

# El uso del consentimiento como defensa en los casos de trata de personas

UNA GUÍA DE PRÁCTICA DEL  
GRUPO WARNATH



# El uso del consentimiento como defensa en los casos de trata de personas

## GUÍA PRÁCTICA por el Grupo Warnath

*"A finales de la década de 1990, los redactores de las primeras leyes y políticas modernas contra la trata de personas establecieron que la afirmación del acusado de que las víctimas habían dado su consentimiento no es una defensa en los casos de trata de personas. La naturaleza de este delito, que se basa en la manipulación de la voluntad humana y en el compromiso de la autonomía y la toma de decisiones con el fin de explotar, proporcionó una razón de peso para restringir, como cuestión de derecho, los intentos de hacer que un acusador demuestre que no había consentido su explotación. Y en los casos relacionados con las formas más graves de explotación se aceptó que una persona no puede dar un consentimiento significativo, por principio, a su esclavitud o servidumbre. Los fiscales deben dominar la capacidad de responder eficazmente a los intentos de plantear afirmaciones de consentimiento como defensa en el juicio, ya que esto reforzará sus casos y protegerá mejor a quienes han sobrevivido a la experiencia de la trata de personas."*

*-Stephen Warnath, Presidente y Director General*

### DE UN VISTAZO

#### Dirigido a:

- Investigadores y fiscales que trabajan en casos de trata de personas

**Conclusión:** El uso del consentimiento como defensa no puede utilizarse en un caso de trata de personas. Sin embargo, los abogados defensores suelen plantearla directa o indirectamente. Usted puede prepararse con el conocimiento de las leyes y estrategias para frustrar y responder eficazmente a los intentos del abogado defensor de plantear la cuestión del consentimiento.

#### En esta guía práctica:

- Una introducción a la ley que hace inadmisibles el uso del consentimiento como defensa en los casos de trata de personas
- Cómo reconocer los intentos de introducir indebidamente pruebas de consentimiento en el juicio
- Consejos para preparar su caso con el fin de contrarrestar el uso del consentimiento como defensa si se plantea.



### CUESTIÓN: ¿PUEDE EL ACUSADO ALEGAR EL CONSENTIMIENTO COMO DEFENSA VÁLIDA EN LOS CASOS DE TRATA DE PERSONAS?

No.

El consentimiento está reconocido en los sistemas jurídicos de todo el mundo como una posible defensa ante muchos tipos de delitos, aunque no todos, como la violación, la agresión y el robo.

Un acusado de violación, por ejemplo, puede plantear una defensa contra ese cargo argumentando que el contacto sexual fue con consentimiento. Del mismo modo, en un caso de robo, el acusado puede intentar demostrar que el propietario le dio permiso para utilizar la propiedad en cuestión. Pero el uso del consentimiento como defensa en un caso de asesinato no está permitida en la mayoría de los sistemas jurídicos. Algunas formas de conducta delictiva afectan a intereses fundamentales y no pueden permitirse aunque la víctima de esa conducta no se oponga.

La cuestión que se aborda aquí es si el delito de trata de personas entra en la primera o en la segunda categoría de casos.

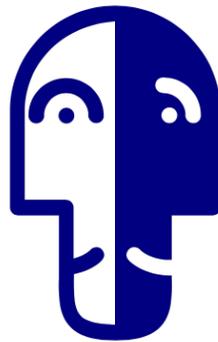
En concreto, la pregunta puede formularse de la siguiente manera: ¿permite la ley que el o los acusados de trata presenten pruebas de que la víctima aceptó el trabajo o el servicio que buscaba el acusado y que argumenten que, en consecuencia, no se ha producido el delito de trata?

La respuesta técnica y jurídica a esta pregunta es que no. En virtud de la definición internacional de trata de personas establecida en el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas [Protocolo de las Naciones Unidas], el consentimiento es irrelevante una vez que se han cumplido los elementos del delito de trata. Protocolo de la ONU, Art. 3(b) Este lenguaje, o uno similar, está incorporado en las leyes nacionales de la mayoría de los Estados miembros del Protocolo de la ONU, y está reconocido en varios instrumentos jurídicos y políticos regionales, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Personas, la Directiva 2011/36/UE de la Unión Europea contra la Trata de Personas, y la Convención de la ASEAN contra la Trata de Personas.

Aunque el término "irrelevante" no está definido en la propia ley de trata, la relevancia es un término probatorio cuyo significado es ampliamente comprendido. La relevancia se define en el Diccionario Jurídico de Black como "la relación lógica entre las pruebas ofrecidas y un hecho que debe establecerse." Sólo las pruebas que tienden a probar o refutar una cuestión en un caso pueden ser consideradas por el juez o jueza. Normalmente, los tribunales disponen de un amplio margen de maniobra para determinar qué hechos tienen una relación lógica con una cuestión concreta y, por tanto, son pertinentes y admisibles como prueba. La ley sobre la trata, en efecto, limita

esa discrecionalidad al declarar explícitamente que el consentimiento es irrelevante en un caso de trata. De ello se desprende que cualquier hecho o prueba que pretenda demostrar el consentimiento es igualmente irrelevante y no debe utilizarse para determinar la culpabilidad o la inocencia en el caso.

