refiere el artículo 10 de la presente ley (esto es, cuando la finalidad típica de la trata es la finalidad de la adopción), en cuyo caso se sanciona al acusado con una pena entre 20 a 40 años. En segundo lugar, también prevé el caso en que el padre o tutor o persona que tiene autoridad sobre quien se ejerce la conducta, reciba a título oneroso, en su carácter de adoptante de forma ilegal, ilícita o irregular, a una persona menor de dieciocho años (es decir, cuando la trata está en el origen de la adopción ilegal), en cuyo caso, será sancionado con una pena de 3 a 10 años de prisión y, como sanción civil, la nulidad de la adopción, aunque no se procederá en contra de quien de buena fe haya recibido a una persona en condición irregular, con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar con todas sus consecuencias. Y el Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Trata de Personas en México define la adopción ilegal como la obtención por medios de documentos falsos de “la custodia, la patria potestad y/o tutela de una niña, niño, mediante un beneficio económico ya sea para el padre, la madre o tutor para un tercero que se haya apropiado ilegalmente de una niña o niño. La adopción ilegal de menores de edad es un hecho que puede estar asociado

a la alteración de la identidad, falsificación de documentos, secuestros, soborno y corrupción”.

El Protocolo de Palermo no ha optado por este planteamiento, que no ha incluido expresamente la adopción ilegal entre las formas de explotación constitutivas de la trata, a diferencia del considerando 11 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por el que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, que sí menciona entre las formas de trata la adopción ilegal, aunque, cuando el art. 2.3 de dicha Directiva enumera lo que como mínimo se entenderá que es explotación constitutiva de la trata, no hace referencia a la adopción ilegal.

La falta de previsión expresa de la adopción ilegal como forma de explotación constitutiva de trata en el Protocolo de Palermo no implica que no deba ser considerada una forma de trata, pues dicha enumeración no es exhaustiva, sino de mínimos y tiene cabida entre las formas contemporáneas de esclavitud: la venta de un menor es una forma de mercantilización del mismo, una forma de cosificación y, por tanto, una forma de explotación que debe ser entendida como constitutiva de trata. Las adopciones ilegales resultan de transacciones económicas que se realizan para eludir los procedimientos legales y garantistas de los derechos de los niños y de las niñas entregados en adopción; no se respetan los cauces legales y son una forma rápida de saltarse la ley, previo pago de una cantidad de dinero. En este tipo de adopciones no hay garantía de que los consentimientos de los progenitores del niño o de la niña, si existen y deben consentir, se hayan obtenido sin haber recibido “una compensación económica” a cambio, lo que implicaría una alteración ilegal de la filiación del menor. También es característico de las adopciones ilegales el pago para agilizar los trámites, o para seleccionar a un bebé frente a otro que hubiera sido designado idóneo para la familia adoptante. Todo ello implica una mercantilización, una compra del bebé. A través de las adopciones ilegales los niños y niñas entregados en adopción son reducidos a mercancías, al ser comprados y vendidos, privando, de



este modo, a los y las menores de su dignidad, al convertirlos en objetos y no en sujetos de derechos. No obstante, sería deseable que se reformara el Protocolo de Palermo y se incluyera, expresamente, la adopción ilegal entre las formas de explotación típicas de la trata o, mejor aún, entre los actos constitutivos de la trata.

Habría que plantearse, además, si la maternidad subrogada es también una forma de adopción ilegal. Para ello, tendría que compartir con la adopción ilegal la infracción de los cuatro principios básicos a los que responde la adopción legal.

En primer lugar, ¿responde el alquiler de úteros al interés de los niños y de las niñas que nacen de esta práctica? ¿Cómo se puede salvaguardar ese interés sin que los padres de intención obtengan un certificado de idoneidad? Debe destacarse que, en los últimos años hay bastantes casos de padres y madres de intención que superan la edad de 65 años, lo que hace cuestionarse cuál es la finalidad de esa gestación (sobre otros intereses del menor, Álvarez González, 2020, pp. 101-121; Sales Pallarés, 2019, pp. 326-347). Especialmente, hay que tener en cuenta los límites de edad que se establecen para las adopciones legales, en los que no se debe superar una determinada edad, en interés de los niños y niñas adoptados, pues, aunque las personas de avanzada edad pueden ser buenos padres, el riesgo de fallecer dejando al menor indefenso es mayor que en las personas más jóvenes. De ahí que una contratación de una mujer para que geste a un menor en estos casos no va en absoluto en interés de los niños y niñas, sino en interés de quien desea a toda costa la maternidad/paternidad. Los trámites que hay que superar para garantizar que una adopción va en interés del menor son necesarios y están pensando en los menores. De ahí la necesidad de respetarlos. Los informes de idoneidad que deben obtener las personas que adoptan a menores son una presunción de que esas personas están capacitadas para la maternidad o paternidad. No debe prescindirse de ellos. Sin embargo, la gestación por sustitución prescinde totalmente de este requisito, que no es controlado porque no es relevante para el negocio del alquiler de úteros, en el que lo relevante es la contratación del “servicio” y satisfacer los deseos de los clientes.

En segundo lugar, ¿se obtienen beneficios financieros indebidos con la maternidad subrogada? ¿No puede considerarse el alquiler de úteros también una forma de venta de menores? Las cantidades que pagan los padres de intención ¿son una forma de pago por recibir a un menor o van destinadas solo a retribuir el servicio o las “molestias” que soporta la gestante como consecuencia del embarazo y del parto? ¿Quién controla dichos pagos y cómo se lleva a cabo ese control?

En tercer lugar, ¿se prestan los consentimientos libres e informados? ¿Basta con que la madre subrogada firme el contrato por el que se compromete a someterse a una técnica de reproducción humana asistida para quedar embarazada y dar a luz a un bebé y luego renunciar a la maternidad, para que se entienda prestado un consentimiento que permita establecer una relación materno-filial a favor de la madre de intención? ¿Un consentimiento a estos fines puede otorgarse antes de que nazca el menor? ¿Se controla realmente el consentimiento que presta la madre subrogada o solo se observa si ha firmado un contrato? ¿De qué informa el contrato? ¿No contempla el contrato principalmente las obligaciones a que se compromete la mujer y las responsabilidades en que incurriría en caso de infringirlas? ¿Informa el contrato, detenidamente, de los derechos de la madre subrogada y de todas las posibles complicaciones para su salud? ¿Quién controla el consentimiento de la mujer gestante y de qué forma se lleva a cabo dicho control? ¿Cómo decide la persona que controla el consentimiento de la madre subrogada que no se encuentra en una situación de vulnerabilidad que impide dar eficacia al consentimiento? ¿Puede reducirse la libertad de la mujer, su autonomía, a un simple consentimiento informado?

No hay duda de que en la inmensa mayoría de las ocasiones, todos estos principios resultan infringidos en el caso de la maternidad por sustitución: nada garantiza que responde al interés del menor; el pago supone una venta del menor y los consentimientos de la madre subrogada, aunque sirvan para destruir la filiación materna de la gestante en el país en el que se lleve a cabo la subrogación de la maternidad; son de dudosa constitucionalidad,

al atentar contra la dignidad de la mujer y del menor, por implicar una instrumentalización de la mujer y una cosificación de ambos. A ello habría que añadir que, cuando la madre subrogada está casada, se precisa el consentimiento de su marido para someterse a la práctica, lo que, aunque tiene como finalidad evitar que reclame luego su paternidad, no deja de suponer una limitación de la “libertad” de la mujer.

Por último, ¿la gestación por sustitución sigue los trámites legales para el establecimiento de la filiación? Este requisito sí falla, pues el panorama normativo de la maternidad subrogada en el mundo es muy variado (Brunet, 2013; González Martín, y Albornoz, 2016, pp. 159-187). La maternidad subrogada es nula en España, a tenor del art. 10.1 de la LTRHA, y tampoco es posible en muchos países, como Alemania, Austria (solo permite la subrogación gestacional sin aportación de óvulos por la gestante), China, Finlandia (solo admite la subrogación gestacional), Francia, Eslovenia, Estonia, Islandia, Italia, algunos territorios de México (Coahuila o Querétaro), Moldavia, Montenegro, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, algunos Estados de Estados Unidos (Arizona, Indiana, Michigan, Washington DC). En cambio, hay países que se han decantado abiertamente a favor, como Albania, Armenia, Australia, Bielorrusia, Brasil, Canadá (Ontario, Alberta o British Columbia), Chipre, Dinamarca, algunas zonas de Estados Unidos (Arkansas, California, Columbia, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nueva York, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah, Virginia Occidental), Georgia, Grecia, India, Israel, México (Sinaloa o Tabasco), Portugal, Reino Unido, Rusia o Sudáfrica.

Entre los países que la admiten, la variedad alcanza a la modalidad de gestación admitida, comercial o altruista; al tipo de familias que pueden acceder a estos contratos; a quiénes pueden contratar la gestación por sustitución (solo nacionales o también extranjeros, residentes o no en su territorio), e, incluso, al momento en que se establece la filiación del menor, antes o después de su nacimiento. Así, aceptan la gestación comercial: Armenia, Bielorrusia, Chipre, algunos Estados de Estados Uni-

dos (California, Illinois, Utah, etc.), Georgia, México (Sinaloa), Países Bajos, Rusia, o Ucrania, oscilando los precios entre 95 000 a 280 000 dólares (Estados Unidos), 60 000 a 100.000 euros (Canadá), 50 000 a 80 000 euros en Rusia, 40 000 a 60 000 euros en México, 26 000 a 60 000 euros en Ucrania. Hay países que admiten solo pagar una compensación por los gastos, como algunos Estados de México, Holanda o Grecia (por el embarazo, parto y posparto, y una compensación por el salario no percibido debido al embarazo, parto y posparto). Otros solo admiten la modalidad altruista: Australia, Brasil, Canadá (aunque solo en Ontario, Alberta o British Columbia, ya que en Quebec, el contrato de gestación subrogada es nulo), Dinamarca, India, México (Tabasco), Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Tailandia, Vietnam, etc. También difieren los países respecto a la condición familiar o sexual de los comitentes, que pueden acudir al alquiler de úteros, siendo algunos proclives a admitir a cualquier comitente, cónyuges del mismo o de distinto sexo, casados o solteros, en pareja o en solitario (algunos Estados de Estados Unidos, Australia o Canadá), mientras que, otros solo aceptan a parejas heterosexuales casadas (Georgia, India, Kazajistán, México o Ucrania). La filiación paterna y/o materna de los comitentes se establece, en algunos países, a través de una sentencia judicial (Canadá, Estados Unidos, Grecia o Sudáfrica), mientras que otros solo expiden el certificado de nacimiento de los menores con los datos de filiación de los comitentes, sin mencionar a la madre por sustitución (Georgia, México, Portugal, Rusia o Ucrania). Algunos países exigen un vínculo genético de los comitentes con el niño o la niña (Australia, Holanda, Israel, Reino Unido, Sudáfrica, Ucrania y en algunos lugares de Estados Unidos, como Illinois, New Hampshire o Virginia); sin embargo, en otros sitios es necesaria la adopción posterior del menor (Bélgica, Holanda, Israel, Reino Unido, Rumanía y España, en este último caso, respecto al cónyuge del padre biológico [art. 10.3 LTRHA]).

Muchos países favorables a la maternidad subrogada admiten abiertamente la posibilidad de que los extranjeros y extranjeras contraten a una madre subrogada en su territorio, y son pocos los que imponen restricciones, como

la nacionalidad o la residencia en el país de alguno de los comitentes (Lara Aguado, 2021a, pp. 63-110). Este es el caso de México (en Sinaloa y Tabasco solo pueden acceder a la gestación subrogada los ciudadanos mexicanos), Nepal, Tailandia, India (ciudadanos indios residentes en India o domiciliados en el extranjero; los extranjeros casados con indios tienen que llevar casados dos años y deben aportar un certificado acreditando su incapacidad para gestar), Grecia (la gestante o la comitente debe residir en el país), Israel (comitentes y gestante deben residir legalmente allí), Reino Unido (alguno de los comitentes tiene que tener *domicile* en Reino Unido, incluyendo las Islas del Canal y la Isla de Mann, o haber residido allí durante un año antes de iniciar el proceso de gestación subrogada) o Sudáfrica (la gestante debe residir allí, aunque la autoridad judicial sudafricana puede autorizarla si no tiene su domicilio en Sudáfrica).

Ante esta diversidad normativa y permisividad de los Estados, la nulidad del contrato de gestación por sustitución en España y en otros países de nuestro entorno no es un impedimento para la movilidad internacional física de muchos comitentes, lo que permite el nacimiento de muchos menores de madres subrogadas en el extranjero, dando lugar a obstáculos a la movilidad internacional jurídica de esos menores (Lara Aguado, 2021, pp. 165-223). La legalidad de la maternidad subrogada en los países donde se lleva a cabo impide considerarla una forma de adopción ilegal. Pero hay que tener en cuenta que, tras muchas formas de adopción legal, o de gestaciones por sustitución o de *kafalas* islámicas y otras medidas de protección de menores legalmente establecidas, en el Estado de origen, puede haber casos de explotación de menores y de trata, lo que aconsejaría reformar el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, para exigir que al menor se le efectúe una prueba de ADN antes de ser declarado adoptable. La clave para reducir las adopciones ilegales está en la supervisión de la cooperación al desarrollo para reducir la pobreza y evitar la mercantilización de los niños y las niñas adoptables y para que la infancia no se convierta en una fuente de ingresos para los países de origen y sus familias.

### 3. Conclusiones

Que la maternidad subrogada sea legal en el país en el que se lleva a cabo, y esto impida considerarla como una forma de adopción ilegal, no es óbice para luchar contra ella y considerarla una forma de trata. Hay que recordar que la esclavitud o el holocausto también fueron legales durante un tiempo. Si entendemos que la subrogación de la maternidad es una forma de venta de un menor, debe ser considerada una forma de esclavitud moderna, porque atribuye a los niños y niñas cualidades del derecho de propiedad e instrumentaliza a la madre subrogada, lo que atenta contra la dignidad humana.

El interés del menor debe ser tenido en cuenta antes de su nacimiento (interés del menor en abstracto, valorando su dignidad, su derecho a conocer sus orígenes, a no ser mercantilizado, a prevenir las situaciones de trata, a evitar que sea abandonado, etc.) y después de nacer (interés del menor en concreto, valorando su derecho a una nacionalidad, a su identidad, a su vida privada, a que se reconozca su filiación, etc.). La protección del interés del menor, en el primer momento, requeriría la reforma del Protocolo de Palermo para incluir expresamente la adopción ilegal de menores y la maternidad subrogada entre las formas de explotación constitutivas de trata, así como la negociación de un convenio internacional para la prohibición universal de la gestación por sustitución, por atentar contra los derechos de la mujer y de los menores, y por constituir una forma de violencia de género. Este objetivo es de difícil consecución, por los ingresos que la práctica de la maternidad subrogada genera y los intereses que hay detrás. No obstante, hay batallas que deben librarse, aunque sean difíciles, pues forman parte del compromiso con los derechos humanos, sin que baste firmar convenios internacionales que reconocen derechos a las mujeres y a la infancia, si no se asumen las obligaciones derivadas de los mismos. Concretamente, en el caso de la maternidad subrogada, es imprescindible su abordaje desde la perspectiva de género, porque las normas tienen un impacto enorme en la percepción por los hombres y por las mujeres de los roles asignados tradicionalmente a unos y a otras. No es una cuestión de moralidad, sino de derechos humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez González, S. (2020). Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución. En E. Pérez Vera, J. C. Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez y M. Guzmán Peces (Eds. Lit.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente* (pp. 101-121). Iprolex.
- Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO. Revista de Filosofía*, (11), 19-52.
- Blanco-Morales Limones, P. (2015). Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto. *Bitacora Millenium DIPr.*, (1), 1-16. <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf>
- Bonet Pérez, J. (2017). La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional. En E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp. 183-209). Tirant lo Blanch.
- Brunet, L. (2013). *A Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. Study requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, Parlamento Europeo. Dirección General de Asuntos Internos. Departamento de Derechos Ciudadanos y Asuntos Constitucionales.
- Deech, R. L. (1999). Clones, Ethics and Infertility or Sex, Sheep and Statutes. *2 Quinnipiac Health Law Journal*, 133 y ss.

- De Miguel Asensio, P. (2001). El Derecho internacional privado ante la globalización. *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. 1, 37-87.
- Echezarreta Ferrer, M. (2015). Filiación biológica versus filiación intencional: dos caminos para asumir la misma responsabilidad. *Revista Internacional de Ciencias Sociales Interdisciplinarias*, 4(2), 233-248.
- Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret*, (1), 1-25.
- Fernández Pérez, A. (2018, enero-abril). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, (151), 107-134.
- Freeman, M. (1996). The new birth right? *The International Journal of Children's Rights*, 4, 273-297.
- García Rubio, M. P. (2020, agosto). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 14-49. [http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/09/1.\\_M%C3%82%C2%AA.\\_Paz\\_Garc%C3%83\\_a\\_Rubio\\_pp.\\_14-49.pdf](http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/09/1._M%C3%82%C2%AA._Paz_Garc%C3%83_a_Rubio_pp._14-49.pdf)
- Gil Ruiz, J. M. (Ed. Lit.). (2018). *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*. Dykinson.
- González Martín, N. y Albornoz, M. M. (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVI, 159-187.
- González Moreno, J. M. (2020). La “maternidad subrogada” como laboratorio de la biopolítica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Identidades, reconocimiento, derechos*, (54), 325-352.
- Hadjad Boudiaf, H. (2021). *Trata de seres humanas e infancia. Cuatro historias, cuatro vidas*. Editorial SG.



- Lara Aguado, Á. (2021). Movilidad internacional jurídica y física de las niñas y de los niños nacidos de contratos de gestación por sustitución desde una perspectiva de género. En F. J. Durán Ruiz (Dir.), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la Unión Europea y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género* (pp. 165-223). Aranzadi.
- Lara Aguado, Á. (2021a). Nacionalidad de las niñas y de los niños nacidos de contratos de maternidad subrogada en Estados Unidos y en Ucrania. En M. Moya Escudero (Dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad* (pp. 63-110). Tirant lo Blanch.
- Lara Aguado, Á. (2020). Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros. En E. J. Pérez Alonso y S. Olarte Encabe (Dirs.), y Mercado Pacheco, P., Ramos Tapia, M. I. (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp. 311-350). Tirant lo Blanch.
- Lara Aguado, Á. (2018, junio). La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer? *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (8), junio. [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=7baf8dac7295ae122974b97221ea981b&chash\\_t=11019a87283cc2bb2da2364e3c3b7d29](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=7baf8dac7295ae122974b97221ea981b&chash_t=11019a87283cc2bb2da2364e3c3b7d29)
- Pérez Alonso, E. J., Olarte Encabo, S. (Dirs.) y Mercado Pacheco, P., Ramos Tapia, M. I. (Coords.). (2020). *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. Tirant lo Blanch.
- Presno Linera, M. A. y Jiménez Blanco, P. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, (51), 1-39. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3137377](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3137377)

- Puleo, A. H. (2017). Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado: el alquiler de úteros como extractivismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre, 29, 165-184.
- Rivas Vallejo, P. (2020). Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género. En E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dirs.) y P. Mercado Pacheco e I. Ramos Tapia (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp. 49-100). Tirant lo Blanch.
- Rubio Castro, A. (2017). Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja. En M. Casado (coord.), *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (pp. 65-96). Ediciones de la Universidad de Barcelona.
- Sales Pallarés, L. (2019, octubre). La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(2), 326-347.
- Sánchez Jordán, M. E. (2020). La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución. *InDret* 4, 116-146.
- Scotti, L. B. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Revista Pensar en Derecho*, (1), 267-269. <http://studylib.es/doc/5435774/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-%E2%80%9Cmaternidad-subr...>
- Steinbok, B. (2005). Defining parenthood. *The International Journal of Children's Rights*, 13, (1-2), 287-310.
- Tamayo Haya, S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, (6), 261-316. <http://portal.uned.es/>

pls/portal/docs/PAGE/UNED\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/  
UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20  
DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/  
NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/  
NUEVOMODELODEFILIACION.PDF

Todorova, V. (2010). *Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS. Need for EU action?* European Parliament.

Vela Sánchez, A. J. (2013, 4 de abril). La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. *Diario La Ley*, (8055), Sección Doctrina, Año XXXIV, Ref. D-122, 1-9.

Vonk, M. (2008). The role of formalised and non-formalised intentions in legal parentchild relationships in Dutch Law. *Utrecht Law Review*, 4(2), 117-134. <http://www.utrechtlawreview.org>

Wallbank, J. (2002). Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child. *Medical Law Review*, 10, 271-294.



# NECESIDAD DE UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE ABOLICIÓN DE TODA FORMA DE EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

*Pilar Iglesias Aparicio<sup>49</sup>  
y Rosa Gómez Torralbo<sup>50</sup>*

## Resumen

La maternidad subrogada constituye una forma de trata de seres humanos, niñas y niños, a través de la explotación reproductiva<sup>51</sup> de las mujeres, que atenta contra la salud y la dignidad de éstas. Diferentes argumentos de carácter médico, social, ético y jurídico, aconsejan su prohibición. Dado su carácter de mercado transnacional es necesario un instrumento jurídico internacional que garantice su erradicación.

**Palabras clave:** subrogación, gestación subrogada, maternidad subrogada, alquiler de vientres, explotación reproductiva, derechos de las mujeres, derechos de niñas y niños, abolición de la subrogación.

## Sumario

*1. Introducción. 2. El laberinto de la terminología. 3. La subrogación como atentado contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos*

---

<sup>49</sup> Doctora en Filología Inglesa por la Universidad de Málaga. Experta en feminismo. Investigadora independiente. Málaga. España.

<sup>50</sup> Licenciada en Psicología por la Universidad de Granada. Experta en políticas públicas e igualdad de mujeres y hombres. Málaga. España

<sup>51</sup> Utilización de la capacidad de gestar y parir de las mujeres, para producir criaturas que satisfagan el deseo de paternidad o maternidad de terceras personas.

*de las madres biológicas. 4. Influencia de la maternidad subrogada en el concepto social de maternidad. 4. Violación de derechos de niñas y niños. Subrogación e industria global del sexo. 5. El laberinto jurídico. 6. Iniciativas en favor de la prohibición internacional de la maternidad subrogada. 7. Necesidad de un marco jurídico internacional contra la explotación reproductiva de las mujeres. 8. Referencias bibliográficas.*

## 1. Introducción

En los últimos años se han publicado numerosos informes y estudios sobre la práctica de la gestación por subrogación: análisis feministas de defensa de los derechos de las mujeres, defensa del derecho superior del/de la menor, riesgos de salud para mujeres y bebés, aspectos éticos, aspectos jurídicos, conflictos surgidos en torno a la filiación de las criaturas nacidas, etc. Observamos dos posturas básicas: las que defienden la legalización, bien sea con carácter comercial o altruista, basándose en el “derecho a la maternidad y la paternidad”, el valor incuestionable de los avances en biotecnología, y la libertad de consentimiento de las mujeres gestantes; y las que abogan por su prohibición, basándose en que constituye un radical ataque a la dignidad de las mujeres y las criaturas así nacidas; una expresión extrema de la desigualdad social y económica y la cosificación y mercantilización de los seres humanos; los daños que implica para la salud de mujeres y bebés y sus consecuencias en la construcción social de la reproducción humana y el papel de hombres y mujeres en la misma.

En este trabajo, elaborado desde el posicionamiento epistemológico y político feminista, nos detenemos, en primer lugar, en las definiciones que permiten tener una visión más completa de lo que implica la reproducción humana por subrogación; sus consecuencias sobre la salud y la dignidad de las mujeres y los niños y niñas; su carácter de industria globalizada y los conflictos derivados del laberinto provocado por la diferente legislación en distintos países. Analizamos los diferentes argumentos que apoyan su prohibición a nivel mundial, y las distintas iniciativas que se vienen produciendo recientemente en este sentido, incluida la Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución, presentada por la CIAMS<sup>52</sup>, en noviembre de 2020, para concluir formulando algunas consideraciones sobre la necesidad de un instrumento internacional que permita abordar de manera global la erradicación de esta práctica, similar a los que

---

<sup>52</sup> Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución. <http://abolition-ms.org/es/inicio/> (Consultado el 13/1/2021).

han permitido avanzar en la consecución de derechos de las mujeres en las últimas décadas, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

## 2. El laberinto de la terminología

Encontramos diferentes términos para referirse a esta práctica: “maternidad subrogada”, “gestación subrogada”<sup>53</sup>, “gestación para otras/os”, “gestación por sustitución”<sup>54</sup>, “vientres de alquiler”<sup>55</sup>, “alquiler de vientres”, “alquiler de útero”, “maternidad de sustitución”, “cesión de la capacidad de gestar”<sup>56</sup>, “servicio gestacional”, o “maternidad portadora”<sup>57</sup>, según distintos posicionamientos. Utilizaremos en adelante el término “maternidad subrogada” para referirnos a la práctica, y “mujer gestante” o “madre biológica” para referirnos a la mujer contratada, puesto que nada más biológico que un proceso de gestación y parto, aporte o no la mujer su propia carga genética.

En vez de invisibilizar la práctica bajo la defensa de la consecución del “deseo de reproducción”, destaquemos que constituye un contrato “cuyo objeto es la obtención de un hijo o hija, a través de la gestación por parte de una mujer que queda obligada a entregar el objeto-sujeto fruto de su maternidad” (Balaguer, 2017, p. 21), renunciando a todo derecho de filiación.

---

<sup>53</sup> El término gestación invisibiliza la realidad del parto.

<sup>54</sup> Empleado en el artículo 10 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), por el que se declara la nulidad de pleno derecho de tales contratos.

<sup>55</sup> Terminología utilizada anteriormente por las agencias comerciales, que procuran ahora evitar, por haber sido incorporada desde la crítica feminista para visibilizar la fragmentación y utilización del cuerpo de las mujeres como meras vasijas, algo de la más pura tradición patriarcal desde Grecia.

<sup>56</sup> Eufemismos que refuerzan la fragmentación del cuerpo de las mujeres, e invisibilizan la importancia del papel de la mujer en la gestación y el impacto físico, psíquico, emocional y social del embarazo sobre las mujeres.

<sup>57</sup> Denominación utilizada por el Comité de Expertos en Ingeniería Genética, creado por el Consejo de Europa en 1982 (Souto Galván, 2006, p. 181).



Resulta interesante analizar la definición de Jiménez Muñoz (Regalado Torres, 2016):

[...] supuesto en el que una pareja comitente o contratante, que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora, con el fin de que previa inseminación de esta o transferencia de un embrión fecundado in vitro, dé a luz al niño deseado, entregándose a aquellos para ser considerado hijo de tal pareja (p. 11).

Dado que ese motivo puede ser una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de un útero (fundamentalmente parejas de varones) o es un varón solo quien desea ser padre, o una razón profesional, social o personal (por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación) (Bellver, 2015, pp. 25-26).

Por tanto, cualquier varón, pareja de varones, o mujer que no pueda quedarse embarazada o no quiera interrumpir su actividad profesional o sufrir las consecuencias de un embarazo, puede utilizar a otro ser humano mujer, a quien se somete a un proceso más agresivo que un embarazo natural, para satisfacer su deseo de disponer de una criatura con genética a la “carta”, incluida la selección de sexo.

La explotación reproductiva de las mujeres no es nueva; podemos remontrarnos a los relatos bíblicos en que las esclavas eran obligadas a gestar y parir para garantizar la continuidad del linaje del patriarca, cuando la esposa legítima no podía engendrar. Tampoco lo es el robo de la maternidad, desde la mitología griega, (González, 2019, p. 30; Nuño, 2020, p. 29), a las repetidas violaciones de las esclavas africanas por parte de los dueños de las plantaciones, o los robos de hijos e hijas de mujeres víctimas de las dictaduras latinoamericanas del siglo XX, y de la dictadura franquista, o el robo de bebés a madres solteras en las lavanderías de Irlanda y los centros del Patronato de Protección a la Mujer en España, hasta décadas escandalosamente cercanas.

Ahora bien, los avances en biotecnología han supuesto cambios fundamentales, mediante las técnicas de reproducción asistida. Inicialmente, la práctica más utilizada fue la denominada “tradicional”, en que la gestante aporta su propio óvulo, con lo cual es también madre genética; la tendencia actual es que se utilice el óvulo de la contratante (si es una mujer o pareja heterosexual), o bien, un óvulo procedente de donante. El esperma puede proceder de donante, o, caso muy frecuente, del padre comitente en el caso de parejas homo o heterosexuales u hombres solos. Se evita la vinculación genética de la madre biológica con el bebé, aunque ello suponga someterla a una técnica más agresiva para su salud<sup>58</sup>. Por ello, puede definirse como “la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica” (Valero, 2019, p. 421).

Actualmente no solo es posible explotar la capacidad sexual y reproductiva de las mujeres, sino mercantilizarlas (Nuño, 2020, p. 39). La utilización de los avances biotecnológicos no es inocente, pues todas esas concepciones, prácticas y comportamientos están mediados por las relaciones de poder, que no pueden ser localizadas en una institución o en el Estado, pues están determinadas por un juego de saberes que respaldan la dominación de unas comunidades sobre otras, de unos individuos sobre otros, dentro de estas estructuras, en especial entre los sexos/géneros (Pérez Sedeño y Sánchez, 2014, p. 196).

Hablar de maternidad subrogada es hablar de relaciones de poder. Tampoco debe olvidarse el carácter contractual, sea o no comercial, por lo que puede definirse como negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede, de forma onerosa o gratuita, a gestar para otra u otras personas un embrión humano (que puede tener o no vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes), a parirlo y a renunciar a sus derechos sobre la criatura, entregándolo tras el parto a los comitentes, que podrán determinar la

---

<sup>58</sup> Fecundación in vitro (FIV), es decir, implantación de embrión procedente de gametos de las personas comitentes o de donantes.

filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento (Albert, 2017, p. 178).

Por lo que podemos concluir con esta misma autora que «en los casos de inexistencia de vínculo biológico, la subrogación consiste, simple y llanamente, en la compraventa de un niño» (ídem, p. 195).

La maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida (argumento esgrimido con frecuencia por quienes apoyan su legalización), aunque utilice estas como parte del proceso. Tampoco es una práctica similar a la adopción, en la que prima el derecho de la criatura ya nacida.

### **3. La subrogación como atentado contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las madres biológicas**

¿Dónde queda el derecho a la salud y, en concreto, a la salud sexual y reproductiva de las mujeres gestantes, entendida esta como una condición de bienestar físico, mental y social en los aspectos relativos al sistema reproductivo en todas las etapas de la vida? Se dan los mismos sesgos que denunciamos una y otra vez en el tratamiento de la salud de las mujeres: fragmentación del proceso reproductivo; anulación de la capacidad de decisión; invisibilización de la madre biológica; falta de investigación y manipulación de datos relativos a los efectos sobre las mujeres, etc. La vida sexual de la mujer queda limitada por las condiciones establecidas por contrato. Se estipula, asimismo, de acuerdo con los deseos de la parte comitente, el número de embriones a implantar; si se provocarán “reducciones” (aborto de alguno de los embriones) en caso de embarazo múltiple, y la forma de parto, que suele ser por cesárea para facilitar “la recogida del producto”, es decir, del o la bebé, así como la renuncia a establecer lazos afectivos con la criatura, y a ejercer la posterior crianza de la misma, independientemente de cualquier consideración referente a la salud o deseo de la madre biológica<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Numerosos trabajos ofrecen información sobre las variantes de maternidad subrogada, según la procedencia de los gametos. Véanse Regalado, 2017; Nuño, 2020, entre otros.

Se viola la privacidad de la candidata en el proceso de selección, al ser sometida a la evaluación de su estabilidad física, psicológica, emocional e incluso familiar (Casciano, 2018, p. 42), mediante interrogatorios que pueden incluir referencias a sus creencias y su vida sexual. Se trata de detectar posibles trastornos de personalidad, rasgos depresivos, o fragilidad emotiva (ídem, p. 43), algo no exigido a los comitentes. Esta invasión en la intimidad de la gestante se mantiene durante todo el proceso, con el férreo control impuesto sobre su forma de vida, alimentación, relaciones sexuales, etc., incluyendo, en algunos países, la obligación de alejarse de sus familias y amistades, para vivir en un régimen de reclusión durante el embarazo. Las futuras madres biológicas, a quienes se ha exigido un buen estado de salud, son sometidas a técnicas de reproducción asistida, que pueden implicar “graves riesgos para la salud e incluso para la propia vida: hipermedicalización, pruebas innecesarias, reducción embrionaria, violencia obstétrica, terapias de desapego” (Agenda Feminista<sup>60</sup>, 2019). La narrativa a favor de la maternidad subrogada invisibiliza, asimismo, el proceso a que debe someterse la mujer donante de óvulos y los riesgos que puede implicar para su salud. En primer lugar, para recoger un alto número de óvulos, se somete a la mujer a un tratamiento hormonal para hiperestimular el ovario, cuya duración varía en función del método establecido por cada centro, y que se efectúa tanto en las donantes, como en las mujeres receptoras de óvulos que van a ser sometidas a una inseminación artificial (IA) o fecundación in vitro (FIV). El control de su evolución se realiza por medio de ecografías y análisis hormonales. Después se procede a la “recogida” de óvulos (pueden producirse entre diez y veinte óvulos en distintos grados de maduración), es decir, a la extracción, que se realiza mediante una punción bajo control ecográfico (Pérez Sedeño y Sánchez, 2014, p. 213).

Tanto la donante de óvulos como la receptora de embriones corren riesgos asociados a la hiperestimulación ovárica (ídem, p. 214), sufridos por entre el 0,3% y el 10% de mujeres sometidas a la misma. Los casos más graves

---

<sup>60</sup> Presentada el 9 de abril de 2019 por la Plataforma “No somos vasijas”, la Red Estatal contra el Alquiler de Vientres (RECAV) y “Stop Vientres de Alquiler”.

pueden incluir embarazo no deseado, fallo renal, pólipos intrauterinos, quiste de ovarios, tromboembolismo, distrés respiratorio adulto, hemorragia por rotura de ovario, infertilidad, posible riesgo de menopausia precoz y otros daños producidos en el proceso de extracción de los ovocitos (ídem, p. 215).

El embarazo y parto son procesos fisiológicos (que únicamente pueden experimentar las mujeres), que comprometen a la mujer física, psíquica y emocionalmente. Sin embargo, en la maternidad subrogada se produce un auténtico “borrado de la mujer”, en este caso “borrado de la madre”, invisibilizando la importancia del embarazo y su influencia en la criatura gestada. Se exalta, sin embargo, la importancia de la carga genética, pero únicamente cuando esta procede de la parte contratante, puesto que no existe inconveniente en utilizar óvulos procedentes de donantes, para elegir características específicas. La madre biológica queda subsumida “para cumplir el fin de los padres comitentes de asegurar su herencia genética en el tiempo” (Regalado Torres, 2017, p. 13).

La madre biológica es también sometida a un proceso de disociación cognitiva<sup>61</sup>. De hecho, está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne a todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con la criatura que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu (Montero, 2016, p. 229).

---

<sup>61</sup> Estrategia a la que recurren inconscientemente los niños y niñas víctimas de abuso sexual, las mujeres en situación de violencia de género, las mujeres prostituidas, etc., como mecanismo de defensa, que provoca importantes secuelas a medio y largo plazo.

La reproducción humana, a través de la maternidad subrogada, implica, pues, una expresión extrema de fragmentación, deslocalización, comercialización y selección genética, pese a que ello suponga serios daños para la salud de la mujer gestante. La capacidad reproductora de las mujeres queda reducida a un trabajo alienado y deshumanizado.

#### **4. Influencia de la maternidad subrogada en el concepto social de maternidad**

La subrogación también influye en la concepción social de la gestación y la maternidad. La narrativa a favor de la maternidad subrogada defiende el supuesto “derecho al hijo o hija”, considerando que la mera voluntad de procrear justifica recurrir a una práctica que permita adquirir una criatura humana, gestada y parida por una mujer que nunca tendrá la posibilidad de ser la madre legal. Sin embargo, como afirma Isabel Serrano (2019), todo derecho tiene sus límites y no se puede ejercer contra el derecho de los demás. Ser padre o madre, en sí mismo, no es un derecho humano, ni sexual, ni reproductivo; es una capacidad, que no todo el mundo tiene y que, además, no dura toda la vida. Tenemos derecho a decidir sobre nuestro cuerpo, a intentar prevenir las enfermedades que puedan afectar a nuestras capacidades reproductivas, a elegir tener hijos o no y con quién, a planificar cuándo y cuántos, y a que el sistema público de salud nos atienda bien y por igual. Lo demás, confundir los deseos individuales con los derechos universales es, como poco, egoísta (p. 3).

El deseo de ejercer la paternidad o la maternidad podría satisfacerse a través de la adopción, pero, en ese caso, existen controles y exigencias que no se dan en la subrogación; no cabe diseñar a la criatura a adoptar, ni que esta lleve la herencia de la carga genética propia. El límite de la satisfacción de un deseo está en el ataque a la dignidad humana que suponga para otro ser humano. Pero es frecuente encontrar una extraña permisibilidad del sistema patriarcal cuando lo que está comprometido es el cuerpo y la integridad de las mujeres.

Además, una vez aceptada la maternidad subrogada en ciertos supuestos (mujer que puede aportar sus óvulos, pero no puede gestar o parejas estériles, por ejemplo), resulta imparabile recurrir a ella en otros nuevos. Porque esa aprobación inicial se sustenta en dos presupuestos inaceptables que impiden poner freno a esta práctica. El primero es que la voluntad del individuo de satisfacer su deseo de ser padre o madre es hegemónica. Y el segundo, que el “alquiler” del útero por parte de una mujer es, en principio, una acción inocua para su dignidad y su libertad (Bellver, 2015, p. 28).

La aceptación de la maternidad subrogada tiene también otras consecuencias sociales: refuerza la reducción de la mujer a sus funciones sexuales y reproductivas y su consideración como ser al servicio de “otros” (Guerro-Palmero 2017b, p. 40); modifica profundamente la concepción de la reproducción humana; favorece la eugenesia; refuerza desigualdades sociales y económicas y convierte la subrogación en una opción generalizada de reproducción humana para las clases más privilegiadas, en vez de una práctica con carácter de excepcionalidad.

Según el Juez Dedov<sup>62</sup>, la maternidad subrogada produce graves impactos sociales: su casi inevitable vinculación con el tráfico de personas; el refuerzo de la desigualdad social y económica entre las partes que conllevan los contratos, y el desafío que supone para los países europeos permitir o no que el cuerpo humano se convierta en objeto del mercado.

La cuestión de la subrogación está estrechamente ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad, que debemos plantearnos también en términos de sostenibilidad, pues podría conducir a la degradación y desestabilización de nuestras sociedades, lo que constituye una amenaza que no debería ser subestimada (Albert, 2017, p. 186).

Por otra parte, recordemos que la defensa de la libertad de las mujeres para disponer de su propio cuerpo, incluso sometándose al proceso de

---

<sup>62</sup> Voto particular individual emitido con ocasión de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Paradiso y Campanelli*, 2017.

maternidad subrogada, “presupone una concepción dualista de la persona, que la disgrega en dos: por un lado, su razón y su autonomía y, por otra, su dimensión corporal” (Aparisi, 2017, p. 169). Ello implica que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción.

## **5. Violación de derechos de niñas y niños**

¿En qué medida la maternidad subrogada atenta contra los derechos de las criaturas así gestadas? En primer lugar, el secretismo que la rodea puede tener como consecuencia una violación del derecho al conocimiento del propio origen. Además, las criaturas nacidas por subrogación carecen del derecho a la tutela institucional “de que gozarían si se tratara de una adopción nacional o internacional, que contempla medidas garantistas, como pruebas de idoneidad o exámenes psicológicos a padres/madres intencionales y análisis del contexto familiar” (Trejo, 2018). No existe control alguno de los comitentes, salvo la capacidad económica para hacer frente a las cantidades estipuladas por las agencias.

En cuanto a la salud, existe un mayor riesgo de parto prematuro, con pesos inferiores al promedio en el nacimiento, derivado de los embarazos múltiples por implantación de varios embriones. En muchos casos, es un deseo expreso de los comitentes que se trate de un parto gemelar. Se da, asimismo, una grave violación del derecho a la salud primal, que incluye la vida fetal y el tiempo transcurrido entre el nacimiento y el año siguiente al mismo.

La salud primal se construye durante todo ese periodo de estrecha dependencia de la madre, primero en el útero, luego durante el parto y después durante la lactancia. Todos los acontecimientos que tengan lugar en este periodo de dependencia de la madre influyen sobre ese estado de salud de base que llamamos salud primal (ídem).

En el “borrado de la madre”, que implica la subrogación, se ignoran realidades comprobadas científicamente, como la modificación genética de la



criatura durante el embarazo, la influencia de la madre biológica y sus condiciones de vida en el epigenoma del bebé desde el momento de la concepción, el microquimerismo fetal, o intercambio celular entre madre y bebé. Se desprecia la importancia del periodo de vida uterina en el desarrollo de la criatura, aunque numerosos estudios “confirman efectivamente que lo que se vive en el útero deja una huella que durará de por vida y que en muchos aspectos condicionará la salud física y emocional” (Olza, 2017). Someter a la madre a la disociación cognitiva implica tratar de privar a la criatura del valor relacional del embarazo y el alumbramiento, lo que “constituye una discriminación real y parece contrario a los derechos fundamentales de todo ser humano” (Montero, 2016, p. 233).

Respecto al nacimiento “toda una serie de mecanismos neurohormonales hacen que nada más nacer los bebés esperen encontrarse con su madre, reconocerla, olerla, mirarla a los ojos, e idealmente, iniciar la lactancia” (Olza, 2017). Las experiencias del embarazo, el parto y los primeros días de vida “condicionan ampliamente el desarrollo cerebral de la criatura” (ídem). La separación de la madre biológica inmediatamente después del nacimiento constituye una herida primal, que afecta también a las criaturas que pierden a su madre en el parto o son bruscamente separadas de ella.

El daño al bienestar de la madre y la criatura es uno de los argumentos contra la maternidad subrogada, esgrimido en el voto particular en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Paradiso y Campanelli*, anteriormente mencionado: la gestación por sustitución constituye un trato degradante tanto para la gestante como para el niño. Para ambos implica una drástica ruptura del vínculo único que se crea entre ellos. La medicina moderna, afirman los jueces, nos ha proporcionado evidencias que demuestran el impacto determinante del periodo prenatal para el posterior desarrollo del ser humano. El embarazo, con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre biológica y el niño. Desde el inicio, la subrogación se centra en la ruptura drástica de este vínculo. La madre subrogada debe renunciar a establecer una relación de amor y

cuidado durante toda la vida con el niño que gesta. El niño aún no nacido no solo es colocado en un medio extraño biológicamente, sino también privado de lo que debería ser el amor ilimitado de su madre durante toda la etapa prenatal (Albert, 2017, p. 185).

## **6. Subrogación e industria global del sexo**

La maternidad subrogada se ha consolidado como un modelo de mercado global de mercantilización de los cuerpos. No se trata de casos aislados, sino de la existencia de un auténtico mercado gestacional de seres humanos de carácter transnacional, basado en la mercantilización de los cuerpos de las mujeres, al que contribuye la utilización de internet como gran escaparate de venta. “Un número importante de médicos, abogados, entidades de crédito y financieras y agencias de intermediación se lucran con la explotación reproductiva de mujeres extranjeras en situación de vulnerabilidad y lo hacen desde un país que prohíbe la práctica” (Agenda Feminista, 2019). Un entramado de agencias, “auténticas multinacionales que operan por todo el mundo, generando un mercado global, al que se puede acceder solo cumpliendo con la condición del pago del precio acordado” (González, 2019, p. 48), cuya acción podríamos calificar de proxenetismo reproductivo, una nueva forma de enajenación y obtención de plusvalía del cuerpo de las mujeres, un negocio tan lucrativo que “según Naciones Unidas, en la India, por ejemplo, la facturación de la industria gestacional superó, solo en el año 2012, los 400 millones de dólares, con una plusvalía cercana a los 140 millones de dólares y un crecimiento interanual del 20%” (Nuño, 2020, p. 40).

Disponer de capacidad económica suficiente garantiza la descendencia a demanda. Una “bioética para privilegiados” con acceso a todo tipo de servicios para los clientes: traslado al país de compra para la “recogida” de la criatura; servicios médicos y jurídicos, posibilidad de reemplazar la lotería genética por la selección genética y la elección de sexo, elección de las características de la gestante y, si se precisa, ovocitos de donantes bellas,

sanas e inteligentes, según la publicidad de las agencias. “Previo pago, todo está disponible en el mercado de los deseos” (Nuño, 2016, pp. 684-685). Podemos hablar de un neocolonialismo reproductivo en el que la deslocalización y la rentabilización de la geopolítica de la desigualdad representa una estrategia habitual para abaratar costes, de tal forma que la producción se traslada donde menor inversión se precisa (en términos de salarios o de costes sociales) y, en caso de ser necesaria una atención o servicio presencial (como es el caso del mercado prostitucional o la cadena global del cuidado), se trata o trafica con mujeres cuyos derechos y contraprestaciones económicas son más negociables (Nuño, 2020, p. 40).

Pese a la opacidad de este negocio, se calcula, según Nuño (ídem, p. 49) que, en 2018, ha producido unos beneficios de 4000 millones de dólares, con un crecimiento interanual del 3,6%, que podría elevarse incluso un 50%, alcanzando la cifra de 6000 millones de dólares anuales. Beneficios de los que las gestantes reciben una remuneración que oscila entre el 0,9% y el 20%, según agencias y países.

Dentro de este marco de capitalismo neoliberal, el esfuerzo de las empresas se centra en incrementar su competitividad: “someter la reproducción a la lógica reproductiva, reducir los costes del proceso, garantizar la satisfacción de la clientela y evitar los costosos litigios judiciales que pudieran derivarse en un hipotético conflicto con la gestante” (ídem, p. 41), o en el proceso de filiación de las criaturas. Pero a diferencia de cualquier otro tipo de acuerdo comercial, “el contrato de gestación subrogada tiene como producto final una persona” (Balaguer, 2017, p. 174).

Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo (no un niño sin más, sino un niño que será mi hijo). ¿Por qué estamos pagando realmente?, ¿por un embarazo o por un niño?, ¿pagaría alguien por un embarazo ajeno si no fuera para convertirse en padre? (Voto particular de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov a la sentencia del TEDH del 24 de enero de 2017, en el *Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia*, parágrafo 7) (Albert, 2017, p. 180).

La reproducción humana convertida en proceso de producción, con el objetivo de conseguir el mejor producto que satisfaga los deseos de la parte adquiriente, “justifica” la fragmentación en el proceso de “fabricación” de una criatura a la carta: óvulos procedentes de mujeres caucásicas (cuyos rasgos físicos concuerdan con los de la parte comitente), jóvenes, sanas, de nivel cultural alto; gestante del país que ofrezca mejores condiciones de mercado, cuyas características raciales no importan, puesto que es considerada únicamente un “contenedor” para gestar y parir, sin que su genética “contamine” las características del producto final. Una gestante cuyo bienestar, en términos de salud física, emocional, mental y social, es tomado en cuenta únicamente en cuanto sirve para llevar a término el proceso de fabricación.

De hecho, los “controles de calidad” y el servicio prestado se orienta, exclusivamente a garantizar que la salud, la carga epigenética, el plazo de entrega o el sexo de las criaturas se ajusten a lo previamente acordado, con posibilidad de interrupción del embarazo solo cuando la clientela cambia de opinión (opción que se suele negar a las gestantes). La atención sanitaria lo es como “fábrica reproductiva”; sin que se valoren los efectos futuros del tratamiento médico, la hormonación o la medicalización de la progenitora (Nuño, 2020, p. 41).

La subrogación suma a los factores de desigualdad basados en la clase social, racialización, geopolítica y sexo, el de la clase genética. Paradójicamente, pese a ello, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional aprueban tácitamente una práctica que cumple tanto con el deber de las naciones deudoras de explotar y exportar “todos sus recursos naturales”, como el de reducir el crecimiento demográfico en países superpoblados, al poner la capacidad reproductiva de las mujeres al servicio de terceros no nacionales (ídem, p. 43).

El extractivismo abusivo que arrasa con los bienes naturales de los países más empobrecidos, tiene su paralelismo en la explotación de la capacidad sexual y reproductiva de las mujeres.

Lejos de la narrativa de la libertad y el deseo, la subrogación constituye “una práctica de desposesión de los cuerpos por parte de las clases dominantes que aumenta la opresión existente sobre las mujeres y que acerca los cuerpos que la practican a la esclavitud” (Martínez, 2019, p. 67). La realidad demuestra que las mujeres que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación son las más pobres o vulnerables. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos (Aparisi, 2018, p. 170).

Resulta falaz analizar el fenómeno actual de la subrogación, ignorando el contexto real de las desigualdades en el mundo, y la pervivencia de un sistema patriarcal que continúa colocando a las mujeres en situación de desigualdad y pobreza: el problema subyace en la perpetuación de las desigualdades de un mundo donde aún, en muchos lugares, se trabaja por salarios miserables, indignos, que no permiten la subsistencia de las personas, que tienen que recurrir a alquilar su cuerpo, para cubrir sus necesidades, las que sean, y las de sus familias (González, 2019, p. 74).

Y en este contexto, “podemos hacer un paralelismo con las mujeres que se encuentran prostituidas, ya sean víctimas de las mafias de trata o porque no tienen otra manera de subsistir. Esta es la auténtica analogía de los vientres de alquiler, la prostitución, y no la donación altruista de órganos” (ídem, p. 75).

La práctica de la subrogación representa, también, un ejemplo extremo de la capacidad de los sistemas de poder (en este caso, el sistema patriarcal y el capitalismo neoliberal) para defender “verdades contradictorias”, cuando ello sirve a sus intereses: exaltación de la teoría de la crianza con apego, junto con el sometimiento de las madres biológicas al desapego afectivo de las criaturas que gestan; exaltación de la lactancia materna y el contacto piel con piel, mientras se programa la separación inmediata de la madre biológica y la crianza por biberón; compra de gametos suponiendo que lo que

prevalece es la “voluntad de procrear”, mientras se exalta el mantenimiento de la herencia genética de la parte comitente; valoración de la maternidad intensiva mientras se desvaloriza e invisibiliza a la madre biológica como mera “contenedora” del o la bebé, cuyo destino es ser el hijo o hija de otras personas, etc. Una perversión conceptual que sustenta un negocio lucrativo.

## 7. El laberinto jurídico

En cuanto al tratamiento jurídico de la maternidad subrogada a nivel internacional, encontramos países donde está prohibida<sup>63</sup>, otros donde se permite la modalidad altruista<sup>64</sup>, aquellos donde no existe ningún tipo de regulación y un limitado número de países donde está legalizada la modalidad comercial<sup>65</sup>, con importantes diferencias respecto al tipo de personas que pueden actuar como comitentes (González, 2019, pp. 118-117). Algunos países, como India, Tailandia, Camboya y Nepal modificaron su legislación, ante los casos extremadamente abusivos que se venían produciendo. En otros, como Ecuador, o el estado de Nueva York, se ha legalizado muy recientemente.

Ello tiene como consecuencia un laberinto jurídico (Nuño, 2020, pp. 57-63), que salta a la actualidad cuando se producen conflictos relacionados con la filiación de los niños y niñas, pero que no impide el negocio transnacional. En países europeos en que la subrogación está prohibida, miles de personas recurren a la subrogación comercial internacional, en la que “el umbral de legalidad lo acabará estableciendo el país que, teniendo

---

<sup>63</sup> El caso de Alemania, Austria, Bulgaria, España, Francia, Italia, Islandia, Malta, Serbia, Suecia, Suiza, Quebec (Canadá), Hong Kong, Camboya (2016), Nepal (2015).

<sup>64</sup> Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Países Bajos, Hungría, Irlanda, Polonia, Portugal, Australia, Brasil, México, Reino Unido y Sudáfrica, Ecuador (desde agosto 2020).

<sup>65</sup> Georgia, India (prohibida para extranjeros al igual que en Tailandia desde 2015), Rusia, Ucrania, Tailandia y trece estados de Estados Unidos, destacando California, mientras que está prohibida en los estados de Arizona y Michigan. Legalizada en el estado de Nueva York en febrero de 2021.

la regulación más permisiva, cuente con una buena oferta de precios, suficiente seguridad jurídica y unas condiciones biotecnológicas y sanitarias adecuadas” (Bellver, 2015, p. 32). Ante los problemas en torno a la filiación<sup>66</sup> de las criaturas nacidas por subrogación, se apela una y otra vez al “interés superior del menor”, lo que no deja de ser una falacia, cuando se ha recurrido previamente a una práctica prohibida por la legislación del país de los comitentes, altamente cuestionada desde planteamientos éticos y jurídicos.

En los últimos años encontramos diferentes estudios e iniciativas a favor de la legalización de la maternidad subrogada, basadas en argumentos<sup>67</sup> que se han venido comentando a lo largo del trabajo, similares algunos de ellos a los utilizados para defender la regulación de la prostitución. Legalizar es legitimar y, consecuentemente, fomentar la práctica y favorecer los intereses de la industria que se beneficia con ella. En España ha habido cuatro iniciativas: la Proposición no de Ley (PNL), presentada por Unión, Progreso y Democracia (UPyD) en 2015; la Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución, del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (2016); la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, de 2017; y la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por Ciudadanos ese mismo año (Nuño, 2020, p. 71).

---

<sup>66</sup> Destacan los casos que han sido objeto de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): *Menesson y Labassée contra Francia*, y *Paradiso-Campanelli contra Italia*, objeto de numerosos estudios, entre otros: Albert, 2017; Ochoa, 2017; Valero, 2019; y las sentencias del Tribunal Supremo de España (Balaguer, 2017, pp. 81-86, Nuño 2020, pp. 63-70).

<sup>67</sup> Consideración del deseo como derecho, prevaleciendo la voluntad de procrear sobre los derechos de la madre biológica gestante (Lamm, 2012 y 2013, entre otros); autonomía de las mujeres para disponer de su cuerpo y «ceder» su capacidad de gestar; interés superior del menor tras el nacimiento; valor de los avances científicos y tecnológicos; e incluso aceptación de la legalización como mal menor para evitar las situaciones de abuso y explotación.

A nivel internacional, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado comenzó a interesarse por los conflictos transfronterizos relativos a la filiación en 2011. En 2014 publicó un informe<sup>68</sup> y encomendó la continuidad del trabajo a un comité de personas expertas<sup>69</sup>, renovado por dos años en marzo de 2020. El comité está elaborando un instrumento jurídico y correspondiente protocolo, cuyo contenido sobrepasaría lo relativo a las filiaciones. En su Informe de noviembre de 2019, el comité hacía referencia a incluir aspectos relativos a la denominación de las madres subrogadas (parágrafo 27), requisitos mínimos exigibles a las mismas (parágrafo 36) y regulación de las agencias (parágrafo 35). Ello resultaría en un instrumento internacional de regulación de la subrogación. La maternidad subrogada no es un tema de derecho privado, sino de violación de derechos humanos, sin embargo, la Conferencia nunca ha planteado la posibilidad de la abolición de la subrogación.

En España está expresamente prohibida en la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Artículo 10, 1) y 2), el Código Penal, Artículo 220, y el Código Civil, Ley 19/2015, del 13 de julio, que modifica la 20/2011 del 21 de julio, del Registro Civil, en vigor desde junio de 2017. Sin embargo, el punto 3 del artículo 10 de la Ley 14/2006 hace posibles las inscripciones registrales, en España, de bebés nacidos mediante subrogación en los casos en que un comitente varón es padre genético de la criatura.

---

<sup>68</sup> Ante dicho Informe, en 2015, un grupo de organizaciones feministas y defensoras de derechos humanos denunciaron que la Oficina Permanente se había basado en las respuestas a los cuestionarios enviados a los Estados y profesionales participantes en la industria de la subrogación, sin tener en cuenta la opinión de las organizaciones defensoras de derechos de las mujeres y la sociedad civil. Véase: [https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy\\_hch\\_feminists\\_english.pdf](https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hch_feminists_english.pdf) (15/2/2021).

<sup>69</sup> Compuesto por representantes de 24 de los 85 estados miembros y observadores.



## 8. Iniciativas en favor de la prohibición internacional de la maternidad subrogada

Veamos los principales argumentos en que se basan los diferentes informes<sup>70</sup>, estudios e iniciativas de la sociedad civil<sup>71</sup> para la erradicación de la práctica de la maternidad subrogada. Las primeras voces críticas aparecen en los años ochenta: el Informe Warnock (1984), el capítulo incluido por Carole Pateman en *El contrato sexual* (1988), o la obra de Janyce Raymond *The International Traffic in Women: Women Used in Systems of Surrogacy and Reproduction* (1989).

Quienes argumentan que rechazar estas técnicas y considerarlas una forma de explotación reproductiva es negarse a aceptar los avances de la tecnología o, simplemente, mostrar resistencias ante “lo nuevo”, olvidan que todo el avance de la ciencia y la tecnología ha necesitado delimitar líneas rojas en relación con su uso. La utilización que hacemos de determinados avances científico-técnicos están detrás del cambio climático, por ejemplo, y es ya un consenso internacional la necesidad de reconducir nuestro modo de vida para hacerla compatible con la de las generaciones futuras. Lo mismo ocurre con la clonación artificial reproductiva. Después de que la famosa oveja Dolly llegara al mundo, la UNESCO aprobó, en 1997, la Declaración

---

<sup>70</sup> Informe Warnock, Reino Unido, 1984; Informe Palacios, España, 1982; Informe del Comité de Bioética, España, 2017; Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

<sup>71</sup> Francia: *Pour l'arrêt immédiat de la gestation pour autrui*, 2015. España: Manifiesto NO somos vasijas, 2017. Red Estatal contra el Alquiler de Vientres (RECAV), 2017. Stop Vientres de Alquiler, 2017 (Informes y artículos on line) <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/>. Agenda feminista contra la práctica del alquiler de vientres y la prostitución, 2018. A nivel internacional: La Declaración del Lobby de Mujeres de Suecia, 2013. La Campaña “Stop Surrogacy Now”, <https://www.stopsurrogacynow.com/about/>. La Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS), promotora del Comunicado Internacional para la Prohibición Global del Alquiler de Vientres, 2018, y la Propuesta de Convención Internacional, 2020. El Center for Bioethics and Culture, Estados Unidos. La Declaración de la Conferencia de Todas las Mujeres de la India, All India Women's Conference (AIWC), 2015.

Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, que se incorpora en 1998 como parte integrante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que se recoge la oposición a la clonación humana con fines reproductivos<sup>72</sup> y también en 1998, el Consejo de Europa aprobó la primera norma internacional que prohibía la clonación de seres humanos. El denominador común de las normas nacionales e internacionales que prohíben la clonación en seres humanos es el concepto de dignidad humana y mercantilización.

Otro de los muchos ejemplos, podría ser el recién aprobado Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, acuerdo internacional jurídicamente vinculante para prohibir las armas nucleares, con miras a su eliminación total, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 7 de julio de 2017, que ha entrado en vigor el 22 de enero de 2021. Debe respetarse el equilibrio entre los derechos individuales y los colectivos, entre el derecho a la producción y creación científica y el interés general, y son los poderes públicos los que deben garantizar la protección del derecho a la integridad física y moral, a la salud integral y a la dignidad de las personas

Cabe asimismo criticar la falacia del argumento del libre consentimiento de las gestantes, para firmar un contrato que anula inmediatamente su autonomía. “La autonomía no es nunca hipotecable. Ningún contrato o acuerdo puede cancelarla. Desdecirse debería ser siempre una opción legítima y, por tanto, ningún acuerdo o contrato puede prescribir obligatoriamente la entrega del bebé” (Guerra-Palmero, 2017a, p. 1). Sin embargo, la bioética neoliberal se impone, sin apenas oposición, legitimando, en el caso de la gestación subrogada, la despersonalización de las mujeres contempladas

---

<sup>72</sup> Es de especial interés la sección C de esta Declaración Universal sobre el Genoma Humano, dedicada a la investigación, que en el artículo 11 prevé que, [...] las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la reproducción clónica de los seres humanos, no serán permitidas; los estados y las organizaciones internacionales competentes son invitados a cooperar en la identificación de tales prácticas y a tomar, a nivel nacional o internacional, las medidas necesarias para asegurar que los principios emanados de esta Declaración sean respetados.

como meros medios para resolver la infertilidad, al margen de toda consideración de justicia. La autonomía como principio irrenunciable no admite alquileres ni hipotecas. La autonomía no debe ser cancelada temporalmente bajo ninguna circunstancia (ídem, p. 538).

La bioética neoliberal ignora las desigualdades de clase social, género, raza-etnia y localización geográfica; las injusticias y violencias de carácter estructural y la construcción patriarcal de la sociedad (Guerra-Palmero, 2017b, p. 39). Un ejercicio pleno de la autonomía de las personas solo es posible desde la justicia y la igualdad (ídem, p. 40), lo que no parece ser la situación de las mujeres precarizadas que encuentran su nicho de supervivencia mediante la prostitución y la gestación subrogada.

Otro argumento crítico es la cosificación de las mujeres gestantes, que implica la subrogación en toda circunstancia. La cosificación, la instrumentalización y la despersonalización de la madre gestante son efectos y caracteres propios, constitutivos de la MS<sup>73</sup>, es decir, no vinculados a la eventualidad de unos abusos perpetrados en detrimento de la parte contractual más débil en aquellos países en los que parece más fácil violar las prerrogativas jurídicas fundamentales de una persona (Casciano, 2019, p. 46).

Tal cosificación procede, no solo de las condiciones ambientales en las que efectúa su elección, o de las asimetrías relacionales, culturales o sociales entre las partes implicadas, sino más bien del hecho de que la oferta *pro aliis*, gratuita o no, de un servicio reproductivo, como de un servicio sexual, siempre supone una instrumentalización, consciente o no, de la mujer, una lesión ineludible de su dignidad, a pesar de las condiciones en las que surja su consentimiento (ídem, p. 47).

Ante el argumento de la “voluntad procreativa”, debemos tener en cuenta que está también en juego, sobre todo, “el valor social de la maternidad, las bases del derecho de filiación y la concepción de la familia, la dignidad de la mujer que se ofrece para gestar un niño que no podrá ser suyo y, por

---

<sup>73</sup> Abreviatura utilizada por el autor para referirse a la maternidad subrogada.

último, el interés —los derechos fundamentales, incluso— del niño por nacer” (Montero, 2016, p. 234).

Diferentes voces han establecido, efectivamente, la crítica a la maternidad subrogada sobre el concepto de la dignidad humana, entendida esta como fundamento último del orden social, moral y jurídico y, en consecuencia, un absoluto axiológico que no puede ser ignorado bajo ningún concepto. Una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres (Aparisi, 2017, p. 165), independientemente de su comportamiento, facultades, posición social, raza, sexo, o cualquier otro factor. De hecho, es uno de los argumentos utilizados para promover la prohibición de la misma, “de igual forma que se prohíbe, por ejemplo, que los participantes en un ensayo clínico lo hagan por una compensación económica, o sea retribuida la donación de un órgano» (ídem, p. 168). La Agenda Feminista contra la práctica del alquiler de vientres y la prostitución afirma que “el alquiler de mujeres con fines reproductivos atenta contra el concepto de dignidad humana. Las mujeres y los recién nacidos se convierten, a todo efecto, en meros «objetos de transacción contractual» para satisfacer deseos de terceras personas”<sup>74</sup>.

La dignidad nos remite siempre al valor intrínseco de la persona, y “nos sitúa ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos” (Aparisi, 2017, p. 166). El concepto kantiano de la persona como fin en sí misma, y no como medio para la consecución de deseos ajenos, por muy loables que estos sean, sería también de aplicación a la práctica de la maternidad subrogada<sup>75</sup>. “De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos” (ídem, p. 167). Además, “en la medida en que la subjetividad personal

---

<sup>74</sup> Agenda feminista contra la práctica del alquiler de vientres y la prostitución. <http://www.noalquilesvientres.com/wp-content/uploads/2019/04/final-comunicado-vp-vs5.pdf>.

<sup>75</sup> El concepto y tratamiento de las mujeres en el sistema patriarcal como “seres para los otros” lleva implícito un desprecio a su dignidad humana. La historia del feminismo es justamente la historia de los avances por que las mujeres disfruten de los derechos humanos inherentes a su dignidad.

se manifiesta en una naturaleza corporal, no hay respeto a la persona sin respeto a su naturaleza física, a su dimensión corporal” (ibídem), pues la dignidad se extiende al cuerpo y todas sus funciones.

Según el Informe Warnock:

[...] “es inconsistente con la dignidad humana que una mujer utilice su útero para obtener beneficio económico y lo trate como una incubadora para el hijo de otra persona” (parágrafo 8.10, p. 15), y la última jurisprudencia del TEDH —coincidente con la del Tribunal Supremo español— llega a la conclusión de que “la maternidad subrogada vulnera aspectos esenciales de la dignidad humana y de la integridad física y moral de la madre gestante, así como derechos fundamentales del hijo nacido bajo este tipo de contratos, como su derecho a conocer su origen biológico” (Vale-ro, 2019, p. 439).

En este mismo sentido, se pronuncia el voto particular colectivo en el caso Campanelli, al manifestar que “la gestación por sustitución, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de los comitentes, y no como fines en sí mismos” (Albert, 2017, p. 185).

Como afirma Étienne Montero (2016, p. 229), exigir a la gestante poner a disposición sus funciones reproductivas, viviendo su embarazo desde la indiferencia emocional y la perspectiva del abandono, significa “la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”, de lo que la autora deduce que existe una incompatibilidad entre la dignidad humana y el papel puramente instrumental dado al cuerpo de la madre portadora. La maternidad subrogada es, pues, una práctica que raya en la alienación y no resulta comparable con ninguna otra forma de trabajo. Algo que sucede, asimismo, en la prostitución, por lo que podemos establecer un paralelismo entre prostitución y subrogación, entendidas ambas como prácticas que, contando habitualmente con una retribución económica, atentan contra la dignidad de la persona,

en la medida en que implican una cosificación de su cuerpo (Casciano, 2018, pp. 44 y 45), incluso en el caso de la subrogación altruista.

Ni el deseo, las “necesidades” sexuales, ni el supuesto “derecho a la paternidad o la maternidad”, pueden justificar la utilización de las mujeres:

Hay que dejar fuera del mercado las cuestiones atinentes a la protección de ciertos derechos, si no se quiere incurrir en injusticias históricas irreparables desde las posiciones de la libertad individual como justificativa de todo tipo de conducta [...] no todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado y, por lo tanto, determinadas actividades no podrán ser susceptibles asimismo de tráfico comercial (Balaguer, 2017, p. 178).

## **9. Necesidad de un marco jurídico internacional contra la explotación reproductiva de las mujeres**

“La maternidad subrogada es un problema global y solo puede ser correctamente abordado desde una perspectiva global” (Albert, 2018, p. 178); sin embargo, no existe ningún instrumento internacional que prohíba su práctica, al igual que no se ha promovido ninguna convención de abolición de la prostitución.

En España, el Informe Palacios, o Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro*, de 1986, recomendó la prohibición de la gestación de sustitución en cualquier circunstancia, siendo objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, los equipos médicos que las realicen, y los centros sanitarios o servicios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida, necesarias para la gestación de sustitución. El Informe del Comité de Bioética de España, de 2017, concluye recomendando avanzar hacia “una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional”; aconseja que se estipule un periodo de transición

para proteger los derechos de filiación de las criaturas en proceso de gestación y, teniendo en cuenta la explotación sufrida por las mujeres, recomienda que España debe de defender “en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional”.

El argumento de defensa de la dignidad lleva a la exigencia de una prohibición de carácter internacional. La subrogación es en sí misma un atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé. En consecuencia, se debería optar por una prohibición universal o, al menos, adoptar todas las medidas legales y políticas para evitar la proliferación de mercados de úteros en países donde la pobreza femenina puede abocar a muchas mujeres a ver esta práctica como la única salida (Bellver, 2015, p. 48).

Los Estados sociales son responsables de la defensa de los derechos de las personas. Los derechos de la mujer a su propio cuerpo, a la sexualidad y al libre desarrollo de la personalidad son derechos públicos en la medida en que comprometen fines y valores del Estado social y, en este sentido, exceden de la libertad individual de las personas para constituir elementos relevantes de la comunidad en la que se desenvuelven (Balaguer, 2017, p. 205). Esta autora establece el paralelismo con otros colectivos que “por sus condiciones materiales de existencia no están posibilitados de elegir” (ídem, p. 206).

Al igual que la persona que ejerce la prostitución, o que aquella que por su escasa estatura sirve de diversión grotesca, la mujer que alquila su vientre no está ejerciendo libremente un derecho, sino vendiendo su cuerpo por un precio. Ahora bien, el daño que sobre ese cuerpo puede sobrevenir, en términos de salud y dignidad, no debe ser permitido por el Estado, legalizando y dando carta de naturaleza a un intento de hacer soportar nuevamente sobre la mujer el coste reproductivo (ibídem).

El Informe anual de la Unión Europea sobre los DD. HH. y la democracia en el mundo de 2014, publicado en 2015, parágrafo 115: condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se

utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular, en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia, en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

Sin embargo, esta referencia desaparece en el Informe de 2015, aprobado en diciembre de 2016. No obstante, la Opinión del Comité para los Derechos de las Mujeres y la Igualdad de Género, del 10 de noviembre de 2016, lo incluía en su parágrafo 23, expresando “su preocupación por las actividades del sector de la gestación por sustitución, que trata el cuerpo de la mujer como una mercancía en el mercado reproductivo internacional, al tiempo que lamenta que dicho sector explote en gran medida a mujeres vulnerables procedentes ante todo del hemisferio sur” (Albert, 2017, p. 181).

El Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169 (INI)), del 25 de noviembre 2020, en su parágrafo 32, reconoce que la explotación sexual con propósitos reproductivos y de gestación subrogada, o para fines como los matrimonios forzados, la prostitución y la pornografía, es inaceptable y constituye una violación de la dignidad humana y de los derechos humanos; solicita, por lo tanto, que la estrategia examine en detalle la situación de las mujeres que ejercen la prostitución, con especial atención al vínculo entre la prostitución y la trata de mujeres y menores en la Unión Europea y en todo el mundo, y el nuevo uso de internet con fines de explotación y, en el parágrafo 33: “pide a la Comisión, en este sentido, que elabore una Directiva sobre la lucha contra la trata con fines de explotación sexual en la Unión”.

