



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY



TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

Su análisis socio-jurídico y los problemas
interpretativos de la ley 19.643

CURSO: DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Profesor: Diego Camaño

Couchet Grassi, María Florencia
Correo : mfcgg077@hotmail.com
Estudiante de Abogacía

Durán Teijeiro, Santiago José
Correo: santiagoduranteijeiro@gmail.com
Estudiante de Abogacía

Martínez Sierra, Alejandra
Correo: alejandrains7.am@gmail.com
Estudiante de Abogacía

ISSN 2393-6118

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es realizar una aproximación al fenómeno de la trata de personas acotándolo al que tiene por finalidad la explotación sexual. Este estudio se enfoca principalmente en el análisis sociológico de la cuestión, así como de la tipificación del delito en el ordenamiento jurídico uruguayo, teniendo como eje principal los problemas de índole interpretativo que derivan de la ley N° 19.643 publicada el 14 de agosto del año 2018, denominada “Ley de prevención y combate de la trata de personas. Modificaciones al Código Penal”.

PALABRAS CLAVE: tráfico de personas, Ley 19.643, crimen organizado, migración, trata de personas.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos el fenómeno de la trata de personas, en el cual, si bien daremos un concepto de ésta, haremos un esfuerzo por acotar la cuestión al fin de explotación sexual, ya que como es mencionado en los diversos materiales estudiados, el tema no se agota y es cuasi materialmente imposible abarcarlo en su totalidad. En razón de esto, a continuación, expondremos definiciones y conceptos fundamentales a tener presentes en el análisis, además de realizar un estudio del tipo delictual incluyendo la regulación legal del delito a nivel interno e internacional. Consideramos relevante incorporar al trabajo un análisis del aspecto sociológico del tema en cuestión y finalmente mencionar algunos casos dispuestos en la jurisprudencia a modo de mostrar la aplicación a los hechos del tema de la trata de personas con el fin de explotación sexual. A partir de lo expuesto anteriormente, aportaremos unas reflexiones finales para contribuir a la discusión del tema.

I. DEFINICIÓN DE TRATA

II.1) GENERAL

La trata de personas es, según Fleitas (2014), la actividad de promoción o favorecimiento de la recluta o transporte de personas, dirigida a la explotación laboral, sexual o sometimiento a esclavitud utilizando violencia, intimidación, engaño, con o sin consentimiento. Asimismo, la trata de seres humanos conlleva el uso de fuerza,

amenaza, rapto, fraude, entre otros; como también una situación de vulnerabilidad, de manera tal que la persona afectada no tenga alternativa ni poder de decisión sobre su suerte.

El concepto trata de personas abarca tanto la de esclavos y esclavas como la de blancas, venciendo de esta forma, la discriminación en cuanto al sexo y el origen étnico, y contemplando la totalidad de los fines de la trata: laboral, sexual, remoción de órganos, venta con fines de adopciones ilegítimas, entre otros.

Es catalogada como la tercera actividad ilegal que mayor ganancia económica genera, posicionándose seguidamente del narcotráfico y el tráfico de armas. Pese a mostrarse tal magnitud en la problemática a nivel global, no ha habido una concientización real por parte de los diversos grupos, sociedades e instituciones.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, cuya entrada en vigor data del 25 de diciembre de 2003¹, enuncia que ésta es:

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.

II.2) ACOTADO A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL

La trata de personas está compuesta por una serie de actos sucesivos, que son empleados en distintos países, teniendo por finalidad intermediar en la corrupción, trasladando a la víctima desde el lugar en que se situaba hasta otra región en que será explotada por el mismo reclutador. Es menester destacar, siguiendo las ideas de Fleitas (2014), que la trata de personas posee tres elementos: a) una actividad, que refiere a la movilización de la persona, siendo aquella una captación, un reclutamiento, traslado o retención; b) los medios para llevar a cabo la anterior, pudiendo ser éstos el abuso de poder, el engaño, la amenaza y otras modalidades de vicios del consentimiento; c) una finalidad, la cual es, la explotación del sujeto (con fines económicos o no).

III. ANÁLISIS DEL DELITO

III.1. Tipo penal

Podemos catalogar como **sujetos activos** diversos actores, tales como, reclutadores, intermediarios, falsificadores, transportadores, dueños de burdeles, personas con ciertos grados de acceso al poder público (corrupción con la finalidad de falsificar documentos, sortear inspecciones, obtener autorizaciones y silenciar a quienes conocen el hecho).