Aunque esto parece bastante sencillo, un examen más detallado de la cuestión del consentimiento en los casos de trata presenta un panorama más complejo.



---

## **POR QUÉ A LOS TRAFICANTES LES ENCANTA EL CONSENTIMIENTO EN LOS CASOS DE TRATA DE PERSONAS**

El consentimiento es una línea de defensa muy atractiva. Los fiscales deben anticiparse a los intentos de introducirlo de diversas maneras en el juicio para defender a los traficantes acusados. Sin embargo, si esto ocurre, dado que la ley lo desautoriza como defensa, los fiscales harían bien en instar enérgicamente a los tribunales a que rechacen esos intentos y excluyan todas las pruebas de consentimiento.

No es sorprendente que el uso del consentimiento como defensa sea tan popular entre los traficantes. Los hechos de muchos casos de trata de personas se prestan bastante bien al uso del consentimiento como defensa. El uso de formas sutiles de coacción psicológica, amenazas veladas, promesas engañosas o engaños parciales, tácticas que los traficantes utilizan cada vez más para manipular a sus víctimas, e incluso, en algunos casos, la obtención de contratos de acuerdo firmados, juega poderosamente a

favor de una narrativa de que la víctima no fue obligada sino que entró en el acuerdo más o menos voluntariamente. Dado que la coacción no física puede ser tan eficaz, los traficantes suelen ser capaces de controlar a las víctimas de la trata mientras mantienen la ilusión de que hay libertad.

Por ejemplo, el traficante o los traficantes pueden sugerir que el barrio que rodea una fábrica es peligroso y que la víctima no debe salir de la puerta "por su propia seguridad." O el tratante puede señalar que la policía siempre está buscando a los inmigrantes indocumentados y que si atrapan a la víctima, que el tratante sabe que entró en el país de forma ilegal, la arrestarán, la meterán en la cárcel y la deportarán; por su propio bien, por tanto, la víctima no debe salir de casa ni hablar con extraños. O el traficante puede "ofrecer" mantener a salvo y proteger el pasaporte de la víctima u otros documentos de identidad o de viaje importantes, y guardarlos en una caja fuerte o hacerlos inaccesibles para el verdadero propietario de los documentos. O el traficante puede jugar con el sentido de la vergüenza de la víctima e insinuar que los padres de la víctima podrían descubrir qué tipo de trabajo o actividades está realizando realmente si la víctima intenta huir o no cumple las órdenes del traficante.

Además, la conducta de la víctima puede parecer respaldar una narrativa de consentimiento. Una víctima que no se escapa cuando tiene la oportunidad de hacerlo, o que no se queja del trato que ha recibido de los traficantes cuando tiene la oportunidad de hacerlo, o que proporciona versiones diferentes a la policía después de su rescate, puede ser presentada por el acusado como prueba de que la víctima aceptó voluntariamente la situación. Este tipo de comportamientos puede parecer inconsistente con las reacciones esperadas de un individuo, pero son, de hecho, bastante típicos de la respuesta de la víctima a las tácticas coercitivas comúnmente empleadas por los traficantes. En la medida en que el juez o jueza no esté familiarizado con la psicología y la respuesta de la víctima, los abogados defensores tratarán de aprovechar esa falta de comprensión y utilizar las pruebas de que la víctima no se resistió, no buscó ayuda o no intentó escapar como prueba de consentimiento.

Por supuesto, en los casos en los que se utiliza la violencia o la amenaza de violencia para forzar a la víctima a un estado de servidumbre o mantenerla en él, cualquier intento de la defensa de argumentar el consentimiento será probablemente rechazado por el investigador, porque es obvio que el consentimiento no puede darse libre y

voluntariamente ante una coacción manifiesta. Pero los traficantes suelen evitar el uso de tácticas tan crudas, encontrando más seguro, más fácil y más eficaz ejercer el control psicológico sobre las víctimas jugando con sus miedos y vulnerabilidades, utilizando el engaño, las artimañas, las falsas promesas o las amenazas sutiles.