Si estamos de acuerdo en que toda forma de subrogación gestacional atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño, afirmaremos con Nuria



González<sup>76</sup> que “cualquier legislación sobre los vientres de alquiler que no sea prohibicionista a nivel mundial, y con responsabilidad penal, lo único que representa es una puerta abierta a las multinacionales de la compra-venta de niños y niñas y a la explotación de las mujeres más vulnerables” (González, 2019, p. 180).

Por ello, consideramos que es preciso promover, desde la sociedad civil y las instituciones del Estado español, en coherencia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la CEDAW, la Plataforma de Acción de Beijing, el Convenio de Estambul y la propia legislación española, la puesta en marcha de la elaboración de una convención internacional, en el marco de las Naciones Unidas, que garantice la erradicación de la industria basada en la explotación reproductiva de las mujeres mediante la “prohibición de la subrogación”, en paralelo con una convención internacional de abolición de la prostitución.

Concluimos citando los objetivos recogidos en el Capítulo I, artículo 1 de la Propuesta de Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución, presentada por la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS) en noviembre de 2020:

Los propósitos de la presente Convención son:

- reafirmar el principio de que el cuerpo humano no será objeto de convenios o contratos y que la ley no violará en modo alguno los límites y el respeto de la persona humana,
- reconocer que la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, incluso a través de la subrogación, ya sea comercial o descrita como altruista, es intrínsecamente violenta contra la mujer y, como tal, constituye una violación de los derechos fundamentales de los seres humanos,

---

<sup>76</sup> Entrevista de Nuria Coronado Sopena, Público 23/9/2018, incluida en González, 2019.

- reconocer que el uso de la gestación por sustitución es siempre contrario a los intereses del menor, que son: 1) no ser comprado ni vendido ni regalado al capricho de los adultos, y 2) en la medida de lo posible, tener acceso a sus orígenes, conocer a la madre que lo trajo al mundo y ser criado por ella,
- prevenir y prohibir el uso de la gestación por sustitución,
- prohibir las acciones que implementen, promuevan, alienten, permitan o faciliten esta práctica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agenda Feminista (2019). Elaborada por la Plataforma “No Somos Vasijas”, la “Red Estatal Contra el alquiler de Vientres (RECAV)” y “Stop Vientres de Alquiler”. Recuperado el 9 de enero de 2021 de <https://observatoriovioencia.org/presentacion-de-la-agenda-feminista-contra-la-practica-del-alquiler-de-vientres-y-la-prostitucion/>
- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 177-197.
- Aparisi Miralles, Á. (2018). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 163-175.
- Balaguer, M. L. (2017). *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Cátedra.
- Bellver y Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, 19-52.
- Casciano, A. (2018). La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética*, 29, 39-56.
- González, N. (2019). *Vientres de alquiler*. LoQueNoExiste.
- Guerra-Palmero, M. J. (2017a). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538.
- Guerra-Palmero, M. J. (2017b). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio

- transnacional. *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, 39-51.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret. Revista para el análisis del derecho*. Recuperado el 17 de enero de 2021 de [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf)
- Lamm, E. (2013). *Gestación de sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Martínez, L. (2019). *Gestación subrogada. Capitalismo, mercado y poder*. Pepitas de Calabaza.
- Montero, É. (2016). La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas. *Persona y Derecho*, 72, 223-236.
- Nuño, L. (2016). Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 55, 683-700.
- Nuño, L. (2020). *Maternidades S. A. El negocio de los vientres de alquiler*. Catarata.
- Ochoa Ruiz, N. (2017). Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia (CG-). *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 135-148.
- Olza, I. (2017). Las secuelas psicológicas para el bebé en la gestación subrogada. *Stop vientres de alquiler*. Recuperado el 16 de enero de 2021 de <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2017/08/24/las-secuelas-psicologicas-para-el-bebe-en-la-gestacion-subrogada/>
- Pérez Sedeño, E. y Sánchez, A. (2014). Asimetrías y olvidos en tecnologías de reproducción asistida. En Pérez Sedeño, E. y Ortega Arjonilla, E. (Eds.). *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*. Cátedra.

- Propuesta de Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución (2020). CIAMS. Recuperado el 15 de enero de 2021 de <http://abolition-ms.org/es/noticias/convencion-internacional-para-la-abolicion-de-la-gestacion-por-sustitucion/>
- Regalado Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada, *Femeris*, 2(2), 10-34.
- Serrano, I. (2019). *El debate sobre la gestación subrogada. La salud como pretexto*. RECAV. Recuperado el 12 de enero de 2021 de <http://www.noalquilesvientres.com/2017/10/14/el-debate-sobre-la-gestacion-subrogada-la-salud-como-pretexto/>
- Souto Galván, B. (2006). Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo/s*, 8, 181-195.
- Trejo, A. (2018). Dossier: El bebé nacido de la explotación reproductiva. *Stop vientres de alquiler*. Recuperado el 16 de enero de 2021 de <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/el-bebe-nacido-de-ventre-de-alquiler/>
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 421-440.



# ESCLAVAS DE LA CRIMINALIDAD: LA TERRITORIALIDAD DEL CUERPO EN LA INSTRUMENTALIZACIÓN SEXUAL Y CRIMINAL DE LA MUJER EN LAS MARAS

*Yaritza María Vásquez Hernández*<sup>77</sup>

## Resumen

La violencia de género y la trata con fines de explotación sexual se comportan como dos realidades invisibilizadas al interior de las maras. Ambas problemáticas sociocriminales son el resultado y expresión de una perspectiva patriarcal sobre la que se entreteje la realidad social. Sobre este contexto, se atiende a complejidades socioculturales en las que se reviste la desvalorización del ser mujer como parte de este sistema ideológico. Tomando como referencia la revisión documental, este manuscrito se basa en el análisis descriptivo e interpretativo de los principales elementos que conforman la violencia ejercida sobre las mujeres pandilleras, en los que se destaca su objetualización con fines sexuales, y su instrumentalización en la comisión de actos criminales. Dicho estudio pone en cuestión cómo la violencia, como constructo social, es forjadora de estas expresiones criminales, sobre las que se forja una relación de poder del hombre sobre la sumisión de la mujer.

**Palabras clave:** maras, mujer, trata con fines de explotación sexual, violencia de género, cuerpo.

---

<sup>77</sup> Doctoranda en Criminología en la Universidad de Granada, Granada, España.

## Sumario

*1. Introducción. 2. Ámbitos de estudio. 2.1. Los patrones de violencia de género como una construcción sociocultural. 2.2. La trata de personas con fines de explotación sexual como una expresión de la violencia de género. 2.3. La trata con fines de explotación criminal: una realidad invisibilizada. 2.4. Las maras y su código de violencia. 2.5. Instrumentalización sexual y criminal de la mujer en las maras: el valor del cuerpo ante este contexto de vulnerabilidad. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.*



## 1. Introducción

Honduras es un país centroamericano cuyo referente, de cara a la comunidad internacional, se consolida bajo la violencia interseccional, tal como lo reflejan sus altos índices de pobreza y criminalidad; y en la cual, como intermediario, surge la violencia como mecanismo de resolución de conflictos. De esta forma, el recrudecimiento de los problemas estructurales, que los hondureños viven de manera constante, infiere que el surgimiento de estos fenómenos macrosociales apela el uno sobre el otro, creando el terreno fértil para la exteriorización de estereotipos e imaginarios sociales que se agravan entre sí.

La relevancia de esta cuestión se apoya en los altos índices bajo los que se recrea esta violencia interseccional, en las que posiciona a Honduras como uno de los países más pobres, con un índice del 48.3% de pobreza, según datos publicados por el Banco Mundial de Honduras<sup>78</sup>; así como lo ubica como segundo país latinoamericano con la tasa más elevada de asesinato de mujeres por motivos de género (5.1 feminicidios por cada 100 000 habitantes)<sup>79</sup>.

El panorama anterior da cuenta de cómo el cultivo de la violencia y su normalización ha permitido, e incluso legitimado, la violencia de género. La grave afectación de este fenómeno, que parece acentuarse más en contextos donde predomina la pobreza, marginación y exclusión social, se ha exacerbado a la luz de la pandemia.

Cabe destacar que la violencia interseccional que padecen las mujeres está relacionada con la territorialidad sobre sus cuerpos, las relaciones de dominación-sumisión que vive en su hogar, o las relaciones sociales de su entorno próximo; y que compelen a las construcciones sociales que se han

---

<sup>78</sup> Panorama general de Honduras según el Banco Mundial. Véase nota informativa: [www.bancomundial.org/es/country/honduras/overview](http://www.bancomundial.org/es/country/honduras/overview)

<sup>79</sup> Análisis de feminicidio según el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe. Véase: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>

recreado bajo patrones de género con sello patriarcal; en las que prevalece la misoginia y una postura abnegada de la mujer frente a los hombres. Estos estereotipos de género, que se sumergen dentro de la conciencia colectiva, han sembrado el terror que sufren las mujeres, ya que la normalización de este fenómeno se ha extendido hasta el crimen organizado en Centroamérica, a través de la trata sexual y la violencia de género (Stephen, 2017, p. 30).

Sin duda alguna, la intensificación de estas circunstancias propicia el surgimiento de estos fenómenos sociocriminales, en los que tanto la violencia de género como la trata sexual se yuxtaponen como formas de criminalidad, que atentan de manera grave contra los derechos de la mujer, bajo su libertad, dignidad e integridad en todas las formas.

El fenómeno de la trata sexual como una forma análoga a la esclavitud persiste de manera impetuosa en pleno siglo XXI, subyaciendo bajo los imaginarios sociales que se han interiorizado en la conciencia colectiva, que se construyen en torno al machismo, reflejando el trato cruel e inhumano al que están expuestas las niñas y mujeres. Este fenómeno, como tal, no solo se mantiene por la dominación patriarcal, sino también bajo las lógicas neoliberales en las que las personas se convierten en objetos que se instrumentalizan para la consecución de determinados fines, como el sexual en este caso (Ramos, 2014, p. 2).

Simultáneamente a esta realidad, se encuentra otro fenómeno sociocriminal de mayor envergadura: el surgimiento, evolución y proliferación de las maras. Esta organización criminal se rige bajo las reglas de la violencia, imponiéndose bajo una territorialidad que demanda la entrega total de sus miembros. Bajo su actuar se desarrollan estrategias territoriales que ejercen una fuerte incidencia en las relaciones sociales de las áreas delimitadas bajo su poder; ello infiere que no solo tienen el control sobre los recursos o el área delimitada, sino sobre las personas también (Rivera, 2012, p. 70).

La expansión de este fenómeno sociocriminal se entreteje sobre el reclutamiento forzado, tanto de niños, niñas y mujeres como elementos vitales para mantener la funcionalidad de sus operaciones. Ahora, hay que atender

a la vulnerabilidad del individuo como parte del perfil de víctima de captación al que recurren las maras. Con carácter general, las víctimas de las maras suelen provenir de contextos excluidos y marginados por la sociedad, dentro de los que hay que destacar que la vulnerabilidad de la mujer yace sobre aquellos hogares en los que falta la figura del padre o un símbolo de autoridad frente a las maras, respecto de las niñas; así como también, sobre aquellas mujeres que no tienen pareja sentimental (Stephen, 2017, p. 40).

Tras el reclutamiento, los niños, niñas y mujeres son vilmente sometidos a prácticas violentas a los que ellos denominan «ritos de iniciación», caracterizados por altos niveles de violencia, en los que se ven, de manera implícita, agresiones físicas, sexuales y verbales. De acuerdo con el valor considerado por el jefe de la *clica*, se le imponen roles para poder participar de manera coactiva en la ejecución de actividades criminales.

Determinar la participación de la mujer evoca una reminiscencia respecto de la esclavitud, y cómo la opresión del marero sobre la mujer se sella bajo su cosificación y territorialidad sobre sus cuerpos al convertirse, ellas, en objetos de placer, por una parte, y de carnadas para emboscadas, por otra. Por tanto, se debe partir de la idea de que los roles de las mujeres en las maras están sujetas a una relación de dominación-sumisión.

## **2. Ámbitos de estudio**

### **2.1. Los patrones de violencia de género como una construcción sociocultural**

La violencia interseccional a la que están expuestas las mujeres converge bajo un elemento en común: “el sistema de dominación patriarcal”, que ha establecido la fijación de los estereotipos dentro del actuar social. Los comportamientos están sometidos a roles que se determinan en función de un género, los mismos que se han reforzado por las relaciones interpersonales. Cuando se apela a la violencia de género, en su trasfondo se observa una construcción sociocultural e histórica que se ha mantenido a lo largo del tiempo.

A efectos de comprender de una mejor forma este planteamiento, se escudriñará cada uno de los elementos sobre los que se ha construido e, incluso, legitimado la violencia de género. En primera instancia, se partirá del concepto de sexo y estereotipos, y se enfatizará cómo estos son determinantes a la hora de entender el fenómeno sobre el que se reviste tanto la violencia de género como la trata de personas.

Al aproximarnos al concepto de sexo, se habla de aquel conjunto de atributos anatómicos y biológicos sobre los que se diferencian los cuerpos de hombres y mujeres; características que son inmutables y fijas (Martínez, 2012, p. 130). Con ello, nos referimos a la capacidad de los hombres de producir espermatozoides, y las mujeres óvulos.

Para comprender de una mejor forma el término sexo, hay que hablar de dimorfismo sexual, entendiéndolo por este, un fenómeno biológico por el que una determinada especie, sea este animal o vegetal presenta en su morfología externa dos formas distintas. Tal extremo lo podemos ejemplificar cuando se da el hecho de que los seres humanos se presentan de una forma diferente, atendiendo a la función sexual si es masculino o femenino (Jayme y Sau, 2004, p. 11).

En otro orden de ideas, se acude a otro elemento que conforma parte de este tema en cuestión, el género; entendiéndolo como un producto de la construcción cultural simbólica que se ha perpetuado a lo largo de la historia. Indudablemente, este constructo emerge por el condicionamiento de las características de la persona humana, que lo identifican como “femenino” o “masculino”, y que era adquirido por hombres y mujeres, y no por sus diferencias anatómicas o biológicas, sino por un proceso de construcción individual que se ve altamente influenciado por factores sociales (Aguilar, 2010, p. 75).

Otra aproximación terminológica refiere al género como una serie de representaciones culturales y convicciones sociales que surgen a raíz de la interacción social, y que infunde, de una manera simbólica, rasgos sobre la diferenciación biológica entre hombres y mujeres. Los acogimientos de

estas representaciones socioculturales han venido a definir las relaciones de poder que se interiorizan en la sociedad, y que quedan manifiestamente reflejadas en la perpetua división sexual de los trabajos, y en aquellas prácticas sociales que se designan a cada individuo de conformidad con su sexo. Se debe precisar que la interiorización y práctica de estas prescripciones sociales afectan no solo el plano moral, sino también el socioafectivo; con ello, podemos inferir que la incidencia del género se da de manera holística, traspasando sus fronteras hasta los ámbitos políticos y religiosos (Lamas, 2000, p. 3).

Ahora, se debe reflexionar cómo este planteamiento biológico ejerce una fuerte influencia para determinar la identidad de género, de forma que, si un ser humano pertenece al sexo masculino o femenino, este será tratado conforme las convicciones socioculturales de conformidad con el género que su entorno próximo le otorgó. Estos idearios mantienen el significado de lo que es ser hombre y mujer, y las relaciones que se establecen entre unos y otros (Lamas, 2002, p. 24). De modo similar, el autor Rubin (1986, p. 97) opinaba sobre la capacidad del núcleo social de transfigurar el sexo en una serie de prácticas y productos que se establecen como parte de las actividades humanas, y en las cuales se satisfacen esas necesidades atendiendo a esa sexualidad biológica.

Este binomio (sexo/género) que influye sobre la identidad sexuada lleva consigo la interiorización de aspectos psicológicos del género que se ha acentuado por la división de roles, dándole la caracterización que distingue a hombres y mujeres. Así, surgen preguntas desde esta perspectiva sobre ¿cuáles son los sentimientos, actitudes que diferencian a los sexos? A lo largo de la historia, la psicología ha establecido los rasgos de cada individuo de conformidad con su sexo, de modo que se les atribuía a los hombres rasgos como la valentía, el cultivo de la razón, la competitividad o agresividad; mientras que a la mujer se les condicionaba bajo rasgos caracterizados por la abnegación, ternura, fragilidad, solidaridad, inseguridad y miedo e, incluso, hasta características innatas como su emocionalidad. Contrario a este ideario sembrado por mucho tiempo en la sociedad, los estudios de género

que surgen a raíz del feminismo se centran en las causas sociales que se han construido por estas diferencias (Puleo, 2013, p. 6).

Ciertamente, sobre estos idearios, la socialización juega un papel determinante para forjar los comportamientos en función del género. Este proceso por el cual el individuo interactúa con su medio, adquiriendo las normas sociales y culturales que hacen posible su convivencia, ha implementado la bipolarización de la identidad sexual, la cual se va construyendo desde una edad temprana, internalizándose a través del aprendizaje social. De este modo, ha permanecido históricamente el hecho de que las mujeres son más sensibles que los hombres y, por tanto, pueden exteriorizar sus emociones y sentimientos, a diferencia de los hombres que deben de reprimir esas conductas. Ello nos permite establecer que, aunado al concepto de femineidad, se construye la vulnerabilidad, y en la construcción de la masculinidad, el poder y la competencia.

Ligado a estos elementos se encuentra el sistema patriarcal, como aquel que ha consolidado a lo largo de la historia las diferencias entre hombres y mujeres, construyendo a su vez imaginarios sociales que le atribuye a la mujer una vulnerabilidad e inferioridad con carácter biológico e inherente. Ello, por una parte, legitima las desventajas a las que se siente expuesta la mujer, y se ha interiorizado en todo un colectivo que comparte de manera consensuada estas diferencias. Esta ideología patriarcal, sin duda, no solo atenta contra las mujeres al exponerla en condiciones de inferioridad en muchos ámbitos de la vida social, política, cultural, etc., sino que también inhibe o limita al hombre de la manifestación de determinadas emociones, prácticas y profesiones, pese a que ostentan una situación de privilegio. Ante este panorama, resulta lógico considerar que en la medida que se ha agudizado el patriarcado en Honduras, se ha ampliado la brecha entre hombres y mujeres, dando lugar a la feminización de la pobreza, al obtener las mujeres menos oportunidades laborales que los hombres a causa del techo de cristal; de igual manera, tanto la marginación como el feminicidio se consolidan como efectos de este sistema de dominación patriarcal (Facio y Fries, 2005, p. 261).

Desde otra apreciación conceptual, el patriarcado se comporta como un sistema de orden social genérico, constituyente de relaciones de dominación del hombre sobre la sumisión de la mujer; dentro de este prisma, los hombres y la construcción de la masculinidad mantienen un carácter de supremacía sobre la inferiorización e, incluso, la desvalorización de las mujeres y la construcción de su femineidad. Sobre este orden de ideas, resulta evidente cómo el androcentrismo patriarcal ha legitimado el uso de la violencia, bajo idearios preconcebidos como “los hombres tienen más poder que las mujeres”, “las mujeres deben de someterse a sus maridos”, “las mujeres son débiles”, frases como estas refuerzan y acentúan este modelo de jerarquía violenta, en las que posiciona a los hombres como sujetos activos y las mujeres como sujetos pasivos sometidas al poder del hombre. (Bosch, Ferrer, y Alzamora, 2006, p. 27).

Los idearios que forman parte de nuestro proceso de socialización influyen de gran manera en nuestra forma de ver al mundo, en las preferencias, comportamientos y elecciones del individuo. Estos idearios, al estar consensuados por la mayoría de individuos, se suelen interiorizar y normalizar, perpetuando comportamientos que exacerban las desigualdades entre hombres y mujeres (Flecha, Puigvert, y Redondo, 2005, p.111).

Al explorar el concepto de violencia, sin duda, nos aproximamos a un escenario en el que cualquiera de sus manifestaciones provoca malestar, nos confrontamos a una realidad que instrumentaliza de manera ilimitada la fuerza al imponerse; esa manifestación, que yace sobre diversos ámbitos (social, intrafamiliar, política, de género, etc.), implica que su normalización debe entenderse como parte de una construcción social; con ello, lo cierto es que la violencia siempre va a constituir violencia, sea su ejercicio a través de diferentes medios o sobre diferentes clases sociales. Este tipo de violencia como tal, afecta tanto a niñas como mujeres, siendo ubicua y frecuente alrededor del mundo bajo la misma condición: tan solo basta el hecho de ser niña o mujer, por lo que no existe otra razón que legitime la violencia a las que se exponen, y de haberla hablaríamos de una violencia interseccional (Cuadrado-Ruiz, 2018, p. 42).

Comprender la intromisión de la violencia en temas de género es un tema que traspasa y desecha las ideas preconcebidas de que la violencia de género son acciones individuales, personales y hasta biológicas; y remite a que la violencia de género es un hecho social, un problema sociopolítico que ha emergido a raíz de los idearios que se han impuesto de manera inconsciente en la colectividad. La intención bajo la que se acoge la violencia de género responde a prácticas patriarcales que se mantienen de manera estructural, y forman parte del diario vivir de los individuos, con objetivos claramente definidos que se resumen en dañar, humillar, degradar y estigmatizar (Romero, 2013, p. 33).

## **2.2. La trata de personas con fines de explotación sexual como una expresión de la violencia de género**

Sin duda alguna, hablar de la trata de seres humanos nos lleva a presenciar una reminiscencia: “La esclavitud”; parece inconcebible la idea de cómo estas prácticas persisten en pleno siglo XXI, y atentan de manera grave contra los derechos humanos. Este fenómeno sociocriminal como tal presenta un gran desafío, no solo a nivel nacional, sino regional e internacional.

Para comprender la relación de la trata con la participación de la mujer en las maras, en primera instancia, trataremos el concepto que se ha construido, atendiendo a las realidades en los que se ha reconocido esta forma contemporánea de la esclavitud. Así, 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, más conocido como el Protocolo de Palermo, de 2000, establece en su artículo 3 el concepto de trata de seres humanos:

Se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una



persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En tal sentido, podríamos inferir que la finalidad de la trata del ser humano radica en la explotación del individuo, un acto revestido de ilegalidad, bajo coacción o engaño, en los que se aprovechan de las vulnerabilidades a la que está expuesta la víctima. Ahora bien, al interpretar las líneas sobre las que se desarrolla este concepto, debemos partir de que el Protocolo de Palermo deja abierto en su concepto todas las formas en las que se pueda expresar la explotación, incluyendo claramente la modalidad sexual y criminal (Silva y Gonzáles, 2020, p. 772).

Inexorablemente, la violencia es un elemento que suele acompañar a la trata de seres humanos; el protocolo de Palermo nos habla, por una parte, de la violencia física que se suele utilizar como medio para lograr la explotación, a través de un uso desmesurado de la fuerza o el rapto, así como también, desde la violencia psicológica a la que suele estar sujeta bajo situaciones de amenaza y coacción; por otra parte, de la violencia social en la que queda de manifiesta la vulnerabilidad a la que están expuestas, y la violencia económica: bajo promesas de pago y fraude para lograr obtener el consentimiento de la víctima. Sean cual sean los medios violentos de que se valió, lo cierto es que la violencia siempre será contraria al consentimiento de la víctima, ya que se le obliga a hacer o a dejar que le hagan algo que no quiere o no estaría dispuesta a hacer libremente (Falcón, 2011, p. 157).

Ahora, al delimitar el concepto de trata con fines de explotación sexual hacia las niñas y mujeres, hablamos de su exposición a cualquier sometimiento en el que surja una intromisión directa en la sexualidad de la víctima, una actividad en la que el cuerpo se ofrece como si de un bien, objeto o servicio se tratase. Paralelamente a esta cosificación, en el que los usos de sus cuerpos tienen como finalidad: “brindar placer”, las niñas y mujeres son expuestas a otras manifestaciones de la violencia, en las que sufren agresiones físicas

y verbales, amenazas hacia su supervivencia o la de su familia, o cualquier otro acto que refleje misoginia. Desde luego, el factor género incide en la especial vulnerabilidad que guardan las mujeres respecto de la trata con fines de explotación sexual (Ibáñez y Abril, 2017, p. 250).

Sin duda alguna, el contexto de Honduras es un caldo de cultivo para estas problemáticas. El panorama general al que están expuestas las mujeres bajo la desigualdad social, donde las mujeres aún son relegadas a la marginación y exclusión social, tal como se evidencia en la escasez de oportunidades para ellas respecto del trabajo y la educación; así como también, la normalización y extensión de la violencia de género, las convierten en precursoras de la trata con fines de explotación sexual.

Cabe considerar, por tanto, que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual es un fenómeno que se ha proliferado gracias a la globalización, entrando a una lógica que se sitúa bajo el «mercado-centrismo», partiendo de que no solamente se objetualiza las cosas, sino también a las personas. Así la esclavitud sexual es vejatoria, al cosificar las mujeres a costa de los beneficios que genera su actividad a redes criminales. Esas condiciones de violencia, a las que están expuestas las mujeres sobre sus cuerpos y mentes, las lleva a la desvalorización de su ser (Ramos, 2014, p. 3).

De esta forma se debe reflexionar cómo la sociedad global actual enfrenta enormes desafíos a causa de la desigualdad, sea esta económica, social, cultural o política. Estas desigualdades son precisamente las que permiten el surgimiento de nuevas violencias y formas de discriminación cada vez más vejatorias e inhumanas. Habría que decir, además, que pese a que la discriminación hacia la mujer dentro de la desigualdad social no es un tema novedoso, por ser una práctica que se ha perpetuado a lo largo de los tiempos en los colectivos, ha coadyuvado a la invisibilización de fenómenos como la violencia de género y la trata con fines de explotación sexual.

El vínculo entre la violencia de género y la trata con fines de explotación parte de dos constructos sociales que tienen su origen en el patriarcado: la vulnerabilidad y la violencia; esa vulnerabilidad atribuida a la mujer a

través de los estereotipos, idearios que legitiman la fragilidad y debilidad de la mujer frente a la realidad social; por otra parte, la naturalización de la violencia como parte de esa relación de dominación-sumisión, en la que la mujer es pasiva y está sometida bajo el poder del hombre.

Tras este acercamiento a la interrelación de estos fenómenos, es fundamental entender que la trata con fines de explotación sexual ocurre a través de fases, en las que inicialmente se da la captación, bajo circunstancias violentas, amenazantes o, por otra parte, bajo engaños. Lo cierto es que detrás de esos engaños se dan pactos machistas, para ello hay que entender que estos se refieren a experiencias reales y simbólicas que se entretienen conforme los conceptos de virilidad y misoginia. Ahora, como segundo hilo conector de este ciclo ocurre el traslado. Hay que precisar que referente a nuestro tema en cuestión, el movimiento de la víctima se da dentro del mismo país, región, ciudad e incluso barrio; sobre este paso acontece una transición que puede llegar hasta despersonalizar a la víctima, al separarle de sus lazos socioafectivos; paralelamente, comienza un juego de manipulación en el que la víctima tiene que ceder porque se siente bajo deuda para mantener su supervivencia. De manera posterior, acontece la finalidad de la trata, la explotación sexual: una territorialidad que se ejerce sobre sus cuerpos, que los cosifica y provoca grandes secuelas psicológicas (Falcón, 2016, pp. 105, 110, 111, 113).

De este modo, la explotación sexual se reviste de un gran contenido patriarcal, al considerar que los cuerpos de las mujeres son lo equivalente a objetos que se pueden exhibir o usar para obtener placer. Así, esta práctica equivalente a la esclavitud también se establece como “una expresión paradigmática de la violencia de género” (Falcón, 2016, p. 124).

Extrapolando este concepto al tema que nos atañe: “la instrumentalización sexual y criminal de las mujeres en las maras”, se intentará reflejar a lo largo de este manuscrito de que la funcionalidad de la mara depende, en gran medida, de la captación de adolescentes y mujeres, quienes de manera coaccionada se convierten en instrumentos para facilitar la ejecución de sus operaciones.

### **2.3. La trata con fines de explotación criminal: una realidad invisibilizada**

Evidentemente, hablar de trata lleva de manera implícita el carácter de explotación, pues en ello radica su finalidad. Sin embargo, el concepto como tal se suele relegar a sus formas conocidas; y es que, sin duda, la trata con fines de explotación sexual no solo ha sido su forma más estudiada, sino sobre la que se suelen centrar, al ser una de las más visibles por el reconocimiento del perfil de la víctima. De manera paralela a esta, otra forma que es más conocida es la trata con fines de explotación laboral, tras las alertas emitidas por la Organización Internacional del Trabajo; y que da cuenta como una cara más visible del fenómeno de la trata, aunque no estudiada con el mismo ímpetu que la trata con fines sexuales. Ello hace necesario explayar el concepto de trata con fines de explotación criminal para darnos cuenta que es una realidad presente, aunque invisibilizada, en la que el reproche social, la represión y coacción que se ejerce sobre las redes criminales nos impide ver que dentro de su organización y funcionamiento pueden encontrarse individuos que son reclutados de manera forzada (Estiarte y Rosell, 2016, p. 773).

Sea cual fuere las formas en que se manifiesta, la trata de seres humanos es un crimen reprochable que genera indignación, bajo el sometimiento de situaciones violentas que, sin duda, representan condiciones de esclavitud (Cuadrado-Ruíz, 2016, p. 494), y que atentan gravemente contra diversos bienes jurídicos protegidos como la vida, la integridad física, psíquica y moral, la libertad en todas sus formas y, sobre todo, el arrebató de la dignidad humana, independientemente de que se hable de trata de seres humanos con fines de explotación criminal (García, 2019, p. 354).

Desde una aproximación conceptual, la trata de seres humanos con fines de explotación criminal se traduce como aquella cuyo propósito radica en la explotación de víctimas para perpetrar actividades ilícitas o antisociales; dentro de esta se encuentran diversas manifestaciones como el negocio rentable de la mendicidad o prostitución, en aquellos países cuyo ejercicio

es ilegal, así como también, su participación forzada en actividades orientadas al cultivo de drogas, o el transporte de las mismas, como mulas, o la delincuencia patrimonial callejera, a través de robos, etc. Ahora quizás desde un concepto más formal, la trata con fines de explotación criminal se fundamenta en el conjunto de acciones en los que se ven implícitos las captaciones, el transporte, traslado, la recepción, intercambio de una persona, recurriendo a los métodos propios de la trata como la coacción, amenaza, fraude, engaño y abuso de poder para poder lograr la sumisión de la víctima con la intención de explotarla en la comisión de actividades criminales (Estiarte y Rosell, 2016, p. 774).

Para entender su alcance, primero hay que acudir a su reconocimiento en el ordenamiento jurídico hondureño. El delito de trata de seres humanos se contempla en Honduras, en el artículo 52 de la Ley Contra la Trata de Personas, y nos brinda una aproximación a la explotación criminal, aunque con un carácter limitado respecto a su aplicabilidad, al estar condicionado a una franja etaria bajo la figura de «reclutamiento forzado», al tenor del cual expresa lo siguiente:

Incurrir en el delito de Trata de Personas, quien facilite, promueva o ejecute la captación, la retención, el transporte, el traslado, la entrega, la acogida o la recepción de personas, dentro o fuera del territorio nacional, para someterlas a servidumbre, esclavitud o sus prácticas análogas, trabajos o servicios forzosos, mendicidad y embarazo forzado, matrimonio forzado o servil, tráfico ilícito de órganos, fluidos y tejidos humanos, venta de personas, explotación sexual comercial, adopción irregular y el reclutamiento de personas menores de dieciocho (18) años para su utilización en actividades criminales [...] .

Al observar con detenimiento la figura de “reclutamiento forzado”, hay que destacar que, en Honduras, esta representa una de las formas contemporáneas de la esclavitud. El informe emitido por el Comisionado Nacional de Derechos Humanos (CONADEH) da cuenta que, en el año 2017, se identificaron 56 casos a nivel nacional vinculados al reclutamiento forzado de niñas y jóvenes. Bajo este prisma, el reclutamiento forzado por parte de las

maras y pandillas se extiende, también, a personas mayores bajo amenazas de muerte para ellos o para los miembros de sus familias, coacción o intimidación hacia mujeres que son instrumentalizadas para realizar actividades con fines criminales<sup>80</sup>.

Lo que sin duda se puede escudriñar de esta situación es que tanto las maras como otras pandillas se valen de la vulnerabilidad a la que están expuestas los niños y las mujeres para explotarlas, y hacer de ellas un recurso humano necesario para el desarrollo de sus operaciones, o para sustituir las plazas vacantes de aquellos mareros y mareras que fueron asesinados en la ejecución de sus misiones criminales.

Ante este panorama, es necesario mencionar que el reconocimiento de la trata de personas con fines de explotación criminal es muy complejo, en parte, porque el colectivo social suele considerar que el desarrollo de actividades criminales se dé bajo la voluntariedad y consentimiento, haciendo muy difícil imaginar que son orientadas bajo obligación y coacción por parte de los miembros de organizaciones criminales. Lo cierto es que también la falta de un perfil de víctima sobre este tipo de trata lleva a que sean invisibilizadas, por parte de los profesionales que conforman el sistema de justicia penal, por lo que en este tipo de trata, cuando la víctima perpetra una actividad delictiva, se acostumbra a tratársela como una delincuente, lo que la aleja de su identificación como víctima, dando prevalencia a su rol de ofensora o “violenta”, y separándola de la realidad de que también es una “víctima violentada” de la construcción social-criminal (Estiarte y Rosell, 2016, p. 824).

---

<sup>80</sup> Según el CONADEH, el reclutamiento forzado funge como elemento motivador de los desplazamientos forzados. Véase: <https://pradpi.es/es/noticias/honduras-informe-del-conadeh-reclutamiento-forzado-de-ninos-entre-las-causas-del-desplazamiento-forzado-de-personas>

## 2.4. Las maras y su código de violencia

Las maras representan, sin duda, una grave amenaza para la seguridad no solo a nivel nacional, sino también regional e incluso internacional. Tras su mundo interior se desborda la complejidad de su accionar que hace difícil escudriñar aquellos elementos que comportan su identidad pandilleril. No obstante, intentaremos acercarnos a su conceptualización. Con carácter general las maras han sido catalogadas como pandillas juveniles que se han acentuado en los territorios de Honduras, Guatemala y El Salvador, llegando incluso extenderse hacia México. Esta agrupación de jóvenes suele caracterizarse por la instrumentalización de la violencia en cada accionar, no solo de cara al mundo exterior, sino también al interior de sus *clicas*, compuestas por hombres y jóvenes, cuyas edades oscilan entre los 5 y 35 años de edad, las cuales realizan actividades criminales de acuerdo con sus roles. Su identidad está ligada al control territorial que ejercen en determinadas zonas, donde la violencia confluye como factor que refuerza su sentido de pertenencia, por lo que suelen perpetrar crímenes violentos, por una parte, y ser víctimas de las mismas actividades que practican (Hernández, 2020, p. 112).

Ciertamente, el ejercicio de la violencia, al interior de las maras, y que se consolida como el estilo de vida que difunden, nos obliga a remitirnos a su apreciación terminológica; la violencia se considera como un instrumento a través del cual se emiten mensajes de manera imponente, contando con un amplio potencial de infundir e implantar aprendizajes y enseñanzas colectivas (Segato, 2014, p. 360).

Se debe de partir de la idea de que si el contexto social de Honduras es violento, bajo el mundo interior de las maras, la violencia se recrudece aún más, alcanzando niveles incomprensibles e inhumanos que también sirven para generar cohesión y compromiso intrapandilla. Bajo esta realidad, la violencia se convierte en el principio que les caracteriza. Con ello hay que resaltar que esos códigos de obediencia y lealtad llevan, implícitamente, la violencia, y que conforman parte de su identidad marera. El carácter imperativo de estas

obliga a que no exista ningún tipo de cuestionamiento o disculpa, ya que la desobediencia de sus reglas suele dar lugar a castigos crueles e inhumanos que pueden llegar hasta la muerte. Cada uno de estos códigos se reorientan con los roles que se le asignan a cada miembro, en los que los hombres suelen tener un papel más hegemónico y de dominación sobre la mujer, quien mantiene una postura sumisa. Desde esta perspectiva androcéntrica, la exclusión de la mujer se suele recrudecer, por lo que su participación queda sujeta a la desvalorización de su ser (Hernández, 2020, p. 607).

La construcción social del miedo en Honduras, implantado por las maras, emerge desde la relación que existe del miedo y la violencia sobre el colectivo social. La violencia, como constructo social, ha permitido naturalizar o normalizar el dolor como parte del diario vivir, destruyendo los tejidos sociales y disipando cualquier tipo de acción y responsabilidad no solo sobre sí mismos, sino también sobre terceros. Producto de esta normalización son las continuas percepciones y sensaciones que son contrarias al orden y paz social, sembrándose el terror social; un estado constante de alarma social que orilla a los miembros que viven bajo las sombras de las maras a ser cómplices de sus actividades criminales, al callar donde la ley que se guarda para todos aquellos ajenos a su organización es “ver, oír y callar”.

La muerte es una constante para muchos hondureños, pero alrededor de las maras es un hecho que los convierte tanto en testigos como en cómplices, al producirse ante la mirada de todos. Esta resulta ser visibles para cada uno de los individuos que conforman esta comunidad, convirtiendo sus barrios marginales en zonas violentas donde cada día se recrudece aún más, y afecta predominante a los colectivos vulnerables: niños y mujeres; a ello hay que añadir que de cara al interés estatal, pareciera haberse construido un muro invisible que les impide intervenir con mecanismos de control social, que vayan más allá de la común represión para restaurar la paz y el orden social (Rivera, 2016, p. 126).

Este accionar violento de las maras en Centroamérica, suele concebirse como un tipo de insurgencia criminal que pone en tela de juicio la



governabilidad de sus Estados para garantizar los derechos individuales y sociales, tal como reflejan sus graves problemas de pobreza e inseguridad. Lo cierto es que de forma opuesta al desarrollo social de los países del Triángulo Norte, la violencia y el crimen atentan no solo con la calidad de vida de los ciudadanos sino también con su crecimiento económico, ya que los sectores de la pequeña y mediana empresa suelen ser objeto de extorsión y robo por parte de las maras (Cantón y Petri, 2018, p. 8).

Explicar la procedencia de esa violencia nos traslada, sin duda, a las violencias sociales que se han perpetuado en Honduras; y es que la mayoría de los miembros que conforman las maras, ya sea de manera voluntaria o forzada, proceden de entornos marginales, donde la exclusión y la estigmatización territorial es parte de su proceso de socialización. Ello nos hace reflexionar sobre cómo esos menores y jóvenes están expuestos a una multitud de carencias que solo infieren la destrucción de su tejido social, que da cuenta de rupturas socioafectivas y de necesidades económicas; dicho panorama los lleva a encontrar en las maras una estrategia de supervivencia frente a una sociedad que los ha olvidado, y los condena desde su nacimiento.

Al interior de las maras, y pese a las violencias que experimentan, les hacen sentir que son importantes; el compartir un estilo de vida con sus demás miembros genera vínculos que se refuerzan día con día, encontrando su lugar en el mundo, el cual los acepta con sus múltiples carencias; es precisamente esa sensación de pertenencia y acogimiento la que desde su percepción se les asemeja con la sed de inclusión social que tienen.

De esta forma, ser marero lleva implícitamente el sentido de pertenencia, y la violencia como su estilo de vida, pero también la aprehensión de valores prosociales como la solidaridad, empatía y alteridad que practican entre sus miembros y que van estableciendo el ideal de que las maras es sinónimo de familia. Se debe añadir, además, que la violencia se establece como su estrategia de protección frente a la exclusión social (Savanije, 2007, pp. 649, 650).

Así, en cada enfrentamiento, tiroteo, asesinatos sanguinarios y extorsiones que perpetran bajo amenazas de muerte, reflejan en buena parte

de la interiorización de la violencia en su actuar; con su filosofía de vida que se escuda tras la frase “vida loca”, desafían el cumplimiento de las normas sociales. Sobre esa violencia que ejercen y practican, refuerzan su imagen de intocables, y les lleva a considerarse verdugos de los demás; pero, ¿cómo no entenderlos?, cuando en su entorno social se producen todas las manifestaciones de la violencia a través de la materialización de conductas, que se han naturalizado de manera feroz, como la violencia de género, violencia institucional, violencia social, etc. (Vásquez-Hernández, 2020, p. 740).

La descomunal instrumentalización de la violencia infiere, que el ascenso de los miembros de la mara está condicionado al aumento de sus actos agresivos y violentos, los cuales no solo definen su grado en la jerarquía de las *clícas*, sino que también redefinen la construcción de su identidad, personalidad y autoconcepto, condición beligerante que se hace evidente como los sicarios en la comisión de asesinatos excesivamente violentos, ya sea apuñalando, apedreando o valiéndose de cualquier medio que asegure la instrumentalización de la agresividad. Son estos actos los que les brindan un estatus de marero, por lo que reclaman su reconocimiento como ejecutor frente a los demás miembros de las maras, frente a sus rivales y la sociedad. Ello infiere, que el crecimiento de estos individuos dentro de la mara depende de la interiorización de las normas y código de violencia que los regula, bajo el ideario de que pueden disponer de los bienes jurídicos protegidos de los demás, de manera principal, sobre todo de aquellos rivales a quienes su código de lealtad obliga a atacar (Cerbino, 2006, p. 51).

## **2.5. Instrumentalización sexual y criminal de la mujer en las maras: el valor del cuerpo ante este contexto de vulnerabilidad**

Sobre los hilos que se tejen en la construcción social de la realidad, se ha hablado cómo la interiorización de estereotipos confluye en el actuar de la conciencia colectiva, se ha hecho hincapié cómo estos legitiman la violencia de género y la trata con fines de explotación sexual. En este sentido, es necesario hablar del valor que adquiere el cuerpo, de cara a los contextos

sociales de Latinoamérica y, específicamente, en Honduras y en las maras. El posicionamiento de Honduras, como el segundo país con la tasa más alta de feminicidios, da cuenta cómo los cuerpos adquieren un grado de jerarquización que se detona a través de las prácticas sociocriminales. Es precisamente esta jerarquización, que lleva tras de sí construcciones socio-culturales, la que determina el valor de la vida y la muerte. Así, el valor de nuestro ser o el de nuestros cuerpos, en este caso, está condicionado a esos idearios que mantienen una categoría social en función del género, raza, clase social, edad, entre otros aspectos.

Ahora, entender el valor del cuerpo sobre aquellos contextos donde predomina la marginación y exclusión social explica por qué los crímenes violentos se acentúan sobre estas zonas; en las que el cuerpo o su apariencia determinan si pueden ser vidas desechadas, útiles o explotadas (Berlanga-Gayón, 2015, p. 6).

Entender el valor del cuerpo demanda un análisis sobre la dimensión de la política de la vida; una vida que claramente no se ajusta con la misma equidad social para todos. De este modo, no todos los individuos están expuestos a la violencia o, al menos, no en la misma intensidad. Ello permite que, en nuestro entorno social, no todas las vidas tengan el mismo valor; es ese estado de precariedad el que emerge en estas sociedades globalizadas, esclavizadas por el capitalismo, lo que impide que no se puedan alcanzar los mínimos de bienestar social; y como producto de esta situación, continúe vulnerabilidad del individuo frente a contextos sociales marginados, en el que claramente la mujer y los niños son más vulnerables que otros.

Se debe reconocer, por tanto, cómo los constructos sociales mantienen un grado de significaciones en la naturaleza de las personas y su comportamiento, de modo que suelen estar definidos por valores, estereotipos, en los que claramente el género guarda un papel relevante. La brecha social claramente contribuye a determinar cuáles son las vidas y cuerpos que más valor tienen en nuestra sociedad; es esta brecha la que engendra violencia y acrecienta la vulnerabilidad (Berlanga-Gayón, 2015, p. 7).

En esta medida, como se ha insistido a lo largo del manuscrito, la naturaleza social está construida por hechos que se consensúan, asumen y reproducen histórica y culturalmente, aferrados bajo constructos simbólicos y materiales en nuestro entorno social. Uno de estos constructos es la sobresexualización que padecen las mujeres como un hecho social que se ha perpetuado, tanto en el imaginario colectivo como en la estructura social; ello nos lleva a replantearnos, ¿cómo hemos permitido que la sexualidad se haya sobrecargado en nuestros entornos sociales? La respuesta más clara ante esta duda parece ser la socialización, los procesos por los cuales adquirimos nuestro conjunto de normas sociales y culturales para interaccionar. Solo en la medida que se socializan estas representaciones culturales de género, podremos comprender cómo se han fijado determinados modelos de conducta femenina frente a la sexualidad que se construye como parte de la identidad de ser mujer. Sin duda, los procesos de socialización generan, a su vez, procesos simbólicos de sexualización, ya que permiten la construcción del concepto de feminidad asociado a la objetualización del cuerpo de las mujeres (Bedia, 2015, p. 13).

Desde esta perspectiva partiremos que tanto el colectivo social hondureño como los miembros de la mara, que se encargan de atentar contra la territorialidad del cuerpo de las mujeres que son especialmente vulnerables, comparten un elemento en común “la construcción social del género”, manteniendo el mismo ideario sobre los estereotipos que se impregnan en la sociedad.

Esta, constituiría una revelación alarmante, pero real acerca de cómo se mueven las piezas de la violencia de género y trata sexual con fines de explotación sexual; en ambas problemáticas sociocriminales, como ocurre en la violación, la víctima se encuentra enajenada respecto del control de su espacio-tiempo, su voluntad mermada bajo el abuso y coacción de su agresor que se encuentra legitimado en función de su sexualidad, en la que se conjuga el ideario de una dominación física y moral del hombre, respecto a la sumisión psicológica y moral de la mujer (Segato, 2013, p. 20).

En tanto, se ha de advertir que la consolidación del sistema sociosexual patriarcal ha determinado, por una parte, las relaciones socioafectivas y, por otra, prácticas sociosexuales en las que se atenta contra la valorización del ser de las mujeres, explotando su poder y apropiándose del control de sus cuerpos. Sin duda, los procesos de socialización, de los que emerge este sistema consensuado por los miembros de las maras, son represivos y violentos, y atentan contra su libertad y dignidad. Dentro de este sistema sociosexual patriarcal, el cuerpo se somete a la intención de un tercero; es un cuerpo dócil, esclavizado, que se reduce a un espacio reproductivo, por un lado, y al deseo sexual del varón por el otro.

La perpetuación de este sistema sociosexual patriarcal en torno a las maras ha recrudecido tanto la sumisión como la deslegitimación de las mujeres; ha doblgado a las mujeres a espacios represivos donde son desprovistas de toda participación. Así, el cuerpo de las mujeres, es un espacio que implica la apropiación y, de manera consecuente, la dominación; por lo que también es una expresión, una forma de asumir e interpretar las normas recibidas por las figuras masculinas de las maras, según las construcciones culturales que se han forjado (Gómez, 2008, pp. 16, 17).

El sistema sociosexual del patriarcado ha permitido que subsistan, al interior de las maras, relaciones desiguales de poder. En este punto, la dominación de los hombres mareros sobre la mujer pandillera afirma la construcción de cuerpos que pueden ser violentados y sexualizados ante la imposición del pensamiento machista. Esta noción se extiende a los contextos del crimen organizado, en los que las maras disponen del cuerpo de las mujeres, como si se tratase de una carnada para la emboscada frente a otras maras rivales.

No podemos pasar por desapercibido que estas son las consecuencias de perpetuar este sistema, que se recrudece aún más al interior de las maras, y que ha objetualizado a las mujeres, haciéndolas sentir como una propiedad sexual del hombre, acto que no solo es cosificador, sino deshumanizador, al desvalorizar a la mujer y arrebatarle su dignidad y libertad (Gómez, Toro, Cabanza, y Bedoya, 2016, p. 153).

A la luz de la violencia que ejercen las maras subyace esta realidad invisibilizada; una situación materializada donde la mujer se convierte en la víctima del accionar delictivo de estas organizaciones criminales. Es, en la esfera de su poder, donde el género se convierte en un factor de riesgo en las relaciones de dominación y sumisión de las maras. Sobre sus códigos de violencia, se figura la masculinidad como sinónimo de territorialidad, como afirmación de su poder mediante la fuerza y la violencia.

Ciertamente, la vulnerabilidad en este contexto se yuxtapone como un elemento adherido a la feminidad, en el que es utilizada con fines sexuales, pero también instrumentalizada como estrategia para ejecutar operaciones criminales. Y es que, como se ha expuesto ya con anterioridad, la ubicuidad de la violencia también se entaña al interior de las maras; ser mujer y estar sometida a las reglas de una organización criminal, que está bajo el yugo o dominio del hombre, alcanza todos los niveles de la violencia (social, estructural, cotidiana, de género), así como todas sus formas (físicas, sexual, psicológica, etc.); ya que es un factor predominante en la consolidación de su hombría (Rivera, 2017, pp. 54, 55).

En la cultura patriarcal, que ejercen las maras, el cuerpo de las mujeres es el reflejo del alcance de la violencia en diversas formas: la violación como un punto de partida para ingresar a las maras, el hostigamiento y acoso por convertirlas en objeto de abuso sexual, una esclavitud sexual que sucumbe ante las necesidades de todos los miembros, una servidumbre doméstica en la que atienden a su cuidado, así como el control afectivo, ordenándose a quién deben querer. Este poder patriarcal, materializado en las maras, deja constancia de cómo el cuerpo de las mujeres se convierte en un territorio de control y sumisión. Al igual que en la cultura militar, la virilidad es sinónimo de agresividad, para lo cual se vale del refuerzo de los estereotipos machistas, desvalorando la integridad y dignidad de la mujer (Gómez, 2008, p. 66).

En la remoción de estas desigualdades de género que se experimentan en las maras, los hombres, que suelen ejercer mayores niveles de violencia, tienen

mayor actividad sexual. Desde esta consideración, la virilidad es un medio para ejercer dominio y poder, que se hace constar obligando a adolescentes y mujeres, que radican bajo sus zonas de mando, a mantener relaciones sexuales.

Ante estos hechos, hay que hacer una distinción, la participación de la mujer en la mara puede convertirse en un proceso de reclutamiento forzado, o en un proceso por elección voluntaria. No obstante, para efectos de este manuscrito, nos centraremos en el primer proceso; el rol de la mujeres en las maras con carácter general está sujeto al cumplimiento de misiones secundarias, pero necesarias para la comisión de delitos y, por otra parte, como objeto sexual frente a las necesidades del hombre, cosificándola y violentando todos sus derechos al relegarlas al plano sexual; en ambos casos, se atenta contra su voluntad y dignidad al forzarles a hacer lo que no quieren (Sampó, 2016, p. 134).

En aquellos procesos voluntarios, la violencia de género se ve implícita en los requerimientos a los que someten a la mujer para poder ingresar a las maras, sin duda, estos escabrosos requisitos dan cuenta de la fijación de estereotipos. Si bien, el valor y la lealtad son valores añadidos de su rito, en el caso de la mujer, este reconocimiento apela a su condición de género, subyugado al concepto de feminidad; a causa que sobre su vulnerabilidad surge un ideario de traición, por ser mujer.

Ante ello, el sufrimiento se convierte en su punto de entrada, al tener que soportar palizas agresivas o su sometimiento a violaciones sexuales colectivas para poder ingresar. Tras su ingreso, una de las máximas expresiones de su vulnerabilidad es la instrumentalización sexual y criminal que lleva subyacente “el paso de la jaina”, en el cual el cuerpo se convierte en un instrumento para llevar a cabo una operación, que implica que las mujeres sirven como carnadas para poder encañonar a otros mareros rivales dentro de sus territorios o un territorio neutro; con la idea de torturarlos y matarlos (D’Aubuisson, 2015, p. 62). Esto refleja una clara expresión de la trata de personas con fines de explotación sexual, al hacer uso de sus cuerpos para

la consecución de fines criminales. Otra de las participaciones criminales de la mujer se ciñe a las violentas reyertas a las que se enfrenta, condición que la coloca como un blanco frente a otras pandillas y maras, lo que aumenta a su vulnerabilidad por temas de género (Interpeace, 2013, p. 47).

Frente a sus procesos de integración, las mujeres se encuentran, como ya se ha mencionado, frente a dos alternativas, por una parte, su disposición a aguantar una paliza que durará 13 segundos si perteneciera a la mara Salvatrucha, y 18 segundos si fuera del Barrio 18. Esta paliza la propinan los miembros, y la mujer no debe oponer ninguna resistencia o defenderse; por otra parte, una de las vías de acceso es someterse a una violación sexual colectiva, en la que debe sostener relaciones con los demás miembros de las maras. Esto denota no solo la violencia de género, sino la futura esclavitud sexual a la que queda sometida la mujer (Interpeace, 2013, p. 46).

Lo cierto es que estos ritos de iniciación no solamente hablan de la violencia a la que se somete la mujer tras su ingreso al mundo criminal, sino también del significado simbólico que adquiere el cuerpo para los miembros varones de la mara, quienes consideran los cuerpos femeninos de su propiedad, a los cuales trasladan a una dimensión territorial en los que se ve implícita su sumisión y esclavitud sexual, señalizando la cohesión y lealtad a través de ellos por medio del abuso sexual.

Ese mismo carácter territorial del hombre sobre la mujer, solo que en un contexto más individual, recae sobre las *jainas* (novias) de los mareros, quienes controlan con fronteras visibles los cuerpos, al impregnarlas de signos distintivos como sus pseudónimos. Este paradigma territorial, sobre el cual el cuerpo de la mujer implica cesión de su dignidad y derechos, nos extrapola a la reminiscencia de la esclavitud en la antigüedad grecorromana, cuando los romanos marcaban con tatuajes a los esclavos (Segato, 2014, p. 352). Este sello representa, sin duda, la relación de poder que se entretiene en la mara, y por el cual ese cuerpo es intocable para otros (D'Aubuisson, 2015, p. 89).



### 3. Conclusiones

Indudablemente, la violencia de género y la trata con fines de explotación sexual se traducen como la expresión de la normalización de la violencia, y de la interiorización de estereotipos fijados por el sistema sociosexual patriarcal sobre la conciencia colectiva. Sobre la remoción de estas problemáticas criminales, hay que añadir que al interior de las maras y pandillas se da con mayor intensidad, al fijarse la violencia como su estilo de vida.

Sin duda, el género es un factor de riesgo que no solo propicia violencia en el contexto social, sino también sobrepasa sus fronteras al interior de las maras, validando y legitimando la violencia sobre las mujeres, al someterlas a tratos crueles, degradantes y misóginos, que claramente reflejan los constructos del sistema sociosexual patriarcal.

La sumisión a la que está expuesta la mujer ante estas prácticas machistas supone que la territorialidad sobre su cuerpo se resume a situaciones de objetualización y abuso, despojándola de su dignidad y libertad, al someterla ante los miembros como una recompensa por su accionar criminal. Por otro lado, su cuerpo se comporta como una carnada de emboscada, un instrumento para atraer sus potenciales rivales.

Sin duda, el desempeño del rol de las mujeres en las maras denota depredación. Un cazador (la mara) con sed de objetualización del cuerpo femenino, al que somete a su dominación y del que demanda una postura sumisa; un cuerpo, sin duda, esclavizado ante los deseos sexuales de los miembros de la mara, bajo la imposición de una ley salvaje, la ley que impone el patriarcado y se vuelve a cruzar bajo el seno de su organización.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, N. M. (2010). Reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad: una aproximación al concepto de género. *BARATIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 73-83.
- Bedia, R. C. (2015). El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de la sexualidad. *Investigaciones Femeninas*, 6, 7-19.
- Berlanga-Gayón, M. (2015). Feminicidio: el valor del cuerpo de las mujeres en el contexto latinoamericano. *Revista El Pelicano*, 6-18.
- Bosch, E., Ferrer, V., y Alzamora, A. (2006). El laberinto patriarcal: reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres. *Anthropos*.
- Cantón, B. A., y Petri, D. P. (2018, 17 de mayo). *Las maras: violencia, inestabilidad y conversión religiosa en El Salvador. La vulnerabilidad de ministros religiosos ante las pandillas*. Obtenido de Observatorio de Libertad Religiosa en América Latina: <https://platformforsocialtransformation.org/download/religiousfreedom/Arauz-Petri-Las-maras-violencia-inestabilidad-y-conversion-religiosa-en-El-Salvador.pdf>
- Cerbino, M. (2006). Jóvenes en la calle, cultura y conflicto. *Anthropos*.
- Cuadrado-Ruíz, M. A. (2016). El delito de matrimonio forzado. En E. P. Alonso, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp. 494-511). Tirant lo Blanch.
- Cuadrado-Ruíz, M. A. (2018). Derechos humanos, violencia y género. En J. D. Carpio-Delgado, y P. García-Álvarez, *Derecho penal: espada y el escudo de los derechos humanos* (pp. 41-59). Tirant lo Blanch.

- D'Aubuisson, J. J. (2015). *Ver, oír y callar. Un año con la Mara Salvatrucha*, 13. Pepitas de Calabaza.
- Estiarte, C. V., y Rosell, N. T. (2016). Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos. *Estudios Penales y Criminológicos*, 771-829.
- Facio, A., y Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia, Revista sobre enseñanza de Derecho de Buenos Aires*, 259-294.
- Falcón, M. T. (2011). Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos. *Nova et Vetera* 20(64), 151-164.
- Falcón, M. T. (2016). El nuevo rostro de un viejo fenómeno: la trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos. *Sociológica*, 31(89), 95-129.
- Flecha, A., Puigvert, L., y Redondo, G. (2005). Socialización preventiva de la violencia de género. *Feminismos*, 107-120.
- García, P. L. (2019). El delito de trata de seres humanos y la necesidad de una ley integral. *Estudios Penales y Criminológicos*, 353-402.
- Gómez, J. D., Toro, C. G., Cabanza, L. M., y Bedoya, A. E. (2016). Los dolores que quedan son las libertades que faltan. Construcción política y social del cuerpo de las mujeres en el conflicto armado. *Revista de Psicología*, 8(2), 147-172.
- Gómez, O. A. (2008). *Las violencias contra las mujeres en una sociedad de Guerra*. Ruta pacífica de las mujeres colombianas.
- Ibáñez, R. A., y Abril, M. A. (2017). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una forma de violencia de género. *DILEMATA*, 247-266.

- Interpeace. (2013). *Violentas y violentadas: relaciones de género en las maras Salvatrucha y Barrio 18 del triángulo norte de Centroamérica*. Interpeace Regional Office for Latin America.
- Jayme, M., y Sau, V. (2004). *Psicología diferencial del sexo y género: fundamentos*. Icaria.
- Lamas, M. (2000). Diferencia de sexo, género y diferencia sexual. *Revista Cuicuilco*, 1-25.
- Lamas, M. (2002). *Cuerpo: diferencia sexual y género*. Taurus.
- Martínez, A. (2012). Los cuerpos del sistema sexo/género. *Revista de Psicología-Segunda época*, 12, 127-144.
- Puleo, A. (2013). El concepto de género como hermenéutica de la sospecha: de la biología a la filosofía moral y política. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 1-10.
- Ramos, N. C. (2014). Trata con fines de explotación sexual. Derechos humanos que maltratan a las humanas. *Gazeta de Antropología*, 30(3), 1-11.
- Rivera, L. G. (2012). Geografías de violencia y exclusión: pandillas encarceladas en Honduras. *The Latin American Studies Association* 47(2), 167-179.
- Rivera, N. E. (2016). Violencia cotidiana, marginación, limpieza social y pandillas en Guatemala. *URVIO*, 16, 111-127.
- Rivera, N. E. (2017). Mujeres, pandillas y violencia en Guatemala. *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*, 14(1), 50-75.
- Romero, M. X. (2013). Construcciones sociales vinculadas a la violencia de género. En R. C. Manzanares, y C. A. Salgado, *Violencia de género y justicia* (pp. 31-42). Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico.

- Rubin, G. (1986). El tráfico de mujeres. Notas sobre una economía política del sexo. *Nueva Antropología*, 95-145.
- Sampó, C. (2016). El rol de las mujeres en las maras: una aproximación a la violencia que sufren e infringen. *Si somos americanos*, 16(2), 127-142.
- Savanije, W. (2007). Las pandillas transnacionales o maras: violencia urbana en Centroamérica. *Foro Internacional*. Vol. XLVIII(3), 637-659.
- Segato, R. (2014). Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. *Sociedade e Estado*, 341-373.
- Segato, R. L. (2013). *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez: territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado*. Tinta Limón.
- Silva, W. C., y Gonzáles, S. V. (2020). La trata de seres humanos en contextos de emergencia: postconflicto desde el enfoque de la seguridad humana. En A. P. Adroher, M. T. Torre, y E. H. Martínez, *Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, (pp. 769-794). Dykinson.
- Stephen, L. (2017). Violencia transfronteriza de género y mujeres indígenas refugiadas de Guatemala. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 29-50.
- Vásquez-Hernández, Y. M. (2020). Media terrorism: influence of the Media on the social construction of fear on the participation of the child in the Gangs. *IROCAMM*, 109-117.
- Vásquez-Hernández, Y. M. (2020). Víctimas invisibles: violencia de género al interior de las maras en Honduras. En E. H. Martínez, J. M.-A. Pérez-Caballero, y S. M. Conejo, *Construcciones culturales y políticas del género* (pp. 605-626). Dykinson.

Vásquez-Hernández, Y. M. (2020). Víctimas silenciosas: análisis del éxodo migratorio a causa de la violenta persecución de las maras. En A. P. Adroher, M. T. Torre, y E. H. Martínez, *Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 736-753). Dykinson.

### **Anexo legislativo**

Ley contra la Trata de Personas, Decreto N.º 59-2012, Diario Oficial *La Gaceta*, Tegucigalpa, M. D. C, 30 de mayo de 2012.

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, Asamblea de las Naciones Unidas, Palermo, 15 de noviembre 2000.

Sección III

**Trata de personas y estudios  
criminológicos**





# LA TRATA DE SERES HUMANOS PARA EXPLOTACIÓN CRIMINAL Y LA CLÁUSULA DE EXENCIÓN PENAL<sup>81</sup>

*Carolina Villacampa Estiarte*<sup>82</sup>

## Resumen

La trata de seres humanos para explotación criminal constituye una de las manifestaciones todavía más desconocidas de este fenómeno criminal. A pesar de que se puede considerar un supuesto específico de trata para explotación de las víctimas en servicios forzados, no fue específicamente reconocida a nivel internacional, hasta su inclusión en la definición de trata de seres humanos de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En este capítulo se analiza fenomenológicamente esta realidad, sobre la base de dos estudios cualitativos llevados a cabo con víctimas. Además, se abordan los problemas que afrontan estas víctimas a su paso por el sistema de justicia penal, con base en un estudio efectuado con profesionales. Finalmente, se analiza el reconocimiento normativo y los problemas aplicativos del principio de no punición.

**Palabras clave:** trata de seres humanos, explotación criminal, prevalencia, detección de víctimas, sistema de justicia penal, principio de no punición.

---

<sup>81</sup> Este trabajo ha sido realizado en ejecución del proyecto RTI2018-094686-B-C21, “Hacia una Ley integral contra la trata de seres humanos y la esclavitud” (LITRAES), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

<sup>82</sup> Catedrática de Derecho Penal. Departamento de Derecho Público. Universitat de Lleida. España.

### **Sumario**

*1. Introducción. 2. Fenomenología: resultados de algunos estudios conducidos con víctimas. 3. Ausencia de detección de estas víctimas y efectos a su paso por el sistema de justicia penal. 4. Principio de no punición. 5. Reflexiones conclusivas. 6. Referencias bibliográficas.*

## 1. Introducción

La trata de seres humanos (en adelante, TSH) para explotación criminal se identifica con la que tiene por finalidad explotar a las víctimas en la realización, tanto de actividades ilegales o antinormativas, como de aquellas que tienen directamente relevancia penal (OSCE, 2013). Consiste en las conductas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción, intercambio o traslado de control sobre una persona, empleando los medios propios de la trata coercitiva (violencia o intimidación), fraudulenta (engaño) o abusiva (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima o de poder sobre la misma) con la finalidad de explotarla, mediante actividades delictivas (Villacampa y Torres, 2016; Villacampa y Flórez, 2016).

Las conductas criminales relacionadas con este tipo de TSH incluyen, en primer lugar, los delitos cometidos por las víctimas en el proceso mismo de ser tratadas (por ejemplo, los relacionados con el cruce ilegal de fronteras, como la entrada ilegal en países, o la elaboración de documentación falsa), que se conocen como *causation-based offences* o *status offences* (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016; Villacampa y Torres, 2016; Villacampa y Flórez, 2016), En segundo lugar, también aquellos que, sin tener relación directa con el proceso de esclavización, las víctimas han sido obligadas a cometer como consecuencia de la limitación de la libertad de la voluntad que la trata implica ya en la fase de explotación, los que se conocen como *duress-based offences* o *consequential offences* (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016; Villacampa y Torres, 2016; Villacampa y Flórez, 2016). Estos últimos son los delitos que pueden alcanzar una gama más amplia de conductas, que van desde la delincuencia patrimonial callejera o la intervención en tráfico de drogas, hasta conductas más graves, incluso delitos violentos.

Atendiendo a que el concepto internacional de TSH parece requerir que las víctimas siempre sean destinadas a su explotación en la realización de actividades con trascendencia económica, cabe dudar de que forzarlas a realizar conductas con trascendencia penal colme dichas exigencias conceptuales. Pese a esto, un entendimiento amplio de la explotación que no

la circunscriba a la producida en el marco de las relaciones laborales, incluyendo también la que es consecuencia del desequilibrio de poder entre las personas esclavizadas y los tratantes permite que la finalidad de explotar a las víctimas forzándolas a cometer delitos quepa también en el concepto de internacional de trata (Skrivankova, 2018).

Esta forma de TSH constituye una de las que ha sido menos analizada hasta el momento. Su general desconocimiento puede explicarse por la ausencia de su previsión específica en las definiciones internacionales del concepto de trata. Esto pese a que siempre había podido considerarse una especie del género TSH para explotación laboral implícitamente incluida en el amplio concepto de servicios forzados contenido en la definición internacional de la trata del art. 3 del Protocolo de Palermo (Villacampa y Torres, 2012), que asume en términos muy semejantes el art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia) de 2005. Con todo, no fue hasta la aprobación de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, en que un instrumento normativo supranacional la incluyó explícitamente como una manifestación de este fenómeno, concretamente en su artículo 2.3 De ahí la han incorporado específicamente algunos Códigos penales europeos, como sucedió con el Código Penal español, que la incluyó explícitamente en el art. 177 bis.1.c) mediante la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

Pese a su relativamente reciente reconocimiento normativo internacional, su presencia en los informes técnicos emitidos en la materia ha ido creciendo con el tiempo, aunque de momento tenemos todavía escasos datos estadísticos sobre esta forma de trata. En el informe global de Naciones Unidas sobre trata de seres humanos no apareció referida hasta 2014, incluida entre las otras formas de trata (UNODC, 2014). Entonces se estimaba que afectaba al 7% de las víctimas cuando se consideraba que la TSH para explotación sexual representaba el 53% de los supuestos, para explotación laboral el 40% y para extracción de órganos el 0,7%. En el último informe global sobre TSH publicado por esta organización internacional (UNODC,

2020a), que cuenta con datos recopilados hasta 2018, la misma se continúa incluyendo en la categoría residual de otras formas de trata, que afecta ya a un 12% de las víctimas, frente al 50% de víctimas que lo son de trata para explotación sexual y el 38% para explotación laboral.

Algo semejante ha sucedido hasta épocas recientes con los informes que ha emitido Eurostat sobre el tema (Eurostat-European Commission, 2013, 2014, 2015) o en el ulterior informe de la Comisión Europea de 2018 (European Commission, 2018), en que la trata para explotación criminal también aparece referida entre las otras formas de trata. Hasta ahora se ha contabilizado junto a la servidumbre doméstica, la mendicidad forzada y el uso para mendicidad, la extracción de órganos o el fraude de prestaciones. En el informe europeo de 2018, se estimaba que esta amalgama de formas menos prevalentes de trata afectaba a un 18% de las víctimas, frente al 56% de los casos, que eran de trata para explotación sexual. Sin embargo, en el último informe europeo (European Commission, 2020), que incluye datos de 2017 y 2018, la TSH para explotación criminal aparece ya contabilizada singularmente. Afecta a un 11% de las víctimas, situándose en tercer lugar en incidencia, tras la TSH sexual (46%) y la laboral (22%). No sucede exactamente así en una reciente estimación de víctimas efectuada en España, en que se constata como este tipo de TSH se halla muy por detrás de otras formas de TSH (0,76% de las víctimas detectadas en 2017 y 2018, frente al 92,5% TSH sexual, 5,22% laboral y 1,53% para otras formas de explotación (Villacampa, Gómez y Torres, 2021).

No hay duda, sin embargo, de que esta forma de TSH comienza a ganar clara relevancia a nivel europeo. Tanto es así que hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) le ha dedicado una reciente resolución, la sentencia del TEDH de 26 de febrero de 2021, relativa al *Caso V. C. L. y A. N. contra el Reino Unido*.

Pese a que estamos frente a una manifestación poco conocida de este fenómeno, algunos estudios, específicamente orientados a analizar la trata para explotación criminal en Europa, han demostrado su existencia ya desde

principios de la década pasada. Así, una investigación efectuada por Hales y Gelsthorpe (2012) demostró cómo mujeres encarceladas en el Reino Unido, por delitos como la entrada ilegal en el territorio del país, no habían sido detectadas como víctimas de trata, y otro llevado a cabo por Villacampa y Torres (2012) mostró cómo mujeres encarceladas en España por la comisión de delitos patrimoniales, o por actuar como mulas portando drogas, eran víctimas de este tipo de trata no detectadas por el sistema.

En 2015, el informe del proyecto europeo RACE ofreció evidencias de la existencia de este tipo de trata en Gran Bretaña, Irlanda, República Checa u Holanda (RACE, 2015), en relación con la explotación para la comisión de delitos relacionados con el cultivo ilegal de cannabis o con la delincuencia patrimonial callejera. En este informe, elaborado por un equipo coordinado por Anti-Slavery International en septiembre de 2014, se calcula que de las 2225 víctimas de trata de seres humanos identificadas en 2012 en el Reino Unido, 362 lo serían de trata para explotación criminal, sobre todo de dos tipos: a) vietnamitas traficados para hacerlos trabajar forzosamente en el cultivo de cannabis, supuesto, de hecho, al que precisamente se refiere la mencionada sentencia del TEDH; b) ciudadanos del este obligados a mendigar y cometer pequeños robos.