En contraposición, los **sujetos pasivos** son aquellas personas que por diversos motivos se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y son denominados “víctimas”.

En el delito de trata de personas, sin duda no existe un solo **bien jurídico lesionado**, sino que se advierte la posibilidad de que exista una pluralidad de bienes jurídicos que resultan afectados, siendo un delito pluriofensivo (Fleitas 2014), afectándose así, la libertad ambulatoria, la integridad física, la libre disposición sobre el propio cuerpo, la vida privada, la intimidad, las libertades y derechos sexuales, y pudiendo llegar a afectar el derecho al juego y la educación de niños, niñas y adolescentes.

Uruguay ratificó las principales convenciones internacionales e interamericanas respectivas al tema en cuestión, brindado a las mismas, rango constitucional en el ordenamiento legislativo nacional. Esto lo podemos verificar aludiendo al artículo 72 (que reconoce nivel constitucional a los derechos inherente a la persona humana pese a no ser previstos expresamente en su texto) y al artículo 332 de la Carta, según los cuales, los derechos humanos no dejan de ser exigibles y aplicables por las leyes o decretos que los regulen más específicamente (González & Tuana, 2010). Ambos artículos, en conformidad con el 7, conforman lo que conocemos como “bloque de constitucionalidad”.

Los **delitos conexos** (definidos en el art.4 lit. B de la ley 19.643) y que también enuncian González & Perret (2010) son: la esclavitud y privación de libertad con fines de lucro, el proxenetismo, el cruce de fronteras para la prostitución, entre otros. La trata de personas es un fenómeno complejo y puede traer aparejada la comisión de varias conductas ilícitas (tipificadas en nuestro Código Penal o leyes especiales) como lo son el proxenetismo, la explotación sexual infantil (ley 17.815), la trata de esclavos, el lavado de dinero, la falsificación documental y otros delitos contra la Administración Pública y contra la Fe Pública. Frecuentemente se da lugar a la creación de asociaciones

para delinquir, lo cual se encuentra tipificado en nuestro Código Penal en el artículo 150.

El lavado de dinero se prevé como delito en la ley de estupefacientes (decreto ley 14.294, con las modificaciones que introdujo la ley 17.016). En un principio solo era penalizado el lavado proveniente del tráfico de drogas, pero luego esto fue ampliado por diversas leyes como la 18.494 de 2009 y la 19.574 de 2017.

El tráfico de personas conlleva un largo proceso integrado por distintas fases, es decir, que reúne un conjunto de comportamientos o actividades sucesivas consecucionalmente. En un primer momento, la persona, que luego será víctima de explotación, puede efectuar su traslado por diferentes medios, entre ellos, por iniciativa propia o bien por la promesa hecha por otro sujeto. Por otra parte, cuando ya se concretó el traslado, la víctima puede ser objeto de actos de comercio, actos de transporte o actos de explotación. Los actos de comercio se caracterizan porque la víctima resulta ser objeto de comercio, es decir, es mercancía a tratar. En estos casos, existe un comprador y un vendedor, en sí, la víctima cambia de manos a través de un intercambio comercial. Los actos de transporte responden a las necesidades del mercado (mayor dimensión del mercado de tratas). Así, a través de estos actos se facilita el traspaso de un lugar a otro de la víctima. Estos dos actos (comercio y transporte) engloban las dos mayores manifestaciones que comprenden el delito, es por ello que el intercambio comercial ha sido siempre acompañado del traslado (Fleitas, 2014).

Respecto a los actos de explotación, éstos se dan luego de haberse producido los anteriores, y finalmente, resta la efectuación, por parte del proxeneta, de la apropiación y utilización de las víctimas, ya sea en el ámbito laboral (no es objeto del presente trabajo, pero es fundamental mencionarlo) o en el ámbito sexual.