Hay innumerables formas en que los traficantes pueden ejercer el control sobre sus víctimas sin recurrir a métodos abiertamente violentos u obviamente coercitivos. En estos casos, es particularmente atractivo para la defensa argumentar que la víctima no fue forzada a nada, sino que aceptó voluntariamente la propuesta del traficante. En la medida en que la víctima pueda haber sido desesperadamente pobre, eso sólo puede reforzar los argumentos de la defensa a favor del consentimiento, proporcionando un motivo para explicar por qué la víctima aceptó voluntariamente incluso las condiciones más duras y permitiendo a la defensa argumentar que la calidad de vida de la víctima, aunque ciertamente no es ideal, es mejor de lo que era antes de conocer al traficante.

Por lo tanto, alegar el consentimiento puede ser una poderosa estrategia de defensa y un argumento persuasivo para el juez o jueza, especialmente si el tribunal no tiene experiencia en la tramitación de casos de trata y no está familiarizado con la forma en que la coacción psicológica puede utilizarse con la misma eficacia que la violencia física para intimidar a las víctimas vulnerables. Por estas razones, los abogados defensores tratarán de plantear el uso del consentimiento como defensa y, si se les permite hacerlo, los fiscales pueden encontrar esta defensa difícil de superar.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el consentimiento no se reconoce como una defensa válida en la mayoría de las leyes de trata de personas y no deben ser tomadas en consideración por el juez o jueza a la hora de determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado. Sin embargo, hay complicaciones.



---

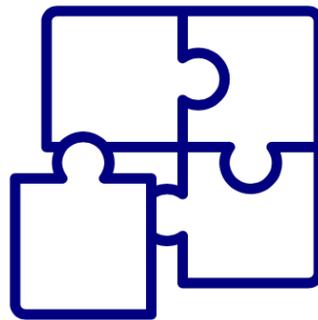
**ADVERTENCIA:  
EL CONSENTIMIENTO ES IRRELEVANTE, PERO  
SÓLO SI SE ESTABLECEN LOS "MEDIOS"**

Debe cumplirse una importante condición previa para que el uso del consentimiento como defensa se considere irrelevante y se excluya de la consideración en los casos de trata de personas: debe probarse el elemento "Medios."

La definición generalmente aceptada de la trata, tal como se establece en el Protocolo de las Naciones Unidas, Art. 3(a), y tal como se ha incorporado a los documentos regionales y a las leyes nacionales en diversas formas en muchos países del mundo, requiere la prueba de tres elementos: Acto, Medios y Propósito de Explotación. Con respecto a la cuestión del consentimiento, el elemento "Medios" tiene especial relevancia. Este elemento se centra en la forma en que el traficante ejerce el control sobre su víctima. Enumera una serie de métodos para lograr este fin. Esta lista incluye la fuerza, las amenazas de fuerza, la coacción, el fraude, el engaño, el abuso de poder o el abuso de vulnerabilidad. Sólo es necesario probar una de las técnicas de control físicas o no físicas (psicológicas) para establecer el elemento "Medios."

La presencia de presiones indebidas (fuerza, o amenazas, o coacción, o abuso) o artimañas (fraude o engaño), se presume por ley que anula cualquier consentimiento aparente de la víctima a las exigencias del traficante. Esto se debe a que el consentimiento no es posible si no es voluntario, es decir, si no se da con conocimiento y libremente. El verdadero consentimiento debe ser producto del libre albedrío. Evidentemente, no puede haber un verdadero consentimiento si la víctima es

amenazada físicamente de alguna manera. Pero incluso en los casos en los que no hay pruebas de fuerza o amenazas, la validez de un acuerdo obtenido mediante artimañas, fraude o engaño queda fatalmente comprometida. El consentimiento significativo no puede darse en la ignorancia y requiere la revelación completa de toda la información relevante. Esta idea básica de que el consentimiento debe darse libremente y con conocimiento de causa se recoge en el elemento "Medios." Por tanto, según la ley, cuando se utiliza cualquiera de los "medios" de control reconocidos no puede haber consentimiento voluntario.



---

## **NO ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE LOS "MEDIOS" REALMENTE SOCAVARON EL CONSENTIMIENTO**

Una de las cuestiones que plantea el tratamiento del consentimiento en el Protocolo es si la acusación debe probar una conexión entre los "medios" utilizados y el estado mental de la víctima, o si basta con demostrar que se utilizó un "medio" sin tener que establecer que la libre voluntad de la víctima fue efectivamente anulada por ese "medio."

Para responder a esta pregunta, es importante considerar cuidadosamente el lenguaje específico utilizado en el Protocolo que vincula los "Medios" con el consentimiento.

En concreto, el artículo 3(b) de la definición del Protocolo de las Naciones Unidas establece que "el consentimiento de una víctima de la trata de personas a la explotación prevista... será irrelevante cuando se haya recurrido a cualquiera de los

"medios." No dice que el uso de los "Medios" deba operar para invalidar o dañar el consentimiento. Todo lo que se requiere es que haya pruebas de que se han "utilizado" uno o más de los "Medios." Si ese es el caso, el consentimiento "será irrelevante."