Bastante más contemporáneamente, en diciembre de 2020, la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito ha publicado el informe *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants* (UNODC, 2020b). En el mismo, sobre la base del análisis de 53 casos judiciales de 16 jurisdicciones distintas (entre ellas, de Argentina, Australia, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Brasil, Canadá, Colombia, Alemania, Italia, Holanda, Filipinas, Sudáfrica, Gran Bretaña, Estados Unidos y del TEDH, USA, European Court of Human Rights) se muestra cómo muchas mujeres condenadas por la comisión de delitos relacionados con la trata de seres humanos son usadas, efectivamente, por los tratantes, a menudo miembros de su familia o entorno, como escudos para hacerlas cometer delitos mientras ellos permanecen impunes y siguen explotando a estas mujeres sexualmente. En este documento se pone de manifiesto el componente de género de

la trata, tanto para forzar a estas mujeres como para explicar las formas de explotación a las que son sometidas. No nos hallamos propiamente frente a un estudio específico sobre TSH para explotación criminal, puesto que se desarrolla en torno a los supuestos de explotación sexual; no obstante, en realidad se refiere a víctimas de TSH para explotación sexual poliexplotadas, pues son obligadas a cometer delitos.

Una característica común a estos análisis es que todos ellos evidencian que a las víctimas de este tipo de trata se las victimiza doblemente. Esto no solo porque han sido ya victimizadas por el propio proceso conducente a su esclavización, sino porque además no han sido detectadas como víctimas por el sistema, que las ha considerado ofensoras y las ha hecho responder jurídico-penalmente de los hechos cometidos en la fase de explotación del proceso de trata. En consecuencia, la ausencia de detección de este tipo de víctimas supone la inobservancia de los mandatos derivados de una aproximación victimocéntrica, holística o con una perspectiva de derechos humanos a la trata, que exige colocar a las víctimas y su protección en el centro del sistema (Obokata, 2006; Villacampa, 2011). Que personas víctimas de TSH pasen por el sistema de justicia penal sin ser detectadas, y sean tratadas como ofensoras es claramente contradictorio con el abordaje victimocéntrico de la trata.

## **2. Fenomenología: resultados de algunos estudios conducidos con víctimas**

En 2011, un par de investigadoras españolas intuimos la posibilidad de que internas en centros penitenciarios en nuestro país podían estar cumpliendo condenas por la comisión de delitos perpetrados en la fase de explotación de un proceso de TSH. En dos centros penitenciarios españoles, entrevistamos a 45 mujeres internas extranjeras que estaban en prisión por su intervención en la comisión de delitos compatibles con un proceso de trata para explotación criminal, y les preguntamos cómo habían acabado en prisión. De ellas, 25 estaban relacionadas con la comisión de delitos contra la salud

pública, 11 por delitos patrimoniales, 1 por lesiones, 1 por trata y 1 por detención ilegal. Analizamos las historias de vida que nos expusieron estas mujeres y comprobamos cuántas de ellas cumplían con los tres elementos que integran el concepto internacional de la TSH que contiene el Protocolo de Palermo —que incluye la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación que, aunque no debe acontecer para que la trata se considere delito, sí analizamos si había concurrido.

Los resultados obtenidos (Villacampa y Torres, 2012 y 2015) (*vid.* Figura 1) nos permitieron constatar que, de las 45 mujeres entrevistadas, 10 podían ser clasificadas indubitadamente como víctimas de TSH. La mayoría fueron usadas como mulas (n=8) y una minoría (n=2) en delitos patrimoniales. Entre estas últimas, robar para un familiar durante casi un año o el uso fraudulento de tarjetas de débito y crédito de clientes en un negocio, donde la víctima prestaba sus servicios. Las informaciones ofrecidas por 2 mujeres más eran compatibles con una situación de trata, pero la falta de datos determinantes nos condujo a no considerarlas como tratadas de forma indubitada. Junto a estas, concluimos que 2 entrevistadas más habían sido víctimas de trata en un momento anterior de su vida, pero no estaban en prisión por haber cometido un delito en la fase de explotación de un proceso de trata. Las restantes entrevistadas habían cometido el delito sin haber sido tratadas, pese a que 8 de esas 31 afirmaron que habían sido engañadas.

Las 10 víctimas de TSH, comprendidas en un rango de edad entre los 19 y los 47 años, tenían un amplio abanico de nacionalidades. Procedían de países tan dispares como Bélgica y Rumanía, en Europa; México, Ecuador, Aruba, República Dominicana, Venezuela y Brasil, en América del Sur y Centroamérica, y China.



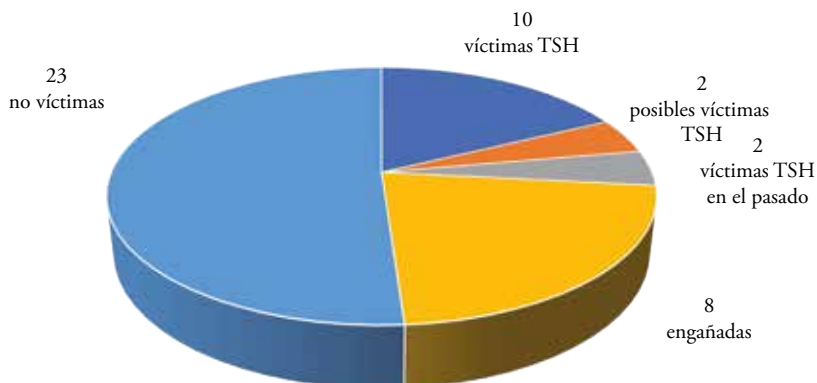


Figura 1. Resultados del estudio con mujeres encarceladas en España.

Fuente: elaboración propia.

En relación con la dinámica de victimización que padecieron estas mujeres, encontramos, en primer lugar, ejemplos de trata abusiva, pues constatamos que los tratantes se habían aprovechado de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. En ocasiones aprovecharon su situación de absoluta necesidad económica o las habían convertido en deudoras ofreciéndoles un préstamo para generar intencionadamente dicha situación. En otras ocasiones habían empleado el método del “loverboy”, amparándose en una relación sentimental abusiva para conseguir que las víctimas delinquieran para ellos. En estos supuestos, encontramos que la captadora fue, al menos en cinco casos, una mujer que generó algún tipo de relación de confianza con la víctima (familiar, supuesta amiga, etc.). En segundo término, hallamos ejemplos de TSH fraudulenta en que se engañaba a las víctimas indicándoles que transportarían dinero o componentes eléctricos, no droga, o que venían a España a trabajar en una tienda o negocio legal. Finalmente, nos topamos con casos de trata coactiva, en algún caso en que directamente la víctima o algún familiar cercano habían sido secuestrados, de manera que el viaje portando droga a España era la única manera de comprar su libertad o la de sus seres queridos.

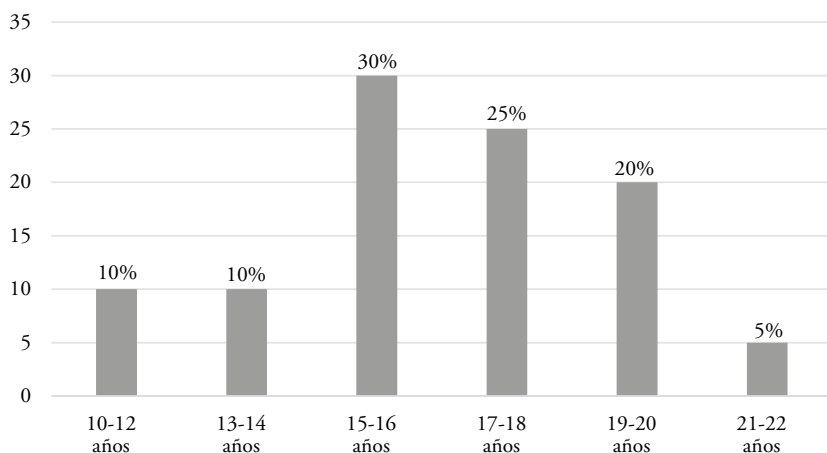
La situación de dependencia de estas mujeres se iba haciendo más evidente conforme el viaje avanzaba. Lo habitual fue la retención de la documentación (en siete de los diez casos) y el cambio de tratante, de manera que las personas que habían captado a la víctima, y con las que esta tenía alguna relación, desaparecían durante el periplo.

El miedo por lo que fuera a pasarles a ellas o a sus familiares fue el sentimiento que más prevalentemente acompañó a estas mujeres, junto a la impotencia por no ser capaces de controlar la situación. Prácticamente la única interacción que las autoridades españolas tuvieron con estas mujeres fue pedirles información para detener a más ofensores que hubiesen intervenido en aquellos delitos por los que estaban encarceladas, lo que se tradujo en su paso por el sistema de justicia penal, únicamente en calidad de ofensoras.

Pero es que la implicación de las víctimas de TSH para explotación criminal va más allá de su empleo en delitos relacionados con el tráfico de drogas o la delincuencia patrimonial callejera. Alcanza, incluso, a personas que pueden haber llegado a cometer delitos violentos. Tanto es así que de cada vez se analiza con mayor intensidad la relación existente entre las situaciones de conflicto armado y la trata de seres humanos, hasta el punto de que, en 2018, el informe Global de Naciones Unidas sobre TSH le dedica una atención muy especial a dicha interacción (UNODC, 2018a). Ha llegado, incluso, a publicarse un subinforme específico sobre TSH en situaciones de conflicto armado que alerta de las formas de explotación a que pueden verse sometidos menores y adultos civiles, tanto en zonas de conflicto como cuando intentan escapar de dichas zonas de conflicto (UNODC, 2018b). Entre las formas de explotación que se evidencian están la trata para explotación sexual, para esclavitud sexual, para matrimonio forzado, pero también la recluta de niños soldado.

Precisamente, la aproximación a combatientes guerrilleras colombianas como posibles víctimas de TSH para explotación criminal, que podían haber sido captadas siendo menores de edad fue lo que nos condujo a efectuar,

ya en 2015, un segundo estudio con 20 internas en una prisión colombiana (Villacampa y Flórez, 2016; 2018). Se trataba de una muestra compuesta por 20 excombatientes de diversos grupos guerrilleros colombianos que habían ingresado a la guerrilla en las edades indicadas en la Figura 2, y que se habían desmovilizado estando en prisión, postulándose a la Ley 975 de 2005, de Justicia y Paz colombiana.

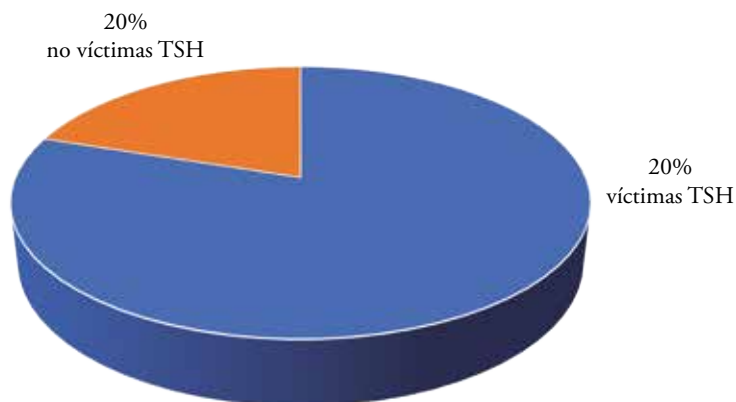


*Figura 2.* Edad de ingreso a la guerrilla.

Fuente: Villacampa y Flórez, 2016.

Seguimos la misma metodología que habíamos seguido en el estudio con internas en España. Esto es, les efectuamos una entrevista en profundidad en que les pedimos cuenten cómo habían ingresado a la guerrilla y cómo se había desarrollado su vida como guerrilleras hasta acabar en prisión, co-tejando las historias de vida de estas mujeres con los tres elementos que integran el concepto internacional de la trata de seres humanos.

De los relatos, pudimos deducir que 16 de las 20 entrevistadas activa en algún grupo armado fueron víctimas de trata de personas, lo cual equivale al 80% del total de la muestra (Figura 3).



*Figura 3.* Guerrilleras víctimas de TSH.

Fuente: elaboración propia.

En estas historias de vida pudimos comprobar que en tanto la acción, cuanto los medios comisivos —necesarios en el caso de las que ingresaron siendo mayores de edad y constatando su concurrencia generalmente, aunque sin resultar exigibles, en el de las menores—, como finalmente la explotación estaban presentes en su proceso de inclusión a la guerrilla. El recurso a medios comisivos propios de la trata se evidenció tanto en el momento de la captación, como durante su traslado a la selva, momento en que se produce un total cambio de identidad, y las víctimas pasan a tener que olvidarse de su pasado y de su familia, como finalmente durante la fase de explotación. Esta última consistió tanto en la realización de actividades de intendencia en el campamento guerrillero o de abastecimiento, que no serían delictivas por sí mismas si no fueran realizadas a favor de la guerrilla (e g., cocinar, hacer mercados —ir a abastecerse— o montar guardias), como en la intervención directa en actividades delictivas que implicaban, cuanto menos, empuñar armas, hacer guardias y batallar en caso de necesidad.

El medio más empleado en la fase de reclutamiento o captación fue el abuso de la situación de vulnerabilidad; claramente, en el 47% de los casos, se les ofreció dinero, salvarlas de una situación de violencia familiar o de la

amenaza que representaban otros grupos armados. Lo siguió el recurso al engaño, evidenciado al menos en el 32% de los casos, mediante falsas promesas de un salario o de ofrecimientos de estudios. Finalmente, observamos también el uso de la fuerza en un 11% de los casos, incluso, llegando a secuestrar a alguna combatiente a causa de sus conocimientos de enfermería para asistir a guerrilleros heridos.

Observamos que estos medios comisivos se fueron tornando más coactivos conforme avanzaba el proceso de esclavización. Ya en el campamento guerrillero se comprobó que se aislaba a los guerrilleros y se los controlaba física y psicológicamente. La amenaza del consejo de guerra y del fusilamiento o de obligar a los guerrilleros a presenciar ejecuciones se deducía de extractos de entrevista en que las mujeres referían como al escaparse unos compañeros de 16 o 17 años “ni un consejo de guerra les hicieron; donde los encontraron los mataron”, o que veían cómo “a las mujeres que se escapaban, las cogían y las fusilaban” (Villacampa y Flórez, 2016).

En el caso de las mujeres, la violencia empleada se limitó no solo a la física y psicológica, sino también a la sexual. Algunas de ellas sufrieron violencia sexual de sus superiores, sin que tampoco fuera descartable la procedente de compañeros de tropa. El máximo exponente de la violencia sexual y reproductiva que sufrieron estas mujeres fue, sin embargo, que les impusieron métodos de control de natalidad forzados e inadecuados y abortos forzados, prácticas que afectaron a 9 de las 16 víctimas.

Tampoco estas combatientes fueron detectadas como víctimas de TSH ni han sido tratadas de forma distinta a otros combatientes voluntarios por el sistema de justicia penal colombiano.

### **3. Ausencia de detección de estas víctimas y efectos a su paso por el sistema de justicia penal**

Toda vez que se ha comprobado que existen víctimas de TSH para explotación criminal no detectadas, las siguientes preguntas que cabe hacerse es cómo es

que estas víctimas pasaron por el sistema de justicia penal sin ser detectadas y qué efectos tuvo esa ausencia de detección a su paso por dicho sistema.

Para responder a estas dos cuestiones, en 2014 efectuamos un estudio con 37 profesionales que, eventualmente, podían haber entrado en contacto con víctimas de TSH para explotación criminal (Villacampa y Torres, 2016; 2017; 2019), que se seleccionaron intencionalmente y fueron entrevistados por las investigadoras. La muestra estuvo compuesta por 28 profesionales del sistema de justicia penal y 9 del ámbito asistencial, de los que 16 podían considerarse especialistas en TSH y 21 no.

En cuanto a las razones por las que no se detectaron este tipo de víctimas, en las entrevistas, afloraron los siguientes condicionantes negativos para la identificación (Villacampa y Torres, 2017):

- En primer término, el escaso conocimiento constatado entre los profesionales acerca del fenómeno de la trata de seres humanos para su explotación en la comisión de delitos. Los profesionales estaban familiarizados con la trata sexual (97%) y laboral (64%), no tanto con la criminal (40%). La ausencia de conocimiento de esta realidad entre los profesionales y, en particular, entre los policías especializados que son los que en España tienen atribuida la competencia para identificar, implica que las estrategias desarrolladas en el ámbito policial no se orienten a la búsqueda de víctimas de este fenómeno, sino de forma casi exclusiva a las de la TSH para explotación sexual. Como mucho identifican a víctimas de este tipo de trata cuando las prostitutas son obligadas a cometer delitos, esto es, en supuestos de polixplotación, en que la explotación criminal se suma a la sexual de las víctimas.
- En segundo lugar, la existencia entre los profesionales de estereotipos acerca de quiénes pueden ser víctimas del delito de TSH. La imagen construida de la víctima está vinculada a la idea de una mujer, básicamente extranjera, y en situación irregular, que ha sido forzada a ejercer la prostitución. Se trata de un estereotipo de víctima ideal alejada de la víctima-delincuente propia de la TSH para explotación criminal.

- En tercer lugar, la atribución en exclusiva de la competencia, para identificar a las víctimas ante los agentes de policía especializados, establecida en normativa interna en España —tanto por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como a través del protocolo marco para proteger a las víctimas de la TSH de 2011— tiene como consecuencia la traslación casi exclusiva de la responsabilidad en la identificación a estos profesionales, por parte del resto de operadores. Muy críticos con esta atribución absoluta de competencia en la identificación a la policía se mostraron algunos profesionales del ámbito asistencial, aduciendo que “a pesar de todo el buen trabajo que está haciendo la policía, va a haber casos en que solo por el hecho de tener que hablar con un policía, la víctima se echa para atrás” (Villacampa y Torres, 2016).
- En cuarto lugar, se constata que el propio marco en el que se procede a la identificación de la víctima dificulta esa operación. El primer contacto suele hacerse en dependencias policiales y en ambiente poco propicio para ofrecer información. Las ONG (n=10) indican que la identificación no puede limitarse a una simple entrevista, debe ser un proceso en el que paulatinamente se gane la confianza de la víctima, en que dé tiempo a la víctima para poder recuperarse y que no se plantee en clave de contraprestación, a cambio de la colaboración con las autoridades.
- En quinto término, algunos de los signos que los profesionales admiten tener en cuenta, en mayor medida para valorar la condición de víctimas, pueden llevar a equívocos. La narración de la trayectoria personal es uno de los principales extremos de los que los profesionales infieren la condición de víctima. Sin embargo, en ocasiones pueden producirse incoherencias en la narración de las víctimas a consecuencia del proceso de despersonalización vivido. De tal manera que la presencia de lapsus y la fragmentación del relato, cuando el profesional es desconocedor de que puede producirse y de las razones que lo motivan, puede conducir a falsos negativos.

- Finalmente, una de las dificultades mayormente apuntadas por los profesionales (n=10) para la identificación de las víctimas es que estas no se identifican como tales. La falta de autoconciencia de su condición de víctima se acentúa en el caso de los individuos obligados a cometer delitos. Se perciben a sí mismos como infractores, ya porque saben que han cometido un delito, ya porque los tratantes explotan esa idea para dificultar su colaboración con las autoridades.

Respecto de los efectos que tiene la ausencia de identificación de estas víctimas de TSH que han cometido algún delito, el fundamental consiste en que son tratadas generalmente como ofensoras desde el momento de su detección y a lo largo de todo su periplo por el sistema de justicia penal (Villacampa y Torres, 2016 y 2019). No encajan en el estereotipo de víctima ideal. Ello, salvo en el caso de ser víctimas de trata para explotación sexual obligadas a delinquir, en que se les dispensa trato como víctimas. El trato dado a las mulas, que se emplea aquí como ejemplo paradigmático de víctimas de esta forma de trata, consiste en que ya desde el inicio se considera, por parte de los agentes, que no actúan forzadas. Se indica por parte de estos cómo lo hacen: por dinero, para retornar una deuda pendiente, o que saben a lo que vienen. Este maltrato institucional se evidencia en las distintas fases del proceso penal que acostumbra a instrumentarse contra ellas.

Así, comenzando por el ámbito policial, la intervención con la víctima está focalizada en conseguir su colaboración en la investigación policial. El reconocimiento de la condición de víctima acostumbra a vincularse a su colaboración con los agentes. El interés que suscitan estas personas, en los primeros estadios de su paso por el sistema de justicia penal, es en cuanto que ofensoras, como son integrantes de una estructura criminal de las que puede obtenerse información.

Si se ha salido del ámbito policial sin haberse detectado a la víctima como tal, ya en un contexto judicial, el resto de los profesionales del sistema de justicia penal entienden que el caso ya está judicializado y que debe seguir el procedimiento penal habitual. De tal forma, por ejemplo, que los fiscales



muestran sus reticencias a considerar como víctimas a las mulas, apelando generalmente a las dificultades para admitir que ha habido explotación, además de a la gravedad del delito.

Finalmente, los profesionales del ámbito penitenciario reciben a las mulas una vez que se decreta prisión provisional para las mismas o cuando ya están condenadas. La existencia de resolución condenatoria o de auto en el que se acuerda la prisión parece lo suficientemente definitivo como para que estos pongan en duda la condición de la persona que ingresa, caracterizando a la interna fundamentalmente como autora del delito, no como víctima, a su vez.

#### **4. Principio de no punición**

Se considera una manifestación del abordaje victimocéntrico de la TSH no hacer responder a las víctimas de los delitos u otras conductas antinormativas que han sido obligadas a cometer por los tratantes; sin que ello signifique dotarlas de una patente de corso para evitar incurrir en responsabilidad, cualquiera que sea la gravedad del delito cometido y con independencia de las circunstancias en las que se cometa. De hecho, se indica que es obligación del Estado proveer los mecanismos jurídicos y de aproximación necesarios para garantizar que no se haga responder penalmente a las víctimas, que constituye una obligación positiva del Estado, derivada del principio de diligencia debida (Piotrowicz y Sorrentino, 2016; Giammarinaro, 2020). Tanto es así que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 16 de febrero de 2021 (caso V.C.L y A.N. contra el Reino Unido), ha condenado a este país por haber incumplido sus obligaciones positivas en relación con lo dispuesto en el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no proteger a dos menores vietnamitas obligados a cultivar cannabis en territorio británico, que habían sido condenados por la jurisdicción penal de menores de este país.

El principio de no punición se previó por primera vez en el Convenio de Varsovia. El mismo lo contempla en su art. 26 como eximente de sanción, al

prever que los Estados parte provean la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en las actividades ilícitas, en la medida en que se hayan visto obligadas a intervenir en ellas. Posteriormente, el art. 8 de la Directiva 2011/36/UE lo contempla ya no solo como eximente de sanción, sino como causa de no procesamiento, al establecer que los estados miembros adoptarán “las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de trata de seres humanos por su implicación en actividades delictivas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de un delito de los actos contemplados en el art 2”.

También la Organización Internacional del Trabajo, a través del art. 4 del Protocolo de 2014, relativo al Convenio sobre trabajo forzoso de 1930, contempla la posibilidad de que se incluyan las medidas necesarias para “velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estas sometidas a trabajo forzoso u obligatorio”. De tal manera que prevé que este principio puede operar como causa eximente de la responsabilidad criminal, pero también como causa de no procesamiento, además de interpretarlo en términos amplios, pues no solo debería evitar la imposición de penas, sino de sanciones de cualquier naturaleza jurídica.

El Protocolo de Palermo no dice nada específicamente al respecto, aunque se ha considerado que, dado que entre sus finalidades está la de asistir y proteger a las víctimas de trata con pleno respeto a sus derechos humanos (art. 2), tal exigencia debe considerarse ínsita a este documento y a la forma en que aborda esta realidad, como ha manifestado el Grupo de Trabajo sobre Trata de Seres Humanos de Naciones Unidas (Piotrowicz y Sorrentino, 2016).

El reconocimiento del principio de no punición goza cada vez de más respaldo a nivel internacional, habiéndose igualmente visto reconocido en

instrumentos *soft law*. Así ya en el Plan de Acción para combatir la trata de seres humanos que el Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) emitió en 2013. También en los *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking* adoptados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (principio 7). Después, esta recomendación se ha visto reforzada por la resolución de 2020 de la conferencia de partes de la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional para la implementación efectiva del Protocolo de Palermo, y por la propia relatora especial de Naciones Unidas en trata seres humanos, en su recomendación de julio de 2020 sobre “la importancia de la implementación del principio de no punición: la obligación de proteger a las víctimas” (Giammarinaro, 2020).

Pese a este reconocimiento cada vez más incontestado del principio, no está claro si el estándar internacional se basa en el denominado *duress based approach* —que parece adoptar la Directiva 2011/36/UE o el Convenio de Varsovia— o en el *causation based approach* —que se asume desde la OSCE y parece perfilarse como el que podría preferirse desde Naciones Unidas con base en el Protocolo de Palermo—. Estos, respectivamente, no dejan claro si se requiere que la víctima sea compelida o forzada a cometer el delito o conducta antinormativa de que se trate, o basta con que su comisión sea una consecuencia directa de la situación de trata vivida.

Fruto de este reconocimiento internacional, distintos estados de la Unión Europea incluyen cláusulas específicas de exoneración de responsabilidad criminal para las víctimas de TSH forzadas a cometer delitos. En España, una eximente de este tipo, cuya inicialmente controvertida naturaleza parece que finalmente se está concretando en constituir una excusa absolutoria, y a la que se achacan múltiples problemas aplicativos, se contempla en el art. 177 bis. 11 Código Penal español. En su virtud “sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación

en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

Al margen de los problemas aplicativos que la forma en que se regula esta exigente pueda tener, lo más relevante es confirmar que apenas se ha aplicado jurisprudencialmente, internacionalmente o a nivel nacional español. Una de las primeras ocasiones en que se ha hecho referencia a este principio en jurisprudencia internacional ha sido en la referida sentencia del TEDH de 21 de febrero de 2021. En lo tocante a España, solo una sentencia del Tribunal Supremo (N.º 146/2020, de 14 de mayo) se refiere a la excusa absolutoria, pero lo hace no para eximir de responsabilidad penal a una víctima, sino para responder a un recurrente en casación que pretendía atacar la verosimilitud del testimonio inculpativo de la víctima, aduciendo que tenía motivos espurios para declarar contra él, pues quería conseguir que se condenara al recurrente por TSH para después, eventualmente, beneficiarse de la aplicación de esta exigente en caso en que en el futuro fuese acusada de la comisión de cualquier delito durante el proceso.

Analizar el grado de conciencia sobre la existencia de este principio y su existencia, y los límites aplicativos de esta cláusula, nos sirve para determinar el trato dispensado a las víctimas de TSH para explotación criminal, a su paso por el sistema de justicia penal. Un bajo nivel de respeto y aplicación del referido principio puede servir para afianzar las conclusiones relativas a que estas víctimas son tratadas como infractoras, dado que la culpabilización institucional de las mismas puede considerarse inversamente proporcional al grado de conocimiento y aplicación de este principio.

El Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA) confirma que esta cláusula no suele aplicarse en la práctica en la mayoría de países europeos, bien sea por la falta de conciencia de los profesionales, por la ausencia de identificación de las víctimas de trata o por la ausencia de identificación de la racionalidad o ámbito aplicativo de la exigente (GRETA, 2019; Piotrowicz y Sorrentino, 2016). Algo semejante se

constata en el informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito de 2020 (UNODC, 2020b). El mismo refiere problemas de prueba para aplicarlo, lo mismo que interpretaciones muy exigentes de la idea de la coerción, para las que no basta el control coercitivo, lo que impide su aplicación a determinados delitos en algunas jurisdicciones. Constata pues que se ha aplicado solo tímidamente en casos judiciales analizados en USA, Holanda, Bélgica, UK —en Europa— y Argentina —en América del Sur.

En el estudio que llevamos a cabo con profesionales, se confirma que los déficits aplicativos identificados por el GRETA concurren en España (Villacampa y Torres, 2016 y 2019). En primer lugar, se evidenció la ausencia de consciencia acerca de la existencia de dicha exigente. Llama la atención que, de las 37 entrevistas realizadas, la cuestión del principio de no punición solo se abordó ampliamente en 5 (13%), y de forma sucinta en 19 (51%), sin que ni siquiera se mencionase en 13 (36%). Y eso solo sucedió cuando las investigadoras comenzamos a preguntar específicamente por dicha cuestión, ya que antes no lo habíamos hecho, por entender que al preguntar por los efectos que la identificación de estas víctimas debería tener en el procedimiento penal; la absolución o la disminución de responsabilidad criminal afloraría espontáneamente. Lo más chocante es que de 13 de las entrevistas en que la cuestión ni siquiera afloró, 7 correspondían a profesionales del sistema de justicia penal que deberían conocer la existencia de la cláusula, entre los que había agentes de policía, jueces y fiscales.

En segundo lugar, ya se ha indicado cómo las víctimas de TSH para explotación criminal pasan normalmente por el sistema, sin ser identificadas como víctimas.

Finalmente, en la mayoría de casos, en que esta cuestión afloró en las entrevistas, se constata cómo, en muchas ocasiones, los profesionales adujeron ausencia de identificación de la racionalidad o ámbito aplicativo de la exigente. En este sentido, observamos una clara diferencia entre los profesionales del ámbito asistencial y del sistema de justicia penal en cuanto a los límites de aplicación de la exigente. Para los del ámbito asistencial,

la exoneración de responsabilidad criminal debería producirse cualquiera que fuese la gravedad del delito cometido, si se probaba que la víctima había sido obligada a cometerlo. Por el contrario, los del sistema de justicia penal se mostraron menos generosos con la aplicabilidad de la eximente, recurrían generalmente a la idea de la proporcionalidad —al equilibrio del delito cometido y la gravedad de la presión ejercida para cometerlo— para considerar no aplicable la eximente. Algunos solo admitían su aplicación en el caso de las mujeres explotadas sexualmente, obligadas eventualmente a cometer delitos por los proxenetas, pero no a las mulas que portaban mayores cantidades de droga, en línea con la exclusión de la aplicabilidad de esta eximente que plantean algunas legislaciones. En ningún caso se planteó la aplicabilidad de dicha excusa absoluta en caso de que el delito cometido fuese contra las personas.

## **5. Reflexiones conclusivas**

A la vista de lo expuesto en las páginas precedentes, pueden formularse algunas reflexiones conclusivas que incluyen varias propuestas de futuro. En primer lugar, el presupuesto para abordar eficazmente esta forma de TSH, y proteger a sus víctimas, es detectarla. Para ello es necesaria la formación global en trata de los profesionales, en especial, los del sistema de justicia penal, que les permita ampliar el foco y detectar como víctimas de TSH no solo a las que lo son para explotación sexual o preferentemente para este tipo de explotación. Además, deberían articularse procesos de identificación que no corran solo a cargo de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, puesto que se constata que los países más eficientes en la detección de víctimas de TSH, en general, son aquellos que permiten identificar o registrar víctimas a un conjunto de profesionales.

Habiendo incrementado la capacidad del sistema para identificar a las víctimas de este tipo de TSH, deberían articularse medidas para disminuir los efectos adversos que, se ha confirmado, padecen estas víctimas a su paso por el sistema de justicia penal. Con dicha finalidad, para co-

menzar, debería formarse a los profesionales activos en el mismo en el principio de no punición, capacitándolos para reconocer su aplicabilidad, y favoreciendo con ello que lo aplicasen, así como promoviendo una interpretación de la proporcionalidad entre la gravedad del delito cometido y los medios de forzamiento e, incluso, de la exigencia de concurrencia de la coacción menos exigentes. En segundo lugar, en aquellos ordenamientos jurídicos en que esto no se haya hecho todavía, como en el caso español, junto a la exención de pena o sanción a las víctimas de TSH por los delitos o conductas antinormativas cometidas durante el proceso, debería preverse una cláusula de no procesamiento a estas víctimas por tales hechos. Solo dicha previsión sería respetuosa con un entendimiento amplio del principio de no punición, que no se limita a evitar la sanción, sino ya, directamente, la misma detención y la subsiguiente acusación de la víctima. Finalmente, en el indeseable caso en que una víctima fuese indebidamente condenada por la comisión de un delito en estas circunstancias, el pleno respeto a este principio pasaría no porque se aplicara el derecho de gracia y se la indultara, sino porque se revisara tal injusto pronunciamiento condenatorio, como consecuencia de un error, conforme a un procedimiento de revisión de la resolución judicial.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- European Commission (2018). *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*. Visitado el 10 marzo de 2021 en: [https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204\\_data-collection-study.pdf](https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204_data-collection-study.pdf).
- European Commission (2020). *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*. Visitado el 10 marzo de 2021 en: [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study\\_on\\_data\\_collection\\_on\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings\\_in\\_the\\_eu.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study_on_data_collection_on_trafficking_in_human_beings_in_the_eu.pdf)
- Eurostat (2013). *Trafficking in human beings: 2013 Edition*. Publications Office of the European Union. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/5856833/KS-RA-13-005-EN.PDF/a6ba08bb-c80d-47d9-a043-ce538f71fa65>
- Eurostat (2014). *Trafficking in Human Beings: 2014 Edition*. Publications Office of the European Union. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/5858781/KS-TC-14-008-EN.PDF/3c9da893-54a6-41c7-b3b8-8aba03ef2595>
- Eurostat (2015) *Trafficking in Human Beings: 2015 Edition*. Publications Office of the European Union. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/6648090/KS-TC-14-008-EN-1.pdf/b0315d39-e7bd-4da5-8285-854f37bb8801>
- Giammarinaro, M. M. (2020). *The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims*. Mandate of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children.



- GRETA (2019). *9th General Report on Greta's Activities. Covering the period from 1 January to 31 December 2019*. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/general-reports>
- Hales, L. y Gelsthorpe, L. (2012). *The Criminalisation of Migrant Women*. Institute of Criminology, University of Cambridge.
- Obokata, T. (2006). *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Martinus Nijhoff Publishers.
- OSCE (2013) *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non punishment provision with regard to victims of trafficking*. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <http://www.osce.org/secretariat/101002?download=true>
- Piotrowicz, R.W y Sorrentino, L. (2016). Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle. *Human Rights Law Review*, 16 (4), 669-699. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw028>.
- RACE (2015). *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe: Exploratory Study and Good Practice Examples*. Visitado el 10 marzo de 2021 en: [http://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/trafficking\\_for\\_forced\\_criminal\\_activities\\_and\\_begging\\_in\\_europe.pdf](http://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/trafficking_for_forced_criminal_activities_and_begging_in_europe.pdf)
- Schloenhardt, A. y Markey-Towler, R (2016). Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons-Principles, Promises, and Perspectives. *Groningen Journal of International Law*, 4 (1): 10-46.
- Skrivankova, K. (2018). Defining exploitation in the context of trafficking- what is a crime and what is not. En Piotrowicz, R., Rijken, C. y Uhl. B.H. (eds.), *Routledge Handbook of Human Trafficking* (pp. 109-119). Routledge.

- UNODC (2014). *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. New York: United Nations. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/publications.html#Reports>.
- UNODC (2018a). *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. New York: United Nations. Visitado el 10 marzo de 2021 en: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLO-TiP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLO-TiP_2018_BOOK_web_small.pdf)
- UNODC (2018b). *Trafficking in persons. In the context of armed conflicts*. New York: United Nations. Visitado el 10 marzo de 2021 en: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018\\_BOOKLET\\_2\\_Conflict.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf)
- UNODC (2020a). *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. New York: United Nations. Visitado el 10 marzo de 2021 en: <https://www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/glotip.html>
- UNODC (2020b). *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants*. United Nations. Visitado el 10 marzo de 2021 en: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/final\\_Female\\_victims\\_of\\_trafficking\\_for\\_sexual\\_exploitation\\_as\\_defendants.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/final_Female_victims_of_trafficking_for_sexual_exploitation_as_defendants.pdf)
- Villacampa, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional* Thomson Reuters-Aranzadi.
- Villacampa, C. y Flórez, K. (2016). Guerrilleras víctimas de trata de seres humanos en prisión en Colombia. *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 3: 87-119. DOI 10.12827/RVJV.3.04.
- Villacampa, C. y Flórez, K. (2018). Human trafficking for criminal exploitation and participation in armed conflicts: the Colombian case. *Crime, Law and Social Change*, 69: 421-445. <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9765-4>.

- Villacampa, C. y Torres, N. (2012). Mujeres víctimas de trata en prisión en España. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 411-494.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2015). Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimization. *European Journal of Criminal Policy and Research*, 21(1), 99-115.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2016). Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos. *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, 771-829.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2017). Human Trafficking for Criminal Exploitation: the Failure to Identify Victims. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 23(3), 393-408. <https://doi.org/10.1007/s10610-017-9343-4>
- Villacampa, C. y Torres, N. (2019). Human trafficking for criminal exploitation: effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system. *International Review of Victimology*, 25(1), 3-18. <https://doi.org/10.1177/0269758018766161>.
- Villacampa, C., Gómez, M. J. y Torres, C. (2021). Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us? *European Journal of Criminology*, [Primera edición, 7 de marzo de 2021]. <https://doi.org/10.1177/1477370821997334>



# LA EXPLOTACIÓN Y LA TRATA LABORAL DESDE EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN PARTICIPATIVA<sup>83</sup>

*Waldimeiry Correa Da Silva<sup>84</sup>*

## Resumen

Este estudio analiza la trata laboral y la explotación en el contexto rural de Andalucía, España. Se tiene como objetivo examinar categorías jurídicas complejas, como la trata de personas, o tipificaciones deficientes en el marco español, como la esclavitud (y sus formas contemporáneas) y el trabajo forzado. En la práctica, las tres son categorías relacionales que surgen en contextos de vulnerabilidad, desigualdad y explotación. A estos efectos, se parte del análisis interseccional con el uso de la investigación acción participativa (IAP). Las técnicas utilizadas para el recojo de información fueron: revisión bibliográfica y entrevistas semiestructuradas. Como resultado, se ha logrado realizar un acercamiento contextual de la explotación y la trata laboral en Andalucía, teniendo como referente el régimen complejo de enfrentamiento a la trata de personas.

---

<sup>83</sup> Una versión previa y algunas ideas de este texto ya han sido recogidas en Correa da Silva, W. C., y Cingolani, C., *La trata laboral en Andalucía desde el contexto de investigación participativa: resultados y desafíos*. Libro de Actas Akten Liburua Conference Proceedings (p. 1282).

<sup>84</sup> Investigadora distinguida del “Programa EMERGIA” y profesora de la Universidad de Sevilla, Sevilla-España (wcorrea@us.es). La autora agradece al Programa de Captación al Talento Investigador (EMERGIA), de la Junta de Andalucía.

**Palabras clave:** Trata laboral, explotación, derechos humanos, migración y género, interseccionalidad.

### Sumario

*1. Consideraciones iniciales. 2. Contexto de la investigación. 3. Marco teórico y conceptual. 3.1. El régimen complejo sobre la trata de personas; 3.2. La complejidad conceptual de la trata de personas: elasticidad y proceso relacional. 3.3. La carencia en el marco conceptual para la modalidad de trata laboral en el contexto español. 4. Metodología. 4.1. Procedimientos de entrevistas semiestructuradas. 5. Análisis de las entrevistas. 4.1 Análisis de los indicadores de trata desde la percepción de los actores en terreno. 6. Discusión. 7. Conclusiones: ¿Cómo contribuir a hacer más efectivo el enfrentamiento a la TSH? 8. Referencias bibliográficas.*

## 1. Consideraciones iniciales

Este estudio analiza la trata de personas con fines de explotación laboral (trata laboral) y la explotación laboral en el contexto rural de Andalucía, España<sup>85</sup>. Para ello, la investigación se centra en tres provincias de Andalucía, donde se realiza un trabajo de campo en las zonas rurales de las provincias de Almería, Sevilla y Huelva. Se tiene como objetivo examinar categorías jurídicas complejas, como la trata de personas, o tipificaciones deficientes en el marco español, como la esclavitud (y sus formas contemporáneas) y el trabajo forzado. En la práctica, las tres son categorías relacionales que surgen en contextos de vulnerabilidad, injusticia, desigualdad y explotación. De ahí que la presente investigación adopte un enfoque feminista e interseccional, para situar cómo se solapan las diferentes fuentes de discriminación y desigualdad estructural hacia las mujeres migrantes en la zona rural de Andalucía, situándolas como esclavas de la desigualdad o “gente desechable” (Bales, 2001), sujetas al dominio y la explotación. Este entramado pone de manifiesto que la contratación por contingente de mujeres marroquíes, para cubrir la necesidad de mano de obra en el sector de los frutos rojos, pasa a ser un proceso de migratorio inseguro. Por ello, para afrontar la explotación, es ineludible una visión interseccional (Crenshaw, 1991) que permita entrever su carácter estructural, en la cual se sobrepone la pobreza, la raza/etnia, la movilidad humana, el género; discriminaciones y situaciones de amenaza a la seguridad humana, que contribuyen a perpetuar situaciones de injusticia social.

---

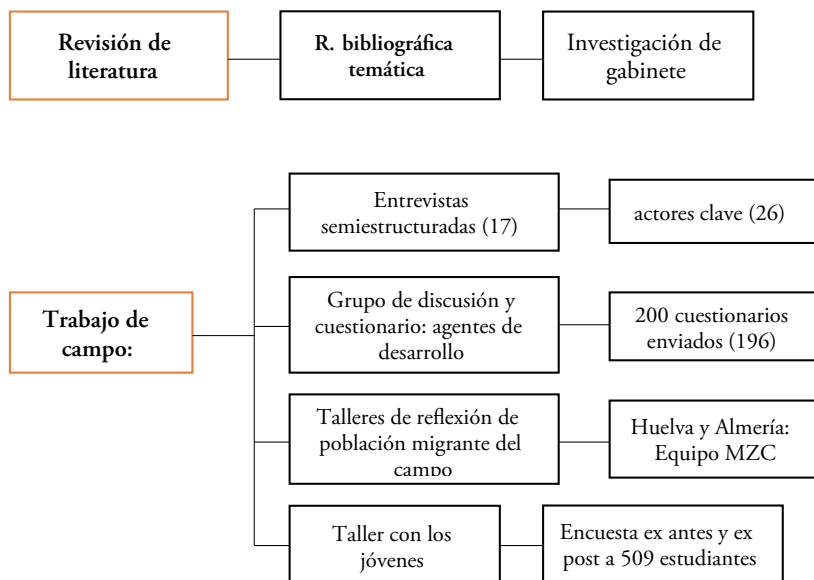
<sup>85</sup> Los datos presentados son parte de los resultados del proyecto “Investigación sobre la vulneración de los DD. HH. en zonas rurales andaluzas: migración, trata laboral, y otras formas de explotación, para el fortalecimiento de los agentes andaluces de desarrollo” (Ref. 0I008/2016), desarrollado a lo largo de dos años y medio, y financiado por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional al Desarrollo, en el cual, la autora ha participado como investigadora contratada, juntamente con la coordinadora del proyecto de Mujeres en Zona de Conflicto, Carla Cingolani. Por ello, quería resaltar que, de forma individual, este trabajo no habría llegado a la luz, de ahí que hago extensivo mi agradecimiento a todo el equipo de MZC, en Huelva, Sevilla, Córdoba y Almería que han facilitado todos los contactos y acciones para que el trabajo de campo fuera posible.

Este trabajo está estructurado en cinco apartados: 1. El contexto de la migración laboral de mujeres marroquíes en la zona rural de Huelva, España; 2. El marco teórico conceptual de la trata de personas con fines de explotación laboral, y su configuración en el contexto español; luego serán expuestos los factores que favorecen y permiten el desarrollo de este fenómeno en el contexto andaluz; 3. La metodología de investigación utilizada; 4. Los resultados derivados de las entrevistas semiestructuradas; 5. La discusión sobre las consecuencias nefastas del poco conocimiento y ausencia de acciones de combate a la trata laboral en España, que evidencia un contexto de explotación laboral continuo y un caldo de cultivo para la trata de personas.

A estos efectos, se utilizó las técnicas cualitativas y participativas en el marco de una investigación acción participativa (IAP). En un primer momento, se ha realizado una revisión bibliográfica con un doble objetivo: establecer el marco conceptual que definiera las unidades de análisis y el marco teórico. Estos servirían de soporte para el desarrollo de las herramientas para la recolección de datos. A tales efectos, realizamos: una revisión bibliográfica temática de la trata de personas, en especial, de la trata laboral en España a partir del análisis de las fuentes secundarias, análisis de la legislación y jurisprudencia a nivel nacional, regional e internacional. A partir de este marco conceptual (social, político y jurídico) realizamos un análisis interseccional del contexto de la migración de mujeres marroquíes para atender a la demanda de mano de obra en la zona rural de Andalucía, particularmente, al sector de los frutos rojos de Huelva. Todo ello, con el objetivo de analizarse esta migración que desencadena la trata, explotación laboral o prácticas asimiladas a la esclavitud; y con ello, un proceso de violación de derechos.

En un segundo momento, realizamos el trabajo de campo descrito en el Diagrama 1, que sigue:





Debido a las limitaciones de espacio, este artículo se centrará en el análisis de las entrevistas semiestructuradas. La principal contribución de este estudio es contrastar cómo la trata de personas es una categoría jurídica relacional y compleja. Para ello, se realiza un análisis del marco normativo a partir de la percepción de los actores que actúan en primera línea de enfrentamiento<sup>86</sup> a la trata en el contexto español.

## 2. Contexto de la investigación

Se considera que el proceso migratorio genera un entorno de vulnerabilidad a las mujeres marroquíes, que vienen a trabajar en las cosechas de frutos

<sup>86</sup> Opto por el término “enfrentamiento” en lugar de lucha contra la trata, pues enfrentar tiene el significado amplio de reconocer la existencia del problema y desarrollar estrategias específicas para afrontar el mismo y buscar poner fin a la situación existente. Ello significa otorgar un enfoque de derechos humanos, que difiere de la lucha contra la trata que atiende al enfoque de orden pública.

rojos o “*berries*” en Huelva, España. Este contexto de movilidad humana está estimulado por una demanda, de cerca de 20 000<sup>87</sup> personas, en su mayoría, cubierta con trabajadoras marroquíes, a partir de la realización de un contrato en origen. Se trata de una migración circular predominantemente femenina, ya que el 90% de esta demanda queda cubierta por mujeres.

Es un modelo de contrato de contingente en origen que responde a la demanda de las empresas, y que permite la contratación planificada de trabajadoras extranjeras, no residentes. Este tipo de contratación está limitado a puestos de trabajo que no son cubiertos por los trabajadoras nacionales o extranjeras. La Agencia Nacional de Empleo Marroquí (ANAPEC) es la responsable de realizar la selección y contratación de trabajadoras para el recojo de fresas o frutos rojos en Huelva (FIDH, 2012; MZC, 2012, ODHE, 2019; Women’sLink, 2018).

El proceso de contratación está regulado, oficialmente, entre los gobiernos de España y Marruecos<sup>88</sup> que favorece la migración circular de mujeres de entre 20 a 45 años con hijos o hijas menores de 14 años a su cargo, que vivan en zonas rurales, que tengan buena salud y que garantice que regresan a su país de origen al finalizar el contrato (Palumbo y Scieurba, 2018, ODHE, 2019, MZC, 2012). También se prima que sean mujeres divorciadas o viudas. Este proceso está lejos de ser una discriminación positiva, ya que la preferencia por el sexo femenino se fundamenta en tres motivos: 1º. Los empresarios les consideran más dóciles y hábiles en las cosechas;

---

<sup>87</sup> De acuerdo con los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, el año 2019 fueron autorizados la cifra total de 19 179 trabajadores. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/inmigracionemigracion/detalle/3441>

<sup>88</sup> La contratación colectiva en origen de trabajadores de temporada para campañas agrícolas es un instrumento de ordenación de flujos migratorios y de articulación del diálogo con terceros países que viene utilizándose en España desde hace casi dos décadas, primero conocido como contingente y, a partir de la LO 4/2000, como gestión colectiva de contrataciones. “BOE’ N.º 314, de 31 de diciembre de 2019, pp. 143802 a 143841. Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2020. <https://www.boe.es/eli/es/o/2019/12/23/tms1277/dof/spa/pdf>

2º. La mayoría son de religión musulmana, no consumen alcohol, lo que minimiza sus ausencias en el trabajo; 3º. La garantía del retorno a casa tras la finalización del contrato, debido a los lazos familiares en origen, que aseguran dicho retorno<sup>89</sup>.

Estas mujeres son contratadas en origen, en un proceso de selección cuestionable<sup>90</sup> mediante un contrato y que culmina con su transporte y traslado a Huelva<sup>91</sup>. Este proceso de contratación en origen, hasta el desarrollo de su actividad laboral en el campo, es cuestionable por generar contextos de vulnerabilidad a estas mujeres migrantes.

El contexto de vulnerabilidad se produce por la asimetría de poder derivada de diferentes factores, que se solapa e impacta de forma negativa en la protección de sus derechos. En el caso de las temporeras, pueden ser factores sociales, políticos, jurídicos, económicos, laborales o culturales, derivados del desconocimiento del idioma y de la legislación laboral; la carencia de una red social de apoyo, por tener tanto la vivienda como el trabajo alejado de zonas urbanas, dificulta tanto el contacto, como el acceso a los recursos

---

<sup>89</sup> A este respecto, es interesante la entrevista del programa de “Salvados” (La Sexta, 10/3/2019) sobre el tema de las temporeras. [https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/diez-videos-y-titulares-que-resumen-el-drama-de-muchas-temporeras-de-la-fresa-en-huelva-denunciado-en-salvados-video\\_201903105c8575f10cf2f61c93807d88.html](https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/diez-videos-y-titulares-que-resumen-el-drama-de-muchas-temporeras-de-la-fresa-en-huelva-denunciado-en-salvados-video_201903105c8575f10cf2f61c93807d88.html)

<sup>90</sup> De acuerdo con Women’sLink: “El proceso de selección dura tres días y se suele realizar a mediados de enero en varias ciudades de Marruecos. Una delegación de la patronal de la fresa viaja allí a hacer las entrevistas. Una delegación del Ministerio de Trabajo de la embajada española supervisa, pero no interviene en el proceso. Las mujeres llegan a trabajar en dos contingentes, uno a principio de la temporada en febrero y otro a mediados de la temporada en abril. Para finales de mayo o principios de junio la recogida de la fresa ha terminado. La recogida de frutos rojos se prolonga hasta mediados de julio”. (Women’sLink, 2018).

<sup>91</sup> “Las condiciones de oferta de empleo son: contrato de duración determinada, de 3 a 6 meses; salario de 34 a 37 euros por día trabajado (de 6h30); posibilidad de trabajar horas extraordinarias; vivienda a cargo del empleador; descanso semanal de un día; transporte a cargo del empleador, desde el lugar de residencia en España hasta el lugar de trabajo; atención médica garantizada en España y en Marruecos durante el periodo de trabajo” (FIDH, 2012, p. 24). [https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe\\_fresas\\_esp.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_fresas_esp.pdf)

(MZC, 2012; FIDH, 2012, Moreno Nieto, 2016; y ODHE, 2019)<sup>92</sup>. Estas circunstancias de vulnerabilidad las expone a otras circunstancias de quebrantamiento de derechos humanos; por ejemplo, ser víctima de trata con fines de explotación laboral.

Este modelo de contratación circular (o “inmigración ordenada”) en origen ha sido pionero y ha inspirado la directiva europea 2014/36/UE<sup>93</sup>, modificada por la Directiva 2018/957/UE<sup>94</sup>. Sin embargo, viene siendo cuestionado por la sociedad civil debido a denuncias de explotación sexual y laboral durante la campaña de 2018<sup>95</sup>. Estas denuncias pusieron el foco en la posible situación de trata laboral a la que estarían sometidas estas mujeres. De ahí la importancia de conocer el contexto desde el origen de la contratación hasta el desarrollo de las actividades contratadas, para luego analizar si estamos ante contextos abusivos que violan derechos que conducen a la explotación o trata laboral.

### 3. Marco teórico y conceptual

La investigación teórica nos ha permitido realizar tres observaciones relevantes, según el contexto presentado: 1<sup>a</sup>. Su caracterización como régimen

---

<sup>92</sup> Véase la reciente declaración del Relator Especial de la ONU sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Philip Alston, en su visita a los asentamientos Huelva. [https://www.eldiario.es/desalambre/ONU-Espana-autoridades-condiciones-inmigrantes\\_0\\_993201498.html](https://www.eldiario.es/desalambre/ONU-Espana-autoridades-condiciones-inmigrantes_0_993201498.html)

<sup>93</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*: L94/375. Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

<sup>94</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*: L 173/16. Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo del 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores, efectuado en el marco de una prestación de servicios.

<sup>95</sup> El altercado se debe al reportaje sobre la situación de las temporeras en Huelva, sometidas a explotación laboral y sexual, por la revista alemana *Corrective.org*, en colaboración con *Buzz Feed Noticias*, del reportaje “Rape in the Fields”. <https://correctiv.org/en/top-stories-en/2018/04/30/rape-in-the-fields/>.

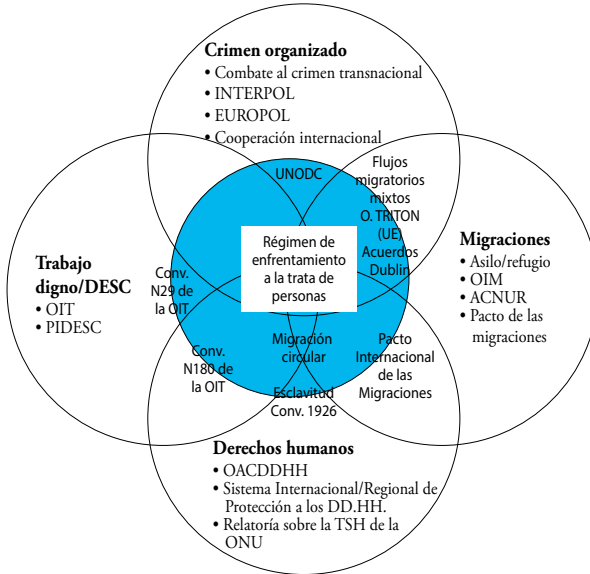
complejo y los efectos derivados del mismo; 2ª. La complejidad conceptual de la trata de personas: elasticidad conceptual, amplitud, apertura y proceso/relacional; 3ª. La carencia en el marco conceptual para la modalidad de trata laboral en el contexto español.

### **3.1. El régimen complejo sobre la trata de personas**

Partimos del régimen internacional contra la trata de personas, pensado como mecanismos de gobernanza global hegemónico, que no garantiza la protección y asistencia debida a las víctimas-supervivientes, pues en su origen, no ha sido diseñado para ello (Correa da Silva, 2018). El régimen complejo se refiere a “un conjunto de instituciones parcialmente superpuestas y no jerárquicas que gobiernan un área temática particular” (Raustiala y Victor, 2004, p. 279). De acuerdo con Gómez-Mera: “Por una parte, la complejidad del régimen internacional podría tener efectos de retroalimentación positivos que mejoren la cooperación y la efectividad de las instituciones existentes; por la otra, la superposición institucional podría promover el comportamiento de intereses propios y la competencia entre los actores y los regímenes, con que acabaría debilitándose el éxito de las iniciativas de cooperación” (2015, 504)<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> En esta línea, Gómez-Mera (2015) señala que la complejidad institucional puede afectar tanto a la cooperación internacional, como a la gobernanza global. Afectan a la cooperación, con los solapamientos o “uniones funcionales” que emergen cuando la operatividad de una institución afecta directamente la efectividad de otra a través de las actividades compartidas (Johnson y Upperlainen, 2012; Gómez-Mera, 2017). De este modo, se pueden dar interacciones positivas (que se producen cuando la cooperación en un ámbito favorece la consecución de los objetivos de otra área) o negativas (que se producen cuando la cooperación en un ámbito es nociva para la consecución de objetivos en otra área) (Johnson y Upperlainen, 2012; Gómez-Mera, 2015).



*Ilustración 1:* Régimen complejo de enfrentamiento a la trata de personas.

Como se puede observar en la Figura 1<sup>97</sup>, el régimen de enfrentamiento a la trata está superpuesto a los regímenes internacionales del trabajo, de las migraciones, de combate al crimen transnacional organizado. Sin embargo, este solapamiento no siempre es positivo, ya que el régimen complejo contra la trata viene priorizando la lucha contra el tráfico de personas y combate a la migración irregular (Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Inmigrantes), dentro del marco de la lucha contra el crimen transnacional organizado. Los efectos directos son: que deja en un según plano la protección de los derechos humanos como eje del enfrentamiento global a la trata.

En este sentido, las políticas antitrata van más allá del régimen internacional de la trata de personas, y están dirigidas por un “régimen complejo” (Raus-tiala y Victor, 2004), que también incluye las políticas, normas e iniciativas de otros regímenes internacionales que se solapan con la trata, como el

<sup>97</sup> Fuente: elaboración propia a partir de le Gómez Mera, 2017 y Correa da Silva, 2018.

régimen de las migraciones, el de los derechos humanos, del trabajo o lucha contra el crimen organizado. Estos solapamientos en algunas ocasiones — como ocurre en la intersección de la trata y de las migraciones— pueden generar tensiones entre ambos regímenes. Los efectos pueden ser nocivos en la lucha contra la trata, lo que a su vez termina afectando a la protección de los derechos humanos y a la seguridad humana.

La complejidad del régimen “ensancha las posibilidades de oportunismo para los Estados” (Gómez-Mera, 2015b, p. 505). Entre otros, conlleva al menos tres problemas: 1º. “Permite a los actores estatales y no estatales entablar negociaciones en diferentes campos, seleccionando allí donde sus intereses mejor se cumplan” con su interés (Gómez-Mera, 2015b, p. 508). De ahí, el predominio hacia la trata sexual y la invisibilidad que ha conllevado a otras modalidades. 2º. “Contribuye a la fragmentación de la ley internacional y a la ambigüedad de las reglas, lo que permite a los Estados implementar acuerdos basados en la interpretación selectiva” (Gómez-Mera, 2015b, p. 508). Lo que se conoce como las “sombras” del Protocolo de Palermo (BHABA, 2015; Gallagher, 2015), debido a la discrecionalidad adoptada por muchos Estados al optar por los estándares mínimos de reconocimiento y protección. 3º “Los regímenes que se superponen facilitan las estrategias políticas interinstitucionales” (Gómez-Mera, 2015b, p. 508), tal es el caso de la Unión Europea, en su asociación de la trata (violación de DD. HH.) al delito del tráfico de migrantes en su política europea de combatir el crimen organizado. También permite la selección de foros adecuados (institucionalizados o no, público o privados, etc.), “cambio de régimen e inconsistencia estratégica, lo que puede permitir a los actores influenciar el contexto político y la naturaleza misma del régimen” (Alter y Meunier, 2009 citado en Gómez-Mera, 2015b, p. 508). El efecto directo de este régimen complejo es conducir el enfrentamiento a la trata desde un enfoque de política criminal. Como se puede observar en el Cuadro 1 que sigue.

Enfoque de orden público	Enfoque de DD. HH.
Centralidad del Estado	Centralidad de la persona
Amenaza al Estado y a la seguridad nacional	Amenaza a la seguridad humana
Prioridad de orden público y control judicial	Prioridad de la dignidad humana
Perspectiva criminalizadora (también de VdT)	Perspectiva de inclusión social
Delincuencia transnacional organizada  Securitización de las migraciones	Violación de DD. HH.
3P (Prevención, Persecución, Protección)  Protocolo de Palermo	5P (Prevención, Persecución, Protección + Penalización de los infractores y no de las VdT, Promoción de la cooperación internacional)  3R (Reparación, Rehabilitación y Reintegración de las VdT)  3C (Capacidad, Coordinación y Cooperación)  Protocolo de Palermo + Convenio de Varsovia + Informe Relatora NNUU 2014/2016 y 2020

Fuente: elaboración propia.

De ahí, la necesidad de un giro hacía una acción proactiva a partir de una dirección estratégica, como ha convocado en diferentes ocasiones la Relatoría de la ONU sobre la trata de personas, lo que se considera los once



pilares para la promoción de una visión inclusiva y una respuesta centrada en los DD. HH.

### **3.2. La complejidad conceptual de la trata de personas: elasticidad y proceso relacional**

La trata de personas está definida por el artículo tercero del Protocolo de Palermo (2000)<sup>98</sup> y debe ser interpretada como un proceso derivado de la conjunción de tres elementos constitutivos interrelacionados: una acción, los medios, y la finalidad de explotación directa o indirecta de la persona (Correa Da Silva, 2018). Esta definición exterioriza la trata como un proceso que incluye un movimiento de personas en contextos de vulnerabilidad, con la finalidad de explotación. Esta movilidad humana generalmente ocurre en un contexto migratorio desde zonas más empobrecidas a otras económicamente atractivas, tal como explicamos en el contexto de migración laboral de las mujeres marroquíes en el apartado segundo. En esta línea, la comprensión sobre la trata exige una visión interseccional (Crenshaw, 1989; Collins y Chepp, 2013) que permita entrever su carácter estructural, en lo cual se sobreponen la pobreza, la raza/etnia, la movilidad humana, el género, discriminaciones y situaciones de amenaza a la seguridad humana; contribuyendo así a perpetuar situaciones de injusticia social.

---

<sup>98</sup> 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 (2000):

Artículo 3 - Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos

De ahí que una visión integral, inclusiva y centrada en los DD. HH. requiere comprender tanto los factores sistémicos como las acciones que atacan a sus causas, relacionadas a su vez con la pobreza, la discriminación contra las mujeres y la capacidad política e institucional para proteger a las víctimas y perseguir a los tratantes. Por ello, cuando hablamos de trata de personas, hay que tener en cuenta la complejidad y multidimensionalidad del fenómeno, y para su enfrentamiento es necesario partir de una perspectiva interseccional y multidisciplinar, *más allá de un problema migratorio, o una actividad criminal que conlleva la práctica de un delito y la violación de derechos (Correa da Silva, 2018). En este sentido, consiste en una práctica violatoria de derechos que está legitimada por la falta de conciencia, las conductas socioculturales y las transacciones económicas lucrativo-explotación que atienden a un mercado neoliberal.*

Particularmente, los territorios de la investigación engloban la zona rural de las provincias de Almería, Huelva y Sevilla, cuya ubicación nos lleva a hablar de territorios que aúnan formas diversas de movilidad humana: la migración tradicional que pasa por estos puntos, porque está en tránsito hacia Europa; la migración permanente que conocemos más por migración laboral transfronteriza de mujeres con idas y vueltas reiteradas; o la migración que se ha asentado en el territorio, pero que, dada su situación administrativa irregular y las condiciones de vida precarizadas, sigue sintiéndose y siendo percibida como no ciudadana de plenos derechos. En estos contextos, se observa la prevalencia de una política de criminalización de los flujos migratorios mixtos, lo que impacta de forma negativa en la población objeto de la investigación.

### **3.3. La carencia en el marco conceptual para la modalidad de trata laboral en el contexto español**

El artículo tercero del Protocolo de Palermo presenta algunas de las posibles modalidades de trata sin limitar las finalidades. España ha transpuesto esta definición internacional con los cambios del Código Penal español (CPE), originando el actual 177bis que reconoce cinco posibles modalidades de trata:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

De ahí que se entiende que ocurre explotación cuando hay: insuficiencia de garantía de derechos laborales, jornada de trabajo que expone a la persona a condiciones inhumanas, degradantes y que conculcan los derechos humanos consagrados por el orden internacional.

Los conceptos “trabajos forzados, esclavitud y servidumbre” son términos procedentes de instrumentos del derecho internacional, y a estos instrumentos se debe acudir para determinar su significado y características, así como las formas que abarcan las prácticas asimiladas a la esclavitud. El Código Penal español define la esclavitud, en su artículo 607 bis, como “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”<sup>99</sup>. En el Estado español, el delito de esclavitud se encuentra tipificado como modalidad agravada del delito de lesa humanidad. No es un delito autónomo, sino que es una especie de tipo agravado, de mercantilización del ser humano, por tanto, es un agravante y un delito de lesa humanidad que está en ámbitos distinto.

Esta ausencia de una descripción legal propia para la esclavitud en el CPE, induce a un ejercicio jurídico atípico para la comprensión interna de este delito. Es decir, para estos fines hay que acudir a los instrumentos de derecho internacional que España tiene ratificado, en este caso, la Convención sobre la Esclavitud de 1926<sup>100</sup>, como: “1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (artículo 1.1). Para las prácticas análogas a

<sup>99</sup> Ley de Orgánica 10/1995 del 23 noviembre, BOE N.º 281 de 24/11/1995.

<sup>100</sup> Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. NN. UU., Doc: A/Res.794 VIII.

la esclavitud acudimos a la Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 1956<sup>101</sup>. Ya el trabajo forzado está definido desde el Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (Convenio N29) de 1930<sup>102</sup>, de la Organización Internacional del Trabajo, junto con su Protocolo de 2014<sup>103</sup>. En dicho documento se define el trabajo forzado u obligatorio de la siguiente manera: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (artículo 1.a).

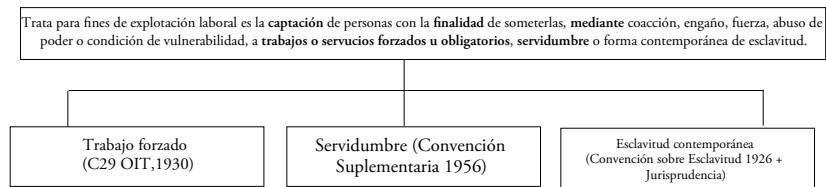
Por lo expuesto, se considera trata laboral la captación de personas con la finalidad de someterlas, mediante la coacción, engaño, fuerza, abuso de poder o condición de vulnerabilidad, a trabajos o servicios forzados, servidumbre o forma contemporánea de esclavitud. La línea divisoria entre los conceptos de trabajos o servicios forzados, esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y servidumbre resulta, en la práctica, sutil y poco útil para el respeto a la protección de los derechos humanos (TEDH, 2010). Esta modalidad es la segunda modalidad más frecuente de trata de personas en el ámbito internacional (UNODC, 2019). En el contexto europeo están incluidas en las tres formas más severas de explotación laboral, que comprenden: la esclavitud, servidumbre, trabajo forzado u obligatorio. De forma esquemática, el diagrama que sigue ejemplifica el ejercicio jurídico necesario para la interpretación de la trata laboral:

---

<sup>101</sup> Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), del 30 de abril de 1956.

<sup>102</sup> Adoptado en Ginebra, 14ª reunión Conferencia Internacional del Trabajo, 28 de junio de 1930.

<sup>103</sup> Adoptado en Ginebra, 103ª reunión Conferencia Internacional del Trabajo, 11 de junio del 2014.



Fuente: Elaboración propia

A partir de estas consideraciones, siguiendo la jurisprudencia internacional, para la determinación de un caso como explotación laboral, deberá basarse en cinco supuestos:

1. Amenaza de violencia física, sexual o emocional. Respecto de la violencia emocional, se incluye el chantaje, la reprobación y/o insultos<sup>104</sup>.
2. Restricción del movimiento de las víctimas a una zona limitada o reclusión en el lugar de trabajo<sup>105</sup>.
3. Servidumbre por deudas/trabajo servil<sup>106</sup>; retención de salarios o negativa a pagarlos<sup>107</sup>.
4. Confiscación de pasaportes y documentos de identidad, de modo que el/la trabajador/a no pueda salir o confirmar su identidad y su situación<sup>108</sup>.
5. Amenaza de denuncia ante las autoridades<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> TEDH, *Caso Chowdury y otros vs. Greece*, N.º 21884/15, del 30 de marzo de 2017; TEDH, *Case C. N. and V. vs France*, N.º 67724/09, del 11 de octubre de 2012.

<sup>105</sup> TEDH, *Caso Siliadin vs. France*, N.º 73316/01. Veredicto del 26 de julio de 2005.

<sup>106</sup> CIDH. *Caso of Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, San Jose/Costa Rica, 2016.

<sup>107</sup> TEDH, *Caso Van Der Musselle vs. Belgium*, N.º 8919/80. Veredicto del 23 de noviembre de 1983.

<sup>108</sup> TEDH, *Caso Siliadin vs. France*, N.º 73316/01. Veredicto del 26 de julio de 2005.

<sup>109</sup> TEDH, *Caso Rantsev vs. Cyprus y Russia*, N.º 25965/04. Veredicto del 7 de enero de 2010.

Asimismo, para valorar la existencia o no de trata laboral es conveniente tener en consideración que la “oferta voluntaria”, aparente, de un/a trabajador/a, o una víctima, puede derivar de la manipulación no fundamentada, a partir de una decisión adoptada con conocimiento de causa. Asimismo, puede ocurrir el caso de que la contratación inicial haya sido realizada voluntariamente por la persona explotada, y que los mecanismos coercitivos para mantener en estado de sujeción y explotación surjan posteriormente. De ahí la dificultad añadida al entorno rural andaluz, porque no se conoce la magnitud del trabajo realizado por personas en situación de irregularidad administrativa. De esto deriva que las mujeres en contexto de trata laboral no se reconocen como tal. Y luego, por el contrato en origen.

En todo caso, estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de dominio, control y sometimiento de la persona trasladada, captada o acogida (por los procedimientos típicos del delito de trata) a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. Asimismo, estas formas de aprovechamiento económico ilícito de la víctima deben tener naturaleza laboral porque se incluyen expresamente dentro de la finalidad de explotar el trabajo ajeno: es suficiente con que concurren las notas de ajenidad y productividad en sentido amplio<sup>110</sup>.

#### **4. Metodología**

La investigación de una forma general ha sido realizada desde diferentes técnicas cualitativas descritas en el apartado de la introducción. Para el presente artículo se examinan las entrevistas semiestructuradas realizadas a los actores-claves, con el objetivo de conocer la percepción, los recursos disponibles, la formación, contrastar el marco teórico con la práctica jurídica, política o social para el abordaje directo con las posibles víctimas de trata o explotación laboral. La muestra ha sido conformada por 26 personas que

---

<sup>110</sup> Este fue el entendimiento de la Corte Suprema al dictaminar que la explotación de la prostitución constituye una situación asimilada a la relación laboral. SSTS 208/2010, 18-3; 1106/2009, 10-11, Sala Segunda de 30/5/2006).

han participado en las 17 entrevistas realizadas. La selección de la muestra de actores fue realizada en función de diferentes criterios, entre ellos la competencia, la trayectoria y experiencia en la prevención, atención, protección, persecución y enjuiciamiento de la trata de personas, sobre todo, en su vertiente de explotación laboral.