III.2. Investigación del delito

Se torna necesaria la adopción de la investigación de tipo proactiva por parte de los operadores del sistema. Para ello, hacen falta mecanismos de investigación (policial y judicial), coordinación y cooperación entre actores y organismos. Es fundamental el conocimiento de las fases de dicho fenómeno (formas de expresión, cartografía, rutas y circuitos, estructura de red, aliados, conexión con otros actores de la sociedad y vínculos con otras áreas del delito); la sensibilización por parte de los operadores del sistema; un marco legal adecuado con técnicas de investigación y formas de aplicación de las

mismas; creación de protocolos de actuación aplicables desde la detección del delito y todas sus fases siguientes, estableciendo de forma estricta, pasos a seguir y roles a cumplir; capacitación de jueces, fiscales y policías especializados en estos delitos; coordinación interinstitucional, jueces y fiscales entre sí y también éstos con la policía, entre policía especializada y policías de otros lugares, entre Ministerios y diversos organismos públicos y privados; cooperación penal internacional, el cual supone un punto clave debido al carácter transnacional del delito.

III.3. Relación con la Corrupción

La corrupción y los grupos de crimen organizado en altos mandos gubernamentales, debilitan la capacidad estatal para contrarrestar la trata. Dicha situación fue enunciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2015, denunciando la facilitación de documentos adulterados o el ingreso irregular por parte de agentes de control migratorio a cambio de coimas para facilitar el traslado de las víctimas de trata entre países. En este mismo sentido, la ausencia de inspecciones y la corrupción en los procesos judiciales, motiva a los tratantes a evitar ser condenados, realizando pagos, creando así un “manto de impunidad” a favor de la trata.

Siguiendo lo expresado en el informe Trata de personas en América Latina y el Caribe 165º Período de Sesiones CIDH, en zonas fronterizas de Paraguay no existe identificación de las víctimas, esto es tal, debido a la corrupción. La misma situación se registra en Guatemala con un Estado incapaz de enfrentar las causas estructurales de la trata; también ocurre en México, puesto que, los funcionarios públicos exigen sobornos y servicios sexuales de adultos dedicados a la prostitución y menores víctimas de trata sexual.

III.4. Relación con la migración

Como ya fue mencionado con anterioridad, el fenómeno de la trata de personas con el fin de la explotación sexual amerita diversos abordajes, entre ellos destacamos la cuestión de la migración. Las variables que la determinan son el desequilibrio de desarrollo entre países, condiciones de empleo y diferencias salariales, segmentación de los mercados, crisis, entre otros; aunque ésta también se explica por otras, tales como las opresiones étnicas, políticas o religiosas, violencia interna, conflictos bélicos, miseria, catástrofes naturales y reiteradas violaciones a los derechos humanos. Existe

una histórica relación entre la migración y los servicios sexuales, al decir de Maqueda (2016: 66), “desde hace más de un siglo, las mujeres viajan en el interior de sus países o a otros en busca de trabajos y nuevas oportunidades que le llevaron al mundo de la prostitución”.

IV. COMPARACIÓN DEL DERECHO INTERNO Y EL INTERNACIONAL

El tema en cuestión ha conllevado diversos tipos de discusiones y debates con cierto grado de preocupación para las Organizaciones y organismos internacionales (Fleitas, 2014).

A raíz de ello, éstos han incursionado campañas y movimientos para concientizar, aún más, a los Estados de la comunidad internacional para que aboquen mayor tiempo y dedicación a enfrentar el fenómeno delictivo en cuestión. Como ya es de público conocimiento, la trata de personas es un delito mayormente transnacional a causa del ingreso a colación de las organizaciones criminales.

Si trazamos una línea cronológica, nos remitimos hasta la mitad del siglo XIX, que es, cuando empiezan a surgir las primeras aproximaciones a la protección y prevención contra la prostitución de mujeres. En esos años se crea la Convención para la Supresión de la Trata de Blancas, y otra que devino más cercana en el tiempo fue, de carácter más general, la Declaración de los Derechos Humanos del hombre, y así consecuentemente hasta llegar a la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada.

A grandes rasgos, todas ellas y otras más, comprenden las actividades que se debe llevar a cabo por las personas, instituciones y Estados. Entre ellos encontramos la protección hacia las víctimas, persecución a los que propician tal actividad, adaptación de medidas penales, compromiso por parte de los Estados, erradicación de explotación laboral y sexual, impedimento al maltrato infantil, tendencia a la regulación nacional, entre otros.