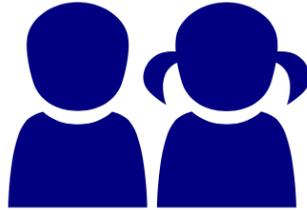
En otras palabras, no es necesario demostrar que la voluntad de la víctima se vio afectada por los "medios" utilizados. En efecto, la ley presume que el consentimiento no puede ser verdaderamente consciente y voluntario cuando se utilizan uno o más de los "Medios," independientemente de su efecto real sobre la víctima. Y no hay nada en el lenguaje del Protocolo ni en ninguno de los documentos interpretativos en los que se discuten las deliberaciones e intenciones de los redactores del Protocolo que indique que esta presunción pueda ser cuestionada o refutada por la defensa. De hecho, el lenguaje del artículo es bastante claro en el sentido de que no hay lugar para la discusión; una vez que se establecen los "medios," el consentimiento "será" (no "podría ser") irrelevante.

Esto, por supuesto, no significa que los abogados defensores no intenten argumentar que la fiscalía debe presentar pruebas que demuestren que la voluntad de la víctima se vio realmente comprometida por los "Medios" utilizados.

Los fiscales deben anticiparse a este argumento y estar preparados para responder a él señalando que el lenguaje expreso de la ley no requiere tal demostración.

Sin embargo, los fiscales también deben darse cuenta de que un juez, especialmente uno menos familiarizado con los casos de trata de personas, puede ser comprensivo con la posición del acusado en este punto. Después de todo, un juez puede considerar la prueba de que las acciones de la víctima fueron influenciadas por el traficante como una simple cuestión de sentido común y querrá ver pruebas que demuestren cómo los "Medios" utilizados impactaron en el estado mental de la víctima. Por lo tanto, los fiscales deben estar preparados para presentar pruebas que demuestren que el libre albedrío de la víctima fue de hecho viciado por los métodos físicos, psicológicos u otros métodos coercitivos del traficante. Esto puede hacerse mediante un cuidadoso interrogatorio a la víctima para asegurar que su relato describe plenamente el impacto en su estado mental de las acciones del traficante acusado. El uso de un testigo experto para explicar cómo las víctimas tienden a reaccionar al trato abusivo a lo largo

del tiempo también debe considerarse como una forma de corroborar la explicación de la víctima y fortalecer el caso de la fiscalía.



---

## **EL CONSENTIMIENTO NO ES RELEVANTE CUANDO LOS NIÑOS SON VÍCTIMAS**

El vínculo entre el elemento "Medios" y el consentimiento sólo es necesario en los casos de trata de adultos. Cuando los niños son víctimas de la trata, la situación es inequívoca y el Protocolo de las Naciones Unidas es muy claro; el consentimiento es siempre irrelevante y nunca debe considerarse para determinar la culpabilidad o la inocencia del traficante o traficantes acusados.

Una persona menor de 18 años es un niño según el Protocolo. En estos casos, el elemento "Medios" no es necesario para establecer un delito de trata. El delito de trata de niños se establece probando dos, en lugar de tres, elementos: El acto y el propósito de explotación. Protocolo de la ONU, Art. 3(c). Las leyes nacionales sobre la trata de personas deben contener una disposición que refleje esta distinción relativa a la carga de la prueba en los casos que implican a adultos frente a los que implican a menores de 18 años.

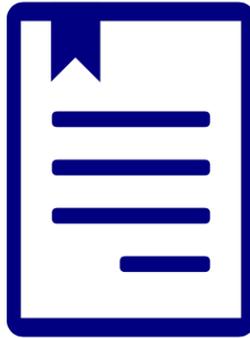
De este modo, el Protocolo ofrece una protección especial a todos los menores de 18 años. Y se trata de una protección general que se aplica por ley a todos los niños, independientemente de sus circunstancias personales. Incluso una persona que parece o actúa como un adulto debe ser tratada por la ley como un niño mientras sea menor de 18 años.

El fundamento de esta protección adicional en virtud de la ley es el reconocimiento de que los niños son, por su edad, su relativa falta de experiencia y su dependencia del apoyo y la protección de los adultos, naturalmente más vulnerables a la manipulación que los adultos. Dicho de otro modo, no es necesario probar el elemento de los "medios" cuando se trata de niños, porque son especialmente susceptibles a todas las formas de influencia y pueden ser controlados por cualquier "medio."