#### **4.1. Procedimientos entrevistas semiestructuradas**

Para analizar el contenido de las entrevistas se creó una matriz de codificación para agrupar, interpretar y analizar los datos. Luego se ha procedido a la codificación y sistematización del contenido de las entrevistas a partir de ocho puntos clave: sentimientos, percepciones, actitudes que se desprenden de la entrevista, competencias, estructura orgánica (análisis por sexo, número de personas del equipo de trata), coordinación con otros actores (debilidades y fortalezas), formación especializada, conocimiento sobre la situación y medidas, valoración y evaluación de las medidas previstas contra trata laboral, y existencia de indicadores de opresión, explotación, otras vulnerabilidades, y de resiliencia (Cuadro 3).

Para el análisis de las entrevistas hemos clasificado en seis categorías distintas de actores claves para enfrentar la trata laboral en Andalucía: el primer bloque de actores está conformado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE), a través de sus unidades especializadas en la lucha contra la TSH: UCRIF de la Policía Nacional y EMUME de la Guardia Civil, y también los interlocutores territoriales para el tema de la trata de las tres provincias. Para complementar la información, también hemos entrevistado al Punto Focal Nacional y al Relator Nacional sobre Trata que están en la unidad de CITCO<sup>111</sup>, en Madrid. El segundo bloque

---

<sup>111</sup> Este organismo fue creado el 15 de octubre de 2014, en virtud del Real Decreto 873/2014, del 10 de octubre. Está formado por miembros del Cuerpo Nacional de Policía (CNP), de la Guardia Civil, del Servicio de Vigilancia Aduanera, funcionarios de Instituciones Penitenciarias, miembros de las Fuerzas Armadas, así como por personal del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). <https://www.intelpage.info/centro-de-inteligencia-contra-el-terrorismo-y-el-crimen-organizado-citco.html>

de actores está conformado por los responsables por la persecución y enjuiciamiento de los casos, la Fiscalía especializada en la materia, que es la Fiscalía de Extranjería y Trata (de Sevilla, Huelva y Almería) y el Fiscal de Trata de la Fiscalía General del Estado, en Madrid. La tercera categoría de agentes está conformada por la Inspección del Trabajo<sup>112</sup>. Los actores sociales claves para el proceso de intervención e incidencia política están conformados por diferentes asociaciones de la sociedad civil organizada que tanto han participado en un foro específico. También hemos realizado algunas entrevistas, dada la particularidad de Huelva y Almería. Para conocer esta diversidad de acciones de lucha contra la trata, igualmente, hemos entrevistado a la Administración Pública desde el órgano competente en Andalucía, que es la Dirección General de Políticas Migratorias de la Junta de Andalucía. Además, también hemos entrevistado a una experta y consultora sobre la materia.

## 5. Análisis de las entrevistas

Las entrevistas semiestructuradas fueron realizadas en función del puesto o actividad que ocupa en la acción contra la trata en el contexto español. Es decir, son personas que están en primera línea de la realidad de la trata y la explotación laboral en la zona rural de Andalucía. El análisis del contenido buscaba no solo entender cómo los actores entrevistados actúan contra la trata, sino también conocer sus percepciones sobre el marco jurídico y su efectividad en la práctica jurídica, social y política.

---

<sup>112</sup> En Almería debido a la imposibilidad, por motivos de agenda, de entrevistar a la jefatura de la inspección de trabajo, la información fue obtenida con la entrevista realizada a jefa de la dependencia Provincial de Trabajo e Inmigración (Subdelegación de Gobierno en Almería).



*Cuadro 3:* Entrevistas semiestructuradas a actores-claves.

Categoría de análisis	Análisis de contenido
<b>Sentimientos, percepciones y actitudes</b>	Preocupación por la víctima como parte del proceso criminal (dificultades diversas en llevar a cabo el proceso de investigación y punición al delito de la trata, por la dificultad en tomar denuncias de las víctimas); marginación del tema, debido al gran interés económico y otras cuestiones en la agenda (como la trata sexual); predominio de perspectiva de la lucha contra la inmigración y lucha contra el crimen. Se percibe ausencia de denuncias que consideran está relacionada con la poca sensibilización del tema. Esto conduce a la dificultad de acceso a las posibles víctimas de trata y explotación laboral.
<b>Competencias</b>	<p>Marcadamente sectorizada y escasamente integral. A las instituciones de la sociedad civil especializadas les corresponde tanto la detección (primaria) como la asistencia integral y acogida (para el restablecimiento de la víctima).</p> <p>La Fiscalía tiene como principal función la coordinación policial ante los casos que llegan a los juzgados, además de estar en contacto con organizaciones de asistencia a las víctimas. Asimismo, le corresponde la coordinación con Inspección de Trabajo y dependencia de las investigaciones policiales. Entre las competencias que tiene la Fiscalía, destacamos: 1. Su competencia para sustentar la acusación ante un supuesto caso de trata (E3); 2. Una posible cooperación internacional, con el objetivo de atender a “todas las posibles peticiones de policía internacional”. (E6); 3. Coordinación fluida con Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) para la prueba anticipada o preconstituída.</p> <p>FCSE son los responsables de las investigaciones que podrán derivan en juicios. A raíz de la instrucción del 2016<sup>113</sup>, son las entidades con competencia de detección e identificación.</p>

<sup>113</sup> Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas. [https://www.policia.es/trata/marco\\_normativo.html](https://www.policia.es/trata/marco_normativo.html)

Categoría de análisis	Análisis de contenido
	<p>La UCRIF se dedica a “todos los delitos que tengan que ver con extranjería, contra la red de inmigración y falsedades documentales, es decir, llevamos Trata, pero también llevamos falsedades documentales [...] favorecimiento de la inmigración ilegal” (E2). Su competencia es el entorno urbano, mientras la Guardia Civil, del entorno rural. Están coordinados, ya que la competencia en materia de extranjería es de la Policía Nacional. El procedimiento para la investigación está establecido para todo el territorio nacional: a partir de una denuncia se coordina con la Fiscalía de Trata.</p> <p>El punto focal para la coordinación en materia de trata, en España, es el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO). Este órgano tiene la finalidad de impulsar y coordinar la integración y valoración de las informaciones y análisis operativos dispuestos por las FCSE, en materia de crimen organizado. Es responsable de la gestión y análisis de toda la información estratégica relativa a la trata, en el marco del crimen organizado. Como punto focal, tiene la competencia de información a organismos internacionales a los que estamos obligados (E16).</p> <p>La Inspección del Trabajo (IPE) tiene competencia para realizar intervenciones cuando existe sospecha o denuncia de irregularidades laborales. Su función sería determinar la existencia de una vulneración del derecho del trabajo y violación de la libertad del trabajo. Y, a partir de ahí, actuar ante casos laborales que afecten en materia de seguridad social, en materia de prevención de riesgos laborales, dar de alta, de regularidad. No obstante, considera que no tienen competencia para entrar en delito de trata (E8 y E9). A su juicio, todo lo que excede a una infracción administrativa se convertirá en presunto ilícito penal; entonces ya no son competentes<sup>114</sup>.</p>

<sup>114</sup> Ley 23/2015, del 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. BOE, N.º 174, del 22 de julio de 2015, pp. 61661 a 61693.

Categoría de análisis	Análisis de contenido
<b>Estructura orgánica</b>	Casi todos los actores entrevistados coinciden sobre la limitación (o escasez) de recursos humanos frente a la demanda de trabajo. En este sentido, para la actuación especializada en trata, la Guardia Civil cuenta con 11 personas (para las tres provincias: Sevilla, Huelva y Almería) y la Policía Nacional también cuenta con otras 16 personas. De estos 27 agentes de las FCSE, solamente 2 son mujeres. En la Fiscalía hay 7 personas (1 mujer), pero también para otros temas. Y, desde la Inspección de Trabajo, hay 38 inspectores para las provincias de Huelva, Sevilla y Almería. Hay algunas ONG (ONGD), personal limitado y dependencia de las convocatorias de subvención para dar seguimiento al trabajo; el trabajo es por proyectos. También comenta sobre la escasez de recursos humanos que puede afectar al buen desarrollo, “La realidad es que con cuatro no pueden hacer nada” (E13).
<b>Coordinación con otros actores</b>	En general se percibe una coordinación personalizada y limitada. Es decir, que depende en gran medida de la persona que está al cargo de una determinada actividad de investigación, detección, identificación y acogida. La coordinación se muestra efectiva cuando se trata de unidades pequeñas. Se observa una mayor colaboración entre los actores de las instituciones de la administración pública (Fiscalía-Policía-IPE) y las entidades que trabajan en redes. Las FCSE aclaran que existe una coordinación directa desde Madrid (E1 y E2) y horizontal con diferentes entidades e Inspección de Trabajo. La colaboración entre estos actores conforma una “Base TRATA” <sup>115</sup> de la Guardia Civil que depende del Ministerio de Interior (E1; E16).

<sup>115</sup> En todas las entrevistas a los/as agentes de las FCSE confirman que la información referente a trata la “vuelcan a una base de datos”, que ellos no pueden ofrecer la información que solicitamos. Con ello se evidencia la dependencia de un sistema centralizado y con pocos recursos (de personal y de dotación presupuestaria).

Categoría de análisis	Análisis de contenido
	<p>Desde Fiscalía se observa una cooperación transversal, que colabora con diferentes actores y promueve una mesa de coordinación - Reunión Semestral - (FCS y Fiscalía + ONG especializadas + Inspección de Trabajo + Subdelegación del Gobierno (E3 y E7). Por un lado, considera fundamental su enlace con las FCSE, ya que las considera “nuestros ojos son las unidades policiales”. En esta línea, el entrevistado 17 añade: “nosotros arrancamos de las investigaciones que se abren, es decir, si hay un momento en el que las investigaciones policiales nos hablan de situaciones de trata en el ámbito del servicio doméstico, pasa a ser una prioridad de la Fiscalía. Es decir, que la Fiscalía no establece una prioridad autónoma inicialmente, porque no sabemos la realidad” (E17). Por otro lado, también expresa que un posible caso de trata laboral participa de las inspecciones, acompañando a los inspectores de trabajo cuando van a la finca. Además, señala coordinación con otros fiscales de trata entre diferentes zonas geográficas, por la movilidad de las presuntas víctimas (E3).</p> <p>La coordinación con actores de otros países se presenta muy escasa o puntuales desde la opinión de los actores.</p> <p>Otro punto interesante está relacionado con la poca coordinación existente a nivel municipal. En este sentido, se comenta sobre la necesaria implicación que deben asumir las administraciones públicas locales, como es el caso de los ayuntamientos, para gestión de recursos e implementación de medidas contra la trata. En el caso específico de Huelva, se considera que los ayuntamientos están “sobrecargados” (E12).</p> <p>IPE considera que tiene buena coordinación con los diferentes actores implicados en la represión, sanción y enjuiciamiento de los casos de trata, cuya colaboración con las FCSE es para que la Inspección de Trabajo determine la existencia de una relación de trabajo sin derechos (E8). También colabora con la mesa de la Fiscalía ante indicios de caso de explotación o trata u otros delitos; puede realizar un informe y elevar a la fiscal lo que ocurrirá en paralelo con las investigaciones policiales (E8). Finalmente, también manifiesta colaboración con sindicatos como UGT y CCOO (E9).</p>

Categoría de análisis	Análisis de contenido
	<p>Un elemento ausente en el ámbito de la coordinación son los sindicatos, “los únicos contactos con los sindicatos se produce cuando llega una denuncia allí... cuando son comunicados no tienen problema ninguno, no lo cuentan” (E8, E9, E5, E10 y E15). Se contactó para una posible entrevista, pero no se ha logrado.</p>
<p><b>Formación especializada</b></p>	<p>Por un lado, se observa la carencia y necesidad de más formación especializada y capacitación de algunos actores, como las unidades especializadas, ya que comentan que los cursos están centralizados en Madrid y solamente los/as coordinadores reciben la formación y la transmiten a los demás miembros locales (E1, E2, E3, E6, E7 y E13). Esta carencia formativa también se puede detectar por confusión conceptual entre las categorías trata y prostitución, tráfico y migración irregular (E12).</p> <p>Esta ausencia de cursos especializados también está presente en las entrevistas a los inspectores del trabajo, que no reciben una formación específica de trata de personas, y formas asimiladas a la esclavitud (E8 y E9). Lo que también se extiende al ámbito jurídico que son los actores responsables tanto para la represión del delito, sanción de los delincuentes y garantía de justicia con las víctimas-supervivientes. En este sentido, la Fiscalía opina que observa una “mayor sensibilidad de los jueces”. Pero, también afirma “que todavía hay que hacer mucha pedagogía y cuesta visibilizar la realidad de la Trata” (E3). Además de la centralización, también se manifiesta la carencia de las acciones formativas específicas: “programas de formación que vienen determinados desde Madrid. No recuerda haber curso específico sobre la materia” (E8). Y también, “La formación llega solo desde Madrid, a nivel central, que se organizan cada año formaciones, pero para la inspectoría de trabajo la participación es voluntaria; los inspectores y subinspectores participan voluntariamente. A nivel provincial, estas formaciones no se hacen” (E9).</p>

Categoría de análisis	Análisis de contenido
<b>Conocimiento sobre la situación y medidas</b>	<p>Fueron clasificadas en siete:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Que entre determinados actores se observa la predominancia de un conocimiento sesgado o limitado sobre la materia (E1).</li> <li>2. Predomina la opinión de que hay dificultad de acceso a las posibles víctimas, a los asentamientos (o lugares donde se alojan) o de otras pruebas que puedan contribuir a comprobar el indicio de trata laboral (E5, E10 y E15). Asimismo, se reconoce que en “una provincia como Sevilla que contienen tantas zonas agrícolas, evidentemente hay trata laboral, y además de los casos que hemos formulado acusación” (E3). Sin embargo, prevalece la dificultad para probar los hechos: “después de investigarse los hechos no se reúne material probatorio suficiente o el fiscal o el juez de oficio acuerda sobreseimiento y archivo de las actuaciones y nosotros estamos de acuerdo con esa resolución, porque entendemos que no hay material probatorio para seguir adelante” (E3). En este sentido, reconoce que la investigación proactiva está “muy en pañales” (E3, E17). Confirma la existencia de un protocolo de actuación para protección de las víctimas (E3, E6, E17).</li> <li>3. Otro tema que sobresale de las entrevistas es el “limbo” en el que se encuentran las personas que están en los internados y asentamientos en zonas agrícolas (Huelva y Almería). “Allí está perdido en las manos de Dios y no sabes lo que te vas a encontrar ni nada necesitamos un poco también... a veces esa protección que te blindas eh... las personas uniformadas suelen calmar un poco los ánimos porque estamos hablando de sector un poco difícil” (E8).</li> <li>4. Se expresa la dificultad de aplicación y descripción legal de la trata laboral debido, sobre todo, a la falta de tipificación de las conductas de trata laboral, esclavitud, condiciones asimiladas a la esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, sin las cuales resulta espinoso realizar una represión a la trata (E6, E7 y E16 y E17).</li> </ol>

Categoría de análisis	Análisis de contenido
	<p>5. Consideran que, debido al volumen del contingente de contratación, hay “posibles casos de trata que son reconocidos como ‘delito contra los trabajadores’ (art. 318 CPE)” (E1). También señala la discrepancia entre el sindicato SAT que lleva a falta de credibilidad de las pocas denuncias presentadas<sup>116</sup>.</p> <p>6. Señalan la ausencia de visibilidad y de responsabilización de la cadena de la trata (E17). Es decir, hay necesidad de abordarla como un proceso y en las distintas etapas y con los actores involucrados en la organización. “El empresario contacta con el manijero” y este es el que causa la explotación (E2). Asimismo, surge de la percepción de que por parte del empresario todo está controlado (E13). Se observa, así, que a ellos no les interesa la imagen negativa que pueda generar la explotación (tanto sexual como laboral), ya que impacta de forma negativa en sus beneficios (E13). De ahí que el entrevistado 17, señala que: “Hay que empezar a exigir al empresario que paga a un intermediario que no se desentienda de si ese dinero llega o no a los trabajadores, en qué condiciones están los trabajadores; eso hay que evitarlo, las empresas deben tener programas de cumplimiento normativo, que prevean este delito de trata y adopten medidas para evitar, combatirlo y erradicarlo en alguna forma. [...] puede haber lo que se llama una responsabilidad por comisión por omisión” (E17).</p> <p>7. Por último, el punto focal de España comenta sobre el Plan Estratégico Nacional contra la Trata de Seres Humanos (PENTRA) que se está coordinando desde CITCO, junto con la “Fiscalía, Policía, Guardia Civil, Justicia, Educación, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Trabajo, Inspección de Trabajo, es decir todos los actores vinculados” (E16). A dicho plan todavía no hemos tenido acceso.</p>

<sup>116</sup> Afirma que: “Esas 10 personas del SAT fueron a denunciar el abuso a los que estaban sometidas; que no se respetaban los horarios, no se las dejaba salir, una serie de irregularidades en el tema del trabajo diario, sin embargo, de esa empresa fueron 115 trabajadoras marroquíes asegurando que todos eso era una manipulación por parte de los sindicatos y que eran falsas”. (E1).

Categoría de análisis	Análisis de contenido
<b>Valoración y evaluación de las medidas aplicadas</b>	<p>Los actores coinciden en al menos seis puntos que son mejorables: 1º. Dificultades de acceso a los asentamientos, de ahí la dificultad de conocer la situación laboral real en la que se encuentran los/las trabajadores/as migrantes; 2º. Carencia de una articulación intersectorial para con ello mejorar y potencializar las sinergias ya existentes; 3º. Es deseable potenciar la formación especializada, capacitación y desarrollo de medidas coordinadas que conduzcan a una acción humanizada; 4º. Necesidad de mejorar la coordinación entre agentes involucrados con el tema; 5º. Urge un marco jurídico bien definido sobre la trata laboral, como por ejemplo una “ley integral contra la trata”, y cambios en el código penal para la definición de conductas de esclavitud y trabajo forzado (E7 y E16); 6º. Mejorar las relaciones laborales, concienciación y sensibilización sobre la materia en toda la cadena de producción.</p> <p>Asimismo, otro punto que sugieren que debería cambiar es referente al patrón de respuesta ante posibles casos de trata. Eso significa que el modelo de procedimiento judicial español es reactivo ante casos de trata (E3 y E17). Es decir que, durante los procedimientos judiciales, traslada la carga de prueba a las víctimas. Considera que este modelo debería caminar hacia un modelo de investigación proactiva (E3 y E17). Un ejemplo: “Desde el punto de vista procesal, fundamentalmente mecanismos a los que solemos acudir en estos tipos de procedimientos: 1. Mecanismo de la figura del testigo protegido (al que recurrimos con bastante frecuencia); 2. Mecanismos de la prueba preconstituída; 3. Medidas de protección que contempla el Estatuto de Víctima en general para todo tipo de víctimas y el artículo 25, para víctimas de trata de seres humanos” (E3)<sup>117</sup>.</p>

<sup>117</sup> A este respecto la entrevistada 3 añade: “Dentro de este procedimiento reactivo, las medidas ofrecidas a las víctimas para que colaboren en el procedimiento penal, se aplica el contenido de una ley de protección de testigos y peritos del año 1994. Esta ley presenta un problema que se da en el juicio oral, porque el defensor del acusado puede pedir la identidad de la víctima”.



Categoría de análisis	Análisis de contenido
	<p>En un balance de las medidas utilizadas, se destaca la relevancia de la prueba preconstituida que podrá ser utilizada en el acto del juicio. El requisito para la realización de esta es la “presencia de todas las partes, es decir, del abogado defensor, del Ministerio Fiscal, si la propia VT tiene su abogado y está constituida como acusación particular, también, esa declaración se graba” (E3). Sobre este particular, sugiere buenas prácticas (E3, E14 y E17), como la experiencia italiana.</p> <p>También registramos como valoración positiva las medidas implementadas para la protección administrativa, ofrecida por el artículo 59-bis, ofrecidas por las FCSE; sin embargo, las víctimas de trata (o potenciales), en su mayoría no acuden por miedo a represalias directas o indirectas (a sus familiares en el entorno de origen) (E3 y E4).</p>
<b>Indicadores de trata</b>	<p>La existencia de indicadores de engaño, abuso de vulnerabilidad, aislamiento, violencia física y/o sexual, intimidación y amenazas, retención de documentos, retención de salarios, condiciones de trabajo y vida abusivas. Estas serán expuestas a continuación.</p>

Fuente: elaboración propia a partir de la matriz de las entrevistas.

### 5.1. Análisis de los indicadores de trata desde la percepción de los actores en terreno

A partir de los indicadores de trata laboral de la OIT (2012), las entrevistas también dejan entrever la existencia de explotación laboral agrícola en asentamientos de Huelva, Sevilla y Almería. Los indicadores que hemos sacado de las entrevistas son: retención de documentos, trabajo exhaustivo, viviendas precarias (o condiciones insalubres de subsistencia)<sup>118</sup>, control de

<sup>118</sup> Diferencias en la situación en que se encuentran las personas que están en las fincas no regularizadas, con un alojamiento más o menos decente, en condiciones, luego estarían las que están en los asentamientos): Suma de vulnerabilidades: “la que está en la finca vive en el primer mundo entiéndeme, tiene un alojamiento” (E12).

movimiento y comunicación con familiares, irregularidades desde la contratación en origen (E3 y E6), discriminación y violencia de género (E1), y engaño (E12).

Otros indicadores son la situación de control y de exposición de las mujeres en los campamentos. En el primer caso, se deduce de las entrevistas que: toda comunicación y alimentación se hace a través del “manijero”; la venta de la comida y bebida en el local de trabajo (con precio abusivo) se descuenta de la jornada. En casos más extremos, se ha detectado que: «Relata [...] caso que expone la captación en condiciones de vulnerabilidad, el traslado, la acogida (hacinados), y la sumisión al trabajo agrícola sin recibir por ello» (E13).

La discriminación de género y los abusos derivados de la mayoría de los contratos en origen, para el trabajo de los frutos rojos en el campo de Huelva, la sufren, las mujeres marroquíes (90% de las 20 mil) (E1, E10). Estas vienen de un entorno en origen en el que la mujer está en una “escala inferior” y prácticamente no se les permite tener voz propia. Además, se observa que este perfil garantiza el proceso de migración circular con su retorno a Marruecos: “Sí, dan menos problemas de orden público y además con las mujeres parece que se garantiza más su vuelta a Marruecos una vez que han finalizado el trabajo. Parece que todas tienen el mismo perfil, tienen una familia, a que al final van a volver, lo que es un error, puesto que el año pasado no regresaron casi 2 mil mujeres” (E1). Como se ha puesto de manifiesto, en el caso de las denuncias de agresión sexual (Huelva), las mujeres que denuncian suelen quedarse expuestas y rechazadas por su propia comunidad<sup>119</sup>: “Hay mujeres que no han podido volver porque no las acepten en su familia, y luego las que han venido a esa empresa, entre ellas se sabe qué empresa era el manijero que ofrecía o que metía mano” (E2). O, bien: “lo más común es someterla y decirle: bueno, si no te acuestas conmigo no te vamos a dejar trabajar, [...], te voy a echar a tu país” (E1).

---

<sup>119</sup> El entrevistado 2 comenta sobre el hecho de que la captación en origen por red familiar o de amigos dificulta la denuncia.

Se observa que la demanda de mano de obra, en la zona agrícola de Andalucía, está cubierta, en su mayoría, por migrantes extranjeros. Estos, en muchos casos, no dominan el idioma, vienen de un entorno sociocultural distinto y desconocen los recursos existentes y sus derechos como trabajador/a migrante. También subrayan la importancia de reconocer entre los flujos migratorios aquellos que son establecidos para cubrir la demanda de mano de obra, de aquellos que vienen de forma irregular. Confía que estos son los que están sujetos a la explotación, como demuestra el entrevistado 13: “luego el flujo tan grande de extranjeros que tenemos pues también viene a favorecer esta... digamos exceso de mano de obra extranjera, gente que, además, carece del permiso para trabajar y supone que existe una inmigración no controlada o irregular pues también se puede prestar o favorecer a que... exista una explotación laboral” (E13).

Otro indicador que aparece es el engaño, tanto de la regularidad de su situación administrativa en España, como de las condiciones de trabajo y vivienda: “ofrecerle su regularidad de situación a través de la agresión sexual”. Otro más es la condición sanitaria no adecuada que encuentran tanto para el desarrollo de su actividad laboral, como en la vivienda.

Además, señalan que la cuestión de la vulnerabilidad, que está muy poco investigada y trabajada, es el impacto de estos procesos en la salud de las personas en contexto de trata. En el caso particular de Huelva, se observa el impacto en la salud mental de las mujeres en el proceso de captación en Marruecos, el traslado desde Tánger a Huelva y la acogida, que en algunos casos no son las idóneas. “El miedo que tuvo esa mujer le provocó un brote que no te puedes ni imaginar y yo esas cosas no sé hasta dónde se pueden decir o no, pero Salud la ha tenido que tratar, salud mental” (E12).

## **6. Discusión**

Las entrevistas realizadas permiten entender que hay al menos tres aspectos que conducen a prácticas violatorias de derechos humanos: primero, la ausencia de capacitación, formación, sensibilización y recursos humanos

(y materiales) que inciden en la no protección de los derechos humanos de gran parte de las personas contratadas en origen, explicada en el apartado 2, y explotadas en destino, ya que muchas de estas mujeres no tienen redes de apoyo, no hablan español ni tampoco conocen sus derechos como trabajadoras migrantes. En consecuencia, muchas están sometidas a situaciones abusivas, fraudulentas, de violencia y con restricción de movimiento, que configuran la trata laboral. Esto ocurre porque el sistema no está pensado para la protección de las personas migrantes, objeto de explotación, y sí, para garantizar trabajadoras a un precio y según las características definidas por el empresario.

El segundo factor es la carencia de un marco jurídico, armonizado con las obligaciones asumidas por España en el marco del derecho internacional. Esto significa que el régimen español de enfrentamiento a la trata no cumple con la debida diligencia asumida por el Estado, como lo han manifestado, principalmente, los actores entrevistados. Por consiguiente, prevalece el enfoque de orden público (explicado en el Cuadro 1) que, por un lado, impacta en la protección, asistencia y reparación de los derechos de las presuntas víctimas de trata laboral y que, además, permite que prevalezca la impunidad y la poca notificación de casos. Por otro lado, contribuye a un enfoque trafiquista en toda acción de combate a la trata. Asimismo, el no reconocimiento jurídico, por un lado, conlleva la exposición de los migrantes a contextos de vulnerabilidad y, por otro lado, a que prevalezca la impunidad.

El tercer factor presente en las entrevistas es la insuficiencia de la política pública española de enfrentamiento a la trata, que está casi limitada a la trata sexual. Esto se hace presente en la práctica de los actores cuando manifiestan la carencia de recursos (materiales y humanos) para las acciones de enfrentamiento a la trata. No solo está centralizadas, sectorizadas, como también limitada las acciones de sensibilización, prevención, formación y capacitación; hechos que dificultan una acción proactiva fundamentada en los once pilares para la promoción de una visión inclusiva y una respuesta centrada en los derechos humanos. Como consecuencia, el contingente

contratado en origen, desde su necesidad (esclavas de la necesidad) conforman esta masa humana de gente desechable (Bales, 2001).

## **7. Conclusiones. ¿Cómo contribuir a ser más efectivo el enfrentamiento a la TSH?**

Lo primero es tener presente que la trata es dinámica, compleja y polifacética; que ocurre en un contexto de movilidad humana donde las personas buscan mejores condiciones de vida y pretenden mejorar su nivel de desarrollo humano. Como se ha expuesto, la migración de mujeres marroquíes para cubrir la demanda laboral, en la zona rural de Huelva, está totalmente instrumentalizada desde la delimitación del perfil de mano de obra solicitado, que busca atender a la demanda neoliberal del mercado. Pese a sus limitaciones, este estudio pone de manifiesto que el proceso de contratación en origen, la falta de seguimiento con este tipo de migración circular, no establece ninguna estrategia que favorezca a la eliminación de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. Esto ocurre debido a la inexistencia de diferentes factores relacionados con la falta de debida diligencia del Estado.

Para corregir este grave problema se necesita dos cosas: voluntad y compromiso. Estos posibilitan estructurar pactos de Estado a largo plazo, centrados en prevenir, sensibilizar, visibilizar, capacitar sobre la descomposición social provocada por la trata de personas; sancionar, reprimir y perseguir el delito que perturba el orden social y la seguridad humana; asistir, reparar e integrar a las víctimas de esta violación masiva de derechos humanos. Esto posibilitaría establecer un compromiso centrado en el desarrollo humano, y con ello cumplir con la protección efectiva de los DD. HH., y permitir condiciones de vida digna y libres de explotación, control y dominio, que caracterizan la trata como una forma contemporánea de esclavitud.

A partir del trabajo de campo, podemos afirmar que no se puede combatir la trata de personas sin propiciar un trabajo decente, que ofrezca posibilidad real de autonomía y libertad. Como se ha expuesto, el contexto

de explotación laboral, derivado de la migración de mujeres marroquíes a la zona rural andaluza, genera contextos de vulnerabilidad e invisibilidad. De ahí la importancia de vincular estrategias que favorezcan el empoderamiento de la mujer desde la igualdad de oportunidades, que mejora su resiliencia y disminuye su contexto de vulnerabilidad o sus situaciones de explotación, como es el caso de la trata. Para ello, la perspectiva interseccional es fundamental para enmarcar vectores de solución, que combatan la vulnerabilidad y eliminen las causas macroestructurales que fomentan la trata de personas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alter, K. y Meunier, S. (2009). The politics of international regime complexity. *Perspectives on Politics*, 7(1), 13-24.
- Anthias, F. (2012). Transnational mobilities, migration research and intersectionality Towards a translocational frame. *Nordic Journal of Migration Research*, 2(2), 102-110. DOI: 10.2478/v10202-011-0032.
- Bhabha, J. (2015). Editorial: Looking Back, Looking Forward: The UN Trafficking Protocol at fifteen. *Anti-Trafficking Review*, (4). <https://doi.org/10.14197/atr.20121541>
- Bales, K. (2001). *La nueva esclavitud en la economía global*. Siglo XXI.
- Collins, P. H y Chepp, V. (2013) Intersectionality. *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, The Oxford Handbook of Gender and Politics.
- Correa da Silva, W. (2018). *Regime Internacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas. Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Lumen Juris.
- Crenshaw, K. (1991, julio). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299.
- FIDH (2012, enero). *Importación de mano de obra para exportación de fresas: condiciones laborales en los cultivos de fresa en Huelva* (España). 578e. [https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe\\_fresas\\_esp.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_fresas_esp.pdf)
- Gallagher, A. T. (2015). Two cheers for the trafficking protocol. *Anti-Trafficking Review*, (4). <https://doi.org/10.14197/atr.20121542>

- Gómez Mera, L. (2017). The global governance of trafficking in persons: toward a transnational regime complex. *Journal of Human Trafficking*.
- Gómez-Mera, L. (2015). Regime complexity and global governance: The case of trafficking in persons. *European Journal of International Relations*, 22(3), 566-595
- Gómez-Mera, L. (2015b). La complejidad del régimen internacional y la gobernanza regional: evidencia de Latinoamérica. *Foro Internacional*, 55(2), 503-539.
- Migration Matters (2017). *Interseccionalidad and Settlement*, (41), 1-2.
- Moreno Nieto, J. (2016). *Trabajo y género en la globalización agroalimentaria. Las trabajadoras de la fresa en Marruecos*, Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, 22/02/2016. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/672185>
- Muller, P., y Prandi, S. (2018a, 30 de abril). Rape in the fields. *Correctiv*. <https://correctiv.org/en/top-stories-en/2018/04/30/rape-in-the-fields/>
- Muller, P., y Prandi, S. (2018b). One of the world's leading food certifiers will investigate the alleged sexual abuse of women farmworkers. *Buzzfeed News*. <https://www.buzzfeednews.com/article/pascalemueller/spain-farm-worker-investigation>
- MZC (2012). *Las mujeres migrantes, la trata de seres humanos con fines de explotación y los campos de fresa de Huelva*. MZC/AACID.
- ODHE (2019, octubre). *Desmontando la "inmigración ordenada": el trabajo de las temporeras de los frutos rojos*. ODHE.
- OIT. (2012). Indicadores de trabajo forzado de la OIT. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_718555.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_718555.pdf)



Palumbo, L., y Sciarba, A. (2018, mayo). *The Vulnerability to Exploitation to Women Migrant Workers in Agriculture in the EU/ Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs - Directorate General for Internal Policies*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL\\_STU\(2018\)604966\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL_STU(2018)604966_EN.pdf)

Raustiala, K., y Victor, D. (2004). The Regime Complex for Plant Genetic Resources. *International Organization*, 58(2), 277-309.

UNDOC. *Global Report on Trafficking in Persons*. UNODC Research.

Women's Link (2018). *Contrataciones en origen - Trabajadoras de la fresa en Huelva*. Women's Link Worldwilde. <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3081/contratacion-en-origen-temporeras-de-la-fresa.pdf>

## **Jurisprudencia**

Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C N.º 318.

TEDH, *Case Van Der Musselle vs Belgium*, N.º 8919/80. 23 de noviembre de 1983.

TEDH, *Case Siliadin vs. France*, N.º 73316/01. 26 de julio de 2005.

TEDH, *Case Rantsev vs. Cyprus and Russia*, N.º 25965/04, 7 enero de 2010.

TEDH, *Case C. N. and V. vs. France*, N.º 67724/09, 11 de octubre de 2012.

TEDH, *L. E. vs. Greece*, N.º 71545/12, 21 enero de 2016.

TEDH, *Case Chowdury and Others vs. Greece*, N.º 21884/15, 30 de marzo de 2017.

TEDH, *T. I. and Others vs. Greece*, N.º 40311/10, 18 de julio de 2019.

TEDH, *V. C. L. and A.N. vs. the United Kingdom*, N.º 77587/12 y N.º 74603/12. 16 de febrero de 2021.

# TRATA DE SERES HUMANOS Y SERVICIO DOMÉSTICO: PRINCIPALES FACTORES PROPICIADORES DE ESTA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN HUMANA

*Leire Berasaluze Gerrikagoitia*<sup>120</sup>

## Resumen

La confluencia de ciertos factores influye en la expansión de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y para el servicio doméstico como, por ejemplo, el incremento de la población mundial, la migración internacional, el cambio económico y social, o el empobrecimiento de un elevado número de la población mundial, enmarcado todo ello en el contexto del modelo económico capitalista global. En este sentido, para las mujeres que proceden del sur global, la búsqueda de oportunidades se traduce en dar respuestas a las necesidades patriarcales de limpieza, cuidado y sexo, pudiendo ello mutar en el fenómeno de la trata de seres humanos. Así, el presente trabajo ahonda en los factores que propician la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico.

**Palabras clave:** trata de seres humanos, servicio doméstico, esclavitud, trabajo forzoso, inmigración.

## Sumario

*1. Introducción. 2. Factores facilitadores para la existencia de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio*

---

<sup>120</sup> Prof. Doc. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Investigadora del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua.

*doméstico: los factores de empuje y de llamada. Push and Pull Factors. 2.1. Factores de empuje-push factors. 2.2. Factores de llamada-pull factors. 3. Factores facilitadores de explotación concretos del servicio doméstico. 3.1. Introducción. 3.2. El lugar de trabajo y la heterogeneidad de las tareas como factores facilitadores de la explotación en este sector laboral. 3.3. La situación de poder como factor facilitador de la explotación en ese sector laboral. 3.4. La “improductividad” económica como factor facilitador de la explotación. 3.5. La inmigración irregular como factor de vulnerabilidad facilitador de la explotación en el sector laboral. 3.6. La regulación laboral del servicio doméstico (España) como factor facilitador de la explotación en dicho sector laboral. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.*

## 1. Introducción

La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito de servicio doméstico consiste en captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas, incluyendo el intercambio o la transferencia de control sobre estas, por medio de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona<sup>121</sup>, con el fin de explotarla en el sector laboral del servicio doméstico.

La trata de seres humanos es, además de un crimen grave, una flagrante violación de los derechos humanos (Directiva 2011/36/UE), ya que reduce a las personas a meras mercancías (Resolución del Parlamento Europeo, del 5 julio de 2016, sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE). La modalidad de explotación sexual de dicho fenómeno ha sido la que mayor atención doctrinal, así como institucional y política ha recibido (Villacampa Estiarte y Torres Ferrer, 2021, p. 190 y ss.), ignorando la trata con fines de explotación laboral. Ante la inexistencia de alarma social sobre la cuestión, las víctimas de esta modalidad de trata de seres humanos resultan invisibles (Smit, 2011, p. 187). La prioridad política de esta cuestión es menor (Smit, 2011, p. 188) que en la modalidad de trata con fines de explotación sexual (Alexanian, Sales Gutiérrez. y Camarasa i Casals, 2015, p. 6), pudiendo ello generar una doble victimización de las mismas. Según la Comisión Europea, ello puede estar infraestimando a las demás finalidades de trata de seres humanos (European Commission, 2016, p. 162).

---

<sup>121</sup> Definición de la trata de seres humanos del art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la ONU. La misma se recoge de forma casi idéntica tanto en el art. 4 del Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa o el art. 2 de la Directiva 2011/36 de la Unión Europea, que serán estudiados en siguientes capítulos.

Por su parte, el sector laboral del servicio doméstico ha sido tradicionalmente y sigue siendo uno de los ámbitos laborales más feminizados<sup>122</sup>. Mujeres, niños y niñas son captadas y explotadas en el desempeño de tareas y servicios domésticos (Hardison Walters, Lutnick, Miller y Kluckman, 2015, pp. 1-7; Accem, 2006, p. 73; Alexanian, Sales Gutiérrez y Camarasa i Casals, 2015, p. 25), principalmente en hogares privados, dado que este tipo de trabajo se lleva a cabo fuera de la esfera pública, siendo una forma casi invisible de explotación humana, por las dificultades que presenta la naturaleza oculta del trabajo, así como el aislamiento social que sufren las víctimas (ILO, 2010, p. 10). En efecto, la servidumbre doméstica es realmente difícil de detectar debido a la reclusión casi absoluta de las víctimas, teniendo en cuenta, además, que a menudo, es un sector laboral que no tiene una regulación integral, propiciando diversas formas de explotación laboral (ILO, 2010, p. 11 y ss.).

Además de un sector feminizado, es también un ámbito laboral que ha sido ocupado por mujeres migrantes: tanto por la alta demanda de estos servicios en los hogares, como por la respuesta al envejecimiento de la población, así como por los cambios de los modelos de familia con una mayor participación de las mujeres en el mundo laboral extradoméstico (Lamelas Castellanos, 2014, p. 177).

Por lo que respecta a los factores que propician la explotación en el ámbito del servicio doméstico, algunos son intrínsecos al propio sector: el hecho de desarrollarse en hogares familiares obstruye su visibilidad y facilita la inexistencia de contratos laborales y el empleo de personas en situación irregular (OSCE, 2010, p. 10). Ahora bien, el fenómeno de la trata de seres humanos se produce por factores globales que inciden en el sistema de forma macro, meso y micro: la globalización y el sistema capitalista neoliberal han sido determinantes para la confluencia de estas características, y para la manifestación de la trata en el servicio doméstico (Pérez Machío, 2016,

---

<sup>122</sup> <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/EmpleoPrestaciones/OcupacSectRamasActividads.htm>

p. 373; Jac-Kucharski, 2012, p. 156). La globalización, entendida como el libre movimiento del capital y la dominación de los mercados financieros globales, favorece la desigualdad tanto a niveles regionales como globales, produciendo diferencias significativas a nivel individual, grupal y nacional (Fariñas Dulce, 2000, p. 27; Gutiérrez Castañeda, 2014, p. 57). Ello deviene de la concentración de la riqueza y el poder *económico* en los países industrializados, en perjuicio de los países del sur global, que se sumergen en la pobreza, la sumisión y la explotación (De La Cuesta Arzamendi, 2003, p. 60; Pérez Cepeda, p. 8; Prat Westerlindh, 2005, p. 65).

Si bien, un análisis exhaustivo sobre la globalización y el modelo económico capitalista neoliberal excedería los límites del presente trabajo<sup>123</sup>, no podemos dejar de señalar que el acaecimiento del fenómeno de la trata de seres humanos reside en el tránsito internacional de las personas de países más desfavorecidos hacia los del norte global (Santana Ramos, E. M., 2017, p. 436.), aumentando la inmigración laboral (Chuang, 2006, p. 140.). Con ello, se posibilita la diferenciación de seres humanos (Fariñas Dulce, 2000, p. 27), siendo una parte de los mismos reducidos a la categoría de mercancía dentro de la economía ilegal (De La Cuesta Arzamendi, 2003, p. 60), como es el caso de las víctimas de trata de seres humanos: un fenómeno subyacente y contiguo a la inmigración, que comienza con una decisión consciente de trasladarse (Gallagher, Robinson, Bourke-Martingny, 2002, p. 16). De este modo, los tratantes tienen la oportunidad de escoger a aquellas personas de mayor vulnerabilidad y obtener beneficios de estas (Chuang, 2006, p. 140).

---

<sup>123</sup> Para una profundización sobre las teorías sobre la globalización, véanse los siguientes trabajos, Campione, R., “Los procesos de globalización y la migración transnacional”, en P. Linera (Coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 262 y ss.; Terradillos Basoco, J. M., “Sistema penal e inmigración”, *Serta. In Memoriam Alexandri Barata*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1464 y ss.; Bauman, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2004; entre otros.

En el caso de la trata con fines de explotación en el sector del servicio doméstico, se comprende que la inmigración femenina responde a las necesidades anteriormente referidas (Anderson, 2007, p. 248; Bakan y Stasiulis, 1995, pp. 303-335; Bonet Esteva, 2014, p. 281).

## **2. Factores facilitadores para la existencia de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico: los factores de empuje y de llamada (*push and pull factors*)**

La teoría conocida como *push-pull* explica el fenómeno de la migración basándose en elementos asociados tanto al lugar de origen como al lugar de destino (Micolta León, 2005, p. 68; Aronowitz, 2009, p. 11; Bales, 2000, pp. 13 y ss.; Giménez-Salinas Framis, Susaj y Requena Espada, 2011, pp. 04:05 y ss.; Pérez Cepeda, 2004, pp. 2-24; Pérez Alonso, 2008, p. 52; Villacampa Estiarte, 2011, pp. 85 y ss.). Siguiendo dicha teoría, existen ciertos factores determinantes denominados de empuje o de llamada que favorecen la migración, la trata de seres humanos (Masika, 2002, p. 28) y, con ello, la explotación laboral en el servicio doméstico.

### **2.1. Factores de empuje (*push factors*)**

Los factores de empuje (*push*) en la trata de seres humanos con fines de explotación laboral son los que afectan a las víctimas en su lugar de origen. Los mismos ejercen presión sobre la población de los países de origen, llevando a ciertas personas a asumir conductas de riesgo para mejorar sus condiciones económicas y de vida (Ibáñez Peinado, 2012, pp. 420; Pérez Cepeda, 2004, pp. 2-24; European Union Agency for Fundamental Rights, 2015, p. 45).

Los llamados *push factors* vienen a ser aquellas situaciones como la crisis económica, la inestabilidad política, conflictos armados, desigualdades sociales, discriminación por género, que hacen que una persona quiera abandonar su lugar de origen para encontrar un futuro mejor (Stanojoska, 2015, p. 2).



Por lo que respecta a los factores de inestabilidad política y conflictos armados que facilitan la existencia de la trata de seres humanos, el informe de 2018 de UNODC recoge que los campos de refugiados son lugares ideales para que los tratantes capturen a futuras víctimas, siendo predominante el género femenino. Asimismo, ser refugiado no es el único de los factores, sino que, como expone Naciones Unidas, las personas migrantes que intentan traspasar una zona de conflicto corren el mismo riesgo (UNODC, 2018, p. 13). En el sentido mencionado por ACCEM, las mujeres y niñas que son migrantes, así como refugiadas, están totalmente expuestas a muchos riesgos y peligros, como la trata de seres humanos (ACCEM, 2019, p. 47). Es lo que Feingold denomina migración por supervivencia, diferenciada de la migración que tiene como objetivo encontrar nuevas oportunidades de vida (Feingold, 2005, p. 28).

Por su parte, incidiendo en lo anteriormente mencionado, la globalización tiene gran importancia para la expansión del fenómeno migratorio y, por consiguiente, para la trata de seres humanos. La necesidad de migrar por necesidades económicas es un factor que facilita la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico (Kaye, M., 2003, p. 57; Anderson, B., 2000, p. 6). Además, como consecuencia de la feminización de la pobreza, no sorprende que las mujeres constituyan la gran mayoría de las víctimas de trata de seres humanos en su totalidad (Shearer Demir, 2003, p. 12); ello deriva del fracaso de las estructuras sociales existentes para proporcionar oportunidades de educación y empleo de forma equitativa para las mujeres (Coomaraswamy, 1997, párr. 58; Carretero Palacios, 2014, p. 14), ya que, a pesar del supuesto igualitarismo conseguido en la sociedad occidental (Pujan Llombart y García-Dauder, 2010, p. 8), gran parte del mundo no sigue los estándares establecidos para la igualdad de género, y el sexo femenino es discriminado en cuanto a sus derechos, o en cuanto al acceso al mercado laboral, lo que provoca la necesidad de emigrar a países donde supuestamente “no existe” esta desigualdad (Ibáñez Peinado, 2002, p. 421; Masika, 2006, p. 28).

Las tendencias globalizadoras producen ambientes que propician el fenómeno de la trata de mujeres, convirtiéndose el servicio doméstico en un sector laboral necesario para mantener la producción del sistema, pero con un índice de deseabilidad social bajo (Linares Seguí, 2001, p. 107). La prestación de estos servicios se produce a través de la instrumentalización de las personas que el mercado excluye (De La Cuesta Arzamendi, 2003, p. 71), como las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular. Ahora bien, estas mujeres desempeñan un papel fundamental en la economía global, dado que, a pesar de realizar trabajos invisibles y de bajo salario, los hogares, comunidades y, por consiguiente, los gobiernos, dependen de estas mujeres para su supervivencia económica. Esto es lo que Sassen denomina la “feminización de la supervivencia” (Sassen, 2002, p. 263). Al fin y al cabo, para que los trabajadores produzcan y consuman, es necesario que alguien se ocupe de las tareas domésticas, así como del cuidado de personas menores o mayores dependientes, por lo que la economía también depende de estas mujeres para su supervivencia.

## **2.2. Factores de llamada (*pull factors*)**

A la inversa, los factores de llamada (*pull factors*), que propician situaciones ideales para la atracción de las víctimas de trata de seres humanos (López-Sala, 2011, pp. 59-60; Giddens, 2000, p. 203; Seo-Young, 2012, p. 11), son la demanda de mano de obra (Chuang, 2006, p. 144), la situación económica favorable, así como las libertades políticas (Jac-Kucharski, 2012, p. 154).

Los avances tecnológicos y el acceso a internet han permitido que las comunidades más aisladas conozcan las oportunidades existentes en el extranjero (Samarasingue, 2003, p. 96-97), fomentando grandes esperanzas y expectativas a las mujeres de entornos pobres que se encuentran sin empleo (Boswell y Crisp, 2004, p. 6). Varios factores fortalecen la “llamada” a la inmigración —que en ciertos casos muta en trata de seres humanos—, como, por ejemplo, la existencia de menores restricciones para viajar y el abaratamiento de los desplazamientos, el establecimiento de rutas de migración y

el surgimiento de comunidades en los países de destino (Boswell y Crisp, 2004, p. 10).

Así, los inmigrantes en situación irregular suplen las carencias de mano de obra no cualificada, por lo que los sectores económicos menos regulados son los puntos débiles de la trata con fines de explotación laboral (Europol, 2016, p. 23), como el servicio doméstico (ILO, 2005, p. 46).

En este sentido, en España, a finales del siglo XXI, las mujeres españolas mejoraron su situación laboral, por lo que se incrementaron las ofertas de empleos domésticos (León, 2010, pp. 3-8), siendo la razón de la progresiva etnización de dicho empleo (Bonet Esteva, 2014, p. 281). A tal efecto, se han creado rutas migratorias y también comunidades nacionales en los países de destino, por lo que crecen las expectativas de oportunidades de éxito (Aronowitz, 2002, p. 7).

Estas mujeres inmigrantes en situación irregular suplen las carencias de mano de obra no cualificada, por lo que los sectores económicos menos regulados son los puntos débiles de la trata con fines de explotación laboral, como es el caso del servicio doméstico (Europol, 2016, p. 23).

Como Anderson subraya, la trata en el servicio doméstico es una expresión más de la sociedad capitalista, donde las personas ciudadanas de los países receptores tienen oportunidades para explotar a aquellas con necesidades económicas, ya que las legislaciones sobre inmigración criminalizan a la persona inmigrante trabajadora, que, a su vez, es dependiente de su empleador o empleadora para conseguir o mantener un permiso de residencia (Anderson, 2000, p. 6).

Además, las y los empleadores prefieren a las trabajadoras domésticas migrantes debido a su vulnerabilidad, y por la falta de oportunidades que tienen por su estatus de migrante; de acuerdo con Anderson y O'Connell Davidson, las y los empleadores perciben a este colectivo como más flexible y cooperativo respecto a las horas de trabajo y sus prolongaciones, así como en amoldarse a los requisitos de los hogares y, sobre todo, con mayores

problemas para abandonar sus empleos en caso de irregularidad administrativa. Según señalan estas autoras, la diferencia racial favorece la jerarquización entre las personas empleadoras y empleadas, facilitando enmascarar las relaciones de explotación por paternalismo/maternalismo hacia la persona empobrecida (Anderson y O'Connell Davidson, 2003, p. 28; Taran, 2001, pp. 15-16).

No obstante, al margen de reconocer de forma pública la dependencia de la mano de obra migrante, los países de destino han promovido políticas migratorias restrictivas, que favorecen la migración irregular y, con ello, la trata de seres humanos en el sector del servicio doméstico (Europol, 2016, p. 24). Estas políticas influyen en que las personas trabajadoras migrantes en situación irregular se dediquen a dichas actividades de “baja cualificación”: la agricultura, la construcción, la hostelería, la industria manufacturera y también el servicio doméstico. Al reducirse las oportunidades para migrar de forma regular, se brindan oportunidades a la trata de seres humanos. A medida que la entrada en los países de destino se convierte en más peligrosa, los costes del tráfico de personas aumentan y, por ello, el fenómeno puede transformarse en trata de seres humanos con el fin de obtener beneficios económicos de la explotación posterior de estas personas (Chuang, 2006, p. 147).

La trata de seres humanos con fines de explotación laboral es claro reflejo del fracaso de las políticas migratorias restrictivas, puesto que estas personas acceden al mercado laboral eludiendo las vías legales establecidas, teniendo en cuenta que el objetivo prioritario de dichas migraciones es la entrada al mundo laboral asalariado (Aguilera Izquierdo, 2006, p. 175), para lo que es necesaria la obtención de los permisos administrativos correspondientes, incrementando la vulnerabilidad de las personas trabajadoras ante el empleador o empleadora (Pérez Cepeda, 2002, p. 125). Ello incide en que la persona inmigrante en situación irregular pertenece a un subgrupo de seres humanos que no tiene estatus de ciudadano común, siendo reducido a mercancía o instrumento económico, y su valor se medirá dependiendo de su capacidad laboral y el rendimiento que generen (Bales, 2000, p. 43).

Por ello, entendemos que las oportunidades de trabajar legalmente, sin políticas migratorias tan restrictivas, reducirían las opciones a la trata de seres humanos y la explotación (Coomaraswamy, 1997, párr. 61; Villacampa Estiarte, 2013, p. 300).

Por su parte, son también factores de llamada o atracción los sistemas democráticos que generan estabilidad política y protegen los derechos humanos (Rodríguez Pizarro, 2004, p. 2), siendo Europa un gran receptor de personas (Organización para la Cooperación y Desarrollo en Europa, 2013, p. 187).

A continuación, centraremos la atención en los factores propiciadores de la explotación laboral, que inciden significativamente en la existencia de la trata con fines de explotación laboral en el sector doméstico.

### **3. Factores facilitadores de explotación concretos del servicio doméstico**

#### **3.1. Introducción**

Por lo que respecta a la explotación en este sector laboral, debemos destacar ciertos ámbitos para poder después concretar los factores que propician la propia explotación en este sector laboral.

El ámbito social es uno de los espacios que facilita la existencia de la trata de seres humanos en los hogares, dado que el trabajo se desempeña aisladamente de la sociedad por la naturaleza privada que implica trabajar en un domicilio, convirtiendo a las mujeres en trabajadoras invisibles, por lo que es, además, un trabajo no considerado como tal en todos los países del mundo, o devaluado (Anderson, 2006, pp. 13-14).

En la medida en que se trata de un sector anclado en la privacidad del círculo familiar, el trabajo doméstico se ha convertido en uno de los sectores laborales menos protegidos (Gordolan y Lalani, 2009, p. 25). A pesar de la escasa detección de casos, las organizaciones internacionales como OSCE

u OIT advierten que las pocas denuncias se deben a la propia opacidad del fenómeno, pero que es más común de lo pensado (Varman, Skalen, Belk y Chundhurt, 2021, p. 646). El aumento de la demanda en el sector, unido al incremento de la migración femenina, ha llevado a que en Europa estas personas sufran de excesivas horas laborales, de falta de vida privada a causa de la convivencia con sus empleadores o empleadoras, y con ello, de explotación laboral producida por medio de la trata de seres humanos Anderson, 2003, p. 106).

Es un sector que sufre de precariedad laboral: las víctimas de trata de seres humanos perciben remuneraciones mínimas o inexistentes (Mantouvalou, 2012, p. 12). Además, en este supuesto es común la llamada “servidumbre por deudas”, que conlleva contraer una deuda por parte de la víctima, por los gastos surgidos del viaje realizado y/o las estancias y dietas del transcurso del traslado, de la que no conocerán la cuantía completa a pagar, con la que serán amenazadas para mantenerse en el puesto de trabajo<sup>124</sup>.

La invisibilidad sufrida por las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación laboral a nivel tanto institucional como doctrinal tampoco ayuda a considerar dicho fenómeno como problema (Bonet Esteva, 2014, p. 280; Anderson, 2006, pp. 13-14), a pesar de que la OIT ya en 2010 observaba que podría ser uno de los sectores más significativos de la futura esclavitud (ILO, 2010, p. 22), dado que es una de las únicas alternativas laborales para las personas en situación administrativa irregular, sector que también se vio afectado en la crisis mundial de 2008 (Gordolan y Lalani, 2009, p. 25), así como por los efectos colaterales de la pandemia mundial COVID-19 (Bajo García, 2020, p. 2). Por ello, tanto por las necesidades

---

<sup>124</sup> “Valentina era conocida en Nicaragua por «traer personas a España», y que ella se encargaba de pagar los costes a cambio de una deuda posterior, cuyo importe no conocían”. “Mediante abuso de situación de necesidad y vulnerabilidad, mediante interceptación en su caso de su documentación y el pretexto de que debían pagar una elevada cantidad de dinero en concepto de presunta deuda por dicho traslado, proceder a su explotación laboral”. AP de Logroño, sentencia N.º 401/2019, de 12 septiembre, ARP 2019\292, F.D. 3.º y 4.º.

de ciertos hogares, como por las personas que se encuentran en situación administrativa irregular y necesitan trabajo, surgen oportunidades para la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico.

Si bien no todos los supuestos de trata tienen carácter transnacional, tanto la doctrina como las organizaciones internacionales confirman que las afectadas, en su mayoría, son personas inmigrantes (Villacampa Estiarte, 2011, p. 83). Así, debe destacarse la situación de subordinación de la víctima que surge de la relación entre las personas empleadoras y empleadas (Varman, Skalen, Belk y Chundhurt, 2021, p. 645 y ss.) que puede llegar a sobrepasar las fronteras establecidas en una relación profesional (OSCE, 2014, p. 35), incrementándose la misma cuando la persona trabajadora o víctima se encuentra en situación administrativa irregular.

### **3.2. El lugar de trabajo y la heterogeneidad de las tareas como factores facilitadores de la explotación en este sector laboral**

El lugar donde se desarrolla dicha relación laboral es el hogar familiar de particulares, donde el trabajador doméstico deberá adaptarse a las necesidades de los habitantes del inmueble (Anderson, 2000, p. 10). Téngase en consideración que las mujeres que se encuentran en situación administrativa irregular, trabajadoras de este sector, en muchos casos, viven en la misma casa donde trabajan (OSCE, 2010, p. 10).

Las tareas a realizar dependen del inmueble o necesidades de los empleadores, sin que estas se limiten, facilitando la posible explotación del trabajador, tal y como ocurre con las personas trabajadoras internas, dado que, en dichos casos, pueden darse situaciones de abuso extremas con jornadas laborales de 24 horas (Anderson, 2000, p. 21). Estas labores del servicio doméstico dependen de las exigencias de los empleadores (ILO, 2010, p. 12), dado que las tareas a realizar por la persona trabajadora doméstica se encuentran vagamente definidas, entendiéndose como tareas los servicios relacionados con el funcionamiento diario de una casa. Aun así, dentro de las tareas definidas por los países, no siempre se encuentra el cuidado de

niños o personas mayores, o cualquier otro servicio, como jardinería, conductor de coches privados, trabajos de agricultura etc. (ILO, 2010, p. 13). Por consiguiente, la indefinición de las tareas es un factor facilitador para la explotación en el sector (Martínez Buján, 2014, p. 288).

Atendiendo a los casos de trata de seres humanos del ámbito del servicio doméstico estudiados por la Fundación Surt, exponen que dichas tareas son ampliadas, no solo vulnerando los derechos laborales, sino lesionando gravemente los derechos humanos de estas víctimas, dado que, además de los servicios domésticos que tienen que realizar, también pueden sufrir explotación sexual o agresiones verbales y físicas (Alexanian, Sales Gutiérrez y Camarasa i Casals, 2015, p. 35).

Por su parte, la propia opacidad del lugar de trabajo dificulta o impide, casi en su totalidad, la visibilidad de estas víctimas, siendo realmente difícil su detección (OSCE, 2010, p. 13).

### **3.3. La situación de poder como factor facilitador de la explotación en este sector laboral**

La relación del empleador y el empleado también es un factor facilitador para la explotación. El primero ejerce un poder sobre la persona trabajadora, dado que esta se encuentra en el hogar del empleador, sin que pueda protegerse por ninguna red de seguridad legal; así, la explotación puede devenir del abuso ejercido por parte del empleador, más aún cuando la persona trabajadora se encuentra en una situación administrativa irregular (Anderson, 2007, p. 255). El empleador del trabajador doméstico suele ser una familia o un individuo. En el caso de la trata para el servicio doméstico, se da una clara desigualdad en la relación laboral, puesto que existe la cosificación de la víctima, por parte del empleador, y se crea una situación de esclavitud para la misma (Gordolan y Lalani, 2009, p. 19).

El propio sector laboral incrementa la misma. Téngase en cuenta que el acuerdo se redacta entre las partes, siendo definido, principalmente, por el empleador privado (Dandurand, 2014, p. 6), y la mayoría de las veces



mediante un acuerdo verbal en lugar de un contrato escrito. Además, cuando existe un contrato, a menudo se trata de una formalidad pura para satisfacer a las autoridades, por lo que habrá otro tipo de pacto verbal totalmente diferente, tanto en condiciones de trabajo como en salario (Jokinen, Olluz y Minna, 2011, p. 79). Con ello, convenimos en que en esta relación laboral prima el desequilibrio entre las partes: el poder del empleador y la indefensión de la persona trabajadora, por lo que estas últimas, rara vez se encuentran en condiciones de negociar los términos de su contrato (OSCE, 2010, p. 13).

En los casos en que la persona trabajadora también vive en aquella casa donde trabaja, el empleador o la familia tendrá el poder de controlar el acceso a los medios de supervivencia como la alimentación, así como su salario o sus relaciones sociales, siendo más fácil ese control sobre una persona en situación administrativa irregular (Anderson, 2007, p. 255).

En muchos países el servicio doméstico no se encuentra reconocido como trabajo y, por consiguiente, la regulación es escasa o inexistente. Esto propicia la desprotección de las personas trabajadoras: resultando un entorno facilitador para la trata de seres humanos, que puede ser llevada a cabo con casi total impunidad (OSCE, 2010, p. 13).

El empleador, con el poder que dispone bajo la opacidad de su domicilio y sus condiciones de superioridad frente a la víctima de trata de seres humanos, en muchos casos inmigrante en situación irregular, ve en la misma un objeto fácil de manipular (OSCE, 2010, p. 1). Además, tal y como ha sido mencionado, la relación se convierte en codependiente, dado que la persona trabajadora necesita recursos económicos, en varios casos, un hogar, y la familia anfitriona necesita un trabajador flexible (Anderson, 2007, p. 255).

En los casos de *au pair* la codependencia se incrementa significativamente. Este sector, resulta un tanto preocupante dado que en Bélgica, Francia y Holanda han sido identificados casos de *au pair* que resultaron en trata con fines de explotación laboral en el sector doméstico (Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings, 2007, p. 168).

Las investigaciones reflejan que los *au pairs* son vulnerables a la posible explotación, siendo necesario mejorar los mecanismos de control de reclutamiento y sus condiciones laborales, para prevenir futuros abusos.

### **3.4. La “improductividad” económica como factor facilitador de la explotación**

Otro de los factores facilitadores de la trata de seres humanos en este sector es su carácter “improductivo” (Anderson, 2000, p. 11). El trabajo doméstico “no toma cuerpo ni se realiza en un objeto determinado o en una mercancía susceptible de ser vendida” (Marx, 1980, p. 222); el servicio desaparece en el momento en que se presta, sin que deje una huella o un valor mediante el que pueda obtenerse una cantidad igual de servicios (Rodríguez, 1989, p. 497).

Al igual que ocurre en la modalidad de trata para matrimonios forzosos —fenómeno unido tanto a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, como a la explotación sexual de estas víctimas<sup>125</sup>—, la persona empleadora paga una suma por tener en su poder a la víctima, que no generará beneficios económicos (Clarke, 2013, p. 42) —a menos que emplee por horas a la víctima con otras familias—. Esta improductividad dificulta más la detección de esta, convirtiéndose en factor facilitador.

No obstante, debe subrayarse que no es un factor extrapolable a todos los casos de trata con fines de explotación en el servicio doméstico, ya que pueden existir empresas ficticias que se dediquen a traficar con personas y el empleador o empleadora pueden no saber que la persona trabajadora que tiene en su domicilio es víctima de trata de seres humanos.

---

<sup>125</sup> Domestic Servitude | Enslavement of Live-in Help – End Slavery Now. “*Domestic Servitude / Enslavement of Live-in Help – End Slavery Now*. N. p., n. d. Web. 16 de septiembre de 2016. <http://www.endslaverynow.org/lean/slavery-today/domestic-servitude>

### **3.5. La inmigración irregular como factor de vulnerabilidad facilitador de la explotación en este sector laboral**

De acuerdo con lo adelantado, la inmigración irregular es también un factor de vulnerabilidad facilitador de la explotación en este sector laboral, ya que las diferencias entre las partes se incrementarán cuando la situación administrativa de la persona sea irregular (Villacampa Estiarte, 2011, p. 409) y será más fácil coaccionar a la víctima y tener a la misma bajo control (Clarke, 2013, p. 44). Lo preocupante es que, a menudo, las víctimas de trata son captadas en sus países de origen donde la situación de las trabajadoras domésticas puede ser pésima, por lo que la nueva situación puede parecerles aceptable sin que lleguen a sentirse víctimas (OSCE, 2010, p. 15).

El crecimiento de la inmigración femenina ha resultado ser de gran aportación en la economía global dando respuesta a la demanda de trabajos asignados estereotípicamente al género femenino, como el trabajo doméstico. Ello beneficia tanto a la economía global —para que las y los trabajadores produzcan y consuman—, como a la economía sumergida, al tratarse de un sector de trabajo de gran opacidad por darse al margen de la esfera pública (Gordolan y Lalani, 2009, p. 19). Por ello, encontrarse en situación administrativa irregular puede facilitar la victimización de la persona empleadora (Clarke, 2013, p. 44).

### **3.6. La regulación laboral del servicio doméstico (España) como factor facilitador de la explotación en dicho sector laboral**

En 2011 entró en vigor el Real Decreto 1620/2011, del 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Dicha regulación laboral especial se distancia enormemente de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vela Díaz, 2013, p. 113).

Según recoge el preámbulo del RD 1620/2011, las condiciones particulares de la actividad laboral de este sector justifican una regulación específica y diferenciada, tanto por el ámbito donde se desarrolla la actividad, como por el vínculo personal y familiar que preside la relación laboral entre el/la

titular del hogar familiar y la persona trabajadora del hogar, basado en una especial relación de confianza.

La relación laboral especial se circunscribe a las relaciones de trabajo entre el titular del hogar familiar —el titular del domicilio, o el lugar de residencia en el que se presta el servicio doméstico (Art. 1.3 RD 1620/2011)— y la persona que de forma independiente presta servicios retribuidos en el hogar familiar (Art. 1.2 RD 1620/2011).

Además de no tener en cuenta su diferencia de poder, el régimen laboral especial no protege a estas personas de posibles abusos. En este sentido, es destacable la amplitud funcional que puede alcanzar el trabajo del servicio doméstico, dado que las tareas mencionadas en la norma son incorporadas sin carácter exhaustivo, por lo que pueden incluirse otras tareas dirigidas a la satisfacción de las necesidades propias del ámbito doméstico (Miñarro Yanini, 2013, p. 22; Miñambres Puig, 2013, p. 111). Las tareas que pueden realizar las personas trabajadoras del hogar según el RD 1620/2011 son las siguientes: actividades para el hogar, dirección y cuidado del hogar en su conjunto o en alguna de sus partes, cuidado de los miembros de la familiar, jardinería y conducción de vehículos y otras tareas análogas (Art. 1.4 RD 1620/2011).

Asimismo, según una investigación empírica llevada a cabo en el año 2018 en el País Vasco, sobre personas empleadas del hogar, se destacan ciertas diferencias si las trabajadoras se encuentran en régimen interno o externo o son contratadas por horas; por ejemplo, las externas por horas suelen realizar tareas vinculadas al mantenimiento del hogar. Por su parte, las trabajadoras en régimen externo de media jornada o jornada completa, así como régimen interno, combinan labores de mantenimiento del hogar con el cuidado de personas en situación de dependencia, pudiendo sufrir un aumento de la carga de tareas a realizar, teniendo en cuenta que al tratarse de personas mayores el cuidado de estas tiende a intensificarse (Escovar Nogales, Gil Pascual, Quintana Cantero, Fernández Álvarez, Rugamas Rivas y Roco Sanfilippo, 2018, p. 37): así, las tareas se extienden desde la limpieza, cocina, lavado de ropa, planchado, recados, hasta los

cuidados tanto de menores, en distinta situación de dependencia, como de personas mayores.

Con el fin de evitar posibles abusos, sería necesario definir de forma exhaustiva las tareas a realizar por la persona trabajadora del hogar, puesto que los servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar se conciertan entre un titular, como persona empleadora, y la persona empleada. Es un régimen de trabajo especial bajo la aparente confianza entre las partes, por lo que puede encubrir una relación de mayor desigualdad que otro sector laboral, ya que la persona empleadora como “empresario/a” en la privacidad de su domicilio puede ostentar mayor poder sobre la persona trabajadora (Quezada Segura, 2008, p. 44; Romeral Hernández, 2013, p. 59).

Esta diferencia de poder se agrava en aquellos casos en los que la persona trabajadora no tiene el permiso de residencia y trabajo correspondiente para poder trabajar legal y de forma remunerada (De Sande Pérez-Bedmar, 2013, p. 143). Aunque el art. 4 del RD 1620/2011 presupone que las personas trabajadoras del hogar cuentan con una autorización administrativa para trabajar y residir en España (Rodríguez Cardo, 2015, pp. 43 y ss.), según la investigación realizada por “Mundubat” en 2018 en el País Vasco, sobre las personas trabajadoras domésticas, la mitad de la muestra que participó en dicha investigación carecía de un contrato (Escovar Nogales, Gil Pascual, Quintana Cantero, Fernández Álvarez, Rugamas Rivas y Roco Sanfilippo, 2018, p. 65), siendo alto el número de las y los trabajadores del sector que se encuentra en situación administrativa irregular (De Sande Pérez-Bedmar, 2013, p. 143).

Ello repercute en beneficio de la economía sumergida, así como en la indefensión de dichas personas trabajadoras dado que, a pesar de representar casi la mitad del sector laboral, no se encuentran protegidas por este régimen laboral especial (Vela Díaz, 2012, p. 120 y ss.) por la imposibilidad de contratar a una persona en situación administrativa irregular y sin permiso de trabajo<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> Art. 15.1 de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, relativa a los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “los extranjeros mayores de dieciséis

Por lo que respecta a la trata de seres humanos y la explotación en el servicio doméstico, uno de los aspectos más relevantes de las exclusiones es que las formas de contratación que contempla el RD 1620/2011 no abarcan las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, siendo muchas las personas jurídicas ficticias que se dedican a la trata de seres humanos (UNODC, 2018, p. 12) y, en su caso, a la explotación en el servicio doméstico de sus víctimas. Según el art. 15.1 del Convenio 189 de la OIT<sup>127</sup>, deben tomarse medidas para la protección efectiva de dicho colectivo de personas trabajadoras contra estas prácticas.

---

años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente, con el permiso de residencia que expide el Ministerio de Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y que tendrá una duración máxima de cinco años”. Asimismo, el art. 17 prevé para los trabajadores de cuenta ajena que “el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de la colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo”.

<sup>127</sup> 15. 1. Para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, todo Miembro deberá: a) determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores domésticos; c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico y se preverán sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos; d) considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y e) adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos.