Con respecto al marco normativo, cabe mencionar, la creación de tipos penales específicos: Argentina con la ley 26.364 de 2008; Brasil con modificaciones en los artículos 231 y 231 a del Código Penal, en Paraguay, con la ley 3.440 de 2008 se introdujo el artículo 129 al Código Penal; en Uruguay con la ley 18.250 de 2006, y recientemente la incorporación de la Ley 19.643 del año 2018.

En cuanto al Derecho comparado, observamos diversas situaciones. Por ejemplo, en el Derecho francés, se castiga la inmigración ilegal y el tráfico ilegal de personas. Con respecto a la inmigración ilegal se castiga también el auxilio a la inmigración irregular, ya que ello facilita el flujo de personas en el territorio. Y por su parte, al delito de tráfico ilegal de personas se lo incluye en los delitos contra la dignidad de la persona. Aquí el tipo penal consiste en transportar, transferir, albergar o acoger a una persona para ponerla a disposición de un tercero.

Respecto al Derecho alemán, se castiga en forma autónoma el tráfico de inmigrantes, en cuanto la conducta consista en promover o facilitar la entrada, permanencia o tránsito del inmigrante. También se castiga el delito de tráfico de personas, en cuanto está protegiendo el bien jurídico libertad. Aquí se castiga la trata de seres humanos, con motivos sexuales o laborales.

Mientras tanto, en el Derecho italiano, se prevé la trata de personas como también la inmigración clandestina. El tráfico de personas consiste en ejercer sobre una persona los poderes referidos al derecho de propiedad, o bien al sometimiento a un estado de dependencia para su utilización en el ámbito laboral o sexual. Comprende, a grandes rasgos, una situación de esclavitud o servidumbre.

En España, por su parte, se da prevalencia a la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. La conducta típica del delito consiste en captar, transportar, trasladar, entre otros, a una persona, violencia o engaño mediante, para obtener un fin no conseguido por la persona en cuestión.

Nuestro vecino país, además de haber suscrito varios instrumentos internacionales, su ordenamiento consagra en el artículo 145 del Código Penal argentino el delito de “trata de personas mayores de 18 años”. Asimismo, manifiesta que el consentimiento de quien cumpla tal condición no tendrá efecto alguno. Además, la trata de personas en Argentina comprende cuatro situaciones: reducción de una persona y posterior sometimiento a esclavitud; obligar a una persona a realizar trabajos forzados; práctica del comercio sexual; y la extracción ilícita de órganos.

La última normativa europea del año 2014 elaborada por el Parlamento Europeo expresa que cualquier forma de prostitución es un tipo de esclavitud sexual “que perpetúa los estereotipos de género con la idea de que el cuerpo de las mujeres está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo”. Por su parte, la *Coalition against*

Trafficking in Women consideraba que ni las mujeres ni los menores podrían consentir viajar para trabajar en la industria del sexo, y si lo hacían, serían considerados víctimas de trata, aunque no hayan sido sometidos a violencia, engaño o abuso.

A nivel internacional, la trata sexual se encuentra recogida en el artículo 6 con la expresión “trata de mujeres” en la Convención Americana de Derechos Humanos. También refiere a ella la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación (CEDAW) en su artículo 6 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En la Convención sobre los Derechos del Niño se regula la protección de los niños, niñas y adolescentes de adopciones ilícitas, explotación laboral y sexual (artículos 21, 32 y 34). El Protocolo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía recoge la trata como “venta de niños”. El Convenio 182 de la OIT prohíbe formas de explotación de niñas, niños y adolescentes, entre ellas la explotación sexual.

V.1. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA LEY 19.643

En la redacción de esta ley encontramos un gran problema interpretativo dentro del artículo 2 inciso segundo, cuando establece que "en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley, prevalecerá la interpretación más favorable a las víctimas de la trata y de la explotación de personas". Percibimos que el legislador uruguayo consideró a este delito de tal magnitud, que prosiguió a limitar en función del mismo, uno de los principios fundamentales del Derecho Penal que es el de *in dubio pro reo*, contrariándolo, por completo, en el artículo anteriormente mencionado. El principio de interpretación en favor de las víctimas es denominado prioridad de los Derechos Humanos de las víctimas (surge de los Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

Como es sabido, en reducida cantidad de términos, el principio *in dubio pro reo*, consiste en que, una vez celebrado el juicio con todas las garantías, el juez, apreciadas y valoradas todas las pruebas, si se le presentan dudas respecto de la culpabilidad del acusado, debe dictar sentencia absolutoria. En oposición a lo planteado en las líneas anteriores, encontramos documentos que afirman el cambio radical de la dogmática penal la cual evoluciona hacia la victimología:

En la dogmática penal del ayer, el axioma *in dubio pro reo* significó un avance importante en la historia de la dogmática penal y ciencias afines, pues cercenó la violencia, la agresividad, la venganza, etc. La dogmática penal de hoy pretende, desde diversos puntos de vista, superar la dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas. (Beristain, 2008:1)

Seguidamente, en el literal B del artículo 3, descubrimos como interés prioritario el proteger los derechos humanos de las víctimas. Esto desplaza a segundo plano la persecución del delito, lo cual resulta novedoso para el Derecho Penal.

A continuación, el artículo 4 literal A recoge la definición de trata de personas, siendo de especial atracción la irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo de la trata.

Seguidamente, nos detendremos en la expresión “prácticas análogas a la esclavitud”. Tal como lo postula Bayardo (1975:71), la analogía consiste en “la aplicación de un principio jurídico que la ley determina para cierto hecho, desplazándolo a otro hecho no regulado, pero similar jurídicamente al primero (...)”. Este autor señala dos presupuestos para que exista analogía, los cuales son: la falta de disposición precisa para el hecho a regular; y la existencia de igualdad de esencia entre el caso a regular y el caso regulado.

Existen puntos de distinción casi imperceptibles entre la analogía y la interpretación extensiva de una ley. Al realizar una interpretación extensiva se extiende el significado de las palabras según la voluntad del legislador, pero en la analogía se extienden pensamientos y palabras a un caso no contemplado abiertamente. En la primera, falta la expresión literal, pero rige la voluntad del legislador; en la segunda, faltan ambas. Pese a estas diferencias claras, existen doctrinos que identifican a una con la otra.

Tal como lo expresa Preza (2011:100), se crean “canales jurídicos de interpretación extensiva incompatibles con el principio de legalidad”. Particularmente, la analogía en el Derecho Penal contiene requisitos y garantías que sostuvo Salvagno en 1933, quien fue citado por Preza en 2011. Este sistema que conforma resulta arbitrario y caprichoso.

El Código soviético de 1926 recoge la analogía en su artículo 16, y esta analogía rusa, con “la tipicidad desprendida del *nullum crimen sine lege*” (Bayardo, 1975: 74) se distingue de la alemana. Pero la problemática real de la integración analógica tiene especial consideración en ordenamientos tales como el nuestro, “en el que el principio *nullum crimen sine lege* tiene un valor absoluto” (Bayardo, 1975: 73). Este principio es recogido por el artículo 10 de nuestra Constitución.

Por su parte, el artículo primero del Código Penal (teniendo en cuenta que nuestro derecho penal es de carácter liberal), al consagrar el principio mencionado *ut supra*, impide la integración analógica para las lagunas legales. Al decir del autor en análisis, “cuando un comportamiento no ha sido descrito como delito en la ley, el intérprete jamás puede considerarlo como tal” (Bayardo, 1975: 74).

No puede aplicarse la integración analógica cuando de dicha integración surja un daño al sujeto, es decir, no se puede ampliar el rango de alcance de leyes que incriminan o agravan (*in malam partem*). Sin embargo, se cuestiona si es aplicable la analogía *bonam partem* (la extensión determina un resultado favorable al sujeto). La misma resulta lícita, siempre y cuando no se afecte la libertad del ciudadano. Incluso la analogía *in bonam partem* es aplicable de forma relativa, esto es, se prohíbe la integración análoga del caso con normas excepcionales.

La analogía se encuentra consagrada en forma expresa en el inciso 12 del artículo 46 del Código Penal, puesto que establece como atenuatoria de la responsabilidad delictual “cualquier otra circunstancia de igual carácter o analogía a las anteriores”. Se puede decir que esa, es la admisión de la *analogía legis*.

Desde la perspectiva de los autores Muñoz y García, el intérprete se encuentra sometido al principio de legalidad, lo cual implica la prohibición de la analogía. La justificación de esto es que, según el contenido que se les asigne a los preceptos penales, podrá “decidirse la punición o la impunidad de las conductas.” (Muñoz & García, 2015: 133). Estos autores señalan que la analogía no refiere a una forma de interpretación de la ley, sino que se trata de una forma de aplicación de la misma. “Una vez interpretada la ley, (...) se extienden sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos” (Muñoz & García, 2015: 134).