En efecto, el elemento "Medios" se presume establecido por el hecho de que un niño haya sido explotado y esta presunción no es refutable; es decir, el fiscal no tiene que probar que el niño fue de hecho manipulado o controlado injustamente, sólo que es menor de 18 años. . Esta irrelevancia del consentimiento se aplica incluso si el niño víctima es un participante entusiasta de su propia explotación. Las leyes sobre la trata protegen inequívocamente a todos los niños menores de 18 años, lo que refleja una política de protección de todos los niños frente a cualquier tipo de explotación. En consecuencia, el consentimiento es siempre irrelevante -y no está disponible como defensa- cuando la víctima es una persona menor de 18 años.

No obstante, el traficante acusado puede intentar presentar una defensa de consentimiento incluso en el caso de una víctima menor de 18 años, especialmente si la víctima tiene edad suficiente para estar dentro de la edad de consentimiento para la actividad sexual según la legislación nacional (normalmente 16 años). El acusado puede argumentar que la víctima tiene 16 años y puede dar su consentimiento a la actividad sexual según la legislación nacional. Por lo tanto, según este argumento, el consentimiento es una cuestión válida en este caso de trata, y las pruebas a tal efecto deben ser admitidas y consideradas.

Los fiscales deben resistirse enérgicamente a cualquier argumento de este tipo, estableciendo una clara distinción entre la ley de trata y la ley de edad de consentimiento. El fiscal debe recordar al tribunal que la ley sobre la edad de consentimiento aborda la cuestión del estupro estableciendo una edad mínima que permite el contacto sexual consentido; la ley sobre la trata, por el contrario, es un delito de explotación separado y distinto que reconoce que nadie, especialmente un niño/a menor de 18 años, puede consentir su explotación.



---

## CONSULTE SU LEGISLACIÓN NACIONAL

Cabe señalar que algunas legislaciones nacionales excluyen el consentimiento como defensa de diferentes maneras. Algunas no incorporan el lenguaje del Protocolo que asocia el consentimiento a los "medios" en los casos de trata de adultos. En muchas de esas leyes nacionales no existe ningún vínculo entre los "medios" y el consentimiento. En su lugar, algunas leyes nacionales logran el mismo fin simplemente declarando que la trata se establece, "con o sin el consentimiento de la víctima."

Por ejemplo, en la ley indonesia sobre la trata, el consentimiento está relacionado, no con los "medios," sino con el elemento del "acto." En la ley indonesia sobre la trata, la irrelevancia del consentimiento se afirma con referencia a una lista de actos cometidos "con o sin el consentimiento de la víctima." Del mismo modo, en la ley tailandesa sobre la trata, la referencia al consentimiento no está vinculada al elemento "Medios," sino al elemento "Explotación." "La definición de explotación en la ley tailandesa establece una lista de fines de explotación y concluye con la frase *"independientemente del consentimiento de dicha persona."*

Leyes como las de Indonesia y Tailandia, que dejan claro que el consentimiento de la víctima sencillamente no importa, podrían hacer que leyes como éstas fueran aún más claras que el Protocolo al eliminar el consentimiento como cuestión. Con arreglo al Protocolo, existe una presunción legal de que los "medios" utilizados vician el consentimiento, lo que deja abierta la posibilidad de que un tribunal pueda pensar, de forma incorrecta, que esta presunción puede ser impugnada y que pueden exigirse pruebas que demuestren que los "medios" utilizados realmente afectaron a la víctima.

Pero el lenguaje que elimina por completo el consentimiento no deja abierta ninguna posibilidad de argumentación. El delito se comete con independencia del consentimiento. Los fiscales de países con leyes nacionales sobre el consentimiento, como los de Indonesia y Tailandia, tienen una base especialmente sólida para excluir las pruebas del consentimiento.

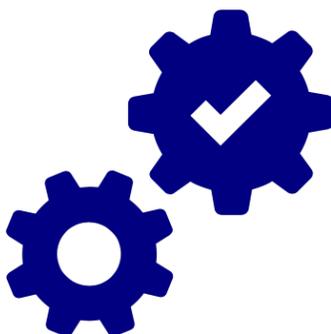
Las leyes nacionales de algunos otros países no mencionan en absoluto el consentimiento. Las leyes sobre la trata en Israel y el Reino Unido, por ejemplo, no mencionan la cuestión del consentimiento, con algunas excepciones. Sin embargo, las decisiones judiciales y las orientaciones administrativas internas abordan la cuestión del consentimiento de forma ampliamente coherente con la definición internacional.

Además, algunas leyes nacionales sobre la trata de personas no adoptan el enfoque del Protocolo de la ONU para proporcionar una protección especial a las víctimas infantiles. Estas leyes nacionales no eliminan el elemento de los "medios" en los casos de víctimas infantiles.<sup>1</sup> Con arreglo a esas leyes, la prueba de un elemento de "medios" puede ser necesaria para negar el uso del consentimiento como defensa, incluso cuando un niño ha sido explotado.