Así, a nuestro modo de ver, para la inclusión de empresas de servicio doméstico dentro del RD 1620/2011, y extensión de los derechos contemplados en el mismo a las personas trabajadoras de las mismas, debe eliminarse la restricción contenida en el art. 2.1, a) y b) de dicha norma legal<sup>128</sup>.

Por último, es necesario señalar la problemática ligada a las inspecciones laborales, siendo uno de los puntos de la regulación laboral de carácter especial que más nos concierne para la detección de la trata de seres humanos y la explotación en este sector laboral. A pesar de que las inspecciones laborales no tienen como objetivo la detección de delitos, en el caso de la explotación laboral en el servicio doméstico o víctimas de trata, es una de las únicas formas de detección al margen de la existencia de una denuncia. Esto es, la labor de la inspección no es en sí misma la prevención de la trata de seres humanos, pero, como recoge también la Fiscalía General del Estado, es necesario potenciar una estrecha colaboración con la Inspección de Trabajo para lograr la adecuada aplicación del art. 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, del 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>129</sup> y así detectar casos de explotación laboral.

---

<sup>128</sup> Art. 2.1. RD 1602/2011: “No están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial: a) Las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se regirán por la normativa laboral común; b) Las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”.

<sup>129</sup> Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Concurrencia con el orden jurisdiccional penal: 1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Los desplazamientos temporales de personas trabajadoras por las empresas establecidas en España al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico en el marco de una prestación de servicios transnacional, no podrán dar lugar a que se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento; 2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de

Sin embargo, el art. 18.2 de la Constitución dispone que “el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Las personas trabajadoras del hogar pueden ver negados ciertos derechos por darse la relación laboral dentro de los límites privados, donde prima la salvaguarda de los derechos de inviolabilidad del domicilio y el respeto a la intimidad (Conde-Pumpido Tourón, 2003, p. 60). En este sentido, el art. 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social recoge que “si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”. Así, la única vía para la inspección serán los permisos correspondientes del titular o una autorización judicial (Ruano Albertos, 2013, p. 128; Sanz Sáez, 2015, 396).

La colisión de derechos es relevante, puesto que la imposibilidad de la entrada en el domicilio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sin autorización del titular o judicial dificulta la aplicación del derecho a la seguridad y a la salud laboral de este colectivo (González Carvajal García, 2000, p. 61), así como la detección de supuestos que atenten contra la integridad moral y la libertad de una persona víctima de trata de seres humanos.

---

seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones; 3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados; 4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.



Por tanto, la irregularidad administrativa de las personas trabajadoras del sector laboral junto con la dificultad de realizar inspecciones de trabajo facilita el abuso y la explotación (Rodríguez Crespo, 2019, p. 192), ofreciendo oportunidades a la trata de seres humanos con fines de explotación en el servicio doméstico.

Son en este sentido patentes las dificultades a las que se enfrenta el colectivo de personas trabajadoras, que necesita una reforma legislativa que atienda a las distintas carencias de la regulación laboral de carácter especial, de forma equiparada al régimen laboral ordinario. A pesar de que Romeral Fernández entiende que sería irrazonable equiparar la relación del trabajo doméstico y el trabajo ordinario, puesto que las diferencias son realmente considerables (Romeral Hernández, 2013, p. 89), a nuestro modo de ver, no existe otro medio para su protección e indiscriminación que la equiparación de dicho régimen laboral con el común. Sin embargo, siendo por ahora un régimen laboral diferenciado, resulta necesario que los Estados limiten la autonomía del empleador o empleadora, tanto abriendo espacios a la negociación colectiva como a través de la intervención de los poderes públicos (Quesada Segura, 2011, p. 44).

#### **4. Conclusiones**

Tras la aproximación a los factores que facilitan la persistencia del fenómeno de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, tanto a nivel global como interno del propio fenómeno, así como del ordenamiento jurídico español, se evidencian los factores facilitadores que pueden propiciar el abuso y la explotación en este sector laboral y la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico.

A la vista de lo mencionado, opinamos que la trata de seres humanos con fines de explotación laboral no ha recibido la atención necesaria dado el escaso esfuerzo realizado por parte de las instituciones pertinentes en adoptar una política integral que estudie y conozca el fenómeno. La situación de despreocupación es todavía mayor en la trata con fines de explotación

en el servicio doméstico pues no existe ninguna alarma social respecto a la existencia de esta, por lo que las víctimas sufren mayor discriminación en comparación con otras modalidades de trata de seres humanos.

Tal y como ha sido mencionado, la globalización y el sistema económico capitalista neoliberal, aumentan las diferencias entre los países del primer mundo y los que se encuentran en vías de desarrollo y en progreso. Ello propicia movimientos migratorios, por la necesidad de escapar de dichas realidades que producen marginalización y un empobrecimiento progresivo cada vez mayor de cierta parte de la población mundial.

Estas desigualdades económicas y demográficas producen una oferta y demanda de las personas migrantes, por lo que las políticas se han restringido paulatinamente, siendo cada vez más selectivas en lo que respecta al acceso al país de destino. Las políticas migratorias restrictivas adoptadas por los países de destino han alentado la apertura de vías de inmigración ilegal que han mutado en la trata de seres humanos.

En lo que respecta a la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España, el envejecimiento de la población y la independencia del género femenino ha suscitado la necesidad de suplir las carencias de mano de obra de este sector mediante la inmigración irregular y, por consiguiente, en algunos casos, con la trata de seres humanos.

Así, hemos destacado ciertos factores que facilitan la trata con fines de explotación laboral, que comienza desde el aislamiento sufrido por las víctimas por el hecho de trabajar en un domicilio privado. Ello las convierte en víctimas invisibles, siendo además un trabajo no considerado como tal en todos los países del mundo, o devaluado.

Además, es un sector laboral donde predomina el género femenino, siendo el servicio doméstico una salida laboral para aquellas personas con necesidad de migrar para mejorar sus condiciones de vida. Al ser un sector en el que prima la privacidad del círculo familiar, el trabajo doméstico se ha convertido en uno de los sectores laborales menos protegidos. Por

consiguiente, a modo de prevención de este fenómeno delictivo, una regulación adecuada del trabajo doméstico es crucial para detectar la trata con fines de explotación en el servicio doméstico.

Por último, debe señalarse la situación de subordinación de la víctima que surge de la relación entre el empleado y el empleador; esta subordinación se incrementa cuando la persona trabajadora se encuentra en situación administrativa irregular. En estos supuestos, la relación se basa en una dependencia mutua: el trabajador necesita el empleo y lugar donde vivir para conseguir los permisos correspondientes para regularizar su situación administrativa, y el empleador necesita un trabajador flexible.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera Izquierdo, R. (2006). El acceso de los migrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinarios y el arraigo social y familiar. *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, pp. 175-196.
- Alexanian, A., Sales Gutiérrez, L. y Camarasa i Casals, M. (2015). *Aproximación a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el servicio doméstico en España*. Fundación Surt.
- Anderson, B. (2000). *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*. Zed Books.
- Anderson, B. (2003). "Just Another Job?" The Commodification of Domestic Labour. En B. Ehrenreich, y A. Hochschild (Eds.), *Global Woman: Nannies, Maids and Sex Workers*. Granta Books, pp. 104-114.
- Anderson, B. (2007). A Very Private Business: Exploring the Demand for Migrant Domestic Workers. *European Journal of Women's Studies*, pp. 247-264.
- Anderson, B. y O'Connell Davidson, J. (2003). *Is Trafficking in Human Beings Demand Driven?: A Multi-Country Pilot Study*. IOM.
- Aronowitz, A. (2009). *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*. Praeger.
- Bajo García, I. (2020). El sector del servicio doméstico en tiempos de pandemia: la precariedad que no cesa. *CIELO*, pp. 1-3.

- Bakan, A. y Stasiulis, D. (1995). Making the match: domestic placement agencies and the racialization of women's household work. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, pp. 303-335.
- Bales, K. (2000). *La nueva esclavitud en la economía global*. Siglo XXI.
- Bonet Esteva, M. (2014). El sentido de la intervención penal en el desarrollo de una regulación del servicio doméstico: explotación laboral, tráfico de trabajadores y trata de personas con finalidad de explotación severa. En M. J. Espuny Tomàs, y G. García González (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*. Dykinson, pp. 275-289.
- Boswell, C. y Crisp, J. (2004). *Poverty, International Migration and Asylum*. United Nations University, World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER).
- Carretero Palacios, A. (2014). *Migraciones y género. La feminización de la migración transnacional*. Consejería de Justicia e Interior, Junta de Andalucía.
- Carvajal García, J. M. (2000). *Aspectos jurídicos públicos de la prevención de riesgos laborales*. Colex.
- Chuang, J. (2006). Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 136-163.
- Clarke, L. (2013). Behind Closed Doors: Trafficking into Domestic Servitude in Singapore. *The Equal Rights Review*.
- Coomaraswamy, R. (s. f.). Informe con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la inmigración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos.

- Dandurand, Y. (2014). Human trafficking for domestic servitude. patterns of deception and coercion and their impact on victims. *Research note submitted to The Office to Combat Trafficking in Persons British Columbia*, pp. 1-18.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. (2003). Mundialización y Justicia Penal. *Anales Internacionales de Criminología*, pp. 45-78.
- De Sande Pérez-Bedmar, M. (2013). La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de seguridad social. *RJUAM*, pp. 137-165.
- Fariñas Dulce, M. J. (2000). *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Dykinson.
- Feingold, D. A. (2005). Thing Again: Human Trafficking. *Foreign policy*, pp. 26-32.
- Gallagher, A., Robinson, M., Bourke-Martingny, J. (2002). *Consideration of the issue of trafficking, Background paper*. Advisory Council of Jurists.
- Gerinimi, E. (2002). *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. OIT.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus.
- Giménez-Salinas Framis, A., Susaj, G. y Requena Espada L. (2011). La dimensión laboral de la trata de personas en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 04:01-04:25.
- Gordolan, L. y Lalani, M. (2009). *Care and Immigration:migrant care workers in private households*. Kalayaan justice for migrant domestic workers. Centre on Migration, Policy and Society (COMPAS), University of Oxford.

- Gutiérrez Castañeda, G. (2014). Mujeres y globalización. Las Formas de esclavitud contemporáneas. *Dilemata*, pp. 55-66.
- Ibáñez Peinado, J. (2012). *Psicología e investigación criminal: la delincuencia especial*, Dykinson.
- Jac-Kucharski, A. (2012). *The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study*, Blackwell Publishing.
- Jokinen, A., Olluz, N. y Minna, V. (2011). "Work on Any Terms: Trafficking for Forced Labour and Exploitation of Migrant Workers in Finland". En A. Jokinen, N. Ollus y K. Aroma (Eds.), *Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia*, HEUNI, pp. 31-164.
- Kaye, M. (2003). *The migration-trafficking nexus. Combating trafficking through the protection of migrants' human rights*, Anti-slavery.
- Lacey, N. (2006). Feminist Legal Theories and the Rights of Women. En K. Knop (Ed.). *Boundaries and Frontiers of Labour Law Goals and Means in the Regulation of Work*. Hart, pp. 13-55.
- Lamelas Castellanos, N. (2014). Inmigración y feminización del servicio doméstico español. En A. J. López Díaz, A. González Penín y E. Aguayo Lorenzo (Eds.), *II Xornada Universitaria Galega en Xénero, XUGeX: roles de xénero nun mundo globalizado*, Universidade da Coruña, pp. 345-352.
- León, M. (2010). Migration and care work in Spain: the domestic sector revisited. *Social Policy and Society*, (3), pp. 3-8.
- Linares Seguí, B. (2001). La globalización y su repercusión en el empleo. *Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, pp. 107-126.
- López-Sala, A. (2011). La trata de personas: ¿su abordaje como un nuevo problema de seguridad internacional? En M. Requena y Díez De

- Revenga (Coords.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a las nuevas amenazas*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, pp. 59-78.
- Mantouvalou, V. (2012). Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labour. *UCL Labour Rights Institute On-Line working Papers*, pp. 1-24.
- Martínez Buján, R. (2014). ¡El trabajo doméstico cuenta! Características y transformaciones del servicio doméstico en España. *Migraciones*, 36, pp. 270-305.
- Marx, K. (1980). *Teorías de la Plusvalía*. Fondo de Cultura Económica.
- Masika, R. (2002). *Gender, Trafficking and Slavery*. Oxfam.
- Micolta León, A., (2005). Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. *Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia*, pp. 59-79.
- Miñambres Puig, C. (2013). El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar. *Civitas. Revista española de derechos del trabajo*, pp. 111-133.
- Miñarro Yanini, M. (2013). *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Reus.
- Pérez Alonso, E. J. (2008). *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Tirant lo Blanc.
- Pérez Cepeda, A. I. (2004). *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares.
- Pérez Machío, A. I. (2016). Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante



- irregular a partir de las dinámicas actuariales. *Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 371-446.
- Prat Westerlindh, C. (2005). Inmigración ilegal de personas. Problemas de aplicación del artículo 313.1 y el nuevo artículo 318 bis CP. *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, pp. 65-85.
- Pujan Llombart, M. y García-Dauder, S. (2010). Desigualdades de género en “tiempos de igualdad”. Aproximaciones desde dentro y fuera de la/s psicología/s”. *Quaderns de Psicologia*, pp. 7-20.
- Quesada Segura, R. (2008). Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. *Tribunal social: Revista de seguridad social y laboral*, pp. 1-35.
- Rodríguez, T. (1989). Trabajo productivo y trabajo improductivo. *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, pp. 489-504.
- Rodríguez Cardo, I. A. (2015). La relación laboral especial de los empleados de hogar. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, pp. 43-78.
- Rodríguez Crespo, M. J. (2019). La contratación irregular de los empleados del servicio del hogar familiar. *Lex Social*, pp. 172-197.
- Romeral Hernández, J. (2013). El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados del hogar. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6(7), 57-91.
- Samarasingue, V. (2003). Confronting Globalization in Anti-Trafficking Strategies in Asia. *The Brown Journal of World Affairs*, pp. 91-104.
- Santana Ramos, E. M. (2017). La globalización ante el fenómeno de la trata de seres humanos. En R. Miranda Gonçalves, F. Da Silva Veiga (Dirs.). *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*, pp. 423-446.

- Sassen, S. (2000). Women's Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival. *Nordic Journal of International Law*, pp. 255-274.
- Seo-Young, C. (2012). Modeling for Determinants of Human Trafficking. *Economics of Security Working Paper*, pp. 1-38.
- Shearer Demir, J. (2003). Trafficking of Women for Sexual Exploitation. A Gender Based well-founded fear. *Journal of Humanitarian Assistance*, pp. 1-73.
- Stanojoska, A. (2007). *Theory of Push and Pull Factors: A new Way of Explaining the Old*. Skopje, Faculty of Security.
- Taran, P. A. (2001). Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade. *International Migration*, pp. 7-51.
- Varman, R., Skalen, P., Belk, R. W., y Chundhurt H. R. (2021). Normative Violence in Domestic Service: A Study of Exploitation, Status, and Grievability. *Journal of Business Ethics*, pp. 645-665.
- Villacampa Estiarte, C. (2013). La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal. *Revista de Derechos Penal y Criminología*, pp. 293-342.
- Villacampa Estiarte, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*. Aranzadi.
- Villacampa Estiarte, C. y Torres Ferrer, C. (2021). Aproximación Institucional a la trata de seres humanos en España: valoración crítica. *Estudios penales y criminológicos*.

### **Anexo documental**

- ACCEM (2019). *La otra cara de la trata. Informe diagnóstico sobre otras formas de trata que afectan a las mujeres*. Ministerio de Trabajo, Migración y Seguridad Social.

Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings (2007). *Trafficking in human beings. Fifth Report from the Dutch National Rapporteur.*

Escovar Nogales, A., Gil Pascual, P., Quintana Cantero, L., Fernández Álvarez, R., Rugamas Rivas, S. y Roco Sanfilippo, J. (2018). *Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral*, Mondaba.

European Commission (2016). *Study on the gender dimension of trafficking in human beings*, p. 162. <https://cutt.ly/seEp2ng>

European Union Agency for Fundamental Rights (2015). *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' "obligations and victims" rights.*

Europol (2016). *Situation report. Trafficking in human beings in the EU.*

Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC). (2018). *Global report on trafficking in persons.*

ILO (2005). *Global Report.*

ILO (2010). Decent work for domestic workers, Report IV(10).

ILO (2012). *Global estimate of forced labour*, p. 16.

ILO (2014). *Informe IV. Conferencia Internacional del Trabajo 103º*, p. 31.

Organización para la Cooperación y Desarrollo en Europa (2013). *Perspectivas de la migración.*

OSCE (2008). Ministerial Council, *Decision N.º 5/08 Enhancing Criminal Justice Responses to Trafficking in Human Beings through Comprehensive Approach.*

OSCE (2009). *Guide on Gender-Sensitive Labour Migration Policies*, p. 15.

OSCE (2010). *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for The Puspose of Domestic Servitude*, p. 10.

OSCE (2014). *How to prevent human trafficking for domestic servitude in diplomatic households and protect private domestic workers*, p. 35.

Parlamento Europeo (2016). Resolución del Parlamento Europeo, de 5 julio de 2016, sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE, *La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE*, Documento N.º 2015/2340.

Rodríguez Pizarro, G. (2004). Comisión de Derechos Humanos, Grupos Específicos e Individuos Trabajadores Migrantes, *Informe presentado por la Relatora Especial de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos. La visión que los migrantes tienen de España y Europa como un paraíso de oportunidades*”.

# ¿A QUIÉN SANCIONA REALMENTE EL PROTOCOLO DE PALERMO? EL PERFIL DE LAS PERSONAS CONDENADAS POR TRATA DE PERSONAS EN ESPAÑA

*Silvia Rodríguez López<sup>130</sup>*

## **Resumen**

El presente trabajo analiza el perfil de las personas condenadas por trata de personas en España. A partir de datos obtenidos de sentencias condenatorias, se examinan cuestiones diversas sobre los tratantes (edad, sexo, nacionalidad, relaciones con las personas tratadas, relaciones con otros autores y vínculos con el crimen organizado). Entre estos aspectos, se abordan, con más profundidad, dos cuestiones. En primer lugar, se pone de relieve el alto porcentaje de mujeres condenadas por este delito y las posibles causas de este fenómeno. Por otra parte, se analizan los casos cuyos culpables pertenecían a un grupo criminal, examinando las características de estos grupos según los datos de las sentencias. En suma, este estudio pretende llamar la atención sobre la disparidad existente entre los tratantes descritos en el Protocolo y los condenados y condenadas por este delito en la práctica, poniendo de manifiesto la necesidad de adaptar las políticas públicas a la realidad criminológica.

**Palabras clave:** trata de personas, Protocolo de Palermo, tratantes, género, crimen organizado.

---

<sup>130</sup> Profesora de Derecho Penal en la Universidad de A Coruña, A Coruña, España.

## Sumario

*1. Introducción. 2. Contextualización: escasez de información y percepciones sobre los tratantes de personas a nivel internacional. 3. El perfil de las personas condenadas por trata de personas en España. 3.1. Sexo de las personas condenadas. 3.2. Edad en el momento de la condena. 3.3. País de origen de las personas condenadas. 3.4. Relación entre tratante y víctima. 3.5. Relación con otros tratantes. 3.6. Intervención de grupos criminales organizados. 4. Mujeres condenadas por trata en España. ¿Muchas tratantes o muchas condenas? 5. Trata y crimen organizado en España. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.*

## 1. Introducción

El Protocolo de Palermo, aprobado en el año 2000, es hasta la fecha el principal instrumento internacional contra la trata de seres humanos. Este texto legal debe ponerse en relación con otra norma supranacional a la que suplementa: el Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Así pues, la trata se configura en la legislación internacional como un delito necesariamente vinculado a la criminalidad organizada transfronteriza. De hecho, el artículo 4 de este texto legal establece que “a menos que contenga una disposición en contrario”, las medidas previstas en el Protocolo solo serán de aplicación “cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”.

Este modo de entender la trata de personas refleja una tendencia político-criminal destacable en la época de aprobación del Protocolo. En un contexto marcado por la globalización, el crimen organizado transnacional, capaz de cruzar fronteras tan rápido como las personas y los bienes, se percibe como una creciente amenaza y, en consecuencia, se consolida como un elemento clave en las políticas públicas internacionales. La lucha contra este tipo de criminalidad sirve para justificar la adopción de medidas penales más represivas y una mayor dotación de recursos (Mitsilegas, 2003; Mccarthy, 2010; Carter, 1992).

El Protocolo de Palermo normativiza, así, la visión o percepción de la trata de personas imperante en la época, según la cual estamos ante un delito que solo puede ser cometido por grupos delictivos organizados. De acuerdo con esta percepción, presente no solo en las leyes sino también en los medios y en la opinión pública, los autores del delito de trata son en su mayoría hombres, integrados en grandes grupos delictivos organizados, muy poderosos y extremadamente violentos (Viuhko, 2018; Jones, 2014). Este es el perfil de autor para el que se crea la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo. El prefacio del Convenio se refiere así a los

tratantes de personas y otros “grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil”:

Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles.

Dos décadas después de la adopción del Protocolo de Palermo, tras haber sido ratificado por más de 117 Estados en todo el mundo, es posible determinar si las personas condenadas por trata, siguiendo lo previsto en el artículo 3 del Protocolo, coinciden con el perfil de tratante al que se dirige la legislación internacional.

El presente trabajo reflexiona sobre esta cuestión de alcance global a partir del estudio del perfil de las personas condenadas por trata de personas en España. Tomando como base datos obtenidos de sentencias condenatorias entre 2015 y 2018, se analizan cuestiones diversas sobre los tratantes, desde su edad, sexo y nacionalidad, hasta sus relaciones con las personas tratadas, relaciones con otros autores y vínculos con el crimen organizado. De esta visión general sobre el perfil de los tratantes condenados, destacan fundamentalmente dos cuestiones que se abordan con más profundidad. En primer lugar, se pone de relieve el alto porcentaje de mujeres condenadas por este delito y las posibles causas de este fenómeno. En segundo lugar, se analizan los casos cuyos culpables pertenecían o lideraban un grupo u organización criminal, destacando la información aportada en las sentencias sobre las características de estos grupos. En definitiva, se pretende llamar la atención sobre la disparidad existente entre el tratante de personas, descrito en el prefacio del Protocolo, y los condenados y condenadas por este delito en la práctica, poniendo de manifiesto la necesidad de establecer políticas criminales contra la trata más adecuadas a la realidad criminológica.



## 2. Contextualización: escasez de información y percepciones sobre los tratantes de personas a nivel internacional

El más reciente *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*, publicado en 2020 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, señala una clara tendencia ascendente en el número total de condenas por trata en el mundo en los últimos años (UNODC, 2020). Desde 2003, año en el que entró en vigor el Protocolo de Palermo, el número de condenados por cada 100 000 habitantes se ha triplicado. Se estima que solo en 2019 hubo en el mundo 9548 condenas por trata de personas (TIP Report, 2020). Esta tendencia puede apreciarse también en España, donde en 2019 se produjo un considerable aumento en el número de condenados por trata, llegando a alcanzar casi las 200 personas (véase Tabla 1).

2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
197	54	63	123	103	30	39

*Tabla 1.* Número de condenados por trata en España por año

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

A pesar del creciente número de personas condenadas, en términos generales, existe un vacío en la investigación sobre la trata desde el punto de vista del autor del delito. Apenas existe información sobre quiénes son los tratantes, cómo actúan, junto a quién y qué motivos les llevan a cometer este delito. El propio informe de la UNODC destaca que en algunos países no se proporcionan datos sobre los perfiles de las personas condenadas (UNODC, 2018). A nivel mundial se sabe que los condenados son mayoritariamente hombres (62%), si bien el porcentaje de mujeres (38%) no es nada desdeñable, comparado con la proporción de condenadas en general y con la presencia de mujeres en prisión (UNODC, 2020). En cuando a la edad de las personas condenadas, la gran mayoría son adultos, si bien un 1% son niños y el mismo porcentaje son niñas (UNODC, 2020).

Además, de acuerdo con los datos publicados por la UNODC, se conoce también que la mayoría de personas condenadas por trata (74%) eran nacionales del país en el que fueron condenadas. Esta tendencia es mayor cuando las condenas se producen en los países de origen (95%) y mucho menor (48%) cuando tienen lugar en zonas de destino de la trata transnacional como puede ser Europa occidental y del sur (UNODC, 2020). De hecho, como veremos, en España la mayoría de condenados son nacionales de terceros Estados.

Más allá de estos datos generales, poco se sabe en realidad sobre los tratantes de personas. Así, ante la falta de datos y estudios específicos sobre la figura de los tratantes, se ha consolidado una percepción simplificada y estereotipada de la trata (Surtees, 2014; Jones, 2014; Broad, 2015; Viuhko, 2018), según la cual los autores de este delito se corresponden casi exclusivamente con hombres fuertes y violentos, completamente desconocidos para la víctima, que operan a través de grandes y peligrosas redes dedicadas al crimen organizado transnacional (Viuhko, 2018; Jones, 2014). Esta narrativa ha estado presente durante décadas en los medios de comunicación, campañas de concientización y políticas públicas contra la trata de personas, que han centrado más sus esfuerzos en la represión penal de esas redes criminales que en atajar los factores estructurales que causan la trata y la explotación (Barberet, 2014; Jones et al., 2016; Viuhko, 2018).

En los últimos años, algunos estudios han cuestionado esta arraigada concepción estereotipada sobre los tratantes de personas, y han demostrado con datos empíricos que el perfil de las personas condenadas por trata es muy variado y no se corresponde con el paradigma de “autor ideal” al que se ha hecho referencia anteriormente. En línea con lo ya apuntado por la UNODC, aunque la trata de personas todavía puede considerarse un delito principalmente perpetrado por hombres, el porcentaje de mujeres condenadas por trata es especialmente alto en comparación con otros delitos (Siegel y De Blank, 2010; Broad, 2015; Shen, 2016; Wijkman y Kleemans, 2019). Además, es habitual que las personas condenadas por trata sean pareja, familiares, amistades y vecinos de las personas tratadas, sin requerir

la participación de ningún grupo delictivo organizado (Vermeulen et al., 2010; Viuhko, 2018). En general, los estudios más recientes destacan la variedad en las experiencias migratorias vividas por las personas tratadas, desde “relaciones altamente coercitivas” a otras “cooperativas, consensuales y mutuamente beneficiosas entre migrantes y quienes facilitan este proceso migratorio” (Weitzer, 2014, pp. 20-21).

En este sentido, el último Informe Mundial sobre la Trata de Personas, publicado por la UNODC, reconoce por primera vez la existencia de varios perfiles de tratante. Por una parte, este informe señala que los tratantes pueden ser jóvenes que captan a compañeros/as de clase para la explotación sexual, progenitores que explotan a sus hijos/as en la mendicidad, bandas urbanas, grupos dedicados a la delincuencia organizada transnacional, intermediarios que negocian la contratación de menores en entornos rurales, así como grandes agencias de contratación que trabajan a nivel internacional y otras personas jurídicas. Además de reconocer la diversidad de perfiles, el informe destaca que la trata no solo puede cometerse por grupos dedicados a la criminalidad organizada (45% de los casos), sino también por personas que cometen trata de modo ocasional, bien en solitario (26%), en pareja o en grupos pequeños (29%) (UNODC, 2020). En línea con lo señalado en la introducción de este trabajo, este informe destaca la importancia de conocer el perfil del tratante para poder definir una respuesta penal apropiada, pues la estrategia utilizada para dismantelar un gran grupo dedicado a la delincuencia organizada no ha de ser la misma que la que se utiliza para casos de trata cometidos en el marco de una relación personal, donde será más apropiado recurrir a mecanismos similares a los utilizados en el marco de la violencia doméstica (UNODC, 2020).

### **3. El perfil de las personas condenadas por trata de personas en España**

Con el objetivo de conocer información sobre quién está siendo condenado por trata de personas en España, se han analizado 39 sentencias

condenatorias dictadas por Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional entre 2015 y 2018. Esta muestra recoge el número máximo de sentencias a las que se ha podido acceder tras haber realizado un barrido de tres bases de datos: CENDOJ, Westlaw-Aranzadi, y Tirant lo Blanch. Se eligió el intervalo de tiempo 2015-2018, porque refleja los efectos en la práctica de las últimas mejoras legislativas para adecuar la definición de trata de personas prevista en el Código Penal español a las exigencias de la legislación internacional. Además, aunque la trata de personas fue tipificada como delito independiente por primera vez en 2010, el número de condenas antes de 2015 es muy bajo (1 en 2011, 2 en 2012, 6 en 2013 y 8 en 2014) (GRETA, 2017) y, por tanto, insuficiente para ofrecer una visión clara de las respuestas de la justicia penal a la trata en España.

El análisis de la información contenida en estas sentencias nos permite examinar las siguientes cuestiones sobre los tratantes: sexo, edad, país de origen, relación con la víctima, relación con otros tratantes e intervención de grupos criminales organizados.

### **3.1. Sexo de las personas condenadas**

Según la información analizada en este trabajo, 109 personas fueron condenadas por delitos de trata de personas en España entre 2015 y 2018. De esas 109 personas, 43 eran mujeres, lo que representa el 39,44% del total de traficantes condenados en España en el periodo de estudio. Hay 66 hombres, lo que representa 60,55%. Este porcentaje es superior al registrado a nivel mundial (38%) (UNODC, 2018) y en otros países: Reino Unido, 32%; Holanda, 18%; Portugal, 23%; Francia, 32% (Broad, 2013).

### **3.2. Edad en el momento de la condena**

Solo algunos casos revelan la edad de los autores en el momento de la condena. Esta información está disponible en relación con 76 de 109 personas condenadas por trata en las sentencias analizadas. Sus edades oscilan entre los 21 y los 68 años, siendo la edad media de 36,42. En cuanto a los rangos de edad, los datos analizados muestran que la mayoría de condenados

tenían entre 20 y 30 años en el momento de la condena, lo que sugiere que la participación en la trata suele ocurrir a una edad temprana.

Rango de edad	Número de mujeres condenadas por trata	Número de hombres condenados por trata	Total
20-29	5	17	22
30-39	16	16	32
40-49	8	7	15
50-59	0	3	3
60-69	2	2	4

### 3.3. País de origen de las personas condenadas

En línea con lo señalado a nivel global por la UNODC, las personas condenadas por trata en España, como país de destino que es, son en su mayoría nacionales de terceros estados. Rumanía es, con diferencia, el país de origen más frecuente entre los condenados por trata en España, seguido de cerca por Nigeria. También hay condenados de Rusia, China, España, Bulgaria, Ucrania, Paraguay y Portugal. Llama la atención el hecho de que no exista ninguna mujer condenada por trata de nacionalidad española, siendo todas ellas mujeres migrantes, al igual que las víctimas.

Nacionalidad	Número de mujeres condenadas por trata	Número de hombres condenados por trata	Total
Nigeria	19	17	36
Rumanía	16	34	50
Rusia	4	3	7
Ucrania	2	0	2
China	1	4	5
España	0	4	4
Paraguay	1	0	1
Bulgaria	0	3	3
Portugal	0	1	1

### 3.4. Relación entre tratante y víctima

En prácticamente todos los casos (87,17%), las víctimas y los condenados procedían del mismo país. Incluso en aquellos casos en los que las nacionalidades no coinciden, las víctimas y los agresores eran originarios de países vecinos de la misma región. Frecuentemente (33,33% de los casos) las sentencias especifican que las personas tratantes y tratadas procedían de la misma localidad. Es particularmente notable aquí, el caso de la ciudad de Benin, ya que al menos 11 personas (principalmente mujeres) de este lugar fueron condenadas por trata de vecinas de la misma localidad.

Como se muestra en estudios comparativos (Viuhko, 2019), las sentencias confirman que la relación entre la víctima y el agresor a menudo precede a la trata. Especialmente cuando las condenadas son mujeres, es frecuente (23%) que las sentencias hagan referencia a la existencia de relaciones personales en el país de origen, previas a la comisión del delito, como por ejemplo, ser vecinos, compañeros de clase, compañeros de trabajo, tener amistades en común, etc.

Por otra parte, en un 20,5% de los casos existe un vínculo familiar entre tratantes y víctimas. Entre los casos aquí analizados, hay tres mujeres condenadas por haber tratado a sus hijas; y una mujer que, junto con sus hijos varones, fue condenada por tratar a su hija y a su nuera, todas ellos para la explotación sexual. El método denominado *loverboy*, en el que una persona, a menudo un hombre, establece una relación amorosa con una mujer en el país de origen y la convence de ir a vivir con él al país de destino, donde finalmente es explotada sexualmente, representa el 7,6% de todos los casos.

Solo en un 12,8% de los casos, las sentencias no mencionan expresamente ningún tipo de conexión entre víctimas y autores. En esta categoría se incluyen casos en los que no se especifica la nacionalidad de las víctimas como, por ejemplo, una sentencia en la que la tratante, una mujer de Nigeria, fue condenada por haber tratado a “mujeres subsaharianas”, sin indicar su nacionalidad. También se incluyen aquí los casos de tratantes de nacionalidad española, que son propietarios de los lugares donde se produce la

explotación, y son condenados junto con mujeres que tenían una relación personal con las traficadas y que fueron las encargadas de la captación. Solo en un caso, los tratantes captaron a personas completamente desconocidas en la calle. De este modo, estos resultados contradicen abiertamente la percepción según la cual los tratantes son completos desconocidos para las víctimas.

Relación con las víctimas	Número de casos	Porcentaje
Mismo país	34	87,7%
Misma ciudad	13	33,3%
Amistad previa	9	23%
Pareja	3	7,6%
Familia	8	20,5%
Ningún tipo de relación personal	5	12,8%

### 3.5. Relación con otros tratantes

En la mayoría de casos (74,4%), las sentencias analizadas condenan a varias personas por trata. En los supuestos restantes (25,6%), solo hay una persona condenada por trata, pero esta actúa acompañada por otras, que son declaradas culpables de delitos relacionados, como prostitución forzada, falsedad documental, obstrucción de la justicia, etc.

Como sucede con las víctimas, los condenados suelen tener estrechos vínculos personales entre ellos, que preceden a la comisión del delito. En un 12,8% de los casos, las sentencias indican que los tratantes eran amigos o conocidos en el país de origen, señalando en algunos casos que habían compartido experiencias migratorias. En ocasiones (10,2%), aunque no se menciona expresamente ningún tipo de vínculo más allá de tener la misma nacionalidad, puede inferirse de la descripción de los hechos contenidos en la sentencia que los condenados eran amigos y/o convivientes.

Por otra parte, según los datos analizados, en casi la mitad de los casos (48,7%), los tratantes condenados eran pareja o parientes cercanos

(hermanos, madre e hijo/s, tío-sobrino, etc.). El porcentaje de participación familiar en la trata es mayor si tenemos en cuenta aquellos casos en los que solo hubo una persona condenada por trata y otras personas, condenadas por delitos relacionados, o que no pudieron ser identificadas. Por ejemplo, las sentencias a menudo indican que las madres de las tratantes u otros familiares estaban a cargo de la captación de nuevas víctimas en el país de origen, pero no pudieron ser acusadas ni condenadas en España. Incluyendo estos casos, el porcentaje de comisión de este delito en familia ascendería al 64,1%.

Relación con otros autores	Número de casos	Porcentaje
Pareja o familiares	19	48,7%
Amigos o conocidos en el país de origen	5	12,8%
Relación laboral	1	2,5%
Ninguna relación personal, pero son del mismo país de origen	4	10,2%
Solo una persona fue condenada por trata	10	25,6%

### 3.6. Intervención de grupos criminales organizados

El artículo 177bis del Código Penal español prevé la imposición de la pena superior en grado e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio a los condenados por trata que pertenezcan a “una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades”. A pesar de la amplitud con la que se ha redactado esta agravación, su alcance ha sido muy limitado: solo se ha aplicado en 5 de 39 (12,8%) de las sentencias analizadas.

Así pues, los datos sobre personas condenadas por trata en España contradicen la visión estereotipada del “autor ideal”, según la cual quienes cometen trata son siempre hombres poderosos, desconocidos para la víctima, muy violentos y miembros de peligrosos grupos dedicados al crimen organizado.



Por el contrario, las personas sancionadas por trata en España son en su mayoría hombres (pero también en gran medida mujeres) migrantes de entre 20 y 30 años, provenientes del mismo país y contexto socioeconómico que las víctimas, puesto que estas son frecuentemente sus vecinas, amigas o familiares. Solo en el 12% de los casos, los tratantes eran completamente desconocidos para las víctimas. Además, de acuerdo con la información proporcionada en las sentencias, los condenados por trata suelen cometer el delito junto con su pareja, familiares y/o amigos, formando redes pequeñas y poco sofisticadas, en lugar de grandes grupos delictivos organizados.

De estos datos, llama especialmente la atención el porcentaje alto de mujeres condenadas por este delito, y el bajo número de casos en los que la sentencia menciona algún vínculo con el crimen organizado. Por este motivo, las siguientes secciones abordarán estas cuestiones más detenidamente.

#### **4. Mujeres condenadas por trata en España. ¿Muchas tratantes o muchas condenadas?**

Uno de los aspectos más destacados al analizar el perfil de las personas condenadas por trata en España es el elevado porcentaje de mujeres, en comparación con las condenadas por otros delitos. La literatura académica ha ofrecido varias teorías para intentar explicar este aspecto.

Una de las primeras hipótesis sostiene que este alto porcentaje se debe a que las mujeres ocupan habitualmente posiciones bajas en las redes dedicadas a la trata, y llevan a cabo tareas que están más expuestas y, por tanto, son más fácilmente identificables por las autoridades (Kangasputa, 2015; Shen, 2016; UNODC, 2012). Esta teoría, sin embargo, ha sido cuestionada por estudios más recientes basados en datos empíricos, que demuestran que las mujeres pueden tener un papel muy variado en la comisión de la trata. Mientras algunas actúan totalmente subordinadas a otros tratantes, otras son coautoras, con la misma capacidad de decisión que el resto de tratantes, y otras son verdaderas líderes de las redes dedicadas a la trata (Siegel y De Blank, 2010; Jones, 2014; Maqueda-Abreu,

2014; Wijkman y Kleemans, 2019). En los casos analizados en España pueden apreciarse también estos tres perfiles diferenciados. Esta teoría podría explicar algunos casos, concretamente los de las mujeres encargadas de tareas más expuestas como el control de las mujeres sometidas a explotación sexual en la calle, pero no todos.

En la misma línea que la anterior, una segunda teoría sostiene que el elevado número de mujeres que cometen trata se debe a que algunas de ellas fueron, antes de convertirse en tratantes, víctimas de trata. En efecto, es habitual que a las mujeres víctimas de trata se les ofrezca la posibilidad de abandonar la prostitución o de mejorar las condiciones en que son obligadas a ejercerla si aceptan captar a nuevas víctimas (Broad, 2015; Lo Iacono, 2014). En algunos casos, aunque de este modo consigan escalar posiciones en las organizaciones dedicadas a la trata, siguen siendo víctimas de explotación y siguen estando sometidas al control de sus propios tratantes (Lo Iacono, 2014; Mancuso, 2014). Por eso, puede ocurrir que las mujeres detenidas y acusadas de haber cometido trata hayan sido forzadas a captar a otras mujeres para su posterior explotación, lo que plantea un importante reto jurídico. El Código Penal español, pero también la legislación europea como el Convenio de Varsovia (art. 26) y la Directiva 2011/36/UE (art. 8), establece la posibilidad de no sancionar a las víctimas de trata por los delitos que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de su situación de explotación. A pesar de estar recogida en la legislación, la aplicación de esta norma ha sido muy limitada. Así lo han puesto de manifiesto estudios previos (Broad, 2015; Viuhko, 2018), que incluso aportan evidencias de la existencia de víctimas de trata en prisión (Hales y Gelsthorpe, 2012; Villacampa y Torres, 2015).

Así pues, en términos generales, algunas teorías sostienen que el elevado número de condenas responde al hecho de que, en realidad, el porcentaje de mujeres que cometen este delito es alto en comparación con otros delitos. Otras, por el contrario, consideran que, la participación femenina en el delito no es especialmente elevada, pero sí el número

de condenas a mujeres. En este sentido, estudios previos han sostenido que en la respuesta penal frente a la trata existe un riesgo de que las mujeres, particularmente aquellas que ocupan una posición de liderazgo, tengan más posibilidades de ser condenadas y/o reciban penas más duras, por la transgresión de roles de género que su conducta implica (Maqueda-Abreu, 2014; Road, 2015; Shen, 2016). El análisis de casos aquí presentado no permite confirmar esta teoría, ya que generalmente hombres y mujeres condenados por trata reciben la misma pena. Sin embargo, la forma en que se interpreta la trata de personas en España, es decir, como un proceso o movimiento de personas hacia la explotación, sí puede resultar en castigos más severos para mujeres. Las mujeres involucradas en la captación, transporte o recepción de personas, todas las cuales son tareas relacionadas con la facilitación de la migración, son condenadas por trata, mientras que los culpables de la explotación son castigados por otros delitos, como los delitos relativos a la prostitución, que prevén sanciones más leves.

Además de lo anterior, el análisis de las sentencias aquí realizado apunta a otro posible factor al que se ha prestado poca atención hasta ahora. Autoras y víctimas de trata presentan un perfil muy similar. Todas ellas son migrantes, llegadas de los mismos entornos, caracterizados por las propias sentencias como lugares marcados por la existencia de situaciones de vulnerabilidad y profundas desigualdades de género. Así, parece plausible que las mismas desigualdades que empujan a unas mujeres a ser víctimas de trata, lleven a otras a ser autoras de este delito. Hay que tener en cuenta que la trata de personas genera altos beneficios sin requerir inversiones sustanciales, en comparación con otros negocios. Por tanto, puede ser vista por las mujeres que la cometen como una oportunidad para mejorar su precaria situación económica, poner fin a situaciones de victimización y lograr independencia económica o reconocimiento social (Barberet, 2014; Lo Iacono, 2014; Siegel, 2012).

## 5. Trata y crimen organizado en España

El segundo aspecto especialmente llamativo a la hora de estudiar el perfil de los condenados por trata en España es el modo en que estos se organizan. Como se explicó anteriormente, solo en 5 de 39 (12,8%) de las sentencias analizadas los tribunales consideraron que los autores del delito de trata formaban parte de un grupo dedicado al crimen organizado. La baja aplicación de esta circunstancia agravante podría deberse a que no es posible probar este vínculo, aunque se sospeche que existe. Sin embargo, si analizamos todas aquellas sentencias en las que se plantea la posibilidad de que los autores del delito formen parte de un grupo organizado, pero no es posible demostrarlo, el porcentaje solo asciende al 20,51% (solo 8 de los 39 casos analizados). Esto significa que, en contra de la suposición generalmente aceptada de que la trata se comete mayoritariamente por grupos organizados, en casi un 80% de las sentencias condenatorias en España, ni siquiera se menciona esta posibilidad.

De acuerdo con la información proporcionada en las sentencias, estos grupos se caracterizan por ser relativamente pequeños y de carácter familiar. Todos los grupos identificados en las sentencias aquí analizadas estaban compuestos por entre 2 y 6 personas; si bien es cierto que, en algunos casos, se mencionaba la posibilidad de que hubiese más personas involucradas que no pudieron ser identificadas. Además, las sentencias se refieren a ellos directamente como “organizaciones familiares” o “clanes familiares”, al estar formados, en su mayoría, por parejas o miembros de una misma familia. Por ejemplo, dos mujeres de Nigeria condenadas, junto con el padre de una de ellas y el novio de la otra, por traer a mujeres nigerianas a España con fines de explotación sexual.

Prácticamente todos los grupos identificados presentan una estructura jerárquica con división de tareas. Según las sentencias, habría una o dos personas al mando, los cuales darían instrucciones a los demás y supervisarían todo el proceso. En prácticamente todos los casos, las sentencias afirman haber condenado al líder de la organización. En lo que a las tareas se refiere,

las personas identificadas como líderes de la organización suelen ocuparse de la captación y el transporte de las víctimas. La realización de estas tareas es habitualmente monitorizada por familiares de los autores, que se encuentran en el país de origen, y tienen por tanto mayor acceso a las víctimas. En cambio, la recepción, el acogimiento y las tareas de vigilancia y control suelen ser llevadas a cabo por miembros que ocupan una baja posición en la jerarquía del grupo. Estos suelen ser los encargados de recaudar todo lo ganado por las víctimas para entregárselo a los líderes.

Finalmente, en la mayoría de los casos, los grupos se dedicaban solo a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Pueden ser sancionados por otros delitos como facilitación de la inmigración ilegal, prostitución forzada o falsedad documental, pero siempre relacionados con la trata. Llama la atención que las sentencias a menudo afirman que la trata de personas es la “única forma de ganarse la vida” que tienen los condenados, quienes enviaban todo el dinero obtenido en la trata para ayudar a sus familias en los países de origen.

## **6. Conclusiones**

A finales de los años noventa, cuando se redactaba el Protocolo de Palermo, la trata se concebía como un fenómeno delictivo asociado casi exclusivamente al crimen organizado. El propio texto de este Protocolo hace referencia a lo crueles, violentas y, sobre todo, poderosas, que son las personas a las que con su aprobación se pretendía sancionar. La trata se configuró, directamente o indirectamente, en el imaginario colectivo, pero también en cierta medida en las leyes, como un delito cometido por hombres organizados en grandes y extremadamente peligrosas bandas.

Dos décadas después de la aprobación de este texto es posible valorar a quién se está sancionando realmente con las disposiciones previstas en él, que han sido traspuestas en los diferentes ordenamientos internos. Del análisis de datos sobre personas condenadas en España, aquí presentado, pueden obtenerse varias conclusiones.

En primer lugar, cuando analizamos la información que aportan las condenas sobre los tratantes en España, llama la atención el hecho de que todos ellos son personas migrantes, en su mayoría jóvenes entre los 20 y los 30 años. Mientras que en el Protocolo se hablaba de la intención de sancionar a gente poderosa, que forma parte de “una empresa mundial de miles de millones de dólares”, la información sobre condenados dibuja perfiles mucho más precarios. Nos habla de personas provenientes del mismo país y contexto socioeconómico que las víctimas. Contextos caracterizados en muchas ocasiones por la pobreza, importantes desigualdades, falta de educación y oportunidades de mejora, etc. Habitualmente, estas circunstancias afectan especialmente a las mujeres, lo que podría explicar el alto porcentaje de condenadas por trata en comparación con otros delitos. Además, en los casos más extremos, los propios tribunales plantean la posibilidad de que las tratantes hayan sido a su vez, previamente, víctimas de este delito. En definitiva, la clara dicotomía entre víctimas y autores de la que se hablaba en Palermo, resulta ser mucho más compleja y difusa en la práctica.

En segundo lugar, el Protocolo nos habla también de grupos peligrosos que “no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia”. Sin embargo, cuando analizamos el *modus operandi* de las personas condenadas en España, vemos que el uso de la fuerza ha pasado a un segundo plano, siendo desplazada por técnicas de control más sutiles. Esto puede explicarse porque la captación, el traslado y la recepción suelen llevarse a cabo por amistades, familiares, vecinos u otros allegados a las personas tratadas, por lo que el engaño o abuso de confianza resultan mucho más efectivos. Además, de acuerdo con la información proporcionada en las sentencias, los condenados por trata suelen cometer el delito junto con su pareja, familiares y/o amigos, formando pequeñas redes basadas en la lealtad mutua y el contacto personal, más cercanas a cadenas migratorias complejas que a grandes grupos delictivos organizados. Así, según lo indicado en las sentencias, la trata se percibe por sus autores como el único medio de subsistencia en los países de destino y una vía para poder enviar dinero a sus familiares en los países de origen.

Esta aparente disparidad entre lo que el legislador pretendía castigar y lo que acabó castigando debería, cuando menos, hacernos reflexionar sobre la respuesta penal que se ha dado hasta el momento frente a la trata de seres humanos. En la legislación internacional, al igual que en la española, la trata se ha criminalizado como un proceso hacia la explotación, y ese proceso, cuya delimitación con el favorecimiento de un proceso migratorio no está clara, ha sido considerado digno de un mayor reproche penal que la efectiva explotación. Por el contrario, la efectiva explotación de los migrantes, bien no se castiga en absoluto (como ocurre con la esclavitud o los trabajos forzados en España), o bien se castiga con penas más leves (como es el caso de los delitos relativos a la prostitución forzada o los delitos contra los derechos de los trabajadores). Esto hace que aquellos que intervienen en el proceso migratorio que culmina en la explotación (que habitualmente son migrantes allegados a las personas tratadas) reciban una respuesta penal más dura que quienes explotan a dichos migrantes. Cabe entonces plantearse si, para sancionar a ese perfil de “poderosos” y “multimillonarios” a los que se hacía referencia en Palermo, sería más efectivo centrarse en la explotación, que en la trata.

Los datos sobre condenados, que empiezan a conocerse no solo en España sino también en otros países, ponen de manifiesto la necesidad de seguir investigando la figura de los autores de la trata y la explotación para adaptar la respuesta político-criminal a estos fenómenos en consecuencia. Si, como ponen de manifiesto los datos, el perfil de las personas condenadas por trata es muy diverso, las estrategias contra este fenómeno también han de serlo. La estrategia basada únicamente en la persecución penal de la trata, como manifestación de la criminalidad organizada transnacional, resulta insuficiente. Es necesario seguir investigando las circunstancias vitales y motivos que llevan a alguien a dedicarse a la trata, para poder sancionar estos comportamientos de un modo más proporcional y, sobre todo, para poder diseñar estrategias preventivas verdaderamente eficaces.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barberet, R. (2014). *Women, crime and criminal justice: A global enquiry*. Routledge.
- Broad, R. (2015). 'A vile and violent thing': Female traffickers and the criminal justice response. *British Journal of Criminology*, 55(6), 1058-1075.
- Broad, R. (2013). *Stuck in traffic. A study of individuals convicted for human trafficking offences through the UK criminal justice system: Characteristics, relationships and criminal justice perspectives*. University of Manchester.
- Carter, D. (1992). A Forecast of Growth in Organized Crime in Europe: New Challenges for Law Enforcement. *Police Studies*, 15(2), 62-74.
- Hales, L., y Gelsthorpe, L. (2012). *The criminalisation of migrant women*. Institute of Criminology.
- Jones, S. V. (2014). The invisible women: Have conceptions about femininity led to the global dominance of the female human trafficker? *Albany Government Law Review*, 7, 143-165.
- Jones, T. R., y Kingshott, B. F. (2016). A feminist analysis of the american criminal justice system's response to human trafficking. *Criminal Justice Studies*, 29(3), 272-287.
- KangaspuTA, K. (2015). Was trafficking in persons really criminalised? *Anti-Trafficking Review*, 4(4), 80-97.



- Lo Iacono, E. (2014). Victims, Sex workers and perpetrators: Gray areas in the trafficking of nigerian women. *Trends in Organized Crime*, 17(1-2), 110-128.
- Mancuso, M. (2014). Not all madams have a central role: Analysis of a Nigerian sex trafficking network. *Trends in Organized Crime*, 17(1-2), 66-88.
- Maqueda-Abreu, M. L. (2014). *Razones y Sinrazones para una Criminología Feminista*. Dykinson.
- Mccarthy, L.A. (2010). Beyond Corruption. An Assessment of Russian Law Enforcement's Fight against Human Trafficking. *Demokratizatsiya*, 18(1), 5-27.
- Mitsilegas, V. (2003). From National to Global, from Empirical to Legal: The Ambivalent Concept of Transnational Organized Crime. En Beare, M. E. (Ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*. University of Toronto Press, pp. 55-87.
- Shen, A. (2016). Female perpetrators in internal child trafficking in China: An empirical study. *Journal of Human Trafficking*, 2(1), 63-77.
- Siegel, D. (2012). Mobility of sex workers in European cities. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 18(3), 255-268.
- Siegel, D., y De Blank, S. (2010). Women who traffic women: The role of Women in human trafficking networks - Dutch Cases. *Global Crime*, 11(4), 436-447.
- Surtees, R. (2014). *Traffickers and trafficking. Challenges in researching human traffickers and trafficking operations*. Report for the International Organization for Migration (IOM) and Nexus Institute.

- Vermeulen, G., Van Damme, Y., y De Bondt, W. (2010). Perceived Involvement of 'Organised Crime' in Human Trafficking and Smuggling. *Revue Internationale de Droit Penal*, 81(1), 247-273.
- Villacampa, C., y Torres, N. (2015). Trafficked women in prison: The problem of double victimisation. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 21(1), 99-115.
- Viuhko, M. (2019). Just trust me and you'll make a fortune- relationships between offenders and victims of human trafficking. *Nordic Journal of Criminology*, 20(2), 196-212.
- Viuhko, M. (2018). Hardened professional criminals, or just friends and relatives? The diversity of offenders in human trafficking. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 42(2-3), 177-193.
- Weitzer, R. (2014). New directions in research on human trafficking. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 653(1), 6-24.
- Wijkman, M., y Kleemans, E. (2019). Female offenders of human trafficking and sexual exploitation. *Crime, Law and Social Change*, 72(1), 53-71.

Sección IV

**Trata de personas y estudios  
victimocéntricos**



# SITUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS EN LA REGIÓN DEL TRIÁNGULO NORTE CENTROAMERICANO

*Gina Larissa Reyes*<sup>131</sup>

*Rosa Quintanilla y Ludin Chávez*<sup>132</sup>

*Miroslava Cerpas*<sup>133</sup>

*María Eugenia Villarreal*<sup>134</sup>

## Resumen

La presentación hace un análisis con información actualizada y complementaria respecto a las problemáticas específicas que enfrentan las víctimas de trata de personas en el Triángulo norte de Centroamérica que comprende a Guatemala, Honduras y El Salvador. Esta información fue presentada en la audiencia temática en el 178 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en diciembre del 2020. Solicitada por Abogados sin fronteras (Canadá), Tribuna de Mujeres Gladys Lanza (Honduras), Asociación para la Eliminación de la Explotación Sexual, Pornografía, Turismo y Tráfico Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes - Guatemala (ECPAT/Guatemala), y Save the Children - El Salvador.

**Palabras clave:** explotación sexual, trata de personas, reparación, corrupción, pandillas.

---

<sup>131</sup> *Asesora jurídica de Abogados sin fronteras.*

<sup>132</sup> *Save The Children, El Salvador.*

<sup>133</sup> *Abogada litigante, Tribuna de Mujeres Gladys Lanza, Honduras.*

<sup>134</sup> *Directora ECPAT/GUATEMALA.*

## **1. Obstáculos en el acceso a la justicia**

Existe a nivel regional una falta de comprensión sobre quiénes son las principales víctimas de la trata de personas y las formas diferenciadas en las que mujeres, niñas y adolescentes son afectadas por este delito, lo que repercute en la forma en la que se garantizan sus derechos, entre ellos el de acceso a la justicia.

Los Estados deben entender que la trata de personas no es un crimen neutral en términos de género, pues afecta principalmente a niñas, adolescentes y mujeres de manera desproporcionada, y se nutre de la cultura patriarcal y adultocentrista (Educo, 2019). En el acceso a la justicia para las mujeres todavía existen brechas, particularmente respecto de este delito, puesto que no se está brindando confianza y una protección adecuada que asegure el efectivo acceso a la justicia a las víctimas. Lo anterior es una consecuencia del amplio contexto de desigualdad y violencia estructural a las que están sujetas las mujeres por su condición de género y las distintas formas interseccionales de discriminación que las afectan en la región del norte centroamericano. A continuación, se exponen algunas de las situaciones que constituyen obstáculos en el acceso a la justicia para las víctimas de trata de personas, especialmente mujeres, niños, niñas y adolescentes.

### **1.1. Identificación de las víctimas**

En sus *Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) establece que “de no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos” (OACNUDH, s/f, Directriz 2: Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes).

La falta de capacidades de identificación de víctimas de trata de personas en sus distintas modalidades o su identificación errónea y posible criminalización es una realidad en la región, particularmente, cuando se refiere a operadoras y operadores de justicia que tienen un primer contacto con las posibles víctimas (Departamento de Estado de los Estados Unidos

de América, 2020; Embajada de Estados Unidos en Honduras, 2019). Lo anterior se puede constatar con el porcentaje de víctimas identificadas quienes en su mayoría corresponden a víctimas de explotación sexual (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras, 2019, p. 19; Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, 2020, pp. 83, 86 y 94; Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2020), por lo que se debe fortalecer la capacidad de identificación de otras modalidades, como el trabajo forzoso, la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad, el reclutamiento forzado para actividades delictivas, la adopción irregular, la extracción de órganos, etc., puesto que la falta de identificación rápida y correcta de estas víctimas impide su rescate, atención integral, la denuncia e investigación del delito y la interrupción de la situación de explotación, lo que vuelve ilusorio el goce y disfrute pleno de sus derechos humanos. Por estas razones, se ha recomendado apoyar el fortalecimiento de capacidades de identificación de víctimas, particularmente de grupos en situación de vulnerabilidad (Department of State, 2020, pp. 195, 228 y 240).

El derecho al acceso a la justicia se ve especialmente afectado para algunos grupos y personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, debido a no ser identificados por las autoridades como víctimas de trata de personas, tal es el caso de las personas migrantes, población LGTBI, población afrodescendiente e indígena, desplazados internos, niños y niñas en situación de riesgo social<sup>135</sup>. Esta situación preocupa enormemente, debido a la

---

<sup>135</sup> De acuerdo con la CICESCT en su informe anual 2019; apartado 2.2. Vulnerabilidad a la explotación sexual comercial y a la trata de personas: “los grupos que se encuentran como los más vulnerables, son las mujeres y las niñas, así como niños, personas migrantes irregulares, población LGTBI, población afrodescendiente e indígena, desplazados internos, personas sin empleo especialmente mujeres jóvenes con escasa preparación, niños en situación de riesgo como niñez en calle, niños en trabajo infantil, niñez de padres migrantes, personas que viven en barrios y colonias con alto nivel de criminalidad organizada y con altos índices Informe CICESCT 2019 6 de inseguridad ciudadana, personas con necesidades básicas insatisfechas, personas que por deudas adquiridas fueron sometidas por una estructura criminal”. (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras, 2019)

poca información estadística/desagregada en los informes país que refleje la identificación de estas víctimas.

## **1.2. Instrumentalización de las víctimas sobrevivientes en procesos penales**

Otra de las situaciones que incide directamente en la forma en la que las víctimas de trata de personas acceden a la justicia son las limitaciones para su participación en los procesos penales llevados contra las personas tratantes.

En el caso de Honduras, en los procesos penales, en lugar de facilitar su participación a través de la representación hecha por abogados particulares, esto se ve mermado por la falta de recursos humanos de la Comisión Interinstitucional contra la explotación sexual comercial y trata de personas (CICESCT) (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras, 2019, p. 19) para brindar asistencia legal gratuita, la cual cabe resaltar es un mandato legal y un derecho de las víctimas<sup>136</sup>. De hecho, lo anterior se puede demostrar con la falta de datos al respecto en los informes de país presentados anualmente. En el caso de El Salvador, la falta de personal permanente en el Consejo Nacional impacta directamente en el ofrecimiento de servicios especializados para las víctimas del delito<sup>137</sup>, tales como la asistencia y representación legal gratuita.

La OACNUDH ha indicado que la víctima de trata de personas juega un papel muy importante y a la vez tiene un interés legítimo en las actuaciones judiciales iniciadas contra quienes la explotaron (OACNUDH, 2014, p. 18). Por eso es tan importante que las víctimas puedan participar en los procesos judiciales de forma libre, segura y plenamente informada.

---

<sup>136</sup> Honduras, Ley Especial contra la Trata de personas, art. 25. [http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_normativa/ley\\_contra\\_la\\_trata\\_de\\_personas\\_-\\_decreto\\_59-12\\_-honduras.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_contra_la_trata_de_personas_-_decreto_59-12_-honduras.pdf)

<sup>137</sup> Ley Especial contra la Trata de Personas, art. 10. <https://www.salud.gob.sv/archivos/UAITFVIOLENCIA/documentos-normativos/3-Ley-Especial-contra-la-Trata-de-Personas-de-El-Salvador.pdf>



A pesar de las obligaciones internacionales mencionadas, en la región, el papel de las víctimas se reduce a presentar una declaración o un testimonio que sirva como medio probatorio en el proceso iniciado contra sus victimarios (ACV y Trocaire, 2018, p. 51, conclusión 6). En otras palabras, la víctima es considerada únicamente para apoyar la acusación penal presentada por el Ministerio Público (MP) a través de su declaración (ACV y Trocaire, 2018, p. 37), en lugar de constituirse como una parte del proceso mismo a través de la representación legal para velar directamente por sus intereses y preocupaciones. En el caso de Guatemala, cuya legislación procesal penal contempla la figura del querellante adhesivo<sup>138</sup>, a través de esta figura, las víctimas cuentan con alguien que represente sus intereses, con facultades de intervenir en el proceso penal. Desafortunadamente, es un número reducido de víctimas de trata de personas quienes cuentan con la oportunidad de hacerlo, ya que el rol de querellantes adhesivos comúnmente es asumido por organizaciones de la sociedad civil que cuentan con albergues para víctimas de trata de personas.

### 1.3. Protección condicionada

Aunado a lo anterior, el apoyo y protección ofrecidos a las víctimas por parte de los Estados generalmente se condiciona a su participación en el proceso penal para que puedan ser abarcadas por la protección de los programas de testigos vigentes<sup>139</sup>. Esta condición, excluye a todas las víctimas

---

<sup>138</sup> Según el art. 116 del Código Procesal Penal de Guatemala, organizaciones de la sociedad civil pueden adherirse a la persecución penal iniciada por el Ministerio Público como querellante adhesivo. Bajo esta figura, pueden colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos y con este fin solicitar, cuando lo considere, la práctica y recepción de pruebas anticipadas, así como cualquier otra diligencia prevista en el Código. En el caso de las víctimas menores de edad o incapaces, de conformidad con su deber de representación legal, la Procuraduría General de la Nación tiene que constituirse de oficio como querellante adhesivo y actor y velar por los derechos de la niñez víctima, de acuerdo con su interés superior.

<sup>139</sup> Honduras, Ley de Protección a Testigos en el Proceso Penal (Decreto 63-2007), art. 3; El Salvador, Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos (Decreto 1029), arts. 1 y 2; Guatemala, Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal (Decreto 70-96), 4.º considerando, art. 1. Ley contra

que deciden no participar en el proceso penal puesto que no existen programas de protección integral<sup>140</sup> que puedan brindar seguridad de forma diferenciada, atendiendo las particularidades de cada víctima<sup>141</sup>, dejándolas en desamparo, aunque se encuentren en riesgo de sufrir nuevos hechos victimizantes.

En Honduras, por ejemplo, la Ley contra la Trata de Personas prevé la protección de las víctimas fuera del proceso penal<sup>142</sup>; en estos casos la protección se realizará como parte y complemento de la atención primaria y secundaria y con recursos provenientes del Fondo para la Atención de las Víctimas de la Trata de Personas y Actividades Conexas (FOAVIT)<sup>143</sup> de la Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas (CICESCT). Sin embargo, el FOAVIT, del cual dependería la protección de las víctimas fuera del proceso penal, aún no ha sido creado, encontrándose de esta manera la víctima en total indefensión y sin la debida protección. Por lo que, algunas organizaciones de sociedad civil asumen la protección de las víctimas a través de las casas refugios, pero los problemas de inseguridad siguen latentes debido a que el Estado tampoco les proporciona resguardo. De igual forma, en El Salvador no hay un programa con el cual se le pueda garantizar la protección a las víctimas de trata de personas que no participen en las investigaciones o procesos penales, según la Ley Especial contra la Trata de Personas, el Estado debe de brindar una protección integral por medio del Fondo

---

la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (decreto 9-2009), Guatemala, art. 62.

<sup>140</sup> Ley Especial contra la Trata de Personas, art. 39. <https://www.salud.gob.sv/archivos/UAITFVIOLENCIA/documentos-normativos/3-Ley-Especial-contra-la-Trata-de-Personas-de-El-Salvador.pdf>

<sup>141</sup> Congreso Nacional de la República de Honduras, decreto N.º 59-12, Ley contra la Trata de Personas, art. 37, protección de la víctima de trata de personas durante el proceso penal.

<sup>142</sup> Congreso Nacional de la República de Honduras, decreto N.º 59-12, Ley contra la Trata de Personas, art. 38, protección de la víctima de trata de personas fuera del proceso penal.

<sup>143</sup> Ídem, art. 38.

de Atención a las Víctimas del Delito de Trata de Persona, sin embargo, dicho fondo es inoperante ya que no ha sido asignado el presupuesto que por mandato de ley debería tener<sup>144</sup>.

En el caso de Guatemala, la protección de las víctimas fuera del proceso penal se da únicamente respecto de las víctimas que se encuentran en hogares de protección a cargo del Estado, ya sea de la Secretaría de Bienestar Social, cuando son niños, niñas o adolescentes víctimas de trata de personas o de la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, cuya situación se abordará más adelante. Además de estos hogares, las víctimas en ocasiones son remitidas por orden de juez competentes a hogares privados para su protección.

#### **1.4. Limitado personal especializado encargado de la investigación, persecución y sanción del delito**

También es importante señalar que un gran obstáculo para el acceso a la justicia para las víctimas es el poco personal asignado a las unidades de investigación sobre trata de personas de la policía y de fiscalía (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras, 2019, p. 19), quienes generalmente sitúan su recurso humano especializado en las grandes ciudades. No obstante, ello implica que las zonas regionales carezcan de personal especializado en el tema<sup>145</sup> y en consecuencia se perpetúe el círculo vicioso que impide identificar correctamente a las víctimas. Tal es el caso de Guatemala que, a pesar de contar con la Unidad contra la Trata de Personas en la División Especializada de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil, aún presenta el desafío de su descentralización y movilización en todo el territorio guatemalteco para ampliar su cobertura de investigación en los casos de trata de personas

---

<sup>144</sup> Ley Especial contra la Trata de Personas, arts. 51-53. <https://www.salud.gob.sv/archivos/UAITFVIOLENCIA/documentos-normativos/3-Ley-Especial-contra-la-Trata-de-Personas-de-El-Salvador.pdf>

<sup>145</sup> *Ibíd.* (Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2020).

y agilizar su intervención para hacerla más inmediata<sup>146</sup>. A lo anterior se suma que las instituciones a cargo de incidir en la prevención de la trata de personas no cuentan con el presupuesto adecuado, según el informe de situación de trata de personas para el año 2018 elaborado por el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, el mobiliario y equipo de la Sección contra la Trata de Personas de la Policía Nacional Civil es escaso, ya que no cuentan con cámaras fotográficas, grabadoras, tóner, archivadores, radios, chalecos antibalas, etc. En ese mismo informe se emitieron recomendaciones al Ministro de Gobernación para mejorar las condiciones laborales de las y los agentes, sin embargo, estas no han sido atendidas en su mayoría (ECPAT, 2018a; Procurador de los Derechos Humanos (PDH), 2018, p. 93).

En el caso de Honduras, la Unidad contra la Trata de Personas, Explotación Sexual Comercial y Tráfico Ilegal de Personas (UTESCTP) cuenta con diez fiscales especializados a nivel nacional, de los cuales siete se encuentran en la ciudad de Tegucigalpa, departamento de Francisco Morazán y tres en San Pedro Sula, departamento de Cortes, debiendo movilizarse a nivel nacional para intentar cubrir la mayor parte de los casos de trata de personas en el país. Cuando los fiscales especializados no pueden hacerlo, son los fiscales regionales que no están especializados quienes continúan las investigaciones y persecuciones de los casos.

De igual forma, la ausencia de especialización tiene como consecuencia que los agentes persecutores se centren más en obtener sentencias, aunque sea a través de procedimientos abreviados<sup>147</sup> o de estricta conformidad<sup>148</sup> que

---

<sup>146</sup> *Política Pública contra la trata de personas y protección integral a las víctimas 2014-2014*, p. 43. <http://ecursos.segeplan.gob.gt/CAPP/documentos/19/Pol%C3%ADtica%20Trata%20de%20Personas.pdf>

<sup>147</sup> Los arts. 403 y 404 del código procesal penal hondureño establecen los requisitos del procedimiento abreviado en aquellos casos que de forma conjunta el MP y el imputado lo solicitan al juez. Para este caso se podrá rebajar la pena en  $\frac{1}{4}$  por el delito perseguido.

<sup>148</sup> El artículo 322 del código procesal penal hondureño define la figura de Estricta Conformidad como el acuerdo entre el acusador y la defensa, con la aquiescencia del acusado que se presenta al tribunal con la finalidad de que se dicte sentencia según lo que en

rebajan las penas al mínimo<sup>149</sup>, tal y como sucede en el caso de Honduras, sin considerar el daño, los intereses o las preocupaciones de la víctima y los riesgos de represalias o atentados contra su integridad física o su vida.

Por otro lado, la falta de sensibilización y especialización de los jueces y las juezas expone a las víctimas a ser revictimizadas (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras, 2019, p. 19). Lo anterior se refleja en la deficiente valoración de los medios de prueba o las calificaciones jurídicas del delito, sin mencionar los estereotipos y prejuicios adjudicados a las víctimas debido a su falta de comprensión sobre la naturaleza, las causas y el impacto de la trata de personas en la vida de estas, lo cual provoca que, en muchas ocasiones, se absuelva a las personas responsables facilitando la impunidad de los hechos (Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2020). Por ello, es importante que los Estados cuenten con juzgados especializados en materia de trata de personas, con el fin de garantizar el debido proceso, la participación y protección adecuada a las víctimas (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras, 2019, p. 19).

### **1.5. Obstáculos normativos**

Como siguiente punto, abordando cuestiones del marco normativo penal en el caso específico de Honduras, la reciente reforma del Código Penal impone mayores obstáculos a la persecución del delito, pues en modalidades como la explotación sexual se exige que la misma sea “forzada” y, por tanto, se deberán probar sistemáticamente elementos de uso de la fuerza o coacción, excluyendo de esta forma el uso de otros medios como el

---

ese momento soliciten las partes, incluyendo la modificación del tipo penal del que se le acusa siempre y cuando el tribunal no lo considere como una forma de eximir de responsabilidad al culpable. Por otro lado, la pena solicitada en acuerdo en ningún caso podrá ser inferior al mínimo que señala el Código Penal. Al contrario del procedimiento abreviado esta figura es aplicable a personas reincidentes.