En consonancia con Bayardo, estos autores señalan que la prohibición de analogía se limita solo a la analogía *in malam partem*, fundamentándolo desde un

paradigma garantista del principio de legalidad, el cual limita la intervención punitiva del Estado.

Podría impugnarse que la analogía beneficiosa para el reo tampoco debería admitirse “puesto que, aunque no le perjudique, también supone aplicar la ley a supuestos que ésta no contempla” (Muñoz & García, 2015: 135). A pesar de ello, se argumenta fuertemente a favor de este tipo de analogía.

El segundo inciso del literal C del artículo 4 refiere al concepto de vulnerabilidad, ampliando, de este modo, el requisito tradicional de violencia y amenazas. A modo de crítica puede impugnarse la amplitud y vaguedad propias de este concepto, conjuntamente con la carga valorativa que trae aparejada.

Tomando como guía la jurisprudencia española y sus pronunciamientos sobre la interpretación de los vocablos “vulnerabilidad” y “explotación” (yendo desde las más extensivas hacia las más restrictivas), muestra una evolución hacia modelos más acordes a los principios penales de lesividad y de intervención mínima. Al decir de Maqueda (2016:73), “esta nueva racionalidad jurídica, más realista y menos ideologizada, permite combatir de modo más eficiente la victimización de las trabajadoras sexuales”. Además, esta autora refiere a “sacarlas de la clandestinidad que les garantiza su legalidad y las empodera para enfrentar el estigma y la discriminación”, reconociendo a las trabajadoras en su entorno social y laboral se les ofrece también “recursos contra la explotación, los abusos frecuentes, el rechazo vecinal y el insoportable acoso policial a que la marginación por parte del Derecho las ha condenado inmemorialmente”.

El literal H del mismo artículo vuelve a señalar una “situación de vulnerabilidad”, la cual incurre en las mismas problemáticas anteriormente enunciadas. Seguidamente se cataloga como matrimonio, concubinato o unión análoga forzada o servil a la relación que entabla una persona adulta con una persona adolescente, niño o niña. Podríamos decir que, estamos frente a una presunción absoluta de trata y explotación, a la que también alude de forma expresa el artículo 29 de la ley 19.643. Este fenómeno fue recogido por el Código Penal conformando el artículo 280 ter, siendo la ley 19.643 la razón de su modificación.

Vemos que, en el artículo 35 se encuentra algo novedoso que es la falta de consideración del consentimiento de la víctima, la frase “en ningún caso” da cuenta de

que se refiere a que no se hará lugar a excepciones. Esto debe leerse en armonía con lo expresado en cuanto al artículo 4 literal A.

En el artículo 40 se impone un cambio radical por cuanto, a toda persona víctima de trata, durante el transcurso mismo de la explotación, no le serán punibles los delitos que efectúen. A grandes rasgos no se considera el elemento culpabilidad en dichos extremos.

Se destacan claramente los institutos de las causas de justificación para evitar la responsabilidad penal. Su fundamento, creemos que es, el tal mencionado “estado de necesidad”, que padecen todas las víctimas del delito en estudio. Asimismo, estas, son objeto, en diversos casos, de indicaciones por parte de los sujetos activos, de cometer tales delitos bajo amenazas. En sí, las víctimas, una vez que ingresan a dicho mercado, no tienen escape, y es por ello que, ante tal complejo escenario, se ven obligadas, por diferentes caminos, a emplear medios ilícitos para escapar;

En contrapartida, se da otra postura, que establece que tanto la conciencia como la voluntad de las víctimas, están sometidas por las maquinaciones efectuadas por el explotador. Ante esta situación, y posible empleo de aquellos medios, sería coherente, en un Estado de Derecho, que sea el juez quien pueda discernir que, en ese caso puntual, la comisión de ese delito fue objeto de una sumisión de la voluntad por parte de esa víctima.

El juez deberá determinar si se produce una incapacidad por sumisión de la voluntad de la persona, que anula su intención o su consciencia y voluntad. Se evitará así, un tipo de “licencia en abstracto para delinquir”.