Por lo tanto, es importante que el fiscal consulte las disposiciones específicas y los precedentes jurídicos pertinentes de su legislación nacional que tratan del consentimiento en los casos de trata de personas y no se base únicamente en el lenguaje del Protocolo.

---

<sup>1</sup> Estos estatutos no cumplen con las obligaciones que el Protocolo impone a los Estados miembros y, en cualquier caso, son incompatibles con el derecho y las prácticas internacionales. Dichas leyes nacionales deben ser modificadas para cumplir con los requisitos de protección de los niños.



---

## **ANTICIPARSE A LO INESPERADO Y ESTAR PREPARADO PARA RESPONDER**

Está claro que, desde el punto de vista jurídico, el consentimiento no es una defensa válida en los casos de trata de adultos y niños, y no se debe permitir al acusado presentar pruebas, interrogar a los testigos y presentar argumentos relativos a esa línea de defensa. Sin embargo, en la práctica, el fiscal puede no poder contar con esta protección en todos los casos.

Los fiscales deben estar plenamente preparados para instar al tribunal a que rechace cualquier intento de introducir pruebas de consentimiento mediante el testimonio de los testigos, el conainterrogatorio de la víctima y los documentos, como las declaraciones inconsistentes anteriores de la víctima o el hecho de que ésta no se haya quejado o escapado cuando tuvo la oportunidad de hacerlo.

Algunos tribunales pueden ser persuadidos por estos argumentos para introducir pruebas de consentimiento, porque no están familiarizados con la ley, no entienden el impacto de las formas sutiles de coerción utilizadas por los traficantes de hoy en día, o simplemente creen que la equidad fundamental y el debido proceso requieren que el acusado tenga una amplia libertad para presentar una defensa completa.

La forma en que el tribunal resuelva estará, con toda probabilidad, muy influida por los hechos que tenga ante sí. En la medida en que el tribunal perciba que las pruebas del elemento "medios" son ambiguas o débiles, es más probable que concluya que el consentimiento es una cuestión legítima y encuentre una forma de permitir al acusado

argumentar esa defensa. Cuando, por el contrario, las pruebas de los "Medios" son sólidas y presentan una conducta claramente coercitiva, el tribunal estará menos inclinado a creer que la víctima consintió voluntariamente, y es más probable que deniegue cualquier intento de plantear esa defensa.

Si, por ejemplo, el elemento "medios" se basa únicamente en los "medios" de abuso de la vulnerabilidad, y las pruebas no son muy claras en cuanto al grado de vulnerabilidad de la víctima o a la forma en que el acusado se aprovechó de esa vulnerabilidad, el fiscal puede anticipar razonablemente un fuerte argumento de la defensa en el sentido de que el consentimiento está en juego y que la equidad exige que se permita al acusado plantear a fondo esa cuestión.

La lección aquí es que el fiscal debe estar preparado para argumentar agresivamente la ley para mantener fuera las pruebas irrelevantes de consentimiento, especialmente en los casos que involucran a niños, pero siempre anticipar la posibilidad de un fallo desfavorable y estar listo para enfrentar el uso del consentimiento como defensa como una cuestión de hecho y no confiar ciegamente en la teoría legal.

Esto significa que el fiscal debe asegurarse de que la investigación se ha llevado a cabo de forma exhaustiva para que haya pruebas suficientes que demuestren claramente que la víctima no consintió libremente y a sabiendas su propio maltrato a manos del traficante. El fiscal también debe prepararse cuidadosamente para interrogar a la víctima de manera que ofrezca una explicación razonable de cualquier discrepancia en las pruebas o en el comportamiento que pueda parecer incompatible con la falta de consentimiento, como por ejemplo, por qué dio diferentes versiones en diversas declaraciones a los investigadores, o por qué no se escapó o gritó cuando había una oportunidad aparente de hacerlo.



---

## **POSIBLES ARGUMENTOS DE DEFENSA**

Dado el evidente atractivo del consentimiento como defensa para el traficante acusado, los fiscales pueden esperar que los abogados del acusado empleen tácticas o presenten argumentos diseñados para permitir que se presenten pruebas de consentimiento y que sean consideradas por el juez o jueza. Los fiscales deben prever los siguientes enfoques probables para lograr ese fin:

- **BAJO EL RADAR**

El abogado defensor puede limitarse a introducir pruebas de consentimiento sin indicar el propósito de hacerlo con la esperanza de que nadie se dé cuenta. El abogado puede, por ejemplo, interrogar a la víctima sobre su incapacidad para escapar o pedir ayuda a la policía. El abogado puede interrogarle sobre por qué no se quejó del trato recibido a los vecinos. El abogado puede mostrar fotografías de la víctima sonriendo con el traficante o profundizar en el historial sexual de la víctima para sugerir que participó voluntariamente en el comercio sexual. Todo ello con el fin de demostrar que la víctima no es una víctima, sino que consintió el trabajo libre y voluntariamente.