<sup>149</sup> ASFC (próx. publicación). Análisis de sentencias en materia de trata de personas en Honduras.

engaño, el fraude o el abuso de una situación de vulnerabilidad, que son frecuentemente utilizados en los casos a nivel nacional para cometer esta modalidad de explotación<sup>150</sup>. En consecuencia, la reforma no se conforma a los estándares internacionales en la materia que señalan que bajo ninguna circunstancia las personas pueden consentir su propia explotación<sup>151</sup>. De igual forma, la reforma deroga dos modalidades de explotación que estaban contenida en la Ley contra la trata de personas, a saber, la venta de personas y la adopción irregular, lo cual favorece que las estructuras criminales dedicadas a la comisión de estos delitos operen en completa impunidad en el territorio<sup>152</sup>, al cometer las referidas modalidades. Finalmente, la pena estipulada en la reforma no corresponde a la gravedad del delito<sup>153</sup> ya que pasó de 15-20 años a 5-8 años de reclusión.

---

<sup>150</sup> ASFC, Recomendaciones y propuesta de enmiendas al nuevo Código Penal de Honduras en relación al delito de trata de personas y delitos conexos, pendiente de publicar.

<sup>151</sup> 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, art. 3, inciso b: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

<sup>152</sup> ASFC (próx. publicación). Recomendaciones y propuesta de enmiendas al nuevo código penal de Honduras en relación al delito de trata de personas y delitos conexos.

<sup>153</sup> Congreso Nacional de la República de Honduras, Decreto N.º 130-2017, publicado en el diario oficial *La Gaceta* N.º 34,940 de fecha 10 de mayo de 2019. Art. 219. Trata de personas: 1. Debe ser castigado con la pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, quien, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posea el control de la misma, la capta, transporta, traslada, acoge o recibe, dentro o fuera del territorio nacional, con cualquiera de las finalidades siguientes: a. La explotación en condiciones de esclavitud, servidumbre, servicios o trabajos forzados, incluida la mendicidad y la obligación de realizar actividades delictivas; b. La explotación sexual forzada; c. Realizar matrimonio o unión de hecho servil o forzado; d. Provocar un embarazo forzado; e. La extracción de sus órganos o tejidos corporales, o de sus componentes derivados; o f. La experimentación para la aplicación de medicamentos, fármacos, sustancias o técnicas clínicas. ASFC (próx. publicación). Recomendaciones y propuesta de enmiendas al nuevo código penal de Honduras en relación al delito de trata de personas y delitos conexos.

En relación con Guatemala y El Salvador, se observa que han tipificado el delito de trata de personas sin incluir los medios como parte de los elementos constitutivos del mismo.

## 1.6. Obstáculos en el contexto de la pandemia COVID-19

Por otra parte, tras iniciarse el confinamiento como consecuencia del COVID-19<sup>154</sup>, los tres países de la región suspendieron todas sus actividades en el sector público, lo que tuvo repercusiones negativas particularmente en la continuidad de las investigaciones en curso y en el inicio de nuevas investigaciones tras la recepción de información sobre nuevos casos, puesto que solo se atendían por parte de las fiscalías, casos en flagrancia con el poco personal de turno habilitado.

---

<sup>154</sup> Honduras: Decretos Ejecutivos PCM; PCM 021-2020 - Suspensión de Garantías Constitucionales, PCM 022-2020, PCM 023-2020, PCM 026-2020, PCM 028-2020, PCM 031-2020, PCM 033-2020, PCM 036-2020, PCM 040-2020, PCM 042-2020, PCM 045-2020, PCM 047-2020, PCM 048-2020, PCM 052-2020, PCM 053-2020, PCM 056-2020, PCM 057-2020, PCM 059-2020, PCM 063-2020, PCM 068-2020, PCM 072-2020, PCM 073-2020, PCM 078-2020, PCM 082-2020, PCM 085-2020 y PCM 092-2020. <http://www.consejosecretariosdeestado.gob.hn/pcm-2020?page=1>  
El Salvador: Decretos Legislativos 593 y 599 sobre suspensión de plazos procesales. Decretos ejecutivos 12 y 14 que declaran emergencia nacional en todo el territorio, Decreto 611 sobre restricción temporal de derechos constitucionales concretos para atender la pandemia COVID-19. <https://imprentanacional.gob.sv/compilacion-de-decretos-de-emergencia-por-covid-19/>. Guatemala: Decreto gubernativo número 5-2020 de la Presidencia de la República, publicado el 6 de marzo de 2020, declaratoria de estado de calamidad pública en el territorio nacional, Decreto gubernativo número 7-2020 de la Presidencia de la República, publicado el 25 de marzo de 2020, prórroga del estado de calamidad, Decreto gubernativo número 8-2020 del 20 de abril de 2020, en el que se prorroga el estado de calamidad pública, Decreto gubernativo 9-2020 de la presidencia de la República, publicado el 29 de mayo de 2020, en el que se prorroga el estado de calamidad pública, Decreto gubernativo número 12-2020 de la Presidencia de la República, publicado el 25 de junio de 2020, en el que se prorroga el estado de calamidad pública, Decreto gubernativo 15-2020 de la Presidencia de la República de julio de 2020, en el que se prorroga el estado de calamidad pública, Decreto gubernativo número 17-2020 de la Presidencia de la República, publicado el 26 de agosto de 2020, en el que se prorroga el estado de calamidad pública.

## 2. Ausencia de reparación en los casos de trata de personas

Al ser la trata de personas un delito pluriofensivo y además una grave violación a los derechos humanos de las víctimas (Díaz Morgado, 2014, pp. 102, 103 y 127 – 130), la reparación se convierte en un derecho fundamental (OACNUDH, 2014, pp. 20, 32, 33 y 34) para que las personas sobrevivientes de este crimen puedan recuperarse y reformular o retomar su proyecto de vida.

Es menester recordar que la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* de 1985 hace hincapié en que si bien la reparación del daño debe ser indemnizada, en primer lugar, por los responsables, afirma que cuando las y los infractores no puedan cubrir total o parcialmente la indemnización, el Estado debe esforzarse por indemnizar por otros medios a la víctima como, por ejemplo, a través de fondos nacionales de indemnización para las víctimas (OACNUDH, 2014).

A pesar de que la reparación se encuentra contemplada en los marcos normativos de los tres países<sup>155</sup> y que por tal razón se ha previsto en sus legislaciones especializadas en materia de trata de personas, la creación de un fondo destinado a la atención integral y reparación de las víctimas<sup>156</sup>, no es menos cierto que dichos fondos siguen siendo una deuda en la región. ASFC ha identificado en la práctica diferentes situaciones que van en detrimento del acceso a la reparación adecuada, efectiva y rápida cuando no existen tales fondos, entre las que se destacan:

---

<sup>155</sup> Honduras, Ley Especial contra la Trata de personas, art. 41. [http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_normativa/ley\\_contra\\_la\\_trata\\_de\\_personas\\_-\\_decreto\\_59-12\\_honduras.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_contra_la_trata_de_personas_-_decreto_59-12_honduras.pdf); Guatemala, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, art. 11 literal g). [http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_normativa/ley-contra-la-violencia-sexual-explotacion-y-trata-de-personas\\_-\\_decreto\\_9-2009\\_guatemala.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley-contra-la-violencia-sexual-explotacion-y-trata-de-personas_-_decreto_9-2009_guatemala.pdf); El Salvador, Ley Especial contra la Trata de Personas, artículo 41. <https://www.salud.gob.sv/archivos/UAITFVIOLENCIA/documentos-normativos/3-Ley-Especial-contra-la-Trata-de-Personas-de-El-Salvador.pdf>

<sup>156</sup> Honduras, Ley Especial contra la Trata de personas, art. 20; Guatemala, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, art. 68; El Salvador, Ley Especial contra la Trata de Personas, arts. 51 a 53.



## 2.1. La exclusión de la reparación en el ámbito penal

Las y los operadores de justicia perciben la reparación como un proceso puramente civil que se sale de la competencia penal y que por lo tanto debiese de sustanciarse en otro proceso diferente a la persecución, juzgamiento y sanción de la persona tratante. En consecuencia, las y los fiscales no buscan probar el daño causado a las víctimas y obtener reparaciones en sus actuaciones. En ese mismo sentido, las juezas y los jueces que conocen del proceso penal de trata de personas no se pronuncian sistemáticamente sobre aspectos reparatorios en sus sentencias, a pesar de que su derecho interno así lo prevé.

En Honduras, por ejemplo, los jueces encargados de la ejecución de la sentencia manifiestan, por un lado, que no conocen las reglas sobre reparación establecidas en la Ley contra la Trata de Personas y por otro; que no pueden ejecutar una reparación, si los jueces que dictaron la sentencia condenatoria no especifican los aspectos de la misma. Al contrario, los jueces que dictan las sentencias condenatorias explican que no les compete pronunciarse sobre las reparaciones si el MP no lo ha solicitado, a pesar de que la Ley contra la trata de personas así lo expresa, y que por tanto sería competencia de los jueces de ejecución velar por el aspecto reparatorio de la sentencia<sup>157</sup>.

En el caso de Guatemala, ante los posibles obstáculos presentados para la ejecución de la reparación digna por los jueces de ejecución penal, ante el argumento de su ejecución en la vía civil, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en auto del 14 de octubre de 2011, en el conflicto de competencia 2938-2011, estableció la obligación de los jueces de ejecución de llevar a cabo la ejecución de las penas y la reparación, sin embargo, dicha disposición no es observada de forma uniforme por los tribunales de sentencia penal<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> ASFC (próx. publicación). Análisis de las sentencias de trata de personas en Honduras.

<sup>158</sup> ASFC (próx. publicación). Análisis sobre la efectividad del derecho de reparación en Guatemala a la luz de los estándares internacionales, Guatemala, 2020.

En El Salvador, hay una falta notable de reparación digna para las víctimas en los juicios de trata de personas, aun cuando esta está prevista en la normativa salvadoreña. En 2019, ninguna de las sentencias por trata de personas contenía aspectos reparatorios. En consecuencia, esta situación limita el derecho de la víctima a tener un resarcimiento por los daños sufridos; además, limita el total acceso a la justicia. Es importante recalcar que la Ley Especial contra la Trata de Personas establece una responsabilidad civil para el tratante; la cual puede entenderse como reparación, sin embargo, la ley no determina cómo esta reparación puede hacerse efectiva.

Resulta, entonces, indispensable sensibilizar a estos actores y actrices de justicia (AAJ) respecto a las repercusiones negativas que tiene la negación del derecho a la reparación en el ámbito económico, así como en la recuperación, la rehabilitación y el proyecto de vida de las víctimas. Asimismo, los Estados deben fortalecer las capacidades de los AAJ para probar el daño causado por el delito de trata de personas o motivar la reparación otorgada en el proceso penal en aplicación del control de convencionalidad del Protocolo de Palermo.

## **2.2. La exigencia de agotar la vía civil**

En virtud de lo anterior, el sistema ordena el agotamiento de la vía civil para que la víctima de trata de personas pueda acceder a su derecho de reparación. Sin embargo, tal exigencia no cumple en la realidad con los estándares establecidos para que la reparación sea adecuada, efectiva y rápida. Pues, previo a agotar la vía civil se debe obtener una sentencia condenatoria en el ámbito penal, lo cual vuelve el proceso de reparación cada vez más largo, costoso, engorroso y, en especial, ilusorio para la víctima de trata de personas.

En Honduras, la Ley contra la trata de personas, establece que “En los casos con sentencia firme, las personas condenadas deben resarcir a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización,

la prestación de servicios y la restitución de derechos<sup>159</sup>". No obstante, las víctimas tienen que acudir al juzgado de ejecución para ejercer la acción por la vía de apremio, en estos casos la víctima debe solicitar la acción civil resarcitoria<sup>160</sup>.

### **2.3. La exigencia de ser asistida por un profesional del derecho para agotar la vía civil u obtener reparaciones**

Aunado a lo expuesto, el agotamiento de la vía civil por parte de la víctima requiere obligatoriamente los servicios profesionales de un(a) abogado(a) en los países del Triángulo Norte de América Central. Este aspecto obstaculiza aún más la posibilidad real de las víctimas para obtener reparaciones, pues tal como fue abordado en la sección sobre representación legal de las víctimas, generalmente los Estados no proporcionan estos servicios de forma gratuita<sup>161</sup> y no todas las víctimas de trata tienen las condiciones de

<sup>159</sup> Congreso Nacional de la República de Honduras, decreto N.º 59-12, Ley contra la Trata de Personas, art. 25, derechos de las víctimas, inciso 7 y art. 42, resarcimiento.

<sup>160</sup> *Ibidem*, artículo 50: ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Cuando el tribunal declare al imputado penalmente responsable del delito de Trata de Personas, también lo condenara al pago de la reparación del daño provocado a la víctima. La condenatoria civil debe incluir, según las particularidades del caso:

- 1) Los costos del tratamiento médico;
- 2) Los costos de la atención psicológica y rehabilitación física y ocupacional;
- 3) Los costos del transporte, incluido el de retorno a su lugar de origen o traslado a otro país cuando corresponda, gastos de alimentación, vivienda provisional y cuidado de personas menores de Dieciocho (18) años, en que haya incurrido;
- 4) Los ingresos perdidos;
- 5) El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;
- 6) La indemnización por daño moral; y,
- 7) El resarcimiento derivado de cualquier otra pérdida sufrida por la víctima que haya sido generada por la comisión del delito.

El estatus migratorio de la víctima o su ausencia por retorno a su país de origen, residencia o tercer país no impedirá que el tribunal ordene el pago de una indemnización con arreglo al presente Artículo. A través de los canales diplomáticos establecidos y con el apoyo de la información que le brinde el Ministerio Público, se realizarán todas las gestiones necesarias para localizar a la víctima y ponerla en conocimiento de la resolución judicial que le otorga el beneficio resarcitorio.

<sup>161</sup> Congreso Nacional de la República de Honduras, decreto N.º 59-12, Ley contra la

gestionar o acceder a una representación legal para agotar la vía civil por su propia cuenta.

Por otro lado, el análisis realizado por ASFC sobre las sentencias condenatorias en materia de trata de personas, dictadas en Guatemala de 2013 a 2019, refleja que se otorgan reparaciones en el ámbito penal, únicamente en aquellas sentencias en las que durante el proceso penal intervino un tercero que se adhiere al proceso para representar los intereses y preocupaciones de las víctimas, independiente a las y los fiscales del Estado. Por lo que, todas las víctimas que carecen de esta representación se ven limitadas a acceder a la reparación del daño que les ha sido ocasionado, aun cuando exista una sentencia condenatoria.

#### **2.4. La incapacidad económica del autor para indemnizar a la víctima**

Cuando el monto relativo a la reparación, previsto en la condena, excede las capacidades económicas del autor del delito, esta se vuelve también irrealizable y, por tanto, ilusoria pues a pesar de haberse dictado sentencia judicial, la víctima no obtiene una reparación real.

En El Salvador, por ejemplo, durante el año 2019, no se dictó ninguna sentencia que otorgara reparación a la víctima de trata de personas (Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2020), a pesar de que la Ley Especial contra la Trata de Personas prevé la responsabilidad civil de la persona tratante<sup>162</sup>. De acuerdo con los fiscales, esto ocurre porque no hay claridad en el proceso que se debe seguir para hacer efectiva la reparación. De hecho, a pesar de que las y los fiscales recurren generalmente

---

Trata de Personas, artículo REPRESENTACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA. Las víctimas de Trata de Personas podrán contar con los servicios gratuitos de un Profesional de Derecho proporcionado por el Estado, quien la asistirá en todos las gestiones y procesos que se relacionen con ella en su condición de víctima del delito, sea en la vía penal, civil, migratoria o administrativa. Esto incluye la debida representación en la acción civil cuando se requiera.

<sup>162</sup> Ley Especial contra la Trata de Personas, Art. 41. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/93682F40-A2CF-46DB-A0F0-24B4CE9E617D.pdf>

al Código Procesal Penal y a Ley Penitenciaria, los imputados se declaran insolventes y sin posibilidades de cumplir con la reparación de la víctima.

En el caso de Guatemala, la visión restrictiva que las y los jueces tienen del carácter integral de la reparación, hace que se limiten a otorgar en concepto de reparación únicamente compensaciones financieras, sin contemplar los daños causados a la víctima por el delito o vincularlos con las necesidades de las víctimas o la capacidad económica de la persona condenada, por lo que tal y como se mencionó antes, si la persona condenada carece de la capacidad económica para pagar, el derecho a la reparación de la víctima queda sin ser efectivo<sup>163</sup>.

## **2.5. La inadaptación del sistema tradicional de justicia a las necesidades e intereses de los grupos en situación de vulnerabilidad**

Este aspecto se relaciona estrechamente con las posibilidades de revictimizar a las personas que han sufrido las violaciones a sus derechos por el delito de trata de personas. Pues, de forma general, al tener sistemas que reproducen estereotipos de género interseccionales, como en los países del continente americano, se invisibilizan las necesidades específicas de las mujeres, las mujeres trans, los grupos indígenas, en particular, las mujeres indígenas, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas mayores y todas aquellas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Consecuentemente, las autoridades estatales no incluyen enfoques transversales como el victimológico, de género, ni de derechos humanos en los procesos penales y los aspectos reparatorios, obviando así las consideraciones específicas de cada caso y de cada víctima para dictar sentencia y/o adaptar la reparación a sus necesidades particulares<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> ASFC (próx. publicación). Análisis sobre la efectividad de la reparación en Guatemala a la luz de los estándares internacionales, Guatemala, 2020.

<sup>164</sup> ASFC (próx. publicación). Análisis de sentencias de Honduras. ASFC (próx. publicación). Análisis de sentencias de Guatemala.

## **2.6. La no participación de las víctimas en el proceso penal**

Además de todo lo anterior, hay casos en los que las víctimas desisten del proceso penal o ni siquiera tienen la voluntad de contribuir con la investigación y la persecución del delito por diferentes razones. Lo cual, es entendido en muchas ocasiones por las y los operadores de justicia como la renuncia de la víctima a su derecho a la reparación.

En el caso de Guatemala, los casos de trata de personas no son conocidos únicamente por los juzgados especializados en materia de trata, sino que aún existen casos que están siendo conocidos y serán resueltos por los tribunales de sentencia del orden, pena o de femicidio y violencia contra la mujer. A pesar de que la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas contempla, en su artículo 58, un mandato específico para las personas condenadas por el delito de trata de personas a pagar indemnizaciones a las víctimas por los daños y perjuicios causados, incluidos los costos de atención para su recuperación física, psicológica y económica, aun si la víctima no hubiere reclamado expresamente la indemnización o no se hubiere constituido como querellante adhesivo, debiendo determinarse esta indemnización en la sentencia condenatoria, las y los jueces que conocen de trata de personas requieren que la víctima o el querellante adhesivo ejerza la acción de reparación para obtener esta indemnización y, en la mayoría de casos, los tribunales de sentencia penal no otorgan la reparación digna y reenvían a la víctima a la vía civil para su reclamo<sup>165</sup>.

Finalmente, en Honduras y El Salvador no se cuenta con datos oficiales que reporten la reparación integral a las víctimas en los términos estipulados por sus leyes especiales.

Todos estos obstáculos ilustran la necesidad de contar con fondos nacionales de reparación que no se condicionen a la obtención de una sentencia condenatoria o a la participación y contribución de la víctima.

---

<sup>165</sup> ASFC (próx. publicación). Análisis sobre la efectividad de la reparación en Guatemala a la luz de los estándares internacionales, Guatemala, 2020.

En ese sentido, se insta a los Estados a establecer medidas innovadoras y creativas para dotar de recursos suficientes a los fondos nacionales de reparación y tomar las medidas necesarias para garantizar su implementación y operatividad. Así como a modificar los marcos normativos para que las víctimas puedan acceder a una reparación adecuada, efectiva y rápida conforme a los estándares internacionales. Y finalmente, se reitera la necesidad de sensibilizar a los AAJ para mantener a la víctima, sus preocupaciones e intereses siempre al centro de cualquier acción sea administrativa o judicial.

### **3. Presencia de estructuras criminales: el reclutamiento de personas menores de edad por grupos criminales**

De acuerdo con las cifras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), alrededor de 470 000 personas provenientes de El Salvador, Honduras y Guatemala son refugiadas o solicitantes de asilo, cifra que se incrementó en un 33% entre 2018 y 2019 (ACNUR, s/f), posiblemente como resultado de las caravanas de migrantes que tuvieron lugar entre 2018-2020 (OIM, s/f), con flujos migratorios mixtos<sup>166</sup> que vuelven este fenómeno más complejo. Según los registros, estas personas huyen principalmente de la violencia, las amenazas, la extorsión, el reclutamiento de las pandillas o la prostitución, agravadas por la inestabilidad socioeconómica y la pobreza (ACNUR, s/f).

En marzo de 2010, la División de Protección Internacional del ACNUR advirtió en Ginebra, Suiza que “algunas pandillas, como en el caso de las maras, dependen en gran medida del reclutamiento forzoso para ampliarse y mantenerse. Por lo general reclutan a jóvenes pobres, sin hogar y provenientes de segmentos marginados de la sociedad o de determinados barrios (Reporteros de investigación, 2020).

---

<sup>166</sup> Debido a la magnitud de personas que migran en las caravanas, se hace aún más difícil la identificación de posibles víctimas de trata de personas y de personas con necesidad de protección internacional en relación a los migrantes con necesidades económicas.

No obstante, a pesar de que el reclutamiento forzado para maras y pandillas no es un fenómeno reciente, pues hace más de una década que se advierte de esta modalidad de trata, por parte de organizaciones como Casa Alianza Honduras, la respuesta más fuerte del Estado hondureño ha sido la remilitarización de la seguridad pública (Reporteros de investigación, 2020), de hecho, ni siquiera se ha adoptado el reglamento de la ley que crea el sistema de alerta temprana Amber, por lo que dicho mecanismo de búsqueda, en el caso de desapariciones de NNA vinculados a la trata de personas, es ilusorio.

De forma general, los Estados del norte centroamericano adolecen de un abordaje integral frente a estas problemáticas estructurales. Lo cual perpetúa la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en la región.

Esta misma CIDH ha resaltado que, como consecuencia del clima de inseguridad y violencia en la región, el entorno es particularmente pernicioso para los y las NNA. La niñez que vive en los barrios con fuerte presencia e implantación de las maras y las pandillas es uno de los grupos que más se ve afectado en el goce de sus derechos. Por lo que las niñas, niños y adolescentes son expuestos a las presiones, amenazas, violencia y engaños por parte de las maras, y son utilizados y abusados para sus actividades. Y, por otro lado, son estigmatizados, discriminados y maltratados por los agentes del orden, ya que los ven como potenciales delincuentes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015).

Al respecto, el Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica ha manifestado que:

El hecho de que los niños y niñas, especialmente quienes viven en territorios donde operan las pandillas, sean frecuentemente objeto de la violencia de las pandillas, en parte es el resultado de la gran cantidad de jóvenes que pertenecen a las pandillas. De hecho, algunas pandillas de Honduras, como los Chirizos y sus derivados, están compuestas en su mayoría por niños, niñas y jóvenes. Los niños, niñas y jóvenes del



lugar son reclutados por las pandillas desde muy temprana edad, y según se informa las pandillas ven las escuelas como elemento fundamental para su organización y controlan muchas escuelas públicas en las áreas urbanas donde operan con impunidad<sup>167</sup>.

En El Salvador, diferentes organizaciones de la sociedad civil y funcionarios de instituciones del Estado han manifestado que los jóvenes y adolescentes son las poblaciones en mayor riesgo, pues las edades de reclutamiento inician desde los 5 años de edad en algunos casos, pero la edad más frecuente es al llegar a la edad del inicio de la adolescencia, (a partir de los 10 años, aproximadamente). Los reclutamientos ocurren en las comunidades en donde viven, así como en los diversos centros educativos, barrios o colonias en donde tengan que trasladarse para llegar a sus centros de estudio<sup>168</sup>. Y en Guatemala, ECPAT ha identificado que los espacios públicos de recreación y educación como parques, canchas deportivas e, incluso, dentro de establecimientos educativos son utilizados para el reclutamiento, pero la investigación de estos casos, no se ordena (ECPAT, 2018b).

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH) de Honduras manifestó haber atendido en 2017, alrededor de 56 casos de reclutamiento forzado de NNA de los cuales el 79% era realizado por maras y pandillas, 14% por sujetos desconocidos o particulares y 7% por bandas criminales o narcotraficantes (Reporteros de investigación, 2020). En 2018, Casa Alianza Honduras reportó 77 casos de trata de personas bajo esta modalidad, pero los NNA reclutados terminaron siendo criminalizados (Reporteros de Investigación 2020), en lugar de rescatados y rehabilitados.

Lo anterior se ilustra a través de las pocas investigaciones abiertas por parte de los entes encargados, tal es el caso de la Dirección Policial de

---

<sup>167</sup> Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica, Informe de país de origen Honduras. Actualización, julio 2019, pp. 22 y 23.

<sup>168</sup> Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica, Informe de país de origen El Salvador. Actualización julio 2019, p. 18.

Investigaciones (DPI)<sup>169</sup>, quienes, en el periodo de 2015 a marzo de 2019, apenas reportaron la investigación abierta de tres casos de trata de personas en la modalidad de reclutamiento forzado de menores de edad para actividades delictivas.

Casa Alianza Honduras, indica que algunos de estos casos versan por ejemplo sobre niñas captadas bajo enamoramiento de miembros de las pandillas y una vez que entran en la estructura son explotadas sexualmente por la mara y utilizadas para otras actividades criminales<sup>170</sup>. Lo cual refleja, además, cómo esta modalidad afecta de forma diferenciada a las niñas por razones de género.

La situación de desprotección de las niñas y adolescentes en la región se ve reflejada, además, con el caso “Boquerón” en Guatemala, que revela situaciones de explotación sexual en las cárceles por los reclusos, operadas por estructuras criminales que se han infiltrado en el sistema penitenciario<sup>171</sup>.

En 2016, durante su visita a El Salvador, la Relatora Especial de la ONU sobre las formas contemporáneas de la esclavitud identificó áreas problemáticas en el contexto del incremento de la violencia, entre ellas, la coacción de niñas, adolescentes y mujeres para participar en actividades sexuales con los miembros de pandillas, incluyendo las llamadas “novias” que son forzadas a llevar a cabo visitas íntimas en las prisiones (Save the Children, 2019): “Estas prácticas constituyen, *prima facie*, formas contemporáneas de esclavitud y están prohibidas por la normativa internacional de derechos humanos” (OACNUDH, 2016).

---

<sup>169</sup> Policía Nacional de Honduras, Dirección Policial de Investigaciones, División de Criminología, Departamento de Información y Estadísticas, Oficio DPI - N0 0584-2019, de fecha 10 de abril del año 2019.

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Jutiapa. Jutiapa, 24 de agosto de 2018, p. 102.

En la región del norte centroamericano, los y las NNA son utilizados y abusados por las organizaciones criminales ya que se les considera mano de obra barata y prescindible, además de que se enfrentan a penas menos severas (Insight Crime, 2016). Por ello, les encargan los crímenes más graves y las actividades de mayor riesgo para su integridad personal o en riesgo de ser detenidos por las fuerzas del orden (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015) y criminalizados (Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2020).

De hecho, la Ley Especial contra la Trata de Personas de El Salvador no contempla entre sus modalidades de explotación el reclutamiento forzado de NNA<sup>172</sup>. En Guatemala, el gobierno no ha reconocido como víctimas de la trata a NNA obligados a participar en actividades delictivas, al ser reclutados por grupos organizados, quienes son abordados como criminales y no como víctimas a proteger (Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2019, p. 5.). Y en Honduras, a pesar de la identificación

---

<sup>172</sup> El art. 5 de la Ley Especializada contra la Trata de Personas, únicamente contempla las siguientes modalidades: servidumbre, explotación sexual, explotación sexual comercial en el sector turismo, trabajo forzado, esclavitud, mendicidad forzada, embarazo forzado, matrimonio u unión forzada, adopción fraudulenta, tráfico ilegal de órganos, tejidos, fluidos, células, o embriones humanos, experimentación clínica o farmacológica, y comercio de material pornográfico. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/93682F40-A2CF-46DB-A0F0-24B4CE9E617D.pdf>. En el año 2019, la cantidad desagregada por departamento de niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de trata de personas, fueron los siguientes: Santa Ana 1, Sonsonate 7, Chalatenango 2, La Libertad 3, San Salvador 8, San Vicente 1, Usulután 2, San Miguel 17, Morazán 4, La Unión 9 y no determinado se registraron 6; haciendo un total de 60; según el Departamento de Estadística, conforme a registros de SIGAP a la fecha del 26 de febrero de 2020; en estas zonas es importante ejecutar más esfuerzos de prevención e investigación con el fin de erradicar la trata de personas.

En el año 2019, en El Salvador, se registraron 60 casos en donde los niños, la niñas y adolescentes fueron víctimas del delito de trata de personas. De esos, 6 casos fueron archivados, 47 alcanzaron la etapa de investigación y únicamente 7 fueron judicializados, según el Departamento de Estadística conforme a registros de SIGAP a la fecha del 26 de febrero de 2020; en estas estadísticas queda evidenciada la brecha entre los casos investigados y aquellos que no han llegado aún a los tribunales impidiendo de esta forma la pronta justicia para las víctimas.

de víctimas de reclutamiento forzado, por parte del CONADEH y de las organizaciones de sociedad civil, hasta la fecha no se han iniciado investigaciones ni se han obtenido sentencias que invoquen esta modalidad de explotación.

Lo anterior reafirma que las y los operadores de justicia carecen de capacidades de identificación de estas víctimas, pues en términos generales son estigmatizadas, criminalizadas y hasta acusadas por el delito de asociación ilícita, venta de drogas u otros delitos.

#### **4. Corrupción y complicidad de autoridades con los autores del delito**

El programa de cooperación de la Unión Europea con América Latina EUROsociAL+ ha revelado cómo los funcionarios corruptos son el eslabón imprescindible en la trata de personas en América Latina, particularmente en la creación de anillos de protección en distintos niveles en torno a las redes criminales. En el *primer anillo*, se sitúan las fuerzas policiales o agentes de primer contacto que protegen a las organizaciones que controlan los lugares de explotación, por ejemplo, evitando realizar controles de locales nocturnos, facilitando el ingreso de migración irregular de personas menores de edad sin permiso legal o “haciéndose de la vista gorda”, ignorando y dejando de actuar deliberadamente en relación con la documentación falsa de mujeres y niñas que han sido engañadas por las redes de trata de personas. De acuerdo con las investigaciones, estos actos podrían ser aislados o formar parte de estructuras que facilitan la economía criminal, por lo que podría existir un *segundo anillo de protección* en el Poder Judicial, incluso en el ámbito de las fiscalías y de las fuerzas políticas. Y finalmente un *tercer anillo de protección* puede existir cuando “la posición de poder de los funcionarios corruptos les permite controlar el negocio criminal” (Díaz Rivillas y Solano López, 2020). Así, por ejemplo, la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) en su Informe sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Guatemala señala la identificación de casos

de funcionarios dedicados directamente al negocio de la trata, operando a través de testaferros, quienes eran dueños de los centros de explotación sexual y también lavaban sus ganancias a través de la inversión en transporte y otros negocios (CICIG y UNICEF, 2016, pp. 95 - 98).

Por otro lado, existe también una forma de corrupción más compleja, normalizada e invisibilizada: el beneficio sexual impuesto a la víctima como forma de pago de la persona tratante a los funcionarios públicos por su encubrimiento. La complicidad de la autoridad que recibe favores sexuales, incluyendo a personal policial, fiscales y jueces, en estos casos perpetúa la impunidad y el miedo a la denuncia por parte de las víctimas (Díaz Rivillas y Solano López, 2020).

En Honduras se han visto involucrados policías como cómplices de bandas que esclavizaban personas para el trabajo doméstico y la explotación sexual, así como militares, pero los casos no han sido completamente investigados (Funes, 2019). Asimismo, además de los nexos con policías y militares, hay personal de migración que recibe favores sexuales de las víctimas, quienes se convierten en “moneda de pago” por deudas que tienen los tratantes (ACV y Trocaire, 2018, p. 14)<sup>173</sup>. En la ruta migratoria, las víctimas son entregadas a Migración o a militares como un botín, para pago de saldos pendientes, para trasladar mercancía ilegal, en trabajo forzado en fincas, maquilas o casas (ACV y Trocaire, 2018, p. 14)<sup>174</sup>. De hecho, mediante la Resolución DGF 133-2018, la Dirección General de la Fiscalía se negó a proporcionar estadísticas de militares hondureños o estadounidenses investigados por supuesta trata de personas (Reporteros de investigación, 2018b). De acuerdo con investigaciones de *InSight Crime*, en la última década más o menos, los círculos de las élites de los sectores público y privado han ido estableciendo estrechas conexiones con las redes declaradamente criminales que manejan el negocio de los estupefacientes además de otros tipos de contrabando, como la trata de personas (LaSusa y Asmann, 2017).

---

<sup>173</sup> Véase también ACV y Trocaire, 2018, pp. 41, 42 y 45.

<sup>174</sup> Véase también ACV y Trocaire, 2018, pp. 41, 42 y 45.

En Guatemala, por ejemplo, el incendio en el Hogar Seguro Virgen de la Asunción, que tuvo como consecuencia la muerte de 43 víctimas, de las cuales algunas fueron víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual de una red que operaba desde el Hogar Seguro, que ponía en riesgo a niñas y niños de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua. Una red que, de acuerdo con los testimonios recopilados, cuenta con la participación de empresarios, militares y otros funcionarios públicos no solo de Guatemala, sino de otros países. Pero además es una red que no era ajena al conocimiento de las autoridades estatales (Reporteros de investigación, 2018a). Incluso, el Consejo de Derechos Humanos ha recordado la obligación de Guatemala de investigar y enjuiciar (Consejo de Derechos Humanos, 2017, párr. 72). Sin embargo, después de tres años de ocurridos los hechos, no ha habido ningún resultado o avance significativo en el acceso a la justicia ni la persecución de los funcionarios de ese centro. Por lo que se exige al Estado de Guatemala que ponga en marcha una reforma integral al sistema de protección de la niñez, con un enfoque basado en derechos humanos, garantizando el interés superior de los y las NNA, así como demostrar los resultados reales sobre la investigación y persecución de los funcionarios públicos implicados, el acceso a la reparación digna de las familias de las víctimas y la garantía de no repetición.

## **5. Falta de recursos financieros, humanos y logísticos para la atención a víctimas**

De forma general, en la región no existen centros estatales especializados de atención a víctimas, particularmente en Honduras y El Salvador.

En Honduras, la CICESCT se apoya de las organizaciones de sociedad civil para poder brindar algunos de los servicios de atención integral (Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas, 2019, pp. 16 y 17). No obstante, las casas de refugio existentes atienden solamente a víctimas mujeres y niñas, lo cual impide la correcta asistencia y protección dirigida a personas de la diversidad sexual u hombres.

Desde 2018, se presentó una Propuesta de Ley sobre casas refugio para que estas puedan atender a una mayor cantidad y diversidad de víctimas. Sin embargo, a la fecha, esta Ley no ha sido aprobada en el Congreso Nacional de la República (Proceso digital, 2020).

En El Salvador, durante 2019, se atendieron 111 víctimas con recursos muy limitados por parte del Estado, por lo que las organizaciones de sociedad civil absorben la mayor cantidad de gastos en materia de atención a víctimas (Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 2020). De hecho, solo se cuenta con un albergue especializado para víctimas adolescentes, lo cual dificulta la atención integral de otro tipo de población como mujeres adultas, mujeres trans, población LGBTIQ+, hombres, población indígena, etc.<sup>175</sup>

En el caso de Guatemala, sí existen albergues estatales, pero su mal manejo ha generado la revictimización de las personas sobrevivientes del delito de trata de personas. Así, por ejemplo, en 2019, se realizó el traslado de los hogares especializados a cargo de la SVET para ser administrados por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, que es responsable de la protección integral y especial de niñas, niños y adolescentes (OACNUDH, 2019), tanto dentro del sistema de protección, como en el sistema de justicia juvenil. Dicho traslado no cumplió con todas las garantías establecidas para no afectar los procesos terapéuticos de las niñas, niños y adolescentes, y tomó varios meses para que coincidieran los datos entre la Procuraduría General de la Nación, Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República y la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas respecto a las niñas y adolescentes trasladadas y aquellas que fueron reintegradas a sus familias, además de que en algunos de los hogares se dejó al personal de la SBS a pesar de que la atención que requieren las víctimas debe de ser especializada<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Ley Especial contra la Trata de Personas, art. 32. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/93682F40-A2CF-46DB-A0F0-24B4CE9E617D.pdf>

<sup>176</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 101-2015, Reglamento Orgánico Interno de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, artículo 2.

Por otro lado, en Honduras, en virtud de que la atención integral no apunta realmente a la recuperación y rehabilitación de las víctimas para apoyarles a replantear su proyecto de vida, se agrava el riesgo de ser nuevamente víctima de trata, pues se han identificado víctimas que, al salir de los hogares o albergues de protección, regresan a las mismas condiciones de riesgo que propiciaron la vulneración de sus derechos<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> “Solo quienes antes de ser víctimas habían tenido menos inseguridad y oportunidad de educación, por su contexto económico y familiar, logran desarrollar resiliencia y vuelven a emprender planes; de lo contrario, quedan expuestas nuevamente a la trata o frágiles frente a una sociedad capitalista que segrega a quienes no se insertan en el mercado legal o ilegal, una colectividad cuyo modelo económico tiene un tipo de violencia patriarcal, machista y que las estigmatiza. Esto impacta en su situación socioeconómica por la falta de oportunidades.” (ACV y Trocaire, 2018, p. 36)



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUR (s/f). *Desplazamiento en Centroamérica*. <https://www.acnur.org/desplazamiento-en-centroamerica.html>
- ACV y Trocaire (2018). *Impacto socioeconómico en las mujeres víctimas de trata de personas después de ser reinseradas a la vida*, Tegucigalpa, Honduras.
- CICIG y UNICEF (2016). Trata de Personas con fines de explotación sexual en Guatemala. [https://www.cicig.org/cicig/informes\\_cicig/informes-tematicos/informe-trata-de-personas-con-fines-de-explotacion-sexual-en-guatemala/](https://www.cicig.org/cicig/informes_cicig/informes-tematicos/informe-trata-de-personas-con-fines-de-explotacion-sexual-en-guatemala/)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015). *Violencia, niñez y crimen organizado*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>
- Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras (2019). Informe de País en materia de prevención, atención a víctimas y combate de los delitos de explotación sexual comercial y trata de personas en Honduras. Comisión Interinstitucional contra la Explotación Sexual Comercial y Trata de Personas de Honduras (CICESCT). <https://cicesct.gob.hn/wp-content/uploads/2021/09/Informe-Nacional-de-Acciones-2019.pdf>
- Consejo de Derechos Humanos (31 de agosto de 2017). Recopilación sobre Guatemala. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/WG.6/28/GTM/2.

Department of State (junio de 2020). Trafficking in Persons Report, 20va. Edición. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf>

Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (2020). Reporte del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América sobre Trata de Personas en El Salvador año 2020. <https://sv.usembassy.gov/es/our-relationship-es/official-reports-es/reportes-sobre-trata-de-personas-2020/>

Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (2019). Reporte de Tráfico de Personas – Guatemala.

Díaz Morgado, C. V. (2014). *El delito de trata de personas, Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis de doctorado. Universidad de Barcelona. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38309.pdf>

Díaz Rivillas, B. y Solano López, A. L. (2020, 16 de octubre). *Funcionarios corruptos, un eslabón imprescindible* en la trata de personas, Región América Latina, Artículo. Programa de Cooperación de la Unión Europea con América Latina, EUROsocial+. <https://eurosocial.eu/bitacora/funcionarios-corruptos-un-eslabon-imprescindible-en-la-trata-de-personas/>

ECPAT (2018a). Incorporación de las instituciones responsables de la implementación de las acciones estratégicas de la Política pública contra la Trata de personas y Protección integral a las Víctimas 2014-2024. [https://issuu.com/ecpatguatemala/docs/informe\\_analisis\\_politica\\_trata\\_y\\_](https://issuu.com/ecpatguatemala/docs/informe_analisis_politica_trata_y_)

ECPAT (2018b). Patrones de reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en grupos delictivos.

Embajada de los Estados Unidos en Honduras(2019). Informe Anual sobre la Trata de Personas (2019) Honduras (Nivel 2). <https://>

[hn.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/109/hon\\_tip19\\_sp.pdf](http://hn.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/109/hon_tip19_sp.pdf)

Educo (20 de setiembre de 2014). Impulsamos una alianza de ONG en El Salvador contra la trata de personas. <https://www.educo.org/blog/educos-impulsa-una-alianza-de-ong-en-el-salvador-contra-la-trata-de-personas/?rss=blogs>

Funes, W. (2019, 6 de marzo). *El tormento después de la trata de personas en Honduras*. Reporteros de investigación. <https://www.reporteros-deinvestigacion.com/2019/03/06/el-tormento-despues-de-la-trata-de-personas-en-honduras/>

*Insight Crime* (2016, 11 de abril). «El Salvador dirige su ‘mano dura’ a menores». <https://es.insightcrime.org/noticias/noticias-del-dia/el-salvador-dirige-mano-dura-menores/>

LaSusa, M. y Asmann, P. (2017, 13 de junio). La corrupción es el ‘sistema operativo’ de Honduras: informe. *InSight Crime*. <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/corrupcion-sistema-operativo-honduras-informe/>

OIM, *Caravanas migrantes*. <https://rosanjose.iom.int/site/es/caravanas-migrantes>

OACNUDH (2002). Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas.

OACNUDH (2014). *Los derechos humanos y la trata de personas*. Folleto informativo. Naciones Unidas, (36), 33. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf)

OACNUDH (2016). «Protejan a las víctimas, particularmente a mujeres y niños – Experta de la ONU sobre esclavitud contemporánea pide a El Salvador». OHCHR. 29 de abril de 2016.

OACNUCH (2019). Las víctimas del Hogar Seguro Virgen de la Asunción. Un camino hacia la dignidad. <https://issuu.com/oacnudhgt/docs/informehsva/1>

Procurador de los Derechos Humanos (PDH) (2018). Informe de situación de Trata de Personas en Guatemala.

*Proceso digital* (2020, 29 de agosto). Mujeres huyen de violencia en casas secretas en Honduras. <https://proceso.hn/mujeres-huyen-de-violencia-en-casas-secretas-en-honduras-que-requieren-fondos/>

Reporteros de investigación (3 de mayo de 2018a). Trata con rasgos militares. <https://www.reporterosdeinvestigacion.com/2018/05/03/red-de-trata-con-rasgos-militaresbienvenidas-al-infierno/>

Reporteros de Investigación (15 de octubre de 2018b). Ministerio Público esconde cifras de militares hondureños o estadounidenses investigados por supuesta trata de personas. <https://www.reporterosdeinvestigacion.com/2018/10/15/ministerio-publico-esconde-cifras-de-militares-hondurenos-o-estadounidenses-investigados-por-supuesta-trata-de-personas/>

Reporteros de investigación (2020). Aquí hay esclavos de narcos, maras y pandillas. <https://www.reporterosdeinvestigacion.com/2020/01/13/aqui-hay-esclavos-de-narcos-maras-y-pandillas/>

Save the Children (2019). En el fuego cruzado. El impacto de la violencia de maras y pandillas en la educación en el Triángulo Norte de Centroamérica. [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/en\\_el\\_fuego\\_cruzado\\_0.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/en_el_fuego_cruzado_0.pdf)

Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (julio de 2020). Informe del Estado de Guatemala sobre trata de personas 2019. <https://svet.gob.gt/informe-2019>

# ANÁLISIS DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS A VEINTE AÑOS DEL PROTOCOLO DE PALERMO: ACTUACIÓN ESTATAL A LA LUZ DEL ENFOQUE DE GÉNERO Y DE DERECHOS HUMANOS

*Marisol Gonzales<sup>178</sup>, Stephanie Carrion<sup>179</sup> y Marco Arellano<sup>180</sup>*

## Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal poner en evidencia, desde un enfoque de derechos humanos y de género, el impacto que ha supuesto la incorporación del Protocolo de Palermo en la normativa interna contra la trata de personas, así como evidenciar la problemática que supone el tratamiento de las víctimas y el reto que representa para el Estado su protección y prevención de este delito. Frente a ello, en primer lugar, identificaremos y analizaremos la situación en la que actualmente se viene desarrollando el delito de la trata de personas; en segundo lugar, analizaremos la situación y tratamiento que se le da a las víctimas desde un enfoque de género y derechos humanos; en tercer lugar, revisaremos y analizaremos cuáles han sido las actuaciones del Estado peruano y de sus principales autoridades entre el 2013-2020; y, finalmente, identificaremos y plantearemos estrategias para una correcta política de prevención y sanción de los casos de trata de personas. Todo ello permitirá poner en relieve a los grupos etarios que se ven afectados directamente por este delito, como lo son las niñas, mujeres migrantes y personas

---

<sup>178</sup> Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Adjunta de Docencia del curso de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>179</sup> Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

<sup>180</sup> Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

trans, al ser grupos con un mayor índice de vulnerabilidad dentro de la sociedad peruana.

**Palabras clave:** trata de personas, enfoque de género, derechos humanos, Protocolo de Palermo, obligaciones estatales, víctimas, situación de vulnerabilidad.

### Sumario

*1. Antecedentes históricos de la trata de personas e incorporación al derecho interno: ¿problemas en la adopción? 2. Una visibilización de la problemática desde enfoques: el enfoque de género y el enfoque de derechos humanos. 3. Radiografía de una víctima: mujeres, niñas, adolescentes, migrantes y comunidad LGTBI. 4. Inocencia vulnerada: de víctimas a victimarias. 5. A 20 años del Protocolo de Palermo: aciertos y desaciertos en la intervención estatal. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.*

## **1. Antecedentes históricos de la trata de personas e incorporación al derecho interno: ¿problemas en la adopción?**

El concepto de la trata de personas ha estado en constante evolución a fin de ser más garantista de acuerdo con el contexto histórico. Sin embargo, podemos identificar que en esta evolución no se ha visibilizado y caracterizado a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, desde la aplicación de un enfoque de género y de derechos humanos.

Un antecedente de gran importancia fue durante la época colonial, donde las “mujeres y niñas, particularmente africanas e indígenas, eran desarraigadas de sus lugares de origen y comerciadas como mano de obra, servidumbre y/o como objetos sexuales” (OIM, 2006, p. 9). En ese sentido, estaríamos frente a las primeras formas de violencia ejercidas a determinados sectores y grupos sociales para que, tiempo después, diera lugar a mediados del siglo XIX e inicios del XX, el término de trata de blancas.

Si bien este término hacía referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, solo se consagró como un movimiento abolicionista de la prostitución, pues se le consideraba como una forma de esclavitud de la mujer (OIM, 2006). Posteriormente, estas acciones del movimiento devinieron en 1904, la adopción del primer tratado sobre trata de personas, como lo fue el Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal denominado Trata de Blancas.

Cabe mencionar que esta convención no criminalizó la prostitución pues consideraron que su regulación —o sanción— pertenecía a la esfera interna de cada Estado. Sin embargo, se optó por profundizar la distinción entre la esclavitud negra y el problema de la captación de mujeres blancas para la explotación sexual, resultando claramente en una terminología discriminatoria y sin aportar una clara definición sobre la trata de personas (Marinelli, 2015).

La primera definición de la trata de personas se desarrolló en el Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Trata de Blancas de 1910 (en

adelante, Convenio Internacional de 1910). Es así que, de acuerdo a sus artículos 1 y 2, podemos identificar el concepto de trata de personas desde el ámbito de protección referido a la edad de la víctima.

Por un lado, el artículo 1 dispuso la protección de niñas y adolescentes de la siguiente manera:

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o a una joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la fracción se hayan cometido en países diferentes.

Por otro lado, el artículo 2 propuso la protección de las víctimas mayores de edad:

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, mediante fraude o con ayuda de violencias, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coacción, haya contratado, secuestrado o seducido una mujer o una joven mayor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción hayan sido cometidos en países diferentes.

Hasta este punto, el Convenio Internacional de 1910 planteó una distinción referida a la edad de las víctimas; entendiéndose como mayor de edad aquellas personas con 20 años cumplidos<sup>181</sup>. Asimismo, ofreció los tres elementos que se consagrarían más adelante en el actual Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (en adelante, Protocolo de Palermo) como lo son la actividad, medio y fin. No obstante, coincidimos con algunos autores, como Chiara Marinelli,

---

<sup>181</sup> Según el acápite b del anexo Protocolo de Clausura del Convenio Internacional de 1910 se indicó que: “Para la represión de las infracciones a que se refieren los artículos 1 y 2, queda entendido que las palabras ‘Mujer o joven menor de edad, mujer o joven mayor de edad’ designan las mujeres o las jóvenes menores o mayores de veinte años cumplidos. Puede una ley, sin embargo, fijar una edad de protección más elevada”.



cuando señalan que el Convenio Internacional de 1910 no ofreció alcances explícitos respecto al traslado de la víctima como parte del elemento de actividad; y que el elemento del fin se circunscribe a la criminalización de la explotación de la víctima (2015).

A mediados de 1930, durante el noveno periodo de sesiones de la Sociedad de las Naciones, el Comité Consultivo permanente sobre la Trata de Mujeres y Niños recomendó la creación de un subcomité para castigar a los proxenetas. Así, se concluyó que la solución más efectiva recaería en la elaboración de un protocolo adicional al Convenio de 1921 para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños. Ello demostraría que, si bien hubo interés por parte de la Sociedad de Naciones en generar un mayor alcance de la protección internacional de un fenómeno como la trata, y una preocupación por acuñar un término distinto como el de trata de mujeres y niños, en lugar del término de blancas, aún persistía una concepción del fenómeno en relación con la explotación sexual.

Tal como los antecedentes sugieren, se necesitaba continuar adoptando un enfoque de género y un enfoque de derechos humanos que permitieran garantizar una mayor y mejor visibilización de otras identidades, que pudieran converger en una misma persona basada en la idea del respeto de su dignidad. En consecuencia, el Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena (en adelante, Convenio de 1949) se inclinó por reconocer las obligaciones internacionales para los Estados con base en la protección de la dignidad y el valor de la persona humana.

En definitiva, esta loable respuesta por parte de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) permitió dar paso a la consolidación de los tratados de derechos humanos y otros avances en materia de protección general y específica a fin de erigirse como un sistema de protección universal de los derechos humanos.

Lamentablemente, el Convenio de 1949 redujo su campo de protección a la prohibición del favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, tal

y como se desdeña en su artículo 1. Aunado a ello, otra crítica de gran relevancia para dicho instrumento internacional resulta en la no previsión de mecanismos de control como la presentación de informes por parte de los estados, o algún mecanismo de supervisión similar pues solo se contemplaba la comunicación al secretario general de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 21 (Castro y Salvador, 2014). Por otro lado, urgía lograr un consenso en la definición de la trata de personas y una supervisión de dichos instrumentos internacionales que no solo garantizaran la no vulneración de derechos humanos, sino también, que permitieran cuestionar y fomentar los deberes de prevención, por parte de los Estados en favor de las víctimas.

La respuesta a ello llegó con los actos preparatorios que dieron pie a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Convención de Palermo) y sus protocolos adicionales como el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo).

Un momento anterior a la Convención de Palermo de gran relevancia fue la acción desde la Comisión de Derechos Humanos y el nombramiento de la relatora especial; Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Como parte de su informe sobre la Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género, se reconoció la vulnerabilidad de las víctimas en consonancia con la necesidad de lograr una definición de la trata y de constituir instrumentos específicos que permitieran garantizar los derechos de las mujeres. Adicionalmente, se visibilizó la convergencia de otro fenómeno, como lo es el tráfico ilícito de personas; en específico, de mujeres migrantes (ONU, 2000).

Así, la Convención de Palermo fue concebida como aquel instrumento internacional que reconocería el fenómeno de la trata como una delincuencia organizada bajo la perspectiva macrodelictiva de grandes dimensiones. En consecuencia, se postuló la necesidad de fortalecer la respuesta internacional y acordar estándares para las legislaciones domésticas a fin de combatir

al crimen organizado, en consonancia con otro instrumento independiente, pero que armonizara con los fines de la convención, como resultó el Protocolo de Palermo, principalmente. Entonces, este último instrumento dotó una definición sobre la trata de personas que sirvió como referencia para elaborar las políticas nacionales, establecer marcos de política regional y orientar la cooperación internacional a fin de prevenir y erradicar la explotación de personas (UIP y UNODC, como se citó en el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, 2014).

Ahora, ¿qué debió implicar para el Perú el Protocolo de Palermo? Para el Perú, como Estado parte de este protocolo y de otros instrumentos internacionales<sup>182</sup>, se debió considerar a la trata de personas como un “tema de derechos humanos y no solo de índole penal, [ya que] [...] conlleva que las obligaciones estatales indicadas en el tratado se llenan de contenido al ser analizadas en función del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Marinelli, 2015, p. 55).

En este punto, es necesario precisar que la adopción interna no fue sencilla en la práctica. Por un lado, el Estado peruano realizó reservas a la Convención, tal y como se enuncia en la Resolución Legislativa N.º 27527<sup>183</sup>. Por otro lado, si bien el Perú ya contemplaba el delito de trata de personas en el Código Penal, no fue hasta el año 2007, con la entrada en vigencia de la Ley N.º 28950, Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, que el Estado se adecuó a los estándares exigidos por el Protocolo de Palermo. Posteriormente, se perfeccionó el concepto mediante la Ley N.º 30251 que terminó por reflejarse en el artículo 153 sobre el delito de trata

---

<sup>182</sup> Para el desarrollo del presente trabajo se tiene en cuenta los principales tratados que el Estado peruano ha ratificado y forman parte del derecho interno como son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entre otros.

<sup>183</sup> Para mayor información sobre la Resolución Legislativa N.º 27527, véase: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2001/justicia/Ley27527.htm>

de personas en el Código Penal, componiéndose así de tres elementos que se detallan en el siguiente gráfico<sup>184</sup>:

Elementos de la definición de la trata de personas en la legislación peruana

CONDUCTAS		MEDIOS		FINES	
Captación			Violencia, amenaza u otras formas de coacción		Venta de niños, niñas y adolescentes
Transporte			Privación de libertad		Explotación sexual y prostitución
Traslado			Fraude		Esclavitud y prácticas análogas
Acogida			Engaño		Explotación laboral
Recepción			Abuso de poder		Trabajo forzoso
Retención			Abuso de situación de vulnerabilidad		Mendicidad
			Concesión de recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra		Extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos

Adaptada del Protocolo para la Protección y Atención a Víctimas y Testigos de Trata de Personas por parte de la Policía Nacional del Perú 2016 y del Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2017-2021 (PNAT).

A pesar de esta modificatoria —en la que se contemplaba una redacción más compatible con el Protocolo de Palermo— y la adopción de otros instrumentos nacionales posteriores<sup>185</sup>, para el Estado peruano, el alcance y

<sup>184</sup> Tomado del “Informe Análisis N.º 1, La respuesta del Ministerio Público frente a la trata de personas”.

<sup>185</sup> Otros instrumentos legislativos significativos relacionados a la trata de personas posteriores a la entrada en vigor de la Convención de Palermo y de sus dos Protocolos Adicionales son:

efectos del fenómeno de la trata sigue siendo significativo como sugieren los altos índices de casos reportados.

Solo por poner en evidencia algunos informes que manifiestan la preocupación por la respuesta estatal del Perú en torno al fenómeno de la trata, se encuentra el Informe del Estado Norteamericano sobre la Trata de Personas del 2016. En dicho informe se destacó que “el Perú no cumple con los estándares mínimos para la eliminación de la trata de personas, pero hace esfuerzos significativos para ello” (Villaroel, 2017, p. 14). En efecto, se puso en relieve que “uno de los obstáculos más grandes del Perú es la poca cantidad de sentencias emitidas [...] pues entre enero y diciembre de 2015, solo se habrían sentenciado a 2 personas por el delito de trata de personas y se habrían absuelto a 39, de un total de 556 procesos registrados” (Capital Humano y Social Alternativo, como se citó en Villaroel, 2017, p. 16).

De esta manera, se consideraría que el problema fundamental recaería en la interpretación del delito y su bien jurídico protegido, debido a la complejidad que dio cabida al Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 (Villaroel, 2017). Sin embargo, bajo nuestra perspectiva, consideramos que no se ha concebido el tratamiento y las condiciones a favor de las víctimas que enfoques, como el de género y de derechos humanos, puedan permitir y garantizar una protección eficaz en los distintos instrumentos nacionales.

- 
- Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito (publicación 22/07/2007).
  - Ley que declara el 23 de setiembre de cada año como el Día Nacional contra la Trata de Personas (publicación: 23/9/2012).
  - Ley que incorpora el artículo 108-A al Código Penal y modifica los artículos 107, 46-C del Código penal y el artículo 46 del Código de Ejecución Penal, con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio (publicación: 18/07/2013).
  - Ley contra el crimen organizado (publicación: 20/08/2013).

## **2. Una visibilización de la problemática desde enfoques: el enfoque de género y el enfoque de derechos humanos**

De los instrumentos tanto nacionales como internacionales examinados, comprendemos que es necesario abordarlos desde ciertos enfoques para visibilizar la naturaleza del delito y, sobre todo, para una mejor búsqueda de respuestas referidas a la prevención y sanción en favor de las víctimas. Por ello, los enfoques como el de interculturalidad, niñez y adolescencia, desarrollo humano, derechos humanos y de género, recomendados por el IDEHPUCP en su Informe Final sobre la Actualización del Protocolo para la atención de víctimas y testigos del delito de trata de personas, por parte de la Policía Nacional del Perú, ponen de relieve la importancia de su empleo al analizar las diversas manifestaciones del delito de la trata de personas (2018).

Para efectos de la presente investigación, se hará énfasis en los enfoques de derechos humanos y de género. En efecto, a grandes rasgos, el enfoque de derechos humanos resulta de gran importancia pues implica para los Estados adoptar medidas para proteger a las víctimas contra un nuevo riesgo de victimización (Vargas, como se citó en IDEHPUCP, 2017). Por su parte, un enfoque de género puede permitir identificar los efectos sobre distintos individuos como mujeres, niñas y niños, personas LGBTI y las personas con identidad de género no binaria (ONU, 2019).

En efecto, coincidimos en que todos los enfoques resultan de vital importancia no solo para combatir el fenómeno delictivo, sino también para reconocer que este delito es una clara vulneración de derechos humanos ya que en la medida en que las formas de captación, de violencia y de explotación difieren en función del género de las víctimas y [...] que ciertas formas de explotación afectan de manera desproporcionada a mujeres y niñas, la trata es una forma de violencia de género y, por tanto, de discriminación (CE-PAIM, s. f.). En consecuencia, los enfoques como el de género y el de derechos humanos resultan imprescindibles y necesarios para la identificación de las víctimas y los métodos de prevención e investigación de los casos.

Precisamente, a través de las disposiciones del Protocolo de Palermo, se ha buscado que los Estados parte se encaminen a la prevención, persecución y sanción del delito de trata de personas, en armonía y respeto con los derechos humanos. Es así que el enfoque de derechos humanos se encontraría dirigido, en primer lugar, a respetar y reconocer la dignidad de la persona; y a erradicar acciones que puedan significar algún tipo de discriminación o trato inferior de las víctimas por motivos de sexo, género, raza, nacionalidad, discapacidad, entre otros motivos (Ministerio Público, 2020).

Es importante señalar que el delito de trata de personas es considerado como una forma de violación de carácter múltiple y continuado ya que transgrediría una serie de derechos esenciales a las personas, tales como la dignidad, vida, libertad, integridad; y se mantendría hasta que la víctima este en libertad (CIDH, 2015).

Este enfoque de derechos humanos, además, permitiría promover la participación de las víctimas en la toma de decisiones sobre su propio desarrollo, la importancia de transparentar la información de dicho proceso y el acceso a la justicia a través de mecanismos de reclamo, autoridades presentes y normativa en dicha materia; abandonar cualquier forma de revictimización, comprendiendo la complejidad y el nivel de transgresión que existe sobre la víctima (Ministerio Público, 2020).

En efecto, en la práctica, este enfoque otorgaría la titularidad de estos derechos a las víctimas de trata de personas y una responsabilidad internacional de los Estados; generando la capacidad y agencia de quienes tienen el derecho para poder reclamarlo frente a quienes tienen la obligación de respetarlos y cumplirlos, así como el diseño de políticas públicas orientadas a la protección de dichos derechos (ONU, 2014). De esta manera, el empleo de la categoría conceptual de derechos humanos, no solo provendría de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o del propio Protocolo de Palermo, sino también de otros instrumentos y estándares internacionales que permitan guiar el desarrollo

normativo nacional en aras de respetar y garantizar dicha protección de los derechos humanos.

Entonces, la presencia de este enfoque traería como resultado, por ejemplo, que se deba privilegiar la posición de víctima de trata frente a cualquier otra situación, como el caso de la situación irregular de migrantes, en el que muchas mujeres no reciben el tratamiento adecuado en el país donde se cometió la vulneración y, al contrario, se optaría por su deportación (ONU, 2014). En definitiva, estas respuestas estatales se alejarían de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y de la propia protección del contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación y de la prohibición de la esclavitud.

En el caso del Perú, como Estado parte del Protocolo de Palermo y como actor en diversas alianzas de cooperación internacional, incluiría dentro de sus políticas y normativas internas el enfoque de derechos humanos. Sin embargo, sostenemos que uno de los primeros problemas que advertimos a lo largo de la presente investigación, es la dificultad en la implementación y aplicación del enfoque por parte de los principales funcionarios y autoridades, lo cual terminaría por reforzar el desconocimiento y desprotección de la titularidad de derechos de las víctimas.

De la mano del enfoque de derechos humanos, el tratamiento del delito de trata de personas supone la necesidad de implementar un segundo enfoque: el de género, basado en los sujetos intervinientes en el delito y que ha traído como resultado la observación de ciertas variables estructurales que hace más proclives a ciertas víctimas; en este caso, mujeres, tanto cis y trans, así como niñas y adolescentes.

Para hablar de género, es necesario entender que este concepto ha sido utilizado, por un lado, para marcar una separación tajante con el determinismo biológico, es decir, para no utilizar únicamente los conceptos de sexo o características sexuales como conceptos diferenciadores; sino también, por otro lado, para evidenciar las dinámicas relacionales hacia algunas formas de entender la feminidad (Scott, 1990).



En ese orden de ideas, la Asociación de Psicología Americana (APA) ha señalado que hablamos de género cuando hacemos referencia a los atributos, actividades, conductas y los roles socialmente establecidos a través de las asignaciones que la sociedad considera adecuadas para niños y hombres o niñas y mujeres.

Entonces, el enfoque de género se construye como una herramienta de análisis y metodología que se encuentra compuesta por un aspecto político que permite trabajar en la construcción de relaciones sociales equitativas e identificar variables que generan desigualdad, basadas en la orientación sexual o identidad de género<sup>186</sup>; incluyendo las propias necesidades, tanto de mujeres como varones, distanciándose de un trato neutral en contextos sociales diferentes.

Así, al plantear la idea de género como un enfoque, y analizar las obligaciones y responsabilidades de los Estados respecto al delito de trata de personas, traerá como implicancia dos aspectos fundamentales: 1) identificar como variables de causa del delito, los estereotipos asignados a las mujeres y la asignación de sus cuerpos como objeto de satisfacción masculina, y 2) diseñar herramientas de persecución del delito y tratamiento de las víctimas acorde con la identificación de esas variables sociales.

Precisamente, el propio instrumento, tal como se señala en su artículo 2 literal a), tiene como finalidad la de prevenir y combatir la trata de personas, enfocado en la protección especial de mujeres y niños. Esta finalidad se encuentra, a su vez, reconocida por el Protocolo, bajo los deberes de prevención, tratamiento y persecución, en donde el enfoque de género permitirá diseñar estrategias adecuadas para lograr con eficacia la reducción de los altos índices de tráfico de personas con fines de explotación.

---

<sup>186</sup> Marco Estratégico Regional de Género del PNUD en América Latina y El Caribe 2005-2009. Citado por MIMP (2012). Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. MIMP, p. 40.

Es de esta manera que el enfoque de género “parte del reconocimiento de la construcción sociocultural de lo femenino y lo masculino, que alude a un sistema de relaciones sociales a partir de las cuales se establecen normas, formas de comportamiento, prácticas, costumbres, atributos y actitudes sociales y psicológicas asociadas al ser femenino y al ser masculino, y que además construye un sistema de relaciones simbólicas que proveen ideas y representaciones para unos y otros” (Women’s Link Worldwide, 2017, p. 13).

Hasta este punto, valdría preguntarse, ¿de qué manera el uso del enfoque de género se convierte en una herramienta a la luz del protocolo de Palermo? Por un lado, la respuesta se enuncia desde el reconocimiento de las víctimas de este delito, como en una situación de desventaja dejando de lado cualquier tipo de estereotipo que pueda generarse alrededor del modo de vida y las conductas de las mismas (Ministerio Público, 2020), siendo, además, que las principales víctimas de trata con fines de explotación sexual son mujeres, niñas y adolescentes; haciéndose necesaria una mirada especial a sus circunstancias de vulnerabilidad por ser este delito una de las formas más gravosas de violencia contra la mujer (Thill y Giménez, 2016).

La identificación del grupo de mujeres que son destinadas a la explotación sexual y en el caso de hombres utilizados para trabajo forzoso, va implicar que las políticas públicas tengan en cuenta la diferencia en relación con el bien jurídico transgredido y proponer un acompañamiento diferenciado. En definitiva, el reconocimiento de estereotipos sobre un grupo históricamente oprimido, como es el grupo de mujeres, convierte al Estado en un responsable directo de asegurar la integración de dicho grupo a la sociedad, luego de haber atravesado la situación de ser explotadas sexualmente, ya que, en muchos casos, son secuestradas y alejadas de sus familias.

Es así que, en el diseño de políticas públicas contra el delito de trata, no solo se vería a las víctimas como un grupo homogéneo, y, por ende, una aplicación de medidas neutrales de prevención, tratamiento y persecución. Al contrario, se tendría que identificar a las mujeres como el grupo más susceptible a ser captadas, donde volverá el trabajo del Estado en uno más

específico y estratégico, traduciéndose en la reparación simbólica que tiene el mismo para con esta población; por desenvolverse en un contexto en donde lo femenino se encuentra subordinado a lo masculino.

Otro impacto de utilizar el enfoque de género en la aplicación del Protocolo de Palermo es el resultado de la data estadística que nos revela la situación. Cabe señalar que la finalidad que se busca en los casos de trata, tal como lo señala el Informe del Ministerio Público, es que en el caso de Perú, la mayoría de denuncias provienen de mujeres y adolescentes en situación de explotación sexual, siendo que, entre el 2009 y 2017, se recibieron 5707 denuncias fiscales, en las cuales existieron aproximadamente 7463 víctimas de las cuales el 80% eran mujeres y 50% menores de edad (2018).

A través de ello, es importante señalar que el enfoque de género a su vez está intrínsecamente relacionado a la protección del bien jurídico que se transgrede a través del delito de trata de personas, y este es el de la dignidad, entendido en palabras de la profesora Martha Neusbaum como no cosificación. Mediante el feminismo crítico, se ha dejado marcada la idea de que la trata de personas, teniendo como principal víctima a las mujeres, las coloca en una situación de vulnerabilidad y degradación permanente, tal como también se ha sostenido en el Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 (Ministerio Público, 2020). En efecto, el cuerpo de la mujer se encontraría situado dentro de un esquema de roles preconcebidos el cual es visto como mero objeto del placer sexual al servicio de varones, quienes serían los principales consumidores de estos servicios.

Como veremos más adelante, esto se debería traducir en entender la afectación a nivel psicológico y social que sufren las mujeres desde las obligaciones enunciadas por el Protocolo, a fin de poder generar un tratamiento diferenciado entre aquellas mujeres que han sido víctimas de trata y aquellas que posteriormente participan en alguno de los medios comisivos de ese delito, ya que su participación ha sido instrumentalizada. De esa manera, se encontraría consistencia con lo que se enuncia en el artículo 6 del propio instrumento en donde se señala el diseño estatal referido a las políticas de

asistencia legal, psicológica y social para las víctimas. En otras palabras, el empleo de este enfoque, permitirá atender las necesidades de las mujeres identificadas como población de especial protección y la atención a las asignaciones sociales que, por el hecho de ser mujeres, las colocan en un estado mayor de ataque por parte de los agentes que cometen este tipo de actos ilícitos.

Finalmente, tal como hemos evidenciado desde el enfoque de género, sería posible demandar hacia la actuación estatal una protección diferenciada en el caso de mujeres trans, pues sobre ellas también existe una serie de cargas y estereotipos desde la sociedad, por no ajustarse a los estándares de asignación de lo femenino. En ese extremo, se pronunció la Defensoría del Pueblo a través de su informe N.º 007/2018, en el cual se señaló que los estándares internacionales de investigación de crímenes cometidos contra personas de la comunidad LGTBI han instado desde la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Comité de Derechos Humanos a la emisión de leyes, a la investigación de todo tipo de violencia y a la generación de data estadística sobre ello.

Al respecto de esto último, como pondremos en evidencia posteriormente, respecto a la población de personas trans, víctimas del delito de trata de personas, no se tiene una data oficial, por parte del Estado, ni políticas de tratamiento hacia dichas víctimas, para las que se construyen otras formas de violencia, y que, en muchos casos su situación de precariedad y de discriminación terminan siendo factores de riesgo para su captación.

En consecuencia, el Protocolo de Palermo, a la luz del enfoque de género, permitiría identificar que la variable identitaria de las personas trans, traerá como necesidad un diseño diferenciado de la población cisgénero, en consonancia con la responsabilidad enunciada por el protocolo, de generar esfuerzos en la prevención y tratamiento de las víctimas.

Por último, no perdamos de vista que las mujeres cisgénero y transgénero, así como las niñas y adolescentes, a lo largo de su vida, son expuestas a una serie de transgresiones en los derechos que las asisten como vida, dignidad,

libertad, integridad; por lo que la falta de políticas asistenciales a este grupo constituye una doble transgresión y alejamiento a los diversos acuerdos internacionales que reconocen los derechos fundamentales como universales.

### **3. Radiografía de una víctima: mujeres, niñas, adolescentes, migrantes y comunidad LGBTI**

En este apartado, se postulará quiénes se deberían reconocer como víctimas. Para ello, la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder indica, en el numeral 1 del literal A, identificaría como víctima a aquellas “personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder” (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 28). En ese sentido, por el nivel de transgresión a diferentes derechos que ocurre por la situación de trata de personas, podemos identificar a las víctimas del mismo.