El artículo 47 dio nueva redacción al artículo 289 del Código Penal; el artículo 48 adicionó al Código Penal el 280 bis, también el artículo 49 agregó al Código Penal el 289 ter. De igual modo el artículo 50 dio lugar al artículo 280 quater y al 280 quinquies.

VI. ASPECTO SOCIOLÓGICO

Tal como lo señala las autoras González y Tuana (2010), la trata es una realidad silenciada y oculta, que vulnera los derechos humanos y provoca daños inmediatos, a corto, mediano y largo plazo. La realidad mencionada *ut supra*, es una “forma contemporánea de esclavitud” (González & Tuana, 2010: 135).

Como causas se identifican la demanda de los servicios de la explotación y el desarrollo de mercados, con propósito de lucrar a cualquier costo; además, se asocian factores tales como la pobreza, la falta de oportunidades laborales, conflictos armados, discriminación a ciertos grupos sociales, victimización sexual y maltrato de niños en su ámbito familiar, que los impulsa a abandonar el seno familiar.

Encontramos también nuevas formas de esclavitud: es considerado una nueva modalidad, no solo por su prohibición legal en diferentes ordenamientos jurídicos, sino que también por sus causas y las nuevas formas de llevarlas a cabo. Tal es así que, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York se consagra la promoción de la esclavitud y trata de esclavos en todas sus formas. Asimismo, el tráfico de personas inmigrantes también es un fenómeno vinculado a las nuevas formas mencionadas. Estas nuevas formas de esclavitud responden a fenómenos o circunstancias mundiales, como son el aumento de población mundial, la segregación entre países desarrollados y los no desarrollados, lo que por ejemplo condiciona a millones de personas a prestar su mano de obra en condiciones de precariedad y explotación. Como nuevas formas de sometimiento o bien explotación encontramos a la esclavitud por deudas, donde la persona se pone como garantía de un préstamo, y la esclavitud contractualizada, como consecuencia de las nuevas relaciones laborales. Esto agrega como resultado de convivencia de distintas formas de esclavitud, los casos mencionados de prostitución transnacional. Trae, nuevamente a colación, la situación de necesidad de los países subdesarrollados, que, a cambio del supuesto contrato de trabajo, resultan ser objeto de sometimiento al dominio del explotador.

Se traza así, un gran paralelismo con la esclavitud de épocas pasadas, donde la superioridad económica, contexto social y cultural hace que ciertas personas sean consideradas objeto de comercio.

Los Derechos (in) humanos en el delito de trata de personas contempla los tan incorporados derechos humanos a nivel mundial como son, por ejemplo, pobreza, falta de vivienda adecuada, el no acceso a los recursos del agua potable, educación, salud y la falta de oportunidades laborales, son algunos de los derechos vulnerados (Marengo, 2018).

En sí, engloba la idea de que el estado se encuentra ausente a la hora de garantizar los derechos humanos de las víctimas, antes durante y después de ejecutarse el delito.

En el contexto del delito de trata de personas, la pobreza tiene una doble vía que es central en la generación del delito. Por un lado, la pobreza y la marginalidad subyacente a la misma es una generalidad en las víctimas de trata. Pero, por otro lado, la existencia del propio delito genera pobreza. Los sujetos son mercancías, la mano de obra es mercantilizada y por lo tanto se genera un dueño que se hace propietario de la vida humana.

Las causas de este delito tienen como punto de partida la vulnerabilidad a las que han sido expuestas las víctimas en materia de políticas migratorias restrictivas, discriminación en el mercado laboral, condiciones de desigualdad y pobreza, restricción en el acceso al sistema de salud y de educación, discriminación racial y de género, entre otros derechos vulnerados.

El mercado necesita sostener la existencia de esas personas que no son incluidos en el sistema legal porque de esa forma se maximiza la generación de lucro dentro de un capitalismo cada vez más individualista y competitivo. Así, la trata de personas se convierte en eficaz para el sistema. Lo ilegal, lo que está por fuera del derecho, se vuelve funcional a éste y al modelo económico actual.

Los derechos humanos cumplen, en el sistema capitalista, una función ideológica, la función de enmarcar la explotación capitalista dando a la misma una apariencia de relaciones presididas por la libertad y la igualdad.