El fiscal debe estar preparado contra este ataque furtivo y plantear una objeción a la primera señal de que el abogado defensor está entrando en un tema irrelevante, dirigiendo la atención del tribunal a la ley que prohíbe plantear el consentimiento como defensa.

- **NO HAY "MEDIOS" COMPROBADOS**

La defensa puede argumentar que la acusación no ha demostrado el elemento "Medios" y que, por tanto, el consentimiento es relevante y puede plantearse como una defensa válida.

Si el caso implica a una persona menor de 18 años, el fiscal debe responder que la ley es clara, el consentimiento es siempre irrelevante y nunca es una defensa válida en un caso de tráfico de niños.

Si la víctima es un adulto, el fiscal debe estar preparado para demostrar que se han establecido los "medios" mediante la revisión de las pruebas con el tribunal, vinculando esas pruebas al elemento pertinente de los "medios." El fiscal debe solicitar al tribunal que rechace las pruebas de consentimiento, ya sea a través de los testigos o del interrogatorio.

- **ESTADO MENTAL DE LA VÍCTIMA**

Como se ha descrito anteriormente, el abogado del acusado puede responder argumentando que, con independencia de que se haya acreditado un elemento de "medios," el consentimiento sigue siendo relevante porque la acusación no ha demostrado un vínculo causal entre los "medios" utilizados y el estado mental de la víctima. En otras palabras, las acciones del traficante no influyeron en la libre voluntad de la víctima. La víctima aceptó voluntariamente el trabajo o la actividad porque quería hacerlo y no porque el acusado la coaccionara, amenazara o engañara.

El fiscal debería responder señalando que la ley no exige que se demuestre que los "Medios" utilizados realmente socavaron la libre voluntad de la víctima. Todo lo que hay que demostrar con arreglo a la ley es que está presente un elemento de "Medios" y que esto por sí solo "hará" irrelevante el consentimiento. En pocas palabras, se presume el impacto de los "Medios" en la víctima. El fiscal también puede argumentar que se trata de una disposición acertada, porque elimina la difícil tarea de intentar calibrar el estado mental de la víctima.

El fiscal, sin embargo, debe estar preparado con una estrategia alternativa "Plan B" en previsión de que el tribunal pueda rechazar el argumento de la presunción. El fiscal debe estar preparado para mostrar al tribunal que las pruebas efectivamente demuestran que la voluntad de la víctima se vio afectada por las acciones del acusado. Lo más probable es que las pruebas del estado mental de la víctima provengan directamente de ella. Es responsabilidad del fiscal asegurarse de que el testimonio de la víctima aborda adecuadamente su estado mental y describe claramente cómo el abuso, el engaño o las amenazas del traficante le llevaron a aceptar las exigencias del traficante en contra de su voluntad. En ciertos casos, un testigo experto, como un psicólogo o consejero con experiencia en el tratamiento de víctimas traumatizadas, puede resultar útil para explicar cómo y por qué las víctimas responden a una prueba traumática prolongada como la trata de personas y las causas psicológicas de comportamientos que pueden ser malinterpretados como aquiescencia pero que en realidad son estrategias de protección diseñadas para evitar la confrontación y minimizar la posibilidad de más daños.

- **OFRECIDO PARA OTRO FIN**

Si todo lo demás falla, el abogado del acusado puede intentar convencer al tribunal de que las pruebas no se ofrecen para demostrar el consentimiento, sino para probar otra cuestión relevante, como la credibilidad de la víctima o que no hubo intención de explotación.

Por ejemplo, si la víctima testifica que odiaba vender sexo en un burdel, el abogado puede argumentar que una foto en la que aparezca la víctima sonriendo y de pie junto al traficante, o las cartas a uno de sus padres indicando su satisfacción con el trabajo, o una declaración a la policía expresando su deseo de volver al burdel, o el hecho de que no se haya escapado a pesar de las oportunidades de hacerlo, son muy pertinentes para determinar si el testimonio de la víctima es creíble y, por extensión, si el juez o jueza puede confiar en cualquier cosa que diga.

Esta prueba, podría argumentarse, también es pertinente no para el consentimiento, sino para el elemento de explotación. Si la víctima está satisfecha con la situación en la que se encuentra, no puede haber explotación.

El fiscal podría argumentar en respuesta que la prueba ofrecida está inextricablemente vinculada al consentimiento y, por lo tanto, es irrelevante en virtud de los términos expresos de la ley, y que además, incluso si existe alguna tenue conexión con la credibilidad o la explotación, cualquier valor probatorio que esta prueba pueda tener se ve superado por su efecto perjudicial.