Asimismo, existiría una situación que coloca a ciertas personas o grupos de personas dentro de un esquema de vulnerabilidad o ante algún supuesto de abuso de poder, siendo estos últimos ejes centrales desde los cuales estableceremos, posteriormente, un análisis para la caracterización de estas víctimas y sus situaciones particulares.

Tal como hemos señalado en el acápite anterior, en la trata de personas con fines de explotación sexual en específico, desde una mirada de la perspectiva de género, nos da muestra de que socialmente se presentan valores machistas y un sistema patriarcal que colocan a lo femenino y a las mujeres como subordinados (Bravo, como se citó en Rodríguez y Montoya, 2020, p. 20). En ese sentido, ser mujer ya supone una serie de riesgos que se pueden acrecentar porque la violencia será diferente o mayor empleada si, por ejemplo, nos encontramos ante una mujer que es menor de edad, o una niña, o ante una mujer trans, o una mujer migrante.

A partir de ello, podemos señalar, entonces, que la situación de vulnerabilidad viene sostenida en este esquema de desigualdad estructural que coloca a estas mujeres en contextos específicos, bajo una mayor probabilidad de riesgos y formas de violencia. Esto también ha sido señalado por el artículo 5 de la Ley Modelo sobre Trata de Personas de la UNODC (Rodríguez y Montoya, 2020).

Asimismo, en el Perú, el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 ha señalado que, analizar la situación de vulnerabilidad nos permite descubrir cuándo se ha dado un falso consentimiento, pues ese argumento es muchas veces utilizado para invalidar la acusación. La evaluación de dicho consentimiento se da en el caso de víctimas mayores de edad, tal como lo dispone el artículo 153 del Código Penal, en donde el agente tendrá que haber utilizado uno de los medios descritos para colocar a la víctima bajo su dominio. Es en la aceptación, por parte de la víctima, donde se debe evaluar si la misma se dio en un contexto de vulnerabilidad aprovechada por el tratante, y que de ninguna manera supone la expresión de voluntad (Rodríguez y Montoya, 2020).

De esta manera, observando la situación específica de cada víctima, podremos afirmar si nos encontramos frente a un caso en el cual la condición previa o creada, con posterioridad, colocaba a la persona en desventaja frente a su tratante. Un ejemplo de ello puede ser el caso de vulnerabilidad no solo por ser mujer, sino, además, por ser migrante, una adolescente o niña e incluso una mujer trans, esto sumado a condiciones de pobreza, geográficas y culturales nos dan todo un contexto que en muchos casos prolifera el riesgo a ser captada por una de estas redes.

Otro aspecto importante de señalar es la situación de abuso de poder, que da cuenta de una relación asimétrica entre el tratante y la víctima (Rodríguez y Montoya, 2020), y que en la mayoría de casos está marcada por una dependencia que puede ser de índole económica, emocional, académica, etc. Ello traería como resultado la pérdida de agencia por parte de la víctima.

Esto queda evidenciado, por ejemplo, cuando al definir el bien jurídico que tutela el delito de trata, se apuntaba hacia la libertad personal. Sin embargo,

esto es peligroso puesto que, en muchos casos, la situación de dependencia de la víctima con el tratante podía mostrarnos que la persona podía desplazarse fuera del ambiente donde era explotada, pero manteniéndose controlada, sino retornaba al mismo; en esos casos no se observaba esta situación de sujeción que impedía a la víctima poder huir, denunciar, etc. (Rodríguez y Montoya, 2020).

Estas situaciones de reacción de las víctimas pueden darse, tal como ha señalado el informe del Ministerio Público, en respuesta a la trata de personas, debido a dos problemas principales al momento de analizar la victimización.

Por un lado, al momento de la intervención estatal, no existe un reconocimiento de las mismas como víctimas de trata de personas, sino que muchas veces se analiza con mayor importancia su condición de migrantes en situación irregular, o de trabajadoras sexuales; pese a que los lineamientos nacionales e internacionales se orientan a primar su situación como víctimas de trata antes que cualquier otro asunto, lo cual también se ha establecido en el Protocolo de Palermo, como parte del tratamiento a las víctimas.

En otra instancia, existe una autopercepción de las mismas contraria a la situación de víctima. Aronowitz señala al respecto que, uno de los problemas principales es que las víctimas no cooperan porque tienen desconfianza en las instituciones del Estado, y por el miedo a sufrir represalias, ser deportadas, el rechazo familiar, falta de oportunidades para volver a sus lugares de origen (Ministerio Público, 2018).

Lo anteriormente señalado tiene una fuerte ejemplificación en el caso de las mujeres trans y personas del colectivo LGTBI, puesto que su relación con el Estado y el reconocimiento de las mismas como víctimas es casi inexistente. Es importante entender, a luz del enfoque de género, que la cosificación sexual no solo es propia de mujeres cisgénero, en donde existe una coincidencia entre el sexo biológico y su género; sino también en mujeres trans, sobre las cuales existe una relación de constante violencia y de no representación por parte de instituciones como la Policía Nacional, siendo que

en casos en que las mujeres trans ejercían aparentemente prostitución, no hubo una atención sobre su situación real de explotación como víctimas de trata, sino que en realidad existió esta violencia por parte de las autoridades (Rodríguez y Montoya, 2020).

Sumado a ello, no existe una data oficial, por parte de las instituciones como el Ministerio Público o la Policía Nacional, de cuántas personas de esta población han sido reconocidas como víctimas. En un informe recogido por *Ojo Público* (s. f.), se señaló que, en el 2017, la policía liberó a 725 personas en situación de trata, por el lado de la Fiscalía se mantuvo 1464 denuncias en curso, y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables acogió a siete mujeres en riesgo. A pesar de estas cifras, no se ha podido determinar cuántas pertenecen a la población LGTBI, dado que el sistema de registro con el que cuentan estas instituciones no solo es binario (mujer/varón), sino que, además dicha categorización se encuentra en base al sexo de las personas registrado en el DNI (Documento Nacional de Identidad), lo cual impide poder ver la situación real de esta población.

De los testimonios recogidos por *Ojo Público* (s. f.), podemos señalar que la mayoría de mujeres trans, que han sido captadas por redes de trata de personas, son sacadas de sus lugares de origen bajo la falsa idea de un trabajo y la posibilidad de mejoras económicas, siendo en algunos casos trasladadas fuera de Perú hacia Italia o Argentina en donde finalmente son explotadas sexualmente, en muchos casos, mediante engaños y aprovechando la situación de pobreza en la que se encuentran estas personas. Muchas de ellas, además, no identifican los hechos que narran como propios de una situación de trata de personas, ni de explotación; esto evidencia la falta de información y el acceso a recursos educativos que también son propios de las zonas más alejadas de las ciudades urbanizadas

La División de Investigación de Delitos de Trata de Personas ha arrojado como resultados entre el 2010 y 2017 un total de 2781 víctimas de trata rescatadas, siendo Lima y Madre de Dios, las zonas de mayor concentración de personas liberadas. Asimismo, en dichos registros se tiene data



diferenciada por géneros en las cuales solo se incluye a mujeres (2333) y hombres (448). En estas cifras, como podemos apreciar, no existe registro de personas de la comunidad LGTBI, lo cual es una muestra más del nulo tratamiento que existe para con este grupo de víctimas de este delito (*Ojo Público*, s. f.).

En consecuencia, la falta de dichos datos demuestra que, a pesar de existir los enfoques recogidos en el Protocolo de Palermo y de sus consecuentes obligaciones para los Estados parte de adoptar medidas de prevención, persecución y sanción del delito; así como un tratamiento integral de las víctimas, en la realidad aún existen grupos en situación de vulnerabilidad que ni siquiera han sido debidamente reconocidos.

Es importante añadir que, como podemos ver, diversos factores agudizan la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar una persona víctima de trata, siendo el caso de las mujeres trans, como hemos mencionado, un contexto de mayor riesgo a caer en estas redes de trata con fines de explotación sobre todo el sexual; además, a ello se agrega que en la mayoría de casos se trata de mujeres pobres que han sido abandonadas por sus familias, precisamente, por su identidad de género (*Ojo Público*, s. f.).

Otro grupo de víctimas sobre el que es importante hablar son las personas en contextos de movilidad humana. El Informe sobre la Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género ya había sentado la situación de violencia y consecuente discriminación que enfrentaban las mujeres migrantes, al mismo tiempo de la creciente necesidad de diferenciar la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, así como sus respectivos bienes jurídicos protegidos.

En principio, pareciera que la línea de diferenciación entre ambos términos se desdibujaría en situaciones donde la trata de personas es internacional o transnacional, entendiéndose como aquella comercialización de personas para destinarlas a ser explotadas fuera del territorio nacional. Más aún, debido a la prevalencia de las corrientes migratorias mixtas, el fenómeno de la trata de personas afectaría a varias categorías de personas en movimiento,

en particular, a los refugiados, los solicitantes de asilo y los migrantes que viajan, principalmente, de manera irregular (ONU, 2018).

Entonces, es preciso afirmar que las personas en contextos de movilidad humana, en los que predominan movimientos migratorios irregulares, son particularmente vulnerables a ser víctimas de la trata. Por ello, es fundamental su reconocimiento y la protección desde los principales estándares y obligaciones internacionales en materia de movilidad humana, inclusive, como lo es la protección contra la devolución o el acceso a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado que pueden ser calificadas bajo la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (ACNUR).

Lo anterior permitiría confirmar que, dado que las personas migrantes son vulnerables a ser captadas como víctimas de trata, resultaría imperativo para los Estados respeten y garanticen no solo las obligaciones generales referidas al fenómeno de la trata, sino también, aquellas derivadas de otros instrumentos específicos en materia de movilidad humana, los cuales permitan reconocer que la nacionalidad no es ni debe ser un criterio válido para garantizar o reconocer un derecho humano.

Por otro lado, resulta, pues, significativa la visibilización que realizó la relatora frente a las personas en contexto de movilidad humana respecto a la trata de personas, porque ello no solo ha permitido poner en la agenda internacional la necesidad de una identificación y protección de las víctimas de la trata de personas con fines de explotación sexual, sino también el de otorgar prioridad a otras víctimas pertenecientes a determinadas categorías en situaciones de corrientes migrantes irregulares (ONU, 2018).

Finalmente, la situación de vulnerabilidad y de abuso de poder de este grupo de mujeres, migrantes, niñas y adolescentes, trans y, además, en situación de precariedad económica, se ve incrementada por la poca presencia del Estado.

En el Plan de Lucha contra la Trata de Personas del periodo 2017-2021 se habla de una “tolerancia social”, referida a una aparente aceptación implícita

de la trata de personas, debido a la falta de sanción social, moral y legal frente a la comisión de este tipo de actos; en donde se refleja la debilidad de las instituciones del Estado a falta de un marco normativo integral, la insuficiencia de estrategias integrales y de monitoreo, la inadecuada gestión y funcionamiento del aparato estatal para lidiar con dichos casos (Plan de Lucha Contra la Trata de Personas, 2017). De esta manera la poca presencia del Estado, desde una mirada social, acrecienta la normalización de la problemática.

Según el reporte de denuncias del Ministerio Público, las regiones con más reportes de denuncias por trata de personas son Lima y Madre de Dios, siendo la segunda al igual que otras localidades en esta lista (Puno y Ucayali), de contextos rurales, en donde existe poco acceso y promoción del empleo; precariedad, poco gobierno local; así como la abundancia de situaciones de informalidad y otras actividades ilegales, como la minería ilegal, el tráfico de armas, el tráfico de drogas, entre otros (Ministerio Público, 2018).

#### **4. Inocencia vulnerada: de víctimas a victimarias**

Tanto el Protocolo de Palermo como la normativa interna peruana sancionan por el delito de trata no solo a los autores de las conductas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y/o retención de víctimas, sino también a aquellos que facilitan o favorecen dichas acciones, reprimiéndoles con la misma pena.

La aplicación de la sanción por trata de personas nos da como resultado, según los datos recogido por el INPE (Instituto Nacional Penitenciario), en el año 2016, que la distribución de reclusos es de 59% varones y 40,1% mujeres, siendo el porcentaje de diferencia entre población penitenciaria masculina y femenina solo del 19,8%. Asimismo, en dicho reporte se da cuenta que existen internas entre los 18 y 21 años y que la edad media de esta población es de 26 años (Capital Humano y Social Alternativo y Ministerio de Justicia, 2017).

Al observar el rango de edades y la prevalencia de mujeres de menos de 30 años como condenadas por el delito de trata de personas, no se puede llevar a mirar estas cifras alrededor de la idea de participación de la víctima en el delito de trata, es decir “en términos de una transición biográfica de víctima a victimaria en los términos descritos por Broad (2015)”, siendo que muchas de estas mujeres se han visto inmersas en conductas de captación, por ejemplo, y que son tratadas por la normativa interna como autoras (Capital Humano y Social Alternativo y Ministerio de Justicia, 2017).

De esta manera, a pesar de que estas mujeres han participado en alguna de las conductas propias de la trata de personas o la han favorecido, y por ello recibieron una condena por dicho delito, se dejó de lado esta posibilidad y condición de haber sido víctima primero, para luego pasar a formar parte de esta actividad ilícita.

Un aspecto importante a señalar, al analizar a las víctimas de trata, es que las mismas no encajan dentro de lo que en la victimología se denomina como “víctima ideal” (Rodríguez y Montoya, 2020), dado que muchas de ellas han desarrollado relaciones afectivas con sus tratantes o consideran que perciben más dinero que en una situación regular; en ese sentido, tal como hemos señalado, el no autoperibirse como víctimas muchas veces no solo dificulta las investigaciones, o la identificación del o los tratantes (respuesta del Ministerio Público contra la trata); sino que también permite la normalización de determinadas conductas y su posible inserción como parte de la red o grupo dedicado a dicha actividad (Capital Humano y Social Alternativo y Ministerio de Justicia, 2017).

Asimismo, se puede observar que la participación de mujeres en el delito de trata se encuentra asociado a características de índole social y a cómo se estructura el trabajo. Por ejemplo, en la Amazonía las mujeres tienden a tener un tipo de trabajo arraigado al territorio, por eso existe una mayor relación con las actividades de captación y traslado de las víctimas en situación de trata y explotación, pues los negocios que tienen, de venta de alimentos o de licor, favorecen a la existencia de dichas actividades (Mujica

y Cavanaugh, como se citó en Capital Humano y Social Alternativo y Ministerio de Justicia, 2017).

Otro aspecto relacionado con su participación son los índices de victimización previa a la comisión del delito de trata: el 60% señaló haber padecido violencia a edades tempranas, siendo que el 50% de las mismas ha señalado haber sido víctima de trata o explotación, 14% de violencia física, 9% de explotación laboral y 27% no especificó; de esta manera existe una correlación entre la situación previa de víctima y la de victimaria (Capital Humano y Social Alternativo y Ministerio de Justicia, 2017).

La reflexión al respecto gira en torno de observar a esta “víctima victimaria”, a la luz de la situación de vulnerabilidad o las relaciones marcadas por el abuso de poder, siendo necesaria una reinterpretación de la figura de autoría para estas mujeres a la hora de atribuir responsabilidades. De otra manera, el tratamiento de criminalización a las mismas se apartaría de un enfoque de derechos humanos y de género que, precisamente, busca evidenciar la violencia que puede confluir en una persona. Parece desproporcional condenar a una mujer que se encontraba en situación de trata y que probablemente padecía de alguna situación de justificación como miedo insuperable o estado de necesidad. Dichas figuras, a la luz de las cifras recogidas, merecen un replanteamiento de esta participación de mujeres en el desarrollo del delito de trata de personas.

Un enfoque de género debe llevar a replantear no solo el tratamiento criminológico que se encuentra, principalmente, destinado a las víctimas propiamente, sino también reparar en las situaciones conexas a la comisión de este delito por parte de mujeres. Esto conjuntamente con un replanteamiento a nivel normativo para que la aplicación del tipo penal responda, además, a la protección de los derechos constitucionalmente amparados y al espíritu de justicia que debe procurar el aparato estatal.

## **5. A veinte años del Protocolo de Palermo: aciertos y desaciertos en la intervención estatal**

El Estado peruano, luego de haber ratificado el Protocolo de Palermo, en el año 2002, tiene la obligación de asegurar y promover las recomendaciones de este en sus niveles de gobierno central, regional y local, como velar por los intereses de las víctimas de trata de personas e implementar planes estratégicos para combatir este delito. Por ello, en el año 2011, se publicó el Decreto Supremo N.º 004-2011-IN que aprobó el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016.

Entonces, el Estado peruano recién se acoplaba al conocimiento de medidas para prevenir y combatir la trata de personas, debido a que no existían mecanismos adecuados y sistematizados para la recopilación de denuncias. Las víctimas de este delito no denunciaban sus situaciones ante las autoridades, pues tenían miedo de obtener represalias, pues habían sido amenazadas o ni siquiera se consideraban como víctimas; siendo así, no se podía obtener una cantidad exacta de cuántas víctimas existían (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011). Pero, sí se tomó en cuenta que la mayoría de víctimas registradas fueron mujeres, alcanzando un porcentaje de 91,58% frente al 8,42% de varones, de un total de 974 víctimas registradas en el Sistema RETA-PNP, entre los años 2004 hasta abril de 2011 (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011).

Las zonas de mayor incidencia de registro de casos para ese momento fueron Lima, Cusco, Iquitos, Arequipa, Puno y Piura, y que, además, las víctimas de trata tenían un mayor reporte en las fronteras del país, debido a las actividades ilegales que se realizan en esas zonas (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011).

Siendo así, el plan destaca que los fines de la trata de personas fueron de explotación sexual; laboral (trabajos o servicios forzados); en la mendicidad; la compra y venta de niñas, niñas y adolescentes; la comercialización de tejidos; permitir otros delitos como el robo, narcotráfico y lavado de dinero;

así como el reclutamiento forzoso para grupos armados (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011).

Se reconoció que las causas de la trata de personas se debían a factores como la demanda de servicios sexuales y laborales, el desconocimiento sobre el delito mismo, la expansión del tráfico ilícito de migrantes, la discriminación de género —los hombres tienen mejores oportunidades económicas que las mujeres—, y la discriminación o exclusión social, es decir, el acceso diferenciado a oportunidades laborales por la etnia o raza de la persona (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011).

Por estas razones es que el diagnóstico planteado para tratar de resolver el problema de la trata de personas en este plan se desarrolló en tres grupos: a) Prevención de la trata de personas; b) Persecución de los agentes criminales o tratantes; y c) Protección a las víctimas (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011). En ese sentido, se buscó fortalecer las capacidades del Estado y el compromiso de los actores gubernamentales para la lucha contra el delito de trata de personas, y se pretendió dirigir la concertación de acciones y voluntades con el conjunto de actores como el gobierno, la sociedad, las agencias de cooperación internacional, las empresas y medios de comunicación (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011).

Las estrategias de plan de acción serían abordadas desde la perspectiva de un enfoque descentralizado, de género, el interés superior del niño y adolescente, la igualdad, con la participación de la sociedad, cooperación internacional, buscando involucrar a la empresa privada en coordinación con otros planes nacionales (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011). Pero dentro de las estrategias se buscó priorizar y trabajar desde enfoques de derechos humanos descentralizado y de género.

Algunos de los objetivos específicos del Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016 pretendían generar conocimiento sobre el delito de trata de personas dentro de la sociedad, poder registrar y sistematizar adecuadamente las denuncias y procesos judiciales de estos casos,

poder atender a las víctimas e impulsar su recuperación y reinserción en la sociedad, entre otros (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011).

Hay que tener en cuenta que el Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la Trata de Personas (GTMPTP) estaría involucrado en la búsqueda del cumplimiento de las medidas que el Plan disponía desde las competencias y deberes de cada entidad, este fue conformado por ministerios, empresas privadas y asociaciones (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011). A la fecha, el decreto que instauraba la creación de este grupo fue derogado, pues fue reemplazado.

Finalmente, algunas metas a cumplir fueron: contar con información actualizada y confiable de la trata de personas, introducir la trata de personas como una problemática de la sociedad en todos los sectores, brindar capacitaciones constantes a los funcionarios del Estado para intervenir adecuadamente los casos de trata de personas, y desarrollar estrategias de prevención, seguimiento e intervención en los casos de trata de personas, y la protección y tratamiento de las víctimas, entre otras (Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, 2011). Difícilmente estas medidas lograron ser satisfactorias para este periodo.

Este primer plan no logró abordar más que de manera superficial el tema de la trata de personas, pues no desarrolló de manera adecuada lineamientos en los que se pueda identificar a las víctimas de la trata de personas, o cómo siquiera los miembros de la sociedad peruana podamos informarnos y apoyar en el caso de conocer personas víctimas de este delito. De hecho, es de destacarse que en ninguna parte de este plan se hace mención a la comunidad LGBTI, que como ya hemos visto en acápite anteriores, las mujeres trans son víctimas recurrentes de la trata de personas, y su condición hace que no solo se vean desprotegidas ante los tratantes, sino que también pueden llegar a sufrir una revictimización por parte de los propios funcionarios y operadores del Estado, ya que en nuestra sociedad, y más en esa época, ha persistido el machismo de las que son víctimas las personas trans.



Actualmente, podemos observar que las metas de este plan no se cumplieron pues, por ejemplo, sigue habiendo problemas en la identificación y ayuda a las víctimas de la trata de personas, inclusive en el año 2021 (diez años desde la instauración del plan) hay víctimas que siguen sin reconocer que son víctimas, o desconocen cuáles son sus derechos como seres humanos. Se percibe un déficit, por parte del Estado, en la implementación de medidas y estrategias para la prevención, sanción y protección de víctimas, más aún desde los enfoques de género y de derechos humanos, y algunos otros puntos que se apreciarán en el segundo plan de lucha contra la trata de personas en el periodo 2017-2021.

En el año 2016, en Madre de Dios, se grabó el documental *Se necesitan víctimas*, y en este se puede observar cómo el Estado, quien tiene un rol fundamental de intervenir y proteger a las víctimas del delito de trata de personas, de acuerdo con el Protocolo de Palermo, no cumple su labor, pues se aprecia el abandono de este en las zonas alejadas de las urbanizaciones. Los comentarios de las personas entrevistadas acerca de la trata manifiestan una “normalización” de esta, pues no hay intervenciones del Estado, y si las hay, existen casos de corrupción por parte de funcionarios, como lo son los miembros de la Policía Nacional que deberían prevenir, intervenir y sancionar de acuerdo con sus competencias.

Al respecto, una nota del diario *El Comercio*, de septiembre de 2019, indica que se realizaron detenciones en distintas zonas de Madre de Dios, pues se tenía órdenes de capturar a personas relacionadas con el delito de trata de personas. Dentro de estas se detuvo a Manuel Hiraldo Murillo Cribilleros, quien en ese entonces era jefe de la División de Investigación Criminal de la PNP. Según esta nota, Murillo le brindaba información a Hernán Cueva Guevara (administrador del local “Las Muñequitas”) de las intervenciones que se realizaban para combatir el delito de trata de personas a cambio de dinero (*El Comercio*, 2019).

Una constante que se mantiene hasta la fecha es que las víctimas más afectadas continúan siendo mujeres, en su mayoría menores de edad. A ciencia

cierta, de las denuncias realizadas, se sabe que algunas se archivan por falta de pruebas en las investigaciones, y esto se puede evidenciar en el Informe de Análisis N.º 01 frente a la Trata de Personas desarrollado por el Ministerio Público del Perú.

El Estado debe cumplir con la prevención, persecución y sanción en los casos de trata de personas, elaborando estrategias de prevención e intervención, monitoreo constante a los casos de las supuestas víctimas, mejoras en la identificación de víctimas (pues se presume que las cifras que se obtienen no se acercan a las que realmente existen), implementación de una buena gestión en los niveles de gobierno central, regional y local, mientras se hace uso adecuado de los recursos económicos y posibilidad de llevar a cabo las medidas anteriormente mencionadas, entre otras medidas que no se han visto cumplidas, aunque esta problemática ya se haya tratado de abordar de acuerdo con el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016, que se desarrolló líneas arriba, pero que evidenciamos no tuvieron resultados satisfactorios.

Siendo así, a raíz del Decreto Supremo N.º 017-2017-IN se implementó un plan que pretendía abordar estrategias para la lucha y prevención de la trata de personas desde un enfoque prospectivo, en el que desarrollarían más ampliamente los enfoques de género y de derechos humanos, entre otros (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017).

Así también, se hace referencia a la especial vulnerabilidad de las personas que son víctimas del delito de trata de personas, al tener en cuenta factores políticos, económicos, sociales, culturales, la pobreza y la falta de oportunidades, la desigualdad por género, la presencia de conflictos armados, las situaciones de emergencia y desastres naturales, las políticas migratorias de carácter restrictivo, las demandas, la impunidad, tolerancia social y estigmatización (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017), que son factores que en el primer plan no fueron analizados, o si lo fueron, solo de manera superficial.

Este plan se enfoca en las principales víctimas de esta problemática: mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas migrantes y la población LGBTI (población vulnerable que no había sido tomada en cuenta en el plan anterior). Observamos que las víctimas más afectadas siguen siendo mujeres:

Son pocos los países que se atreven a ofrecer estadísticas del fenómeno ya que no existen suficientes mecanismos adecuados para brindar información detallada y real del fenómeno. Aunque es muy difícil contar con estadísticas fidedignas sobre la trata de personas, caracterizada por su clandestinidad y peligrosidad, los registros y estudios realizados muestran que las principales víctimas del delito continúan siendo las mujeres (niñas, adolescentes, adultas) (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017, p. 32).

Pese a los avances para controlar el fenómeno de la trata de personas, y así obtener los datos de las víctimas, así como los casos que suceden, se observa que los esfuerzos no son los suficientes, pues hay varios indicios de que los datos obtenidos del número de casos no se reflejan a los que realmente existen, y faltan por evaluar e intervenir, que es un problema recurrente desde la instauración del Plan del 2011, si tenemos en cuenta que, como se mencionó anteriormente, el Estado no está presente en las zonas más alejadas de las urbanizaciones.

De acuerdo con los datos del Ministerio Público, entre el 2009 al 2014 se registró un total de 3911 víctimas de trata de personas, entre las que el 86,2% eran de nacionalidad peruana y el 4,3% era extranjera; y de las víctimas registradas en el año 2014, el 80% eran mujeres y el 19% hombres. Respecto a la edad, el 50,1% lo ocupan personas entre 13 y 17 años, siguiéndole un 21% de las personas entre 18 y 24 años, también se registraron víctimas menores de 13 años con un 6,4%, así como víctimas mayores de 25 años con un 9,8% (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017).

Con la información recogida a través de los datos estadísticos y la información del Ministerio Público, se proyectó el perfil sobre las potenciales víctimas de la trata de personas:

- Son mujeres en su mayoría.
- El índice de nivel educativo es bajo, teniendo solo primaria o secundaria incompleta.
- Son madres con hijos pequeños y generalmente solteras, que viven, en algunos casos, dentro de un entorno de violencia familiar, abandono, e incluso han sido víctimas de violación sexual por un miembro masculino de sus familias.
- No tienen buena remuneración en sus trabajos o no han tenido ninguna, lo que las perjudica, pues, generalmente, son cabezas de familia y deben mantenerlas económicamente.
- En el aspecto psicológico han pasado por algún episodio de violencia dentro de sus familias; tienen baja autoestima, antecedentes de abuso sexual o maltrato físico y/o psicológico (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017).

De acuerdo con las investigaciones del Ministerio Público, se abordaron algunas modalidades de captación de la víctima (de mayor a menor medida) y son: a) ofrecimiento de un puesto de trabajo, b) ofrecimiento de apoyo económico a las víctimas o sus familiares para alimentación, estudios u otras necesidades básicas, y c) convencimiento por parte de amistades o familiares de las víctimas (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017). Esto evidencia un mayor interés en poder comprender el proceso de captación de las víctimas en la búsqueda de elaborar un trabajo de prevención.

Asimismo, las modalidades de explotación que sufren las víctimas de trata de personas (de mayor a menor medida) son: a) explotación sexual, pues las obligaban a ofrecer servicios sexuales en prostíbulos, servir como damas de compañía en *night clubs*, y otros lugares; b) explotación laboral; y c) explotación doméstica. Estas son constantes modalidades, como se pudo apreciar ya desde el primer plan. Se asocia la trata de personas con delitos de crimen

organizado como el narcotráfico, el tráfico de insumos químicos y el tráfico de migrantes, de acuerdo con los datos obtenidos (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017).

Este segundo plan tiene diseñado combatir la trata de personas, tomando en cuenta factores como: i) individual; ii) familiar; iii) comunitarios; y iv) sociales/estructurales/institucionales. Además, toma en cuenta que las víctimas, en cuánto a género, son presas de las relaciones de poder, como las relaciones interpersonales, familiares y comunitarias en las que es costumbre la subordinación de las mujeres respecto de los hombres, y que denota el machismo como problemática vigente, como lo desarrollamos anteriormente (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017).

Por ello, este segundo plan enfoca sus aportes en solucionar problemas de cuatro grandes ejes: (i) la débil gobernanza o gestión institucional de aparato estatal; (ii) insuficientes acciones preventivo-promocionales; (iii) inadecuada gestión en los servicios de protección y reintegración de las víctimas; y la (iv) ineficacia en el establecimiento de sistemas integrales de fiscalización y persecución (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017). La implementación de estos enfoques permitió un paso más, y uno más seguro, a lo planteado por el primer plan en el 2011.

Pese a los avances desarrollados en este plan, persistieron los siguientes problemas: una débil incorporación de las perspectivas de género, derechos humanos, entre otras, en la formulación e implementación de políticas contra la trata de personas; ineficiente articulación interinstitucional; débil gestión del conocimiento; débil monitoreo y evaluación de planes; gestión de recursos económicos; insuficientes acuerdos bilaterales y multilaterales; deficientes servicios de protección y reintegración; discriminación social y de género en la atención a las víctimas; limitada institucionalidad y capacidad organizativa para la protección, fiscalización y persecución; carencia de estrategias integrales de fiscalización, persecución y sanción; desconocimiento de derechos; escasa sensibilización y tolerancia social frente a la trata de personas; débil cultura de denuncia; débil enfoque de seguridad

ciudadana; y la pobreza como factor estructural de riesgo (Plan de Lucha contra la Trata de Personas, 2017).

A diferencia del primer plan, el segundo tiene mejores estrategias y dinámicas para abordar el delito de trata de personas, con un mayor énfasis en enfoques de derechos humanos y de género, pues vemos la inclusión de la comunidad LGBTI como víctimas, así como la importancia de poder distinguir los perfiles de las potenciales víctimas. Además, reconoce la ineficiente o nula intervención del Estado en diversos sectores del país, lo que ha permitido, en algunos casos, la normalización por parte de las comunidades, así como una “aceptación social” de conductas que incentivan la trata de personas.

Ahora bien, en el 2020 nos vimos envueltos en una pandemia a raíz de la expansión del COVID-19, lo que forzó a que el Estado decretara la situación de estado de emergencia sanitaria. Entonces, si desde antes del contexto caótico que vivimos hasta hoy la intervención del Estado en los casos de trata de personas ya era deficiente, se presume que durante el aislamiento obligatorio solo ha empeorado.

En una nota del diario *El Comercio*, de inicios de agosto de 2020, se señaló que entre las fechas 16 de marzo y julio de ese año, las diez fiscalías especializadas en trata de personas solamente habían procesado cinco casos de este delito, y de acuerdo con lo señalado por el fiscal Chávez Cotrina, en ese entonces coordinador de las fiscalías especializadas en delitos de trata de personas, “esta cifra es mínima porque representa apenas el 15% de casos que procesamos todos los años por el mismo periodo” (*El Comercio*, 2020).

Además, se agregó que no se asignó un presupuesto adecuado para tratar los casos de este delito, por lo que termina siendo muy complicado intervenir y enfrentar la situación, teniendo en cuenta que antes de iniciada la pandemia, la situación ya era precaria y no contaban con el apoyo del Gobierno, y que a raíz de la crisis sanitaria no se ha realizado tanto seguimiento de inteligencia policial. Este panorama indicaría que luego de la pandemia la situación frente al delito de trata de personas será crítico (*El Comercio*, 2020).

## 6. Conclusiones

- Se necesita una mayor intervención del Estado peruano respecto al cumplimiento de la Convención de Palermo y sus protocolos adicionales. Por lo que, es necesario hacer alusión a la última misión hacia el Perú durante el 9 al 20 de mayo de 2011, por parte de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, donde se establecieron recomendaciones como el de generar recursos eficaces para las víctimas de las formas contemporáneas de la esclavitud, que pueden ser equiparables a la lucha contra la trata de personas como la debida protección, rehabilitación y reintegración.
- Existe un distanciamiento entre el Protocolo de Palermo y la actuación del Estado peruano referido principalmente a la prevención y tratamiento general de las víctimas. Ello respondería no solamente a la falta de una correcta identificación de los casos de víctimas, donde pueden converger más de una situación de vulnerabilidad (como el caso de una víctima de trata migrante y niña), sino también a una ponderación por parte de las principales autoridades en la persecución y criminalización del delito, sin verificarse sentencias ejecutadas.
- Se necesita la elaboración de políticas criminales distanciadas de la mera criminalización, y enfocadas desde una perspectiva de género y de derechos humanos a privilegiar la situación de víctima. Esto, principalmente, en los casos de mujeres migrantes, trans, y condenas por trata de personas con historial de victimización de explotación.
- Se necesita la implementación de procesos, mecanismos y estrategias, pero de manera *estandarizada* por parte de las diversas entidades del Estado que están comprometidas con la investigación, prevención y persecución del delito de trata de personas, así como con el tratamiento y protección de las víctimas, todo ello desde la perspectiva de derechos humanos y de género, siendo que existen problemas recurrentes como la falta de consciencia de la realidad de las víctimas de la trata de personas por parte de funcionarios del Estado.

- Se necesitan mejores estrategias de prevención del delito de trata de personas por parte del Estado peruano, teniendo en cuenta que se cuenta con información del perfil de las potenciales víctimas, sobre todo en las zonas en las que hay poca presencia del Estado, y en las que se desarrolla una “tolerancia social” frente a este delito.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUR. (s. f.). *Agencia de la ONU para los Refugiados*. <https://www.acnur.org/trata-y-traffic-de-personas.html>
- Asociación Psicológica Americana (2006). *Respuesta a las preguntas sobre las personas trans, identidad de género y la expresión de género*. 2.ª Edición.
- Capital Humano y Social Alternativo y Ministerio de Justicia (2017). *Trata de Personas en el Perú. Criminología de actores y perfiles penitenciarios*. <https://chsalternativo.org/recurso/trata-de-pers-en-el-peru-criminologia-de-actores-y-perfiles-penitenciarios/>
- Castro, C., y Salvador, K. (2014). *El rol del sistema internacional de protección de los derechos humanos en la lucha contra el tráfico de personas*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/06/Salvador-Castro-EL-ROL-DEL-SISTEMA-INTERNACIONAL-DE-PROTECCIÓN-DE-LOS-DERECHOS-HUMANOS-EN-LA-LUCHA-CONTRA-EL-TRÁFICO-DE-PERSONAS1.pdf>
- CEPAIM. (s. f.). *Fundación Cepaim*. <http://cepaim.org/el-comite-cedaw-y-su-recomendacion-general-sobre-trata-gema-fernandez-rodriguez-de-lievana/>
- Defensoría del Pueblo (2018). Informe Defensorial N.º 007/2018: *A dos años del Informe Defensorial N.º 175 Estado actual de las personas LGBTI*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%B0-007-2018-DPADHPD-%E2%80%9CA-2-a%C3%B1os-del-Informe-Defensorial-N%C2%B0-175.-Estado-actual-de-los-derechos-de-las-personas-LGBTI%E2%80%9D.pdf>

Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria. (2014). *Informe de investigación 62/2014-2015. La trata de personas: definición conceptual, marco jurídico internacional y legislación nacional.*

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/A4188BE1884E5F0905257ECB0077F999/\\$FILE/INFINVES62-2014.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A4188BE1884E5F0905257ECB0077F999/$FILE/INFINVES62-2014.pdf)

IDEHPUCP. (2018). *Actualización del Protocolo para la atención y protección de víctimas y testigos del delito de trata de personas por parte de la Policía Nacional del Perú.* <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/04/02152444/anexo-4-protocolo-atencion-victimas-de-trata-pnp-informe-final.pdf>

Marinelli, C. (2015). *La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos. Un proceso en doble vía: de la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las víctimas* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36965.pdf>

Ministerio de Justicia (2017). Conceptos fundamentales para la transversalización del enfoque de género. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dcteg/Folleto-Conceptos-Fundamentales.pdf>

Ministerio Público. (2018). *Informe de Análisis N.º 1. La respuesta del Ministerio Público frente a la trata de personas. Evidencias de mercados, uso de tecnologías y delitos conexos.* [https://www.mpf.n.gob.pe/Docs/0/files/ofaec\\_informe\\_de\\_trata\\_de\\_personas.pdf](https://www.mpf.n.gob.pe/Docs/0/files/ofaec_informe_de_trata_de_personas.pdf)

Ministerio Público (2020). *Guía operativa para la investigación del delito de trata de personas.* <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1320366/Gui%CC%81a%20Operativa%20para%20la%20Investigacio%CC%81n%20del%20Delito%20de%20Trata%20de%20Personas.pdf>

Naciones Unidas. (2014). *Los derechos humanos y la trata de personas.* (36). [https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf)

- OIM. (2006). *La trata de personas*. [http://archivos.diputados.gob.mx/Centros\\_Estudio/ceameg/Docs\\_PDF\\_trata/1\\_4.pdf](http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/Docs_PDF_trata/1_4.pdf)
- Ojo Público. (s. f.). *Mujeres trans: las víctimas invisibles de la trata*. <https://ojo-publico.com/especiales/mujeres-trans-victimas-invisibles-de-la-trata/>
- ONU. (2019). *Integración de la perspectiva de género en las investigaciones en derechos humanos*. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/IntegratingGenderPerspective\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/IntegratingGenderPerspective_SP.pdf)
- Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2020). Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a jueces y juezas penales. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/172209>
- Scott, Joan (1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En M. Nash y J. S. Amelang (Eds.). *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*.
- Thill, M. y Giménez, P. (2016). El enfoque de género: un requisito necesario para el abordaje de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (27), 439-459. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5866430>
- Villarroel, C. (2017). *El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9736/Villarroel\\_Quinde\\_Bien\\_jur%C3%ADdico\\_protegido1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9736/Villarroel_Quinde_Bien_jur%C3%ADdico_protegido1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Women's Link Worldwide (2017). *Víctimas de trata en América Latina. Entre la indiferencia y la desprotección*. (7). <https://www.womenslinkworldwide.org/files/4d238ebdc3a934ff85ae8398bb390e3a.pdf>

## **Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales**

CIDH. (2015). *Movilidad humana*. Estándares interamericanos. OEA.  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

Decreto Supremo N.° 004-2011-IN que aprobó el Plan Nacional de Acción  
contra la Trata de Personas 2011-2016.

Decreto Supremo N.° 017-2017-IN que establece el Plan Nacional Contra  
la Trata de Personas 2017-2021.

ONU. (2000). *Integración de los derechos humanos de la mujer y la  
perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3402.pdf>

ONU. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas,  
especialmente mujeres y niños*. [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/HRC\\_38\\_45\\_sp.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/HRC_38_45_sp.pdf)

## **Notas periodísticas**

Diario *El Comercio*. (2019). “Madre de Dios: detienen a jefe de la Divincri  
por vínculos con tratantes de personas” | PERÚ | *El Comercio*.  
Consulta: 4/2/2021.

Diario *El Comercio*. (2020). Madre de Dios: detienen a jefe de la Divincri  
por vínculos con tratantes de personas”. *El Comercio*. Consulta:  
4/2/2021.

IDEHPUCP. (2017). *CIDH insta a Estados miembros a emplear enfoque de  
derechos para luchar contra la trata de personas*. Consulta: 4/2/2021.

# LA REPARACIÓN INTEGRAL Y TRANSFORMATIVA DE LA DIGNIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE CENTRADO EN LA VÍCTIMA

*Carlos Felipe López Vásquez<sup>187</sup>*

## Resumen

Recientemente, nuestra judicatura adoptó la postura jurisprudencial de considerar a la dignidad como bien jurídico protegido del tipo penal de trata de personas. Ello responde a la necesidad de reconocer que las víctimas de trata de personas sufren graves vulneraciones a su derecho a la vida, la integridad física, psicológica, emocional entre otras vulneraciones. Si bien es cierto que, desde que el Perú ratificó el protocolo de Palermo se han hecho denodados esfuerzos por perseguir penalmente este delito, la atención, protección y reintegración de las víctimas no ha recibido una similar atención. Ello incluye a las reparaciones civiles otorgadas a las víctimas que distan de ser integrales y convencionales. Consideramos necesaria una mirada estructural de la trata de personas y de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales vulnerados. El enfoque centrado en la víctima es un enfoque sistémico útil para lograr el acceso a la justicia, a través de reparaciones transformativas que tomen en cuenta las vulnerabilidades estructurales y personales, necesidades y preocupaciones de las víctimas.

---

<sup>187</sup> Abogado especializado en derechos humanos, derecho internacional humanitario y políticas públicas. Asistente legal en la Dirección de Derechos Fundamentales de la Dirección General de Seguridad Democrática del Ministerio del Interior. Lima, Perú.

**Palabras clave:** reparación integral, víctimas, situación de vulnerabilidad, control de convencionalidad, *ius cogens*, *restitutio in integrum*, enfoque centrado en la víctima, reparación transformativa, acceso a la justicia.

### Sumario

1. Introducción. 2. La dignidad humana como derecho protegido frente a la trata de personas. 2.1. La naturaleza jurídica de la trata de personas. 2.2. La dignidad humana en el marco de los derechos humanos. 3. Las reparaciones integrales como justicia transformativa y correctiva. 3.1. El derecho a una reparación integral. 3.2. Las reparaciones como medidas transformadoras y correctivas. 3.3. Las reparaciones en el caso de mujeres, niñas, niños y adolescentes. 4. El enfoque centrado en la víctima. 4.1. Concepto. 4.2. Sistema de estándares del enfoque centrado en la víctima. 4.3. Aplicación del enfoque centrado en la víctima como forma de garantizar el acceso a la justicia en materia de reparaciones. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

### **Acrónimos**

SIDH	: Sistema Interamericano de Derechos Humanos
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos
ECV	: Enfoque Centrado en la Víctima
CORTEIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	: Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	: Declaración Universal de los Derechos Humanos
PIDCP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CEDAW	: Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
CDN	: Convención sobre los Derechos del Niño
OIT	: Organización internacional del trabajo
DESCA	: Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
PASV	: Protocolo de Acreditación de la Situación de Vulnerabilidad de la Persona
CVDT	: Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados

## 1. Introducción

Una de las manifestaciones del acceso a la justicia es el otorgamiento de una reparación integral como derecho humano de las víctimas del delito de trata de personas. Es posible afirmar que, en los últimos veinte años, desde la adopción del Protocolo adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, las acciones de implementación de los Estados parte se han enfocado más en la persecución penal y la cooperación interestatal que en la asistencia y protección de las víctimas. Una posible explicación es que, tanto la Convención como el Protocolo, son tratados internacionales en materia penal, lo cual no implica un desconocimiento de los derechos humanos. La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son fenómenos delictuales de gran impacto en los derechos humanos de las víctimas, y el régimen de derechos humanos se ha desarrollado lo suficiente en este aspecto como para poder determinar el contenido del derecho de reparación integral de las víctimas. Sin embargo, es preciso traducir el derecho en acciones concretas, y el enfoque centrado en la víctima nos ofrece una guía o ruta de acción para implementar correctamente una reparación integral y adecuada.

La comunidad internacional, la sociedad civil y las partes interesadas han elaborado, promovido e implementado los enfoques de derechos humanos, de género, e interseccionalidad, entre otros, en un esfuerzo por mejorar la dimensión de los derechos humanos de las víctimas, como parte del respeto de su dignidad. El enfoque centrado en la víctima responde a un esfuerzo por colocar a las víctimas en el centro de las medidas de protección, atención, reintegración y reparación. La víctima, entonces, deja de ser un actor pasivo y se vuelve protagonista de la restitución de su plan de vida, y establece el estándar de obtención de reparaciones integrales como forma de acceso a la justicia con la participación y empoderamiento de la víctima. Vemos, que el concepto de las reparaciones definidas, como colocar a la víctima en la situación previa a la violación de sus derechos humanos, no responde a la realidad actual, en la que retornar a la situación anterior o previa significa volver a la situación de vulnerabilidad que originó o facilitó la trata de personas.



## 1. La dignidad humana como derecho protegido frente a la trata de personas

### 1.1. La naturaleza jurídica de la trata de personas

Al ser un fenómeno multidimensional, el orden jurídico nos ofrece diferentes perspectivas. De manera que, son relevantes el derecho penal, las políticas públicas, el derecho migratorio en el caso de la movilidad humana y el derecho laboral respecto al trabajo forzoso. Todos estos cuentan con una disposición relevante en el derecho internacional de los derechos humanos. Respecto a la obligación de reparación, ya ha sido individualizada como derecho humano.

Comencemos por definir la trata de personas. Tradicionalmente consideramos que la definición de trata de personas más aceptada se encuentra en el artículo 3 del Protocolo adicional a la Convención sobre el crimen organizado transnacional, conocido como el Protocolo de Palermo. En el Perú, la Ley N.º 30251 —que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas definido en la Ley 28950—, adoptó casi en su integridad el artículo 3 (Congreso de la República, 2014).

A manera de resumen, del tipo penal pueden reconocerse tres elementos:

- a. **Los actos:** captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención.
- b. **Los medios:** violencia, amenaza, coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder, o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o cualquier otro beneficio.
- c. **Las finalidades:** explotación sexual, trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, venta de niños y otras formas análogas.

En el ámbito del derecho penal internacional, el caso *Prosecutor vs. Kunarac* (2001) del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia sostuvo, respecto a la trata de mujeres y tráfico ilícito de mujeres con la finalidad de explotación sexual,

que las formas contemporáneas de esclavitud constituyen un crimen contra la humanidad (p. 177). Por otro lado, el artículo 7(2) del Estatuto de Roma que considera a la trata de personas dentro del ejercicio de los derechos de propiedad sobre una persona, como en la esclavitud moderna. En ese sentido, puede decirse que la trata de personas se enmarca como delito en el concepto amplio de esclavitud moderna, si bien son conceptos distintos, los tratantes tienen por objetivo reducir la dignidad humana con el fin de explotar a la víctima, como si de un bien mueble se tratase. En nuestro sistema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2016), en el caso *Hacienda verde vs. Brasil*, amplía el concepto de esclavitud al considerar como elementos definitorios la condición o estado en el que se encontraba la persona, la pérdida de la libertad de movimiento, la coacción física y psicológica, la presencia de una situación de vulnerabilidad, entre otras. Es decir, que la trata de personas es una de las formas de esclavitud moderna, deshumanizante y degradante de la dignidad humana.

En el sistema universal, la trata de personas y esclavitud en relación con la dignidad humana es abordada en un sentido negativo, ya que la definición se expresa en términos de vulneración o violación de la dignidad humana. He aquí un pequeño resumen de las disposiciones:

- a. Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): Nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.
- b. Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.
- c. Artículo 34 del Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: Los Estados parte prohibirán la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantiles. Recordemos que estos delitos son además finalidades de la trata de personas.

- d. Artículo 6 de la CEDAW: Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.
- e. Convención de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil: en el que se incluyen como peores formas de trabajo infantil todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

Por otro lado, es importante referirnos al carácter de convencionales de estas normas respecto a nuestro país. ¿Qué relación tiene la normativa internacional con la normativa interna peruana? La jurisprudencia de la CORTEIDH (2006) lo ha establecido desde el paradigmático caso *Almoacid Arellano vs. Chile* en el que se desarrolla la doctrina de la convencionalidad, una especie de *judicial review* interamericano:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (p. 53).

Nuestro país es tradicionalmente monista respecto a la relación del derecho interno y el derecho internacional público, es decir, como un solo cuerpo coordinado<sup>188</sup>. Finalmente, los artículos 26 y 27 de la CVDT y el principio de *pacta sum servanda* son relevantes a respecto<sup>189</sup>. Puede apreciarse la

<sup>188</sup> Se puede consultar la sentencia del Tribunal Constitucional STC N.º 01679-2005-PA/TC.

<sup>189</sup> Observancia de los tratados.

26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

importancia de la relación entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) y el derecho interno tiene para determinar las obligaciones estatales frente a la trata de personas y los derechos fundamentales de las víctimas de trata. Esta relación, entonces, nos permite afirmar la existencia de un *ius constitutionale commune* respecto a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

## 1.2. La dignidad humana en el marco de los derechos humanos

Recientemente, la película peruana *Canción sin nombre* (León, 2019) nos cuenta la historia de Georgina, una mujer indígena cuya hija es robada en una clínica falsa. El falso anuncio, el engaño y el posterior rapto de su bebe, posiblemente con la finalidad de venderla, son acciones que deshumanizan a la hija de Georgina, tratándola como una mercancía. Esta deshumanización, presente en este caso, y como en muchos otros casos de trata de persona, afecta gravemente la dignidad de los seres humanos.

Históricamente, el concepto de dignidad proviene del concepto del *dignitas* romano que establecía la importancia de gozar con derechos y deberes necesarios para el cultivo de la personalidad, de la vida, de las aptitudes y el cumplimiento del rol social de la clase a la que la persona pertenecía. Kant será quien sentaría las bases formales de la dignidad humana, ejercida desde la racionalidad. El imperativo categórico de Kant, por el cual el ser humano no es un medio sino un fin en sí mismo, es, además, precursor del constitucionalismo, del positivismo jurídico y del Estado de derecho moderno. Posteriormente, la dignidad humana toma protagonismo en el ámbito mundial y es desarrollada por el derecho internacional público, en el marco de la reciente creación de las Naciones Unidas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y la Prohibición del Genocidio se convierten en piedras angulares del nuevo

---

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. (CVDT, 1969, p. 160).

Orden Internacional en donde la dignidad del ser humano juega un rol central hasta nuestros días. Puede consultarse también el Caso *Barcelona Traction* en el cual, la Corte Internacional de Justicia declaró que la prohibición de esclavitud es una norma *ius cogens*. En ese sentido, la dignidad es un derecho humano, un derecho fundamental y un principio que se aplica a todo el ordenamiento jurídico.

En opinión de Cesar Landa (2016), la dignidad implica que el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio. Considerar lo contrario significa tratar a las personas como instrumentos para un fin ajeno. Es por eso, por lo que la consecuencia de la trata de personas no puede ser otra que la vulneración de la dignidad. Es un concepto central en el derecho positivo y los principios relacionados al derecho interno e internacional y parte integral del sistema democrático. El Tribunal Constitucional (2005) en el expediente STC N.º 2273-2005 sostuvo el doble carácter de la dignidad humana:

El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares.

Una de las características de los derechos humanos es la interdependencia. Ello implica que una lesión de la dignidad significa la lesión de otros derechos humanos como la vida y la integridad. Al ser estos, el primer fundamento de los demás derechos humanos que corresponden al proyecto de vida de las personas tiene relación, por ejemplo, con los derechos sociales, como el derecho al trabajo, el derecho a la educación, a la salud psíquica y emocional. Estos derechos son perfectamente exigibles al Estado, no siendo posible alegar que se circunscribe al presupuesto del Estado. La dignidad

humana se desarrolla con influencia del contexto, nivel socioeconómico y capacidad de accesibilidad a bienes y servicios básicos que una persona pueda contar<sup>190</sup>. Es por ello, que la dignidad de las personas no puede limitarse a su relación con los derechos humanos llamados de primera generación, sino que también esta se logra a través de los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Por ejemplo, la salud psíquica y emocional, que en el caso de las víctimas de trata de personas se ve gravemente afectada, está contenida en el derecho a la salud que, a su vez, es interdependiente del derecho a la integridad de la persona. En esa misma lógica, el derecho al trabajo digno, que de igual manera se ve afectado por la trata de personas, se encuentra ligado al derecho a la integridad y a la dignidad. Es importante que una política pública, que pretenda garantizar el acceso a la justicia mediante una reparación integral, debe tomar en cuenta necesariamente los derechos DESCA. El Tribunal Constitucional (2004) en el Fundamento 17 del expediente 2016-2004-AA/TC al sostiene que:

Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado que señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, mas no un derecho concreto. Debe recordarse, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos, tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social (p. 26).

Resulta claro que el concepto de dignidad, especialmente con relación a su posición dentro del marco normativo de los derechos humanos, explica

---

<sup>190</sup> Además, es preciso considerar la informalidad que caracteriza a nuestro país, causa de que muchas personas no cuenten con un contrato de trabajo, ni con beneficios y mucho menos con un seguro de salud laboral, lo cual las coloca en una situación de vulnerabilidad frente a la trata de personas.

la existencia de obligaciones a los Estados de carácter vertical, de respeto y promoción desde el aparato estatal, y de carácter horizontal, de respeto y garantía entre privado y de instituciones específicas de la administración pública y sobre todo de la judicatura para garantizar su respeto<sup>191</sup>. Sin embargo, se nos enfrenta la realidad de la globalización y la responsabilidad social de las empresas, la actual crisis de la democracia representativa y la profunda desigualdad existente en Latinoamérica. Ello nos hace preguntarnos si la dignidad humana tiene un ámbito de desarrollo en el funcionamiento de dichas instituciones.

Resulta lógico concluir que la trata de personas tiene un impacto en los DESCA de las víctimas y, por tanto, deben formar parte de cualquier intento de reparación integral.

Nos parece un importante aporte el realizado por el Instituto de Medicina Legal al título 7.2.2 del Protocolo de Acreditación de la Situación de Vulnerabilidad de la Persona (PASV) (Ministerio Público, 2018) se describen los factores de vulnerabilidad antropológico-social tales como edad, la pobreza, el nivel educativo, la pertenencia a comunidades indígenas, la condición de migrantes, entre otros. En lo concierne al fenómeno de la trata de personas, su relación con estos factores de vulnerabilidad está más que clara (p. 53). Conforme al tipo penal de la trata de personas y de la casuística, uno de los medios que utilizan los tratantes es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad. Las falsas ofertas de trabajo representan el 78,2% siendo la forma de captación más frecuente (CHS Alternativo, 2020) por lo que la vulnerabilidad económica puede incrementar esta forma de captación. Más aún, respecto a la situación actual, la directora ejecutiva de la UNODC, Ghada Wally (2020) sostiene que:

---

<sup>191</sup> Dicho sea de paso, todos los órganos e instituciones de un Estado parte deben asegurar el efecto útil de los derechos humanos y, sobre el poder judicial, la jurisprudencia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado con la doctrina del *Effet utile*.

[...] la restricción de movimiento por causa del COVID-19, el desvío de los recursos de las fuerzas de la ley y la reducción de los servicios sociales y públicos, han ocasionado que las víctimas de trata de personas tengan aún menos oportunidades de escapar y encontrar ayuda.

La vulnerabilidad económica afecta sobre todo respecto a las mujeres, niñas y adolescentes, que estructural e históricamente han accedido a trabajos precarios, informales y en una situación de pobreza o pobreza extrema. Al respecto, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNPFA por sus siglas en inglés) advertía en un informe técnico de marzo de 2020, apenas iniciada la medida de aislamiento social que:

Las pandemias exacerbaban las desigualdades de género y las vulnerabilidades existentes, lo cual aumenta los riesgos de abuso. En épocas de crisis, como sucede durante un brote, las mujeres y las niñas pueden presentar un riesgo más elevado, por ejemplo, de padecer violencia infligida por la pareja y otras formas de violencia intrafamiliar como resultado de las tensiones crecientes en el hogar. También enfrentan mayores riesgos de otras formas de violencia de género, incluidas la explotación y el abuso sexuales en estas situaciones. Por ejemplo, los impactos económicos del brote del ébola de 2013-2016 en África Occidental colocaron a las mujeres y los niños en un mayor riesgo de explotación y violencia sexual (p. 6).

Factores personales, estructurales y circunstanciales se cruzan y facilitan la comisión del delito trata de personas lo que significa la existencia de una vulneración previa de los derechos debido a un estado de cosas y, posteriormente, la vulneración ocasionada por el delito de trata de personas. Ante ello, es lógico que todo intento de restaurar la dignidad de un ser humano aborde la eliminación de estas vulnerabilidades y procure garantizar al máximo los derechos económicos sociales y culturales de las víctimas.



## 2. Las reparaciones integrales como justicia transformativa y correctiva

### 2.1. El derecho a una reparación integral

La terminología usada por el derecho internacional, para referirse a las medidas que se toman para restablecer las condiciones materiales y/o psicológicas, emocionales y morales, a la situación previa a las consecuencias del daño, puede variar dependiendo de la rama del derecho a que se refiera. Por ejemplo, en materia de derecho de responsabilidad estatal por actos ilícitos se refiere a la reparación integral que incluirá la restitución, indemnización y satisfacción conforme al artículo 34 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad Estatal, por hechos internacionalmente ilícitos (International Law Commission, 2001, p. 95) Mientras que en el derecho internacional de los derechos humanos es frecuente referirse al derecho al remedio (*Right to remedy*) o restitución de los derechos humanos.

En el sistema internacional y en la jurisprudencia del SIDH se ha denominado reparación integral y *restitutio in integrum* como estándares de lo que llamaremos reparación integral y posteriormente, reparación transformativa. La reparación integral consta de los siguientes conceptos:

- Restitución: se busca restituir a la víctima a la situación previa a la vulneración de sus derechos.
- Compensación o indemnización: elemento económico de la reparación que busca, a través de una asignación económica, compensar los daños ocasionados. Es la medida más adoptada en la trata de personas.
- Rehabilitación: se trata de las medidas de atención médica y psicológica, asesoría legal, protección judicial y servicios sociales que se otorgan a la víctima para eliminar y/o mitigar las consecuencias de los daños ocasionados.
- Satisfacción: disculpas, homenajes y disculpas públicas otorgados a la víctima que buscan satisfacer un mínimo sentido de justicia.

- Medidas de no repetición: se trata de adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales necesarias para que daño ocasionado no se repita.

El artículo 6 del Protocolo de Palermo desarrolla las medidas de asistencia y protección de las víctimas, mencionando acotadamente las medidas de reintegración, haciendo una mención expresa a la indemnización en el punto 6. Creemos que esta descripción ha quedado desfasada frente a los estándares de derechos humanos sobre la reparación integral de las víctimas. Según María Grazia Giammarinaro (2020), relatora especial sobre trata de personas, especialmente de niñas, niños y adolescentes, en el reporte A/HRC/44/45 - Trata de personas, especialmente mujeres y niños, sostiene que la compensación de los daños ocasionados a las víctimas es la disposición del Protocolo de Palermo que menos se ha implementado por los Estados parte (p. 11).

Tradicionalmente, la lucha contra la trata de personas se dio desde la mejora de la persecución penal del delito. Lamentablemente, la atención, protección, reintegración y, sobre todo, la reparación de las víctimas no ha tenido un desarrollo similar. Ello se debe quizás a que conforme lo sugiere Ryszard Piotrowicz (2014), el Protocolo de Palermo acompaña a una convención enfocada, principalmente, en cooperación y coordinación para la persecución del crimen organizado internacional, entre ellos, la trata de personas. Sin embargo, es preciso dotar de importancia al hecho de que la tendencia en los últimos diez años ha sido la de implementar, en la lucha contra la trata de personas, un enfoque basado en los derechos humanos. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR, 2014) sostiene que el desarrollo de instrumentos y políticas públicas así lo ha demostrado. Finalmente, María Grazia Giammarinaro (2020) en el reporte A/75/169 sobre la aplicación del enfoque de derechos humanos y la trata de personas, sostiene que el Protocolo de Palermo ha quedado desfasado respecto al desarrollo del DIDH, y que el artículo 6 carece de disposiciones necesarias para su implementación. Es por ello por lo que, en la realidad, la mayoría de los Estados no prestan atención a estas disposiciones al internalizar las disposiciones del tratado al derecho interno (p. 11).

Ante esta situación, debe tomarse en cuenta que, si bien el desarrollo de la obligación de reparar integralmente a las víctimas no ha sido prolíficamente desarrollado en el Protocolo de Palermo, esta no solo se encuentra en este tratado, sino que se trata de una obligación vinculante del derecho internacional y de carácter *erga omnes* que data del caso Chorzów Factory (1928) en el marco de la Sociedad de Naciones. De hecho, es un principio del derecho más primordial, el de remediar, restituir y reparar el daño ocasionado a una persona. Para Dina Shelton (2014), el estado del DIDH permite identificar tres requisitos necesarios para la presencia de una obligación de remediar:

- a. La ruptura de una obligación legal.
- b. La presencia de un nexo causal entre el daño causado y la víctima.
- c. Una parte identificable como víctima.

En ese sentido, respecto a la trata de personas, podemos reconocer una doble dimensión: interna y de Responsabilidad Estatal. En efecto, la comisión del delito de trata de personas tiene como consecuencia la ruptura de la obligación legal negativa contenida en el art.153, la existencia de un daño físico, emocional y psicológico a una persona en específico que la sufrió y una persona identificada como víctima de vulneraciones a sus derechos humanos. Por otro lado, el estado será responsable de la ruptura de una obligación internacional si no ordena la reparación integral de los derechos de la víctima.

Es importante resaltar el párrafo 42 de su reporte A/HRC/44/45 en el que la relatora especial sostiene:

De acuerdo con los principios básicos sobre el derecho a un recurso efectivo para las víctimas de la trata de personas, el derecho a un recurso debe incluir restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición y debe reflejar un enfoque centrado en las víctimas y basado en los derechos humanos (p. 11).

En este reporte, la relatora menciona el enfoque centrado en la víctima y su relación con el enfoque de derechos humanos en la aplicación del artículo 6. Podemos asegurar que el Estado puede implementar estos enfoques al tomar las acciones necesarias para que el derecho interno contenga medidas adecuadas para cumplir con la disposición del tratado respecto a la reparación integral. Además, esta obligación va de la mano con la obligación de confiscación de los activos y bienes usados en la trata de personas descrita en la Convención Sobre Crimen Organizado (arts.12-14). Leídas en su conjunto, no solo los Estados implementan una normativa interna para hacer la trata de personas más riesgosa y menos rentable, sino que dichos fondos sirven para la reparación integral de las víctimas. Por otro lado, la implementación de estas medidas encuentra suficiente base normativa en el derecho de los tratados:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8, 10).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3).
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6).

También en el ámbito de migraciones y explotación laboral:

- Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias (art. 83).

Respecto a las personas con habilidades especiales:

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 13).

En el ámbito regional:

- Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25).
- Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 25).
- Convención Europea de Derechos Humanos (art. 13).

## 2.2. Las reparaciones como medidas transformadoras y correctivas

En el SIDH, la obligación de reparación integral se encuentra en el artículo 63 de la CADH y la jurisprudencia sobre el contenido “integral” ha sido desarrollada prolíficamente por la Corte Interamericana. Si bien estos estándares se refieren a las reparaciones ordenadas por la CORTEIDH, son también estándares aplicables para el derecho interno. Vamos a avocarnos a una de las pocas sentencias que aborda la trata de personas en el SIDH: el *Caso Hacienda Verde vs. Brasil*. Otros casos que pueden consultarse son: *Caso Velásquez Velásquez vs. Honduras*, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú* y *Caso Garrido y Baigorria vs Argentina*.

En este caso, la CORTEIDH estableció la obligación de reparación integral respecto de los artículos 3, 5, 6, 7 11 y 12 de la CADH de los peticionarios, refieren las medidas que el Estado Brasileño debió haber tomado y que deberá tomar para garantizar los derechos de las víctimas. Consideramos interesante el desarrollo de la sentencia respecto a la discriminación estructural y vulnerabilidades interseccionales de las que sufrían los 85 trabajadores rescatados. Así, la CORTEIDH (2016) estableció que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial [...] es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación” (pp. 86-87). En ese sentido, el Estado parte tiene la obligación a través de las autoridades, operadores de justicia y servicio, de reestablecer a la víctima a la situación anterior y la eliminación de los efectos que produjo la situación de trata de personas.

En este mismo sentido, la CORTEIDH (2009) en el *Caso Gonzales y otras vs. México*, “Campo algodoner”, es muy clara al señalar que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino correctivo” (p. 114). En conclusión, se tiene una verdadera vocación de reparación

integral transformadora, por la que las reparaciones no pueden limitarse a colocar a la víctima en la situación anterior, sino que es preciso que las vulnerabilidades que facilitaron la victimización sean en la medida de lo posible superadas.

### **2.3. Las reparaciones en el caso de mujeres, niñas, niños y adolescentes**

El comité sobre los derechos del niño (2003, p. 60) es claro en señalar que al proporcionar una reparación integral se deben implementar medidas adecuadas como información clara y amigable, la presencia de un defensor público o abogado asistente para el acceso a procedimientos ante las Cortes con el debido respeto al interés superior del niño. Al respecto, es preciso consultar el artículo 12.4 del Decreto Supremo 002 - Reglamento de la Ley N.º 30466 - Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, sobre las acciones de la representación letrada en todos los procedimientos, incluido aquellos destinados a la reparación integral. Por otro lado, *la Guía Legislativa para la implementación del Protocolo de Palermo* (2004), al interpretar el artículo 6, párrafo 4, muestra las obligaciones respecto a las víctimas niñas, niños y adolescentes que tienen los Estados parte de la Convención y el Protocolo de Palermo. La lectura de ambos tratados hace referencia a la aplicación de las normas de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes en dos sentidos: los Estados parte deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las niñas, niños y adolescentes y verificarán la aplicación de las disposiciones de la CDN en el marco de sus procedimientos administrativos.

En materia de los derechos de la mujer es importante considerar que las mujeres son las principales víctimas de este delito y que diversos factores, como el desempleo y la pobreza, hacen que las víctimas, en muchos casos, sufran de diversas desigualdades. En el caso de las mujeres es relevante lo dispuesto por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém Do Pará, en su artículo 7 (g) que establece que aquellas mujeres que hayan sufrido de cualquier tipo de violencia deben recibir por parte del

Estado un acceso efectivo a mecanismos judiciales y administrativos para obtener una reparación y compensación justas. Es importante tomar en cuenta la dimensión de violencia basada en el género presente en la trata de personas, así como las vulnerabilidades estructurales que sufren las mujeres, que las fuerzan a asumir roles subordinados, propician su baja participación en política, bajos niveles de educación y exposición a violencia física, emocional y psicológica. De acuerdo con la observación general N.º 19 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, “La pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata de mujeres [...] Estas prácticas son incompatibles con el igual disfrute de los derechos de la mujer y con respeto a sus derechos y dignidad. Ponen a las mujeres en un riesgo especial de violencia y abuso” (p. 60). Frente a la trata de personas, los Estados deben tomar medidas efectivas para la reparación y compensación de las víctimas.

### **3. El enfoque centrado en la víctima**

#### **3.1. Concepto**

La trata de personas, como se ha comprobado, es un fenómeno multifactorial y un delito que implica una violación de derechos fundamentales como la dignidad, la vida, integridad y libertad entre otros. Implica la obligación de las autoridades, operadores de justicia y servicio, de restablecimiento de la situación anterior y además debe incluir la eliminación de los efectos que produjo la situación de trata de personas.

El proceso de Bali Asia-Pacífico establecido en el 2002, como una plataforma de acción contra la trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y crimen transnacional, adoptó la guía de estudio para operadores para la aplicación del enfoque centrado en la víctima (ECV) (2005) en el que se explica el ECV como un enfoque que:

- Toma en cuenta las necesidades de la víctima y adecua sus respuestas a las mismas.

- Debe basarse en consideraciones fundamentales de seguridad, confidencialidad y no discriminación.
- Debe brindarse independientemente de si la víctima participa en los procesos judiciales (p. 8).

Por su parte, la Oficina para víctimas del delito del Departamento de Estado de Estados Unidos (2004) define el ECV como:

Un enfoque centrado en las víctimas busca minimizar la retraumatización asociada con el proceso de justicia penal proporcionando el apoyo de defensores de víctimas y proveedores de servicios, empoderando a los sobrevivientes como participantes comprometidos en el proceso y brindando a los sobrevivientes la oportunidad de desempeñar un papel para ver a sus tratantes llevados ante la justicia (p. 1).

Por otro lado, el Estado peruano ha reconocido que es preciso centrar la atención en las víctimas, en sus necesidades particulares y sus vulnerabilidades, conforme a su modelo conceptual. En suma, se necesita una política nacional integral. El enfoque centrado en la víctima tiene por objetivo responder ante esta necesidad y, para ello, desarrolla mínimamente seis estándares que, integrados, explican este enfoque. Además, es importante dirigir su aplicación a brindar la asistencia y el apoyo especializado e integral que requieren las víctimas de especial preocupación —como es el caso de mujeres, niñas, niños y adolescentes y personas LGTBI—. En esa perspectiva, el ECV se constituye en una herramienta útil para un abordaje respetuoso de los derechos de las víctimas y orientado a su recuperación individual y reintegración social.

### **3.2. Estándares del enfoque centrado en la víctima**

A fin de comprender el enfoque centrado en la víctima, explicaremos cada uno de los seis estándares que lo conforman.

#### **a. Priorizar las necesidades y preocupaciones de las víctimas**

El primero de ellos se encuentra referido a la identificación y atención



prioritaria de necesidades y preocupaciones de la víctima por lo que es importante que los funcionarios del Estado puedan reconocer y comprender las preocupaciones básicas y necesidades particulares que cada víctima tiene. No solo se requiere que los funcionarios públicos sean concientizados y sensibilizados sobre la problemática de la trata de personas para lograr la empatía y el *rapport* necesario para identificar las necesidades y preocupaciones de la víctima con efectividad, sino que, además, es importante que comprendan que las víctimas han sufrido una grave vulneración de sus derechos fundamentales y muchas de ellas cargan con un pasado donde han sufrido de otros tipos de violencia.

**a. Evitar la revictimización por parte de los funcionarios públicos**

Los servicios y atención brindada a la víctima deben estar libres de todo tipo de prejuicios y discriminación. Es importante que exista sensibilidad y se actúe de manera sensitiva evitando cautelosamente cualquier expresión revictimizante y que pueda generar un episodio post traumático. Los funcionarios públicos deben actuar con especial cautela y asertividad durante el abordaje a las víctimas considerando los temores, miedos e identidad de las víctimas, teniendo en cuenta las fortalezas sociales, cognitivas y emocionales para responder a las secuelas que el trauma generó en las víctimas (Querol, 2020, p. 27).

**b. Garantizar en todo momento el cuidado y protección de las víctimas**

Los funcionarios deben priorizar, sobre cualquier otro procedimiento, la protección y el bienestar de las víctimas, siempre teniendo en cuenta el principio de confidencialidad y privacidad. Deben ser capaces de establecer estas prioridades con la información que legalmente deben solicitar de las víctimas. Debe evitarse indagar en aspectos de la vida privada de la víctima o compartir información con carácter de confidencial, lo que incluye los datos personales sensibles e información sobre los procesos en los que las víctimas participan en calidad de agraviadas.

**c. Asegurar el acceso a la justicia de las víctimas y familiares**

Las víctimas se encuentran inmersas en distintos procesos legales para alcanzar justicia y reparar de forma integral los derechos fundamentales afectados. Es posible que, durante los procesos penales y procedimientos administrativos, las víctimas no ocupen un lugar primordial y puedan sentirse excluidas en los procesos y procedimientos legales que pretenden, justamente, otorgarles justicia y protección. Es necesario asegurar la participación de la víctima en el destino de dichos procesos, que cuenten con asistencia legal permanente y una defensa pública gratuita. Además, los criterios por los cuales los jueces disponen la reparación de la víctima deben refinarse conforme a las necesidades y preocupaciones de las víctimas más aún cuando no se han determinado criterios para su determinación.

**d. Empoderar y promover la participación de la víctima en todo el proceso**

Las víctimas de trata de personas sufren diferentes consecuencias psicológicas, físicas, sociales y culturales debido a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran. Ello supone realizar una adecuada evaluación e identificación de los factores de vulnerabilidad. En ese sentido, el ECV se propone empoderar a las víctimas con el fin de lograr aumentar su capacidad de resiliencia, es decir su suficiencia para afrontar las consecuencias mediante su participación consciente y activa. En definitiva, se trata de colocar a la víctima en “control” de su propio destino. La falta de información oportuna también es un problema que debe afrontarse. En el estudio *Buscando justicia* de Querol (2020, p. 61), basado en cuarenta testimonios, se concluyó que “la desinformación y la desconfianza fue tal, que incluso temió que la fueran a regresar al lugar donde había sido víctima de trata de personas. No se consideró su situación emocional, ni las consecuencias del aislamiento en el albergue”.

**e. Promover la restitución de sus derechos**

Se constituye como uno de los más importantes debido a la necesidad

y obligación convencional de garantizar que cada víctima sea restituida en sus derechos fundamentales, por parte del Estado. Además, se aborda desde el proceso de reintegración que, como hemos visto, incluye medidas como la reinserción educativa y reinserción laboral. Según Querol (2020) “Recién en febrero del 2020 en el marco del III Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso, el MTPE anunció una iniciativa que busca contribuir al proceso de reinserción social y económica de cuarenta víctimas de trata de personas en Cusco y Puno” (p. 30).

### **3.3. Aplicación del enfoque centrado en la víctima como forma de garantizar el acceso a la justicia en materia de reparaciones**

Conforme se mencionó, el sexto estándar garantiza que la víctima sea restituida en la totalidad de los derechos vulnerados. Conforme al documento A/RES/60/147 - Principios básicos y lineamientos sobre el derecho a un remedio y reparaciones por graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (2006, p. 6) estableció que el contenido del derecho al remedio de las víctimas incluye: acceso a la justicia efectivo e igualitario, adecuado, efectivo, rápida reparación por el daño sufrido y el acceso a la información relevante sobre los mecanismos de reparación.

Aun cuando existan derechos fundamentales cuya vulneración es irreparable o cuya reparación no es posible en su totalidad, es importante que todo tipo de medida cumpla con incluir a la víctima, mantenerla informada y que las medidas sean efectivas. El proyecto de vida de las víctimas tiene una complejidad que no puede afrontarse solamente con un monto dinerario, por lo que, centrarnos en las necesidades y preocupaciones de la víctima se hace necesario para que el Estado cumpla con la restitución de derechos sociales, económicos y culturales sobre todo de aquellas víctimas en situación de vulnerabilidad. Ello garantizará el respeto al principio, derecho a la igualdad y un acceso a la justicia con igualdad *de iure* y *de facto*.

El ECV se convierte entonces en una herramienta útil y necesaria para los funcionarios públicos y operadores de justicia para garantizar una reparación integral que promueva la participación de la víctima en los procedimientos que sigue, que cuente con el acompañamiento de un abogado defensor especializado y que elimine los factores de vulnerabilidad y la empodere con el fin de no volver a una situación de vulnerabilidad. Es importante notar que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, mujeres y poblaciones vulnerables, la aplicación de los enfoques de derechos humanos, enfoque de género y del interés superior del niño es totalmente compatible con el Enfoque Centrado en la víctima.

La labor de los defensores públicos especializados en trata de personas es importante en el ámbito nacional. Es de notar la reciente aprobación del dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, aprobado por unanimidad el pasado 10 de diciembre de 2020. Este importante paso en la legislación sobre trata de personas propone la modificación del artículo 98 del Código Procesal Penal, estableciendo la constitución de oficio en actor civil de las niñas, niños y adolescentes y, por otro lado, establece nuevos criterios para la determinación de las reparaciones civiles. Nos parece una buena respuesta ante el problema de que las reparaciones civiles, en constantes ocasiones, son escuetas y no permiten a la víctima superar su condición de vulnerabilidad y, por otro lado, no cuentan con una participación importante respecto a la determinación del monto de la reparación.

Estas modificaciones ameritan un estudio aparte. Sobre el tema propuesto, consideramos que los operadores asuman una actitud proactiva en la determinación de la reparación integral puede consistir en una exploración de la situación a través de las siguientes preguntas

- a. ¿Cuáles son los deseos y preocupaciones de la víctima?
- b. ¿Qué vulneraciones son flagrantes? ¿Cuáles aspectos de las vulneraciones necesitan una exploración minuciosa?
- c. ¿Están los tratantes e imputados siendo juzgados efectivamente?

- d. ¿Qué medios existen para una efectiva reparación?
- e. ¿Se encuentra la víctima en condiciones psicológicas para afrontar los procesos y procedimientos penales?
- f. ¿Cuáles son los derechos fundamentales vulnerados de las víctimas?

Es preciso, además, explorar cuáles son los criterios para tomar en consideración el monto de compensación, que deben incluir los daños físicos, psicológicos, aquellos montos impagos, los costos incurridos para la atención médica, y que incluye la atención psicológica, terapias y todo tratamiento de recuperación de las víctimas. Además, debe acreditarse el daño moral ocasionado que, en estos casos, debe ser proporcional a la gravedad del delito de la trata de personas. Finalmente, es importante sopesar los esfuerzos de reparación integral y transformativa con el tratamiento de la víctima durante su participación. Recordemos que una de las consecuencias psicológicas de la trata de personas consiste en la inhabilidad de las víctimas de tomar decisiones inmediatas o prontas respecto a los procedimientos, por lo que debe otorgarse un periodo de reflexión a las víctimas.

#### **4. Conclusiones**

El delito de trata de personas, como delito pluriofensivo, vulnera diversos derechos humanos como la vida, la integridad física, psicológica, emocional, la libertad de movimiento, la libertad e indemnidad sexual. Por tanto, la dignidad es el principal derecho vulnerado por la trata de personas. La jurisprudencia ha hecho bien en colocar a la dignidad del ser humano como bien jurídico protegido del tipo penal de trata de personas. Sin embargo, es posible que el enfoque de persecución penal y rescate de víctimas haya opacado a las medidas de atención, protección, reintegración y la reparación integral de las víctimas, relacionados con los DESCAs. Recordemos que una de las características del régimen de derechos humanos es la interdependencia y, por tanto, toda medida de reparación, que pretenda restituir la dignidad de las víctimas, debe tomar en cuenta los DESCAs vulnerados.

La obligación de reparar de forma integral a las víctimas tiene un amplio respaldo legal y convencional en nuestro derecho interno. Por ello, se puede afirmar que existe un derecho a la reparación integral exigible por las víctimas a nivel interno. Sin embargo, ¿Que es reparar? La implementación de reparaciones integrales es una forma de acceso a la justicia que garantiza la seguridad jurídica, los derechos fundamentales y el funcionamiento del sistema democrático. Sin embargo, el principio de igualdad formal es, actualmente, insuficiente para explicar las profundas desigualdades y estructuras sociales discriminatorias que caracterizan a nuestra sociedad, y que colocan a las víctimas, especialmente mujeres, niñas, niños, adolescentes, población indígena, personas con discapacidad, entre otras, en una situación de vulnerabilidad.

Como lo comentamos, existe una vocación transformativa y correctiva en la jurisprudencia internacional y estándares del Sistema Interamericano, en el reciente *Caso Hacienda Verde vs. Brasil*, que nos permite afirmar que las reparaciones integrales deben procurar eliminar las vulnerabilidades de las víctimas y dotarlas de herramientas de empoderamiento. Ello correspondería un verdadero acceso a la justicia para las víctimas. Por lo tanto, el hecho de que las reparaciones sean solamente compensaciones monetarias es insuficiente para reparar las todas vulneraciones de los derechos fundamentales de las víctimas de trata de personas. El Protocolo de Acreditación de la situación de vulnerabilidad es una herramienta útil y, si bien no existen criterios establecidos para la determinación de la reparación, consideramos que debe tomarse en cuenta la acreditación de las vulnerabilidades de la víctima en sede judicial.

Es importante otorgar especial atención a las mujeres, niñas, niños y adolescentes, considerando que los datos indican que siguen representando el mayor porcentaje de víctimas de este delito. La normativa internacional e interna claramente señala que factores estructurales como la pobreza, el desempleo, bajos niveles de educación y la violencia de género justifican la adopción de disposiciones vinculantes de asistencia, protección, reintegración y, por supuesto, de reparación de los daños ocasionados. En nuestra

opinión, estas reparaciones no pueden tener como objetivo colocar a la víctima en la situación anterior al daño, sino que deben procurar corregir la situación de vulnerabilidad, eliminar los factores estructurales y personales, y colocar a la víctima en una situación que le permita continuar con su plan de vida y gozar de una dignidad plena. Creemos que el desarrollo normativo internacional de los últimos veinte años es suficiente para afirmarlo.

Ante lo hasta aquí expuesto, consideramos que el sistema de estándares del ECV se convierte en una útil herramienta, no solo para los defensores públicos de víctimas, juezas, jueces penales y fiscales especializados, sino también para todo funcionario público involucrado en las medidas de atención y protección, que ya son, en sí, medidas destinadas a reparar el daño causado. Si las reparaciones pretenden generar un impacto positivo en las víctimas, su elaboración debe responder a una exploración concienzuda de las necesidades y preocupaciones de las víctimas. Además, el enfoque centrado en la víctima contempla la necesidad de otorgar protagonismo a las víctimas en los procesos judiciales, de empoderarlas para tomar sus propias decisiones, de mantenerlas informadas de las decisiones, procesos y procedimientos judiciales, de otorgar una asesoría jurídica gratuita y una defensa legal especializada y, finalmente, promover el acceso a servicios sociales de reinserción escolar y laboral, acceso integral a la salud física, emocional y psicológica, entre otros.

Finalmente, creemos que se ha demostrado que, de implementarse el enfoque centrado en la víctima, en conjunto con el enfoque de derechos humanos, enfoque de género, enfoque de interseccionalidad entre otros relevantes, dentro de la política estatal de lucha contra la trata de personas, no solo el Estado peruano mejorará su desempeño en el respeto y promoción de los derechos humanos, la seguridad jurídica y la democracia, sino y sobre todo cada vez las víctimas podrán recibir una respuesta integral de parte del Estado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Monografías

White, M. (Prod.) y León, M. (Dir.) (2019) *Canción sin nombre* [cinta cinematográfica]. La vida misma films.

Shelton, D. (2015). *Remedies in international human rights law*. Oxford University Press.

Piotrowicz, R. (2014). *The legal nature of Human Trafficking*. *Intercultural Human Rights Review*, 4, 176.

Querol, A. (2020) *Buscando justicia. Trata de personas, violencia y explotación. 40 testimonios*. Capital Humano Social Alternativo. USAID. [1.<sup>a</sup> Ed.]. <http://chsalternativo.org/wp-content/uploads/2020/10/LIBRO-BUSCANDO-JUSTICIA-final.pdf>

### Normas

Congreso de la República del Perú (2014) *Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas*. Congreso de la República.

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (1969). United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 160. [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf)

Tribunal constitucional (2005) Exp. N° 01679 - 2005 - PA/TC. Guillermo Luis ángel Otiniano García Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01679-2005-AA.html#:~:text=Este%20Tribunal%20tiene%20dicho%20que,manifiestamente%20incompatible%20con%20la%20Constituci%C3%B3n>



Ministerio Público. (2018) *Protocolo para la acreditación de la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas*. CONATROPRAP. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/1144059-el-protocolo-para-la-acreditacion-de-la-situacion-de-vulnerabilidad-de-las-victimas-de-trata-de-personas>

International Law Commission. (2001) *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. A/56/10*. Yearbook of the International Law Commission, II. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

### **Casos**

*Prosecutor vs. Kunarac* (2001) *Trial Chamber Judgment*. parr. 515. <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Verde vs. Brasil* (2016). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, p. 107, parr. 436. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf)

Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, p. 114. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

Tribunal Constitucional (2005) *Exp. N° 2273 - 2005 - PA/TC. Karen Mañuca Quiroz Cabanillas*. Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>

Tribunal constitucional (2005) *Exp. 2016-2004-AA/TC. José Luis Carrera Córdori*. Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

## Informes

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (1992) *Recomendación N.º 19. Violencia contra la mujer*. A/47/38. UN Treaty Body Database. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3731\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf)

Convención sobre los Derechos del Niño. (2014) *Comentario general No. 5, medidas generales de implementación de la Convención sobre los derechos del niño*. CRC/GC/2003/5. Unicef. <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

Fondo de Población de las Naciones Unidas (2020) *Covid 19: Un enfoque de género. Proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover la igualdad de género*. UNPFA. <https://www.unpfa.org/es/resources/covid-19-un-enfoque-de-g%C3%A9nero>

Human Rights Council (2020, 15 junio-3 julio). *Trafficking in persons, especially women and children. Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*. A/HR/44/45. Forty-fourth session. <https://undocs.org/en/A/HRC/44/45>

Human Rights Council (2020, julio). *Trafficking in persons, especially women and children. Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*. A/HR/44/45. Seventy-fifth session. <https://undocs.org/A/75/169>

Human Rights Council (2020, julio). *Trafficking in persons, especially women and children. Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*. A/HR/44/45. Seventy-fifth session. <https://undocs.org/A/74/189>

Office for victims of Crime (OVCTACC) *Human Trafficking task Force*

*E- guide. Strengthening collaborative responses.* US Department of Justice 2004. <https://www.ovcttac.gov/taskforceguide/eguide/1-understanding-human-trafficking/13-victim-centered-approach/>

OHCHR. Human Rights and Human Trafficking. Factsheet, (36), 7. [https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_en.pdf)

The Bali Process (2016) *Enhancing a centered victim approach. A study guide for practitioners for identifying, assisting and protecting victims of trafficking in the Asia-Pacific region.* Regional Support Office (RSO). [https://www.baliprocess.net/UserFiles/baliprocess/File/RSO-CIFAL-curriculum%20Enhancing%20a%20Victim-Centered%20Approach\\_A4\\_Final\\_2017-02-14\\_for-web.pdf](https://www.baliprocess.net/UserFiles/baliprocess/File/RSO-CIFAL-curriculum%20Enhancing%20a%20Victim-Centered%20Approach_A4_Final_2017-02-14_for-web.pdf)

UNODC (2004) *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto.* Vienna, Austria: Division for Treaty Affairs, p. 290. [https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative\\_guides/Legislative%20guides\\_Full%20version.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/Legislative%20guides_Full%20version.pdf)

UNODC (2020). *COVID-19: la UNODC advierte sobre el aumento de los riesgos para las víctimas de trata de personas.* Oficina de Enlace y partenariado en México. [https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020\\_05\\_AumentoRiesgos\\_Trata\\_COVID19.html](https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020_05_AumentoRiesgos_Trata_COVID19.html)



# LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO PERUANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA TRATA DE MUJERES INDÍGENAS VÍCTIMAS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL TRAPECIO AMAZÓNICO: ACCESO A LA JUSTICIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS

*Jalcy Guadalupe Cayllahua Arizapana<sup>192</sup> y  
Yazmine Leslie Ruiz Ramos<sup>193</sup>*

## Resumen

Si bien el Estado peruano ha implementado cierta legislación y políticas públicas en materia de trata de personas, parece que el delito y, por ende, las violaciones a los derechos humanos que sufren las mujeres ticuna aún se encuentran vigentes. En otras palabras, no se puede decir que para el 2021 habrá un entorno seguro contra la trata de personas. Por tanto, para fortalecer los deberes de prevención, enjuiciamiento y protección es necesario incorporar los estándares jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia contra las mujeres y la protección de los pueblos indígenas, así como contrastar las políticas públicas realizadas con los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en materia de políticas públicas con enfoque

---

<sup>192</sup> Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), miembro de la Iniciativa Americana por la Justicia (IAJ). Diplomada por la Universidad Autónoma de México en Formación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos “Héctor Fix-Zamudio”.

<sup>193</sup> Bachillera en Derecho por Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistentista de investigación en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.

de derechos humanos. Todo esto con el propósito de dar un efecto útil al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

***Palabras clave:*** trata de personas, mujeres indígenas, derechos humanos, estándares jurisprudenciales, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, efecto útil.

## 1. Introducción

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) en su cuarto Reporte Global sobre trata de personas señaló que en el año 2016 se registró la mayor cantidad de víctimas de trata en los últimos trece años. Desde el año 2003, fecha en que la UNODC empezó sus funciones y ha venido recopilando datos sobre las víctimas de trata en el mundo, en el año 2016 se detectó un pico de más de 24 000 víctimas (UNODC, 2018, p. 21). Más allá de las cifras, lo más resaltante es que el tráfico de personas se mantiene como un delito con el rostro de mujer, ya que el perfil de las víctimas comprende a mujeres adultas y niñas, quienes en el año 2018 representaron un 46% y 19%, respectivamente, agrupando el 65% de un total de 48 478 víctimas detectadas en 135 países (UNODC, 2021, p. 31).

El tráfico de personas con fines de explotación sexual es la forma de trata más detectada a nivel mundial, incluso en el año 2018 las víctimas de esta modalidad representaron un 50%. Y Sudamérica no es la excepción, puesto que, en el mismo año, las víctimas de trata con fines de explotación sexual simbolizaron un 64% frente a otras formas de trata detectadas en esta subregión (UNODC, 2021, pp. 34-35). Esta situación se ve reflejada en el Trapecio amazónico, que se encuentra formado por el área que cubre la triple frontera entre Perú, Colombia y Brasil. En el lado peruano, a orillas del Amazonas, en la región de Loreto, se ubica la ciudad portuaria de Caballococha, en donde la trata de mujeres víctimas de explotación sexual se disfraza a través de los denominados “prostibares”. La gran mayoría de víctimas son mujeres que provienen de la comunidad indígena ticuna, llegando incluso a captar a niñas y adolescentes (Proética, 2020a, p. 3).

La peculiaridad de este espacio fronterizo reside en que esta área suele estar exenta del control estatal, lo que facilita el transporte fluvial entre las ciudades de Puerto Nariño (Colombia), Caballococha (Perú) y Atalaia do Norte (Brasil), y a su vez, favorece el desarrollo de actividades ilícitas, como lo es la trata de personas. En particular, ocurre que los captores o tratantes se

dirigen los fines de semana a la ciudad de Puerto Nariño en Colombia, para llevar a mujeres y niñas indígenas, muchas en situación de vulnerabilidad, hasta la ciudad de Caballococha en Perú, lugar en el que a través de los prostibares son explotadas sexualmente (Palacios, 2020).

Frente a estos hechos, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (en adelante, Protocolo de Palermo) resulta ser un tratado internacional específico que responde a las violaciones de derechos humanos surgidas en un contexto de trata de personas. Para lograr ello, el Protocolo de Palermo establece tres obligaciones que deben cumplir los Estados parte de este tratado, incluido el Estado peruano, para conseguir la erradicación de la trata de personas: deber de prevención, deber de persecución y deber de protección.

No obstante, tal como se sustenta en el presente trabajo de investigación, el estado actual de la legislación y políticas públicas peruanas en la materia son insuficientes, por lo que es necesario reforzar las referidas obligaciones a partir de los estándares jurisprudenciales que ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en casos de violencia contra la mujer y niñas integrantes de pueblos indígenas, así como contrastar las políticas públicas efectuadas con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sobre políticas públicas con enfoque de derechos humanos. Todo ello con el propósito final de dotar de un efecto útil al Protocolo de Palermo.

## **2. El perfil de las víctimas: mujeres ticuna en el Trapecio amazónico**

### **2.1. Mujeres ticuna**

El nombre del pueblo ticuna “significa ‘rostro negro’ o ‘cuerpo negro’, en alusión a su costumbre de pintarse la piel con pintura negra para la protección y purificación en rituales” (Ariza, 2019). Se encuentran ubicados “al sur de la Amazonia y se extienden desde la desembocadura del río Atacuari



entre Colombia y Perú hasta el río Jutái en el Brasil” (Ministerio de Cultura de Colombia, s. f.). En la zona que ocupan, también denominada Trapecio amazónico, confluyen diversos parques naturales, reservas y resguardos indígenas. Uno de los resguardos indígenas es el denominado Aticoya (Asociación de Autoridades Indígenas de Tikunas, Cocamas y Yaguas), que está conformado por 22 comunidades indígenas, incluido el pueblo ticuna (Teteye, 2020b).

En Colombia, la población ticuna comprende un total de 13 842 habitantes de acuerdo al Censo Nacional de 2018 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Por su parte, en el Perú, la población ticuna se ubica principalmente en la región de Loreto y, de acuerdo con el Censo Nacional de 2017, 3391 personas se autoidentifican como parte del pueblo Ticuna por sus costumbres y sus antepasados, mientras que 4290 personas manifiestan que hablan la lengua ticuna y la identifican como su lengua materna (Ministerio de Cultura de Perú, s. f.).

La mujer indígena ticuna es identificada por su clan y su territorio, los cuales tienen un valor sagrado para ellas. “El territorio es el que le brinda todo para su canasta familiar, de allí construye la *chagra* o *naáne*, un espacio de siembra y a la vez de enseñanza y aprendizaje para sus hijos” (Teteye, 2020a). Este espacio se manifiesta cuando las mujeres ticuna simultáneamente realizan labores de cultivo y también charlan, cantan y aconsejan a sus hijos. El río Amazonas es un límite fluvial entre Colombia, Perú y Brasil, y se puede decir que formalmente divide su territorio. Sin embargo, para las mujeres ticuna, las afluentes del río Amazonas “son las venas que las unen y las comunican” (Teteye, 2020a).

Así, solo necesitan cruzar el río para llegar a alguna de las comunidades de los tres países, preguntar por su clan, e identificar a sus parientes. Por ello, los ticuna “no reconocen las fronteras, se identifican como hermanos de un solo territorio, como hijos de Yoí e Ipi, sus creadores, según su cosmogonía” (Teteye, 2020a). No obstante, la vida en la triple frontera implica aceptar el hecho de que además de aprender el idioma propio, la lengua ticuna,

también es necesario conocer los idiomas oficiales de los países fronterizos; es decir, el español y el portugués.

En cuanto a la división del trabajo, Aticoya señala que existen funciones compartidas entre hombres y mujeres ticuna, como la cosecha, la producción de artesanías en madera, y la elaboración de máscaras de corteza de yanchama. Asimismo, las funciones exclusivas que asumen las mujeres ticuna son el cuidado de “la chagra, la crianza, y cuidado de los hijos en los tejidos de collares, hamacas, mochilas y pulseras, y en la realización de vasijas de cerámica” (como se citó en Ministerio de Cultura de Colombia, s. f.).

La Madre Tierra o Pachamama es la principal autoridad para los ticuna, puesto que “los alimenta, nutre y protege, de ahí que los indígenas mantienen con ella un tejido sólido de culturas y saberes desde siempre, ya que los colma con innumerables regalos por mantener sus antiguas tradiciones” (Ariza, 2019). Le siguen las mujeres ticuna en el orden de liderazgo, pues son ellas quienes asumen el mando de la comunidad, se prestan ayuda y se empoderan entre sí mismas (Ariza, 2019).

## **2.2. ¿Cómo son víctimas de trata?**

Para analizar cómo las mujeres ticuna llegan a convertirse en víctimas de la trata de personas, se debe hacer énfasis en tres aspectos: (i) dimensión estructural; (ii) dimensiones económicas, sociales y culturales; y (iii) dimensión institucional.

### ***Dimensión estructural***

La Convención de Belém do Pará define, en su artículo 1, la violencia contra la mujer como: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, y en su artículo 2 señala que una de las formas de violencia contra la mujer es la trata de personas. Para la CIDH, existe un “vínculo estrecho entre los actos de violencia cometidos contra ellas [mujeres indígenas] y la discriminación histórica que

todavía enfrentan como consecuencia de la intersección de su género, raza, origen étnico y frecuente situación de pobreza” (CIDH, 2017, p. 61).

En esa línea, las mujeres indígenas sufren una discriminación estructural, en tanto se trata de un grupo que históricamente ha estado sometido a racismo, exclusión y marginación por parte del gobierno y dentro de la sociedad, lo cual tiene como resultado el que se las coloque en una situación de desigualdad *de jure* y *de facto* (CIDH, 2017, p. 61). Asimismo, esta violencia estructural genera la victimización de las mujeres indígenas “por las realidades de las circunstancias de su vida cotidiana y su sistemática exclusión del goce de los derechos y recursos garantizados a otros ciudadanos” (Naciones Unidas, 2015, párr. 46).

En concreto, “[l]a pobreza y la marginación en que vive la mayoría de las mujeres indígenas suelen crear condiciones propicias para la violencia contra ellas” (CIDH, 2017, p. 64). Aunado a ello, las actitudes discriminatorias motivan actos de violencia “al contribuir con las percepciones estereotipadas y discriminatorias según las cuales las mujeres indígenas son inferiores, sexualmente disponibles y/o víctimas fáciles” (CIDH, 2014, p. 53). Todos estos factores influyen en la vulnerabilidad de las mujeres y niñas indígenas, y en el caso de la trata de personas, existe un “impacto desproporcionado” sobre ellas (CIDH, 2019, p. 110), toda vez que la victimización se agrava por su condición de mujeres y niñas indígenas.

La violencia estructural y marginación que padecen las mujeres indígenas también se refleja en las mujeres ticuna. Así, en el reportaje *El ser de las Magütagüka* (o mujeres indígenas ticuna), se encuentran relatos de las mujeres de esta comunidad donde ellas mismas manifiestan que son víctimas de discriminación, por ejemplo:

Josiane Tutchiauna comenta que la “frontera es complicada para la mujer Tikuna en el sentido que se sufren muchos preconceptos (prejuicios) y discriminación”.

Betty Alexandra Souza Mozombite [...] dice que las mujeres en zona de frontera son “hermosas, tienen una mistura de lenguas, de piel”, pero reconoce que también son vistas como algo “exótico”, por lo que son vulnerables y discriminadas (Teteye, 2020a).

### ***Dimensiones económicas, sociales y culturales***

Las mujeres indígenas enfrentan barreras para el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales. En cuanto a la educación, “las niñas y mujeres indígenas tropiezan con barreras específicas para acceder y asistir a la escuela y terminar los estudios debido a la falta de opciones educacionales apropiadas para su contexto cultural y socioeconómico” (CIDH, 2017, p. 128). Es por ello que resulta indispensable la apertura de instituciones educativas inclusivas, tanto desde un aspecto cultural como lingüístico. Asimismo, los servicios de salud que se ofrecen a las mujeres indígenas no suelen “tener en cuenta sus expectativas, tradiciones y creencias” (CIDH, 2017, p. 136), lo que, además de su mala calidad, desincentiva el uso de estos servicios.

La situación de pobreza y marginación en la que suelen vivir los pueblos indígenas también incide negativamente en su acceso a alimentos adecuados y agua potable, pues estas condiciones tornan más difícil su acceso, en comparación con el resto de la población (CIDH, 2017, p. 138). En general, los “pueblos indígenas de las Américas presentan niveles más bajos de desarrollo económico y social que la población no indígena”, y en particular, las mujeres indígenas son “las más afectadas, ya que suelen tener menos acceso a la educación y al empleo que los hombres indígenas” (CIDH, 2017, p. 141). Es así que la pobreza, a razón de que el acceso a servicios básicos es nulo o precario, también es una característica importante en las mujeres indígenas.

Por ende, se evidencia una “triple discriminación histórica”: (i) ser mujeres, (ii) indígenas, y (iii) estar afectadas por la pobreza; lo que en su conjunto las expone a actos de violencia sexual (CIDH, 2019, p. 149). Ello ocurre porque las condiciones de pobreza o de necesidad económica suelen motivar

la emigración de la comunidad de origen, siendo que “[l]as mujeres y niñas indígenas que abandonan sus comunidades son muy vulnerables a la trata, que puede conducir a múltiples violaciones de sus derechos humanos, incluida la posibilidad de graves explotaciones económicas y sexuales y violencia sexual” (Naciones Unidas, 2015, párr. 60).

Puerto Nariño, en Colombia, es una de las ciudades del Trapecio amazónico en donde concurre una gran cantidad de turistas. En principio, el turismo como actividad económica representa una importante fuente de ingresos que permite la mejora de las condiciones de vida. La comunidad considera que, a través de esta, puede alcanzar un desarrollo económico y social, principalmente mediante “la creación de empleos, la mejora de la infraestructura de hospitales, instituciones educativas y viviendas; la instalación de redes eléctricas en las comunidades más lejanas, y la construcción de parques para niños y niñas” (Teteye, 2020b).

Sin embargo, el turismo también presenta riesgos para la comunidad indígena, en especial para las mujeres y niñas ticuna, pues junto con los turistas también llegan los tratantes. Así, sucede que hay jóvenes indígenas que aún no tienen “acceso a la educación superior y a empleos que mejoren sus condiciones de vida y las de sus familias” (Teteye, 2020b). Es decir, “no tienen los recursos económicos, ni trabajos dignos y bien remunerados para suplir sus necesidades básicas” (Teteye, 2020b). Esta situación es conocida y aprovechada por los tratantes ofreciéndoles dinero u otros regalos.

Los captores preferentemente centran su atención en las niñas y adolescentes, a quienes engañan con mejores oportunidades con el fin de sustraerlas de su comunidad. En la misma línea, Proética (2020a) señala que las actividades de los tratantes “se centran sobre las escuelas y las comunidades indígenas, en particular sobre las niñas y las adolescentes ticunas colombianas y brasileñas” (p. 15). Esto se observa con las estudiantes de la escuela indígena de San Francisco de Loretoyaco, quienes a la salida del colegio son abordadas por hombres que las persuaden “para que naveguen en su compañía a Caballococha durante el fin de semana, prometiéndoles diversión, regalos, ropa, un móvil o pequeñas cantidades de dinero” (Palacios, 2020).

Asimismo, cierto rasgo cultural de los ticuna puede exponer a sus mujeres y niñas a casos de trata de personas con fines de explotación sexual. En ese sentido, Proética (2020a) sostiene que el pueblo ticuna posee un sistema de parentesco patrilocal y patrilineal. “Esto significa que las mujeres suelen abandonar a su familia para irse a vivir con la familia del marido, una vez que forman una pareja” (Proética, 2020a, p. 15). Esta característica puede generar un ambiente propicio para el tráfico de personas, puesto que los captadores no tendrían dificultades para sustraer a las mujeres ticuna desde su comunidad.

### ***Dimensión institucional***

Aquí corresponde analizar la conducta de los órganos estatales frente a las mujeres indígenas, en especial, cómo opera el sistema de justicia estatal cuando las víctimas son mujeres indígenas. La CIDH reconoce que existe una amplia brecha en el acceso a la justicia entre los pueblos indígenas y las personas no indígenas, lo que colocaría a los primeros en una situación de mayor desprotección (CIDH, 2019, p. 99). Las barreras que enfrentan en el acceso a la justicia “no solo se relacionan con la ausencia de recursos para acceder a un abogado, brechas lingüísticas o el desconocimiento de sus derechos humanos”, sino también con “la falta de un enfoque de interculturalidad” por parte de los operadores judiciales (CIDH, 2019, p. 99), lo que culmina afectando el alcance y el ejercicio de los derechos de la comunidad indígena o de sus miembros.

La ausencia de un enfoque intercultural se manifiesta cuando el sistema de justicia estatal no toma en cuenta las características de la justicia comunitaria, o cuando no se tienen intérpretes para las denuncias o juicios. En este contexto, las mujeres indígenas, afectadas por la triple discriminación histórica ya mencionada, encuentran obstáculos en el acceso a la justicia. La CIDH ha resaltado que existen “pocas leyes, políticas públicas y programas orientados a abordar los problemas particulares de las mujeres indígenas como grupo [específico] de la población”, y ello porque las medidas suelen estar “orientadas a los pueblos indígenas o a las mujeres en general” (CIDH, 2017, p. 98), sin que se haga uso de un enfoque interseccional.

Asimismo, otro importante obstáculo es el desconocimiento de las normas internacionales de protección de los pueblos indígenas, así como de los derechos de la mujer, por parte de los funcionarios del sistema de justicia, lo que genera que muchas de las denuncias sean desestimadas o dejadas de lado, sin que antes se haya realizado una investigación (CIDH, 2017, p. 99). De esta forma, se niega a las mujeres indígenas el derecho a interponer recursos judiciales cuando se violan sus derechos. Así, “[l]a incapacidad de los gobiernos de reconocer y reparar los abusos [...] incentiva la vulnerabilidad que sufren las mujeres indígenas” (Naciones Unidas, 2015, párr. 43).

La falta de intervención de la institución policial también permite la impunidad de la trata de las mujeres ticuna. La versión policial apunta a que las víctimas se “autotratan”, lo que quiere decir que “debido a la situación económica precaria en frontera (o sea, en ciudades pequeñas como Puerto Nariño), ellas mismas van a ciudades como Caballococha a prostituirse, en locales conocidos como La Curva” (CHS Alternativo, 2012, p. 10). En el año 2012, CHS Alternativo recogió el testimonio del mayor Felipe Monroy, de la dependencia policial de Caballococha, quien minimizó los casos de trata, y a la vez señaló que tenían insuficientes recursos para combatirla: “Legalmente existen instrumentos para combatir diversos delitos en conjunto con las fuerzas de otros países, pero pocas veces se ha dado. No tenemos computadoras, no tenemos teléfono, no contamos con mucho personal”. Además, dijo que “hace falta de equipos para los operativos fronterizos” (CHS Alternativo, 2012, p. 14).

Esta situación se ha mantenido a lo largo de los años generando como consecuencia que los agentes policiales no respondan de manera adecuada a las denuncias de trata de personas. Ahora bien, “la responsabilidad no recae únicamente sobre la Policía, sino, de manera más específica, sobre el Ministerio del Interior, que no le asigna suficiente personal ni recursos” (CHS Alternativo, 2016, p. 41). Sin embargo, también es necesario advertir que los prostibares, lugares donde ocurre la explotación sexual, tienen entre sus usuarios a personal policial (Proética, 2020a, p. 15). Es decir, en este caso quienes deberían perseguir el delito se convierten en cómplices a

través de su aquiescencia. A ello habría que agregar la escasa presencia de otras instituciones receptoras de denuncias, ya que en Caballococha solo existe una única Fiscalía para casos de trata y un Centro de Emergencia Mujer (CEM).

### **3. Obligaciones estatales derivadas del Protocolo de Palermo**

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, como norma internacional de naturaleza vinculante, establece tres deberes estatales que deben cumplir los Estados parte para lograr la erradicación de la trata de personas: deber de prevención, persecución y protección. De igual manera, establece como finalidad: a) prevenir la trata de personas; b) proteger a las víctimas; y c) promover la cooperación entre los Estados<sup>194</sup>. A continuación, examinaremos las medidas adoptadas por el Estado peruano en virtud a los tres deberes que se desprenden del Protocolo de Palermo y la pertinencia de su lectura a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos con el objetivo de lograr el efecto útil del tratado.

#### **3.1. Obligación de prevención**

El deber de prevención implica no solo la prevención del delito, sino también comprende las medidas que busquen cambiar los factores de vulnerabilidad que permiten el surgimiento de potenciales víctimas, así como eliminar la demanda que promueve la comisión de este delito (Marinelli, 2015, p. 66). En ese sentido, el Protocolo de Palermo establece diversas medidas de prevención en sus artículos 9, 10, 11, 12 y 13. La Defensoría del Pueblo, respecto a estas, sostiene que este deber está referido a:

[T]odas aquellas acciones destinadas a prevenir y evitar la trata de personas, como, por ejemplo, actividades de investigación y campañas de información y difusión, actividades de capacitación dirigidas a

---

<sup>194</sup> Artículo 2 del Protocolo de Palermo. Para mayor información, véase: [https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/protocolo\\_de\\_palermo.pdf](https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/protocolo_de_palermo.pdf)



funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley o la adopción de medidas legislativas, educativas, sociales y culturales con el fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (2012, pp. 29-30).

En primer lugar, respecto a las medidas adoptadas por el Estado peruano en cumplimiento de este deber, tenemos a la Tercera y Cuarta Disposición Complementaria de la Ley N.º 28950<sup>195</sup>, que sobre la prevención de la trata de personas afirma lo siguiente:

TERCERA. - Prevención de la Trata de Personas y del Tráfico Ilícito de Migrantes

El Estado directamente o en coordinación con otros Estados, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y sociedad civil, promoverá y ejecutará medidas de prevención de los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, así como sus factores de riesgo, sea considerando entre otras: investigación, capacitación, información y difusión.

Estas medidas de prevención deberán considerar el enfoque de derechos humanos y de grupos vulnerables, así como el interés superior del niño. [El subrayado es nuestro].

Asimismo, el 5 de abril de 2019, la Ley N.º 30925, Ley que fortalece la implementación de espacios de acogida temporal para víctimas de trata de personas y explotación sexual, incorpora en la Ley N.º 28950 la disposición complementaria, transitoria y final séptima<sup>196</sup>. Esta norma establece el diseño de un programa presupuestal multisectorial, mediante el cual el Ministerio de Economía y Finanzas acompañará al Ministerio del Interior

<sup>195</sup> Ley N.º 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes. Para mayor información véase: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/0A77389CB4FD85B8052577BD0073F05E/\\$FILE/Ley\\_28950.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/0A77389CB4FD85B8052577BD0073F05E/$FILE/Ley_28950.pdf)

<sup>196</sup> Para mayor información, véase: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-fortalece-la-implementacion-de-espacios-de-acogida-t-ley-n-30925-1757572-1>

en el diseño de un programa presupuestal para la implementación de las políticas en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, así como los indicadores para su respectivo seguimiento.

En segundo lugar, el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021, aprobado a través del Decreto Supremo N.º 017-2017-IN, contempla como objetivo que el Perú al 2021 garantice un entorno seguro a la población en situación de riesgo ante la trata de personas y la protección integral a sus víctimas con respeto a su dignidad humana y la restitución de sus derechos. Al efecto, la prevención y sensibilización; la atención, protección y reintegración; y la fiscalización y persecución del delito son los ejes estratégicos del Plan, que junto con los procesos de gobernanza o de gestión institucional buscan lograr su objetivo.

En tercer lugar, el 23 de enero de 2015, mediante el Decreto Supremo N.º 001-2015-JUS, se aprueba la Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación, la cual en su artículo 1 establece que tiene como finalidad prevenir, controlar y reducir el fenómeno de la trata de personas, a través de la atención a los factores sociales y culturales que la generan; la persecución y sanción eficiente de los delitos de trata y explotación de personas, y la efectiva protección, recuperación y reintegración de las víctimas. Asimismo, en sus lineamientos generales se aborda el fortalecimiento de acceso a servicios sociales, generación de oportunidades laborales, desarrollo de una cultura de rechazo a la trata, fortalecimiento de una cultura de denuncia, entre otros. En ese sentido, esta medida de prevención es el “principal marco orientador de política criminal en trata de personas y es de aplicación obligatoria en los tres niveles de gobierno y en los diversos sectores involucrados” (Proética, 2020b, p. 6).

Sin embargo, esta política ha sido criticada ya que no considera la existencia del Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016, el cual se construyó también sobre los deberes que se desprenden del Protocolo de Palermo. Al respecto, Marinelli afirma que la mayor parte de los lineamientos específicos de la Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus

formas de explotación, puede equipararse o ser subsumido por una de las metas del Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016, por lo cual resultó poco conveniente elaborar un nuevo documento cuando existía uno que podía ser mejorado y ampliado (Marinelli, 2015).

En cuarto lugar, respecto a normas internacionales vinculantes, es preciso señalar que el Perú y Colombia han manifestado su consentimiento en obligarse al tratado denominado: Acuerdo entre la República del Perú y la República de Colombia para la prevención, investigación, persecución del delito de la trata de personas y para la asistencia y protección a sus víctimas. Este instrumento internacional tiene como propósito fortalecer a nivel político y estratégico las acciones de coordinación y cooperación conjunta para la prevención, investigación, persecución del delito de trata de personas y la asistencia y protección a las víctimas del mismo.

En vista de lo expuesto, podemos señalar que el Estado peruano ha aprobado normativas internas, ha celebrado un tratado con Colombia y ha elaborado políticas públicas referidas a la trata de personas. Sin embargo, subsiste esta violación a los derechos humanos y prueba de ello son las cifras que arroja el informe del INEI: *Perú: estadísticas de trata de personas, 2012-2019*, en el cual se manifiesta que la Policía Nacional del Perú, entre enero y mayo 2019, ha registrado 201 denuncias de trata de personas a nivel nacional y, respecto al año 2018, se registraron 734 denuncias (2019, p. 8). Esto puede responder al hecho de que aún persisten las desigualdades estructurales, así como la discriminación basada en el género, la etnicidad, la edad, la discapacidad, la situación de pobreza y otras categorías particulares, que en su conjunto exponen, sobre todo, a las mujeres y niñas indígenas a situaciones de riesgo o violaciones a sus derechos humanos.

Las mujeres y niñas ticuna, que son víctimas o potenciales víctimas de trata en el Trapecio amazónico, enfrentan la confluencia de muchos de estos factores diferenciales y estructurales a lo largo de su vida. En ese sentido, es necesario repensar el enfoque de cada medida de prevención que el Estado peruano adopte en la elaboración de leyes, políticas, programas, entre

otros. Consideramos que cada una de ellas debe tener un enfoque interseccional, pues solo así se tendrá presente la realidad que viven las mujeres y niñas indígenas, los factores que han propiciado que sean víctimas de trata y el papel de los perpetradores de la violencia, quienes usualmente no son tomados en cuenta porque el análisis se centra en la víctima y “por la descontextualización social que se produce al arrancarlos del escenario [...] en el que se sitúan sus acciones para pasar a ser esencializadas y naturalizadas como consecuencia de la reproducción de prejuicios heterosexistas, clasistas y etnicistas/racistas” (Guzmán y Jiménez, 2015, p. 605). Esto último es importante, ya que los funcionarios públicos son parte de la estructura de violencia en casos de trata de personas; por ejemplo, el personal policial al ser usuario de los prostibares.

Entonces, el enfoque de interseccionalidad se vuelve vital ya que permite dilucidar “distintas posiciones de dominación, subordinación y, también de resistencia” (Ibídem, p. 606), y estas distintas posiciones requieren medidas holísticas, concretas y diversas. Al respecto la CIDH ha comentado que las medidas deben responder a la situación particular en la cual se encuentra una víctima potencial. De igual manera, este órgano de la OEA, a razón de ello, ha señalado lo siguiente:

La Comisión resalta la importancia de adoptar medidas diferenciadas considerando las particularidades e identidades diversas de mujeres en especial situación de riesgo. Ello conlleva a tomar en consideración la intersección de factores como la raza, la etnia, la edad, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, entre otras variables, que pueden acentuar una situación de riesgo a la violencia y la discriminación. La CIDH persigue incorporar una perspectiva intercultural, que tome en consideración el racismo, la discriminación estructural, los riesgos y diferencias de atención por motivos de raza y etnia, como es el caso de las mujeres indígenas y afro-descendientes (2018, p. 31). [El subrayado es nuestro].

Asimismo, la CIDH ha reiterado a los Estados la necesidad de formular y adoptar políticas culturalmente apropiadas, donde las mujeres indígenas

participen, orientadas a la prevención, investigación, sanción y reparación de infracciones de sus derechos humanos (2017, p. 111). En relación con eso, la Corte IDH ha sostenido en el *Caso González y otras vs. México* que

[...] los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. [...] (2009, p. 69). [El subrayado es nuestro].

Las mujeres y niñas indígenas, que han sido y son históricamente discriminadas, se encuentran en diferentes grados de vulnerabilidad y, como manifestación de ello, han sido expuestas a diversos tipos de violencia. Esta situación ha evidenciado la necesidad de reformular las normativas jurídicas, políticas y proyectos que no las protegen. Así, el mandato de no discriminación obliga al Estado peruano a respetar y garantizar plenamente el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, las mujeres y niñas víctimas o potenciales víctimas de trata requieren de una tutela especial y diferenciada, puesto que el común de las normas jurídicas no tiene un enfoque de derechos humanos, género, étnico e interseccional y, mucho menos, un enfoque holístico, como lo señala la CIDH en su informe sobre mujeres indígenas para hacerle frente a todas las formas de discriminación que las exponen a violaciones de derechos humanos.

Aunado a ello, urge destinar un mayor presupuesto a la lucha contra la trata ya que este no ha sido más de S/ 0,50 por persona, durante los últimos años (CHS Alternativo, 2020, p. 57). Por ejemplo, el presupuesto asignado en el 2019 representó el 0,0046% del presupuesto total anual, lo cual equivale a una inversión de S/ 0,23 por ciudadano; sin embargo, esta cifra disminuyó a S/ 0,16 en la ejecución del presupuesto (CHS Alternativo, 2020, pp. 56 y 159). Al respecto, la CIDH ha señalado que para dar efectividad a los derechos humanos el Estado tiene la obligación de programar, asignar, movilizar y gastar recursos públicos en todos los niveles y estructuras de poder (2018, p. 39). En tal sentido, urge la revisión de los presupuestos y que la asignación y ejecución de recursos permitan la lucha efectiva contra la trata.

### **3.2. Obligación de persecución**

El deber de persecución abarca la investigación, procesamiento y sanción penal de los agentes del delito, así como el otorgamiento de una reparación integral a las víctimas (Marinelli, 2015, p. 71). Al respecto, el Código Penal peruano prevé en sus artículos 153 y 153-A el delito de trata de personas y su modalidad agravada, con penas entre 8 a 25 años de cárcel. Además, la Política Nacional frente a la Trata de Personas establece lineamientos específicos acerca de este deber: fortalecimiento del proceso de investigación e inteligencia, intervención de los espacios de explotación a fin de su clausura y cierre definitivo, así como la desarticulación de las organizaciones delictivas o personas vinculadas a la trata de personas. Si bien el Estado peruano ha cumplido con el deber formal de tipificar el delito de trata de personas conforme a los lineamientos del Protocolo de Palermo, todavía existen deficiencias en el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar.

En ese sentido, con el objeto de cumplir con los propósitos del deber de investigación consideramos fundamental aplicar los estándares jurisprudenciales que ha fijado la Corte IDH. Por ejemplo, respecto a la oficiosidad y oportunidad en la investigación, ha señalado que el Estado debe iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad

y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores, una vez que se tome conocimiento de los hechos que constituyen violencia contra la mujer (Corte IDH. *Caso González y otras vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2009, p. 76). De igual modo, con el objeto de que las investigaciones aseguren un efectivo acceso a la justicia, estas deben agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer el castigo a los responsables, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales (Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2008, p. 62).

Además, la Corte IDH también ha afirmado que el deber de investigación es una obligación de medios y no de resultado. Ello implica que el Estado asuma la investigación como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (*Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, p. 85).

En casos de violencia contra las mujeres, donde es evidente la ineficacia judicial, esta constituye en sí misma una forma de discriminación a la mujer. Por esta razón, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género (Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2015, p. 67). De igual manera, al interponer la víctima de trata una denuncia, esta debe ser tratada conforme al estándar de prueba que se exige en la formulación de una denuncia<sup>197</sup>. Además, la Fiscalía debe incorporar el mayor número de

---

<sup>197</sup> Para mayor información, véase el Fundamento 9 del Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2012/CJ-116:

elementos probatorios e indiciarios ya que los casos de violencia de género poseen diversas particularidades, como: la conciencia tardía de la violencia sexual, los prejuicios de los operadores jurídicos, entre otros. Cabe resaltar, que la Corte IDH, sobre la descalificación de la credibilidad de la víctima, en razón a patrones socioculturales discriminatorios (su forma de vestir, ocupación laboral, conducta sexual, etc.), ha señalado que este razonamiento afecta de forma negativa la investigación y la valoración de la prueba<sup>198</sup> (*Caso González y otras vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2009, p. 102).

Es preciso resaltar, en este punto, que en el caso de las niñas víctimas de trata o potenciales víctimas, el Estado debe atender a sus características particulares y los factores contextuales que las colocan en situación de vulnerabilidad. En estos casos, el deber de investigación exige un abordaje diferenciado y estricto, ya que el grado de vulnerabilidad es mayor, y si se considera la intersección del factor etnia el deber se refuerza. Al respecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

[L]a vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia”. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos

---

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/339da2004c18eb9a8edebfb983b64d75/Acuerdo+Plenario+N%C2%BA+02-2012-CJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=339da2004c18eb9a8edebfb983b64d75>

<sup>198</sup> Sobre este tema el Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 05121-2015-PA/TC afirma que no se puede obstaculizar el acceso a la justicia de quien alega haber sido sexualmente agredida, como si por estos supuestos (ocupación de la agraviada, edad, etc.) las personas debieran tener una protección mayor o menor de la justicia frente a las agresiones sexuales. Y si ocurre, se estaría vulnerando la obligación constitucional del Estado peruano para tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer.



que, en forma actual o potencial implicarán violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia. (*Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, p. 51). [El subrayado es nuestro].

Respecto a la obligación de procesar y sancionar, consideramos que también debe examinarse en función a los estándares jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH; ya que según el Informe Trata de Personas en América Latina y El Caribe 165° Periodo de Sesiones Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Perú:

[...] menos de 3 de cada 100 procesados por trata reciben sentencias condenatorias en el Poder Judicial. Por ejemplo, el Registro Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines identificó 2,477 víctimas entre junio 2015 y mayo 2016, sin embargo, solo registró 466 denuncias durante del mismo periodo. Además, se han evidenciado claras dificultades en la función de jueces y fiscales para la correcta calificación del delito de trata de personas y su posible concurso con otros delitos afines, contribuyendo, a la impunidad de este delito (2017, p. 21).

En esta línea, es prudente recurrir a los pronunciamientos que realizó el Tribunal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos debido a que las obligaciones que se desprenden del Protocolo de Palermo buscan también juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos. En esa línea, en el *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* la Corte IDH señaló que los Estados están obligados a:

[...] suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal. Asimismo, el Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de

lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables (*Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, p. 72).

Las mujeres indígenas enfrentan obstáculos particulares en el ejercicio de sus derechos procesales; por ejemplo, la inexistencia o escasez de intérpretes en los procedimientos judiciales y en la tramitación de estos. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que

[...] durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y la capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas. En un caso [...] en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurarle la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad (*Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010, p. 77).

En este marco, el Estado debe actuar con la debida diligencia reforzada para prevenir, sancionar y reparar los actos de violencia perpetrados en contra de las mujeres y niñas integrantes de pueblos indígenas, ya que este principio de debida diligencia estricta o reforzada se aplica cuando nos encontramos frente a un grupo de alto riesgo o en situación de vulnerabilidad. Es preciso resaltar que, la obligación de persecución debe interiorizar el prisma interseccional puesto que permite observar las violencias multidimensionales que viven las mujeres y niñas indígenas ticuna al participar en un proceso judicial. Este enfoque facilita la identificación de la “superposición de varias capas de discriminación [que] lleva[n] a una forma de discriminación agravada que se expresa en experiencias manifiestamente diferentes de una mujer indígena a la otra” (CIDH, 2017, p. 32), y permite determinar los obstáculos que interiorizan las instituciones para dificultar el acceso a la justicia. Por ejemplo, al crear un criterio de “víctima perfecta” que no se condice con la pluralidad de perfiles producto de la interacción de las relaciones de poder,

factores estructurales y categorías diversas que confluyen en un espacio que mantiene a las víctimas de trata en una situación de discriminación estructural e histórica.

### 3.3. Obligación de protección

El deber de protección se refiere a todas aquellas “medidas de asistencia y protección a las víctimas, tanto en relación con su participación en el proceso judicial como en su posterior rehabilitación y reinserción en la sociedad” (Marinelli, 2015, p. 75). Coincidimos con Marinelli (2015) en que del artículo 6 del Protocolo de Palermo se desprende un contenido mínimo para el cumplimiento de esta obligación: (i) la identificación de la víctima y su no criminalización, (ii) el derecho a un recurso judicial efectivo para una reparación integral, atendiendo a las características particulares de la víctima, y (iii) el establecimiento de medidas posliberación, como un alojamiento temporal adecuado, asistencia médica, entre otros.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 6 consagra la prohibición de la esclavitud y servidumbre, incluyendo, de forma expresa, la proscripción de la trata de mujeres en cualquiera de sus formas. Esta disposición ha sido analizada por la Corte IDH en el *Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, donde sostuvo que la obligación de garantizar dicho derecho comprende el deber estatal de adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas. Para ello, según el tribunal internacional, es necesario que los Estados cuenten con “un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias” (Corte IDH, *Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2016, p. 82).

Al respecto, el Estado peruano ha emitido pocas leyes específicas vinculadas al deber de protección. La Ley N.º 28950, contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, en su artículo 7 establece medidas mínimas de asistencia y protección a las víctimas de trata: la repatriación segura; alojamiento transitorio; asistencia médica, psicológica, social, legal; y

mecanismos de inserción social. Asimismo, en su Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final, asegura la cooperación internacional en la materia, en particular, la promoción de tratados internacionales por parte del Estado peruano para garantizar la protección integral de víctimas nacionales en el extranjero, la repatriación de sujetos pasivos y la extradición de sujetos activos del delito.

Adicionalmente, la Ley N.º 30925, que fortalece la implementación de espacios de acogida temporal para víctimas de trata de personas y explotación sexual, prioriza la creación y asignación de bienes en favor de los espacios de acogida temporal para víctimas de trata de personas y explotación sexual, lo que comprende a los hogares de refugio temporal y a los centros de acogida residencial. Inclusive, como se mencionó en los párrafos anteriores, en su Única Disposición Complementaria Modificatoria dispone que, el Ministerio del Interior junto al Ministerio de Economía tienen la tarea de diseñar un programa presupuestal multisectorial para la implementación de las políticas en materia de trata de personas.

Por su parte, la Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación contempla dos lineamientos generales relacionados con el deber de protección. Estos son el Lineamiento general 07, “Fortalecimiento de la atención y protección integral a las víctimas nacionales y extranjeros de trata de personas y sus formas de explotación”, y el Lineamiento general 08, “Recuperación y reintegración efectiva de la víctima de trata de personas y sus formas explotación”. Cada uno de ellos prevé a su vez lineamientos específicos, entre los que destacan las siguientes medidas: el desarrollo de centros de acogida; la reintegración educativa y/o laboral; los programas de protección, tratamiento y acompañamiento sostenible.

El Plan Nacional contra la Trata de personas 2017-2021, Decreto Supremo N.º 017-2017-IN, aunque advirtió la débil institucionalidad del Estado basada, entre otros factores, por la deficiente atención, protección y reintegración de las víctimas de trata de personas, no va más allá de ofrecer un diagnóstico de esta situación. Así, plantea objetivos estratégicos para un escenario deseable

en el 2021 sin desarrollar acciones concretas que logren visualizar un efectivo cumplimiento de la obligación de protección, así como de las medidas que dimanen de esta. Lo que más preocupa es nuevamente la ausencia de un enfoque de género, intercultural, étnico e interseccional en las medidas de atención, protección y reintegración de las víctimas.

A pesar de estas deficiencias, debe valorarse positivamente la aprobación de dos instrumentos de actuación que buscan mejorar el desempeño de los operadores de justicia en los casos de trata de personas. Así, en el año 2018 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos emitió la Resolución Ministerial N.º 0502-2018-JUS, que aprueba la Guía de Actuación de la Defensa Pública Frente a la Trata de Personas, en donde se sostiene que las medidas de protección deben responder a las necesidades de cada víctima con el fin de asegurar su vida e integridad. Igualmente, al año siguiente, el Ministerio Público dictó la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 2291-2019-MP-FN, que actualiza el Protocolo para la Atención de Víctimas del Delito de Trata de Personas, Personas en Situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el Contexto de la Migración; el cual “tiene como objetivo evitar la revictimización” (CHS Alternativo, 2020, p. 104).

Ahora bien, en cuanto a normas internacionales, destaca el Acuerdo Bilateral entre Perú y Colombia para la prevención, investigación, persecución del delito de la trata de personas y para la asistencia y protección a sus víctimas, que entró en vigor el 27 de junio de 2018, y que señala en su artículo III las medidas de asistencia y protección que debe tomar el Estado receptor cuando la víctima se encuentre en su jurisdicción, así como el garantizar su retorno voluntario a su Estado de origen. Sin embargo, tal disposición también carece de un enfoque interseccional, en tanto solo considera necesario prestar especial atención cuando la víctima es un niño, niña o adolescente.

En base a la legislación y políticas desarrolladas es evidente que, para fortalecer la obligación de protección, las medidas deben atender a las características particulares de las víctimas, mujeres y niñas indígenas, a la luz de lo establecido por la CIDH en sus informes temáticos y de la

línea jurisprudencial, sentados por la Corte IDH en casos de violencia contra mujeres indígenas. De esta manera, la CIDH ha reconocido que la “participación de las mujeres indígenas en la estructuración de las reparaciones en el área de la justicia” (CIDH, 2017, p. 110) resulta esencial.

Asimismo, la reparación debe ser integral, es decir, mientras sea posible debe adoptar todas las formas en las que se manifiesta: restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de no repetición y medidas de satisfacción. Igualmente, las reparaciones deben ser otorgadas desde un enfoque de género, intercultural y étnico, tomando en cuenta la triple discriminación histórica que padecen las mujeres indígenas víctimas de trata con explotación sexual. Esto quiere decir que el contenido de las formas de reparación debe ajustarse a estos enfoques para ofrecer una respuesta efectiva a las necesidades de asistencia y protección de las mujeres indígenas en su calidad de víctimas.

- a. Restitución: restablecer la situación previa de la víctima y sus derechos. No en todas las ocasiones se puede lograr; principalmente cuando el daño afecta la integridad física, emocional y sexual de la víctima.
- b. Indemnización: es el reconocimiento patrimonial de los daños y perjuicios ocasionados.
- c. Rehabilitación: la atención médica y psicosocial que ayude a la víctima a continuar su vida en la sociedad.
- d. Garantías de no repetición: la garantía de que las víctimas no vuelvan a sufrir el daño.
- e. Medidas de satisfacción: el conocimiento público de la verdad y actos de desagravio. (CIDH, 2011, p. 32).

En ese sentido, las medidas de reparación no solo deben atender a una dimensión individual, sino también a una dimensión estructural, en la que se reconozca que la situación de vulnerabilidad de las mujeres indígenas, y que las hace proclives a ser víctimas de trata, es producto de determinadas

condiciones que las afectan exclusivamente, como son la discriminación, la marginación, y la falta del ejercicio o acceso a sus derechos. Es por ello que la Corte IDH, en el caso “Campo Algodonero” ha hecho énfasis en que cuando se presentan situaciones de discriminación estructural, como ocurre en el caso de violencia contra las mujeres, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo” (*Caso González y otras vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2009, p. 114).

Además, la CIDH ha precisado que, para determinar las reparaciones, el enfoque de género debe ir acompañado por el enfoque de interculturalidad, toda vez que “permite reconocer la especial posición de las mujeres indígenas y adoptar medidas culturalmente adecuadas que garanticen el goce de sus derechos y libertades fundamentales, y les permitan una vida libre de discriminación y violencia” (CIDH, 2019, p. 41). En esa línea, la Corte IDH en el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, que se refiere a hechos de violencia sexual en contra de una mujer indígena, dictó medidas de reparación que incluían garantías de no repetición con una perspectiva de género y etnicidad, con la finalidad de evitar y erradicar la violencia y discriminación contra la mujer indígena.

#### **4. Consideraciones finales sobre el efecto útil del Protocolo de Palermo**

Han pasado más de veinte años desde la adopción del Protocolo de Palermo y más de diecinueve años desde su entrada en vigor<sup>199</sup>. No obstante, la mayoría de los 178 Estados parte<sup>200</sup> no cuentan con respuestas efectivas en

---

<sup>199</sup> El Protocolo de Palermo fue adoptado mediante resolución A/RES/55/25 del 15 de noviembre de 2000 en el quincuagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Para mayor información, véase: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en)

<sup>200</sup> Según la colección de tratados de Naciones Unidas, 178 Estados de los 193 miembros

la lucha contra la trata de personas (Silva, 2020). Ejemplo de ello es el caso peruano<sup>201</sup> que, si bien ha cumplido con el compromiso de adecuar legislativamente la conducta criminal de la trata de personas a nivel interno, aún no ha materializado otras obligaciones dirigidas, sobre todo, a prevenir la trata de personas, perseguir a los agentes del delito y proteger a las víctimas, porque están vinculadas, en su mayoría, a la implementación de políticas públicas, asignación de presupuesto, incorporación de estándares internacionales de derechos humanos, entre otros.

Sin embargo, en virtud de los principios de *pacta sunt servanda* y de la primacía del derecho internacional, reconocidos como fuente primaria del derecho internacional<sup>202</sup>, se debe adecuar, incorporar y garantizar las disposiciones establecidas en los tratados de los que el Estado sea parte. Por esta razón, las normas jurídicas e interpretaciones que se realicen dentro del ordenamiento interno del Protocolo de Palermo no pueden ser contrarias al objeto y fin del tratado. Es decir, el Estado peruano está obligado a cumplir con todos los deberes que se desprenden del tratado.

De igual manera, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>203</sup> señala que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; entonces, el Estado peruano debe cumplir las obligaciones internacionales puesto que ha manifestado su voluntariedad, principio general de consentimiento, en

---

de Naciones Unidas son parte del Protocolo de Palermo. Para mayor información sobre la ratificación de los tratados, véase: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en)

<sup>201</sup> El Protocolo de Palermo fue ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002 y entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Para mayor información sobre la ratificación de los tratados, véase: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en)

<sup>202</sup> Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para mayor información, véase: <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>

<sup>203</sup> Es preciso señalar que el Perú es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados desde el momento de su ratificación del instrumento, el cual fue el 14 de septiembre de 2000. Para mayor información, véase: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=\\_en#6](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en#6)



obligarse a respetar y garantizar los derechos contenidos en el Protocolo de Palermo. Asimismo, el artículo 27 de esta convención señala que los Estados “no pueden invocar normas o disposiciones de derecho interno como justificación para incumplir obligaciones internacionales”. En vista de ello, se debe garantizar que todos los órganos de justicia y cualquier autoridad pública<sup>204</sup> cumpla con las disposiciones del Protocolo de Palermo.

Además, conforme al artículo 55 y a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, el Protocolo de Palermo forma parte del derecho nacional y, además, que al tratarse de una norma internacional que protege derechos humanos, tiene rango constitucional. Es por esto que la observancia a dicho tratado y las interpretaciones que dotan de contenido a los derechos del mismo son obligatorias para el Estado peruano.

En esta línea, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 5854-2005-PA/TC señaló que “los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado” (párr. 22). Asimismo, en tanto que la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú como el artículo V del Código Procesal Constitucional establecen que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>205</sup>, así como las decisiones y pronunciamientos por los tribunales internacio-

---

<sup>204</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221, párrafo 239. En la señalada sentencia, la Corte afirma que el “control de convencionalidad [...] es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.

<sup>205</sup> La presente declaración al igual que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre son vinculantes a todos los Estados porque han sido incorporados al corpus del derecho consuetudinario, ello debido a que se cumple con la *opinio iuris* y la práctica reiterada en el tiempo conforme a los pronunciamientos de la Comisión de DD. HH. de la ONU y los pronunciamientos de los órganos de la OEA: CIDH y CorteIDH.

nales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, los deberes que se desprenden del Protocolo de Palermo deben ser comprendidos de conformidad con ellos.

En vista de ello, y con el objeto de cumplir con los compromisos que se desprenden del Protocolo de Palermo, es menester realizar una interpretación de sus cláusulas conforme a la máxima del efecto útil<sup>206</sup> con la finalidad de permitir su efecto práctico o que se realicen los objetivos para el cual fue concebido y, esto se puede lograr interpretando las obligaciones que se desprenden del Protocolo de Palermo a la luz de otros tratados de derechos humanos y de los estándares internacionales de derechos humanos fijados por tribunales internacionales. En esa línea, la propuesta que plantea el presente trabajo académico, implica dotar de contenido y reforzar los deberes de prevención, persecución y protección, que se desprenden del Protocolo de Palermo, con los estándares jurisprudenciales que ha fijado la Corte IDH en materia de violencia contra las mujeres y niñas, aplicación de perspectiva de género, étareo, interseccional e intercultural, medidas de protección efectivas, valoración de las pruebas; así como, los estándares internacionales en derechos humanos de los pueblos indígenas.

---

<sup>206</sup> La Corte Internacional de Justicia, al interpretar un acuerdo especial, en el marco del Asunto del Estrecho de Corfú, ha señalado lo siguiente: “It would indeed be incompatible with the generally accepted rules of interpretation to admit that a provision of this sort occurring in a Special Agreement should be devoid of purport or effect”. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*. Judgment of 9 April 1949, p. 24. Para mayor información, véase <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariza, A. (2019, 18 de noviembre). *Las mujeres ticuna del Amazonas colombiano: sol, luna, y madre tierra*. Open Democracy. <https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/ticuna-women-colombian-amazon-sun-moon-and-mother-earth-es/>
- CHS Alternativo. (2012). *La trata de personas en la Triple Frontera Perú-Brasil-Colombia*. CHS Alternativo.
- CHS Alternativo. (2016). *Rutas de la trata de personas en la Amazonía peruana*. CHS Alternativo.
- CHS Alternativo. (2020). *VII Informe Alternativo. Balance de la sociedad civil sobre la situación de la trata de personas en el Perú 2018-2019*. CHS Alternativo.
- CIDH. (2011). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. CIDH.
- CIDH. (2014). *Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá*. CIDH.
- CIDH. (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*. CIDH.
- CIDH. (2017). *Informe Trata de Personas en América Latina y El Caribe 165° Periodo de Sesiones Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.
- CIDH. (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*.
- CIDH. (2019). *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. CIDH.

Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH. *Caso González y otras vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Defensoría del Pueblo. (2012). *La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes*. Informe Defensorial N.º 158, Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-Defensorial-158.pdf?fbclid=IwAR2KQQpWlAXeZniaEnYNHD8cfj-vYA1uuBvN0usuaYMjBH7pT9ko4-xcyZg>

- Guzmán, R., Jiménez, M. (2015). La Interseccionalidad como Instrumento Analítico de Interpelación en la Violencia de Género. *Oñati International Institute for the Sociology of Law*. 5(2), 596-612.
- INEI. (2019). *Perú: estadísticas de trata de personas, 2012-2019*.
- Marinelli, C. (2015, 13 de febrero). *IDEHPUCP*. Política Nacional frente a la Trata de Personas: ¿un mejor instrumento para enfrentar este problema? [https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/politica-nacional-frente-la-trata-de-personas-un-mejor-instrumento-para-enfrentar-este-problema/#\\_ftnref1](https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/politica-nacional-frente-la-trata-de-personas-un-mejor-instrumento-para-enfrentar-este-problema/#_ftnref1)
- Marinelli, C. (2015). *La trata de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un proceso en doble vía: de la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las víctimas*. [Tesis para optar por el título profesional de abogada]. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ministerio de Cultura de Colombia. (s. f.). *Tikuna. Los hijos de Yoi e Ipi, y gente de tierra firme*. Ministerio de Cultura de Colombia. <https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/PUEBLO%20TIKUNA.pdf>
- Ministerio de Cultura de Perú. (s. f.). *Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios: Ticuna*. Ministerio de Cultura del Perú. <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos/ticuna>
- Naciones Unidas. (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/30/41*. ONU.
- Palacios, A. (2020, 30 de julio). De “prostibares» por el Amazonas: así funcionan las redes de trata en la selva. *El País*.
- Proética. (2020a). *Un mapeo de los actores: La trata de personas y la corrupción en el contexto del narcotráfico y la pandemia del COVID-19 en el Trapecio amazónico*. Proética.

- Proética. (2020b). *Triple Trata. Estudio comparativo de la legislación, políticas públicas y casos emblemáticos en materia de trata de personas en la Triple Frontera - Perú, Colombia y Brasil*. Lima.
- Silva, W. C. (2020, 4 de agosto). *Instituto de Democracia y Derechos Humanos*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/los-20-anos-del-protocolo-de-palermo-avances-y-desafios-en-materia-de-trata-de-personas/>
- Teteye, V. (2020a, julio). *El ser de las Magütagüka*. Agenda Propia. <https://www.agendapropia.co/mujer-palabra-resistencia/pueblo-tikuna/retratos/>
- Teteye, V. (2020b, julio). *Resistencia de una mujer Magüta en frontera*. Agenda Propia. <https://www.agendapropia.co/mujer-palabra-resistencia/pueblo-tikuna/historias/resistencia-de-una-mujer-maguta-en-frontera/>
- UNODC. (2018). *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. United Nations.
- UNODC. (2021). *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. United Nations.



SE TERMINÓ DE DIAGRAMAR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

**TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA**

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)

PÁGINA WEB: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)

TELÉFS.: 424-8104 / 424-3411

FEBRERO 2023 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-49252-1-4



9 786124 925214