Pero estos argumentos pueden no ser persuasivos, especialmente en un juicio ante un juez (a diferencia de un jurado) que se sentirá capaz de dar el peso adecuado a las pruebas. El fiscal debe estar preparado para responder con hechos que socaven los argumentos de la defensa. Esos hechos provienen de la investigación, del testimonio de la víctima y del testimonio de los expertos. Esto ilustra la importancia de una adecuada preparación de la víctima antes del juicio, anticipando y respondiendo a los ataques de credibilidad. Con una preparación adecuada se puede saber que la víctima estaba aplacando al malhumorado traficante sonriendo para la foto y fingiendo felicidad, o que había escrito cartas tranquilizadoras y positivas porque la verdad se percibía como demasiado vergonzosa, o que creía que la policía local trabajaba para el traficante, o que temía las represalias si se intentaba una fuga. También destaca la necesidad de llevar a cabo una investigación exhaustiva que desarrolle pruebas que apoyen el relato de cada víctima. Es responsabilidad del fiscal que estas tareas se lleven a cabo y se completen adecuadamente. También debe considerarse en ciertos casos la posibilidad de contar con la ayuda de un testigo experto o un consejero con experiencia en el trato con las víctimas de trata que pueda describir las respuestas típicas de las víctimas a la explotación prolongada y las causas de ese comportamiento de una manera que el juez o jueza comprenda y acepte.



---

## CONCLUSIÓN: PRINCIPALES LECCIONES

- Con arreglo al derecho internacional y a la mayoría de las legislaciones nacionales, el uso del consentimiento como defensa es irrelevante en los casos de trata en los que está presente el elemento de los "medios." En las legislaciones nacionales de algunos países, el consentimiento como defensa debe ser rechazado per se por el tribunal incluso sin que se demuestren los "medios."
- Según el derecho internacional y muchas leyes nacionales, el uso del consentimiento como defensa es siempre irrelevante, independientemente de los "Medios," cuando un niño es víctima de la trata.
- Dado que los traficantes suelen utilizar métodos sutiles (psicológicos o no físicos) para controlar a sus víctimas y que éstas a veces responden de formas inesperadas que pueden interpretarse erróneamente como si estuvieran de acuerdo, los hechos de estos casos suelen hacer del consentimiento una estrategia atractiva para el acusado y una defensa difícil de superar para la acusación.
- En consecuencia, los fiscales deben prever que el acusado tratará de eludir la ley y plantear un uso del consentimiento como defensa siempre que sea posible mediante diversas tácticas y argumentos jurídicos.

- Los fiscales deben estar atentos a la aplicación de la ley objetando cualquier intento del acusado de introducir el consentimiento como defensa a través de testigos, pruebas físicas o conainterrogatorios de la víctima.
- Los fiscales deben anticiparse a los probables argumentos jurídicos del acusado que pretendan justificar el uso del consentimiento como defensa y estar preparados para responder de forma persuasiva a esos argumentos.
- Los fiscales deben estar preparados para instruir al tribunal en cuanto a los requisitos de la ley sobre el consentimiento y para mostrar al tribunal cómo las pruebas establecen "Medios" que hacen irrelevante el consentimiento.
- Al anticiparse a los argumentos de la defensa y a las inquietudes judiciales, el fiscal debe asegurarse de que los hechos de que se dispone establecen el elemento de "medios." En la práctica, esto significa que el fiscal debe asegurarse de que la investigación es lo suficientemente exhaustiva como para identificar y asegurar todas las pruebas corroborativas pertinentes; que el fiscal está preparado para sacar a la luz, a través del interrogatorio, el estado mental de la víctima para mostrar cómo las acciones del traficante afectaron a su capacidad de ejercer su libre albedrío; y que el fiscal reconoce las áreas en las que es probable que se ataque la credibilidad de la víctima y, a través de preguntas directas, permite a la víctima explicar las razones creíbles de su comportamiento o declaraciones anteriores.

## Agradecimientos

"Albert Moskowitz es uno de los primeros líderes en el enjuiciamiento de casos de trata de personas. En la actualidad, es un experto del Grupo Warnath que aporta esta gran experiencia a nuestros cursos de formación para agentes de la justicia penal de todo el mundo. En esta Guía Práctica se centra en ayudar a los fiscales y a otros agentes de la justicia penal a poder utilizar con más éxito las disposiciones de las leyes sobre la trata de personas que tienen por objeto impedir la presentación de una defensa en nombre de los acusados de trata de personas basada en alegaciones de consentimiento. Los esfuerzos globales del Grupo Warnath contra la trata de personas se benefician enormemente de las ideas profesionales de Albert y de su continua dedicación a la educación de las nuevas generaciones de fiscales y actores de la justicia penal en estas importantes cuestiones destinadas a aumentar la responsabilidad penal de los traficantes."

*-Stephen Warnath, Presidente y Director General*