Las prácticas ilegales expuestas en la trata de personas se amplían a la imposibilidad de acceder al sistema de salud y de educación, falta de alimentación adecuada, castigos corporales, sustracción de documentación personal al momento de ingresar al lugar de retención, así como también, la prohibición de salir de allí. Y si la persona logra escapar o le permiten irse, no tiene a dónde recurrir ni medios para independizarse. Estas personas han perdido su condición humana, reduciéndose así a mercancías dentro de la cadena de producción legal.

En lo concerniente a nuestro país, se lo considera un país de origen, tránsito y destino: es de origen debido al reclutamiento de personas que luego pasarán a ser

víctimas de la trata de blancas en destinos europeos tales como Italia y España; el tránsito se explica por las corrientes migratorias que provienen desde Bolivia, Perú, Ecuador y el sur de Brasil, ya que, la situación geográfica y la buena reputación de Uruguay, lo convierte en “terreno fértil” para realizar maniobras que sirvan para despistar acerca del origen de las personas que son llevadas a otras partes del mundo; en el mismo sentido, existen personas oriundas de Asia que son traídas a Uruguay por cierto periodo de tiempo denominado “de enfriamiento” que luego emprenden nuevas rutas. Además, se lo caracteriza como país de “destino” porque en Montevideo, según esta autora, existe fuerte presencia de extranjeros “bolivianos, peruanos y asiáticos –así como coreanos y chinos”), que ejercen la prostitución, ya en la capital, como, por otra parte, en los departamentos fronterizos. (Di Giovanni, 2012: 200).

VII. JURISPRUDENCIA

Estudiando y profundizando diferentes tipos de jurisprudencia, entre ellas uruguaya y argentina, las sentencias o fallos de los jueces o tribunales, generalmente siguen una corriente que se caracteriza por imputar a quienes son demandados por dicha causa.

Es notorio, como expresa un juez argentino, que para que se dé un “dictado de un procesamiento no se requiere una certidumbre apodíctica por parte del magistrado, sino que basta con la mera probabilidad sobre la ocurrencia del delito y la intervención del imputado”. (Poder Judicial de la Nación; expediente nro. 6141/III, caratulado “Trata de personas mayores de 18 años agravada en forma organizada”). Surge así, en Argentina, una clara presunción de imputabilidad hacia los sujetos que le son atribuibles los hechos que lo involucran en tal situación, aunque aquellos no sean tan determinantes para llegar a una sentencia justa.

Otro de los puntos en común con respecto a las sentencias estudiadas es que, la situación en la que se da se caracteriza por el aprovechamiento de la situación de necesidad, así como también las condiciones en las cuales actúa el victimario, que le son beneficiosas para el trato sobre las víctimas, ya que éstas son, en la mayoría de los casos, menores de edad o bien sujetos jóvenes sin mucha posibilidad de resistirse al engaño o aprovechamiento ofrecido por el victimario.

Esto explica que los victimarios aprovechan la situación de las futuras víctimas en cuanto se encuentran en situación de vulnerabilidad, sin posibilidad de escapar de la situación a la que se enfrentan.

Otra situación que se da ante el acaecimiento de este delito es que las víctimas usualmente son extranjeras² y/o personas con decadentes condiciones sociales, económicas y educacionales. Resulta así afirmado, con mayor fuerza, lo explicado anteriormente. Estas mujeres u hombres, niñas o niños extranjeros, ya ingresan a territorio desconocido de forma ilícita, siguiendo así la cadena de tal carácter, terminando, en muchos casos, exponiéndose en gran medida a lo que depare los mercados en los cuales dichos sujetos pueden acceder.

Estas son las situaciones que viven habitualmente los sujetos migrantes, que acaban siendo parte de un fenómeno global, como es la trata de personas, el cual no les cabe posibilidad de evitarlo, en otras palabras, se ven “obligados” a recaer en dicho mercado, siendo su cuerpo, objeto de aquél.

Por otra parte, otros elementos en común de lo estudiado en jurisprudencia es que la comisión del delito se da, en muchos casos, de forma agravada, ya por la situación de necesidad de la víctima, o por la minoría de edad de las víctimas de trata. Asimismo, el aprovechamiento efectuado mediante engaño (consentimiento mediante de las victimas), es llevado a cabo por dos o más sujetos que concretan el delito con carácter de coautoría, agravando, aun así, la pena posteriormente aplicada.

Por último, los sujetos que efectúan el delito, generalmente, como surge jurisprudencialmente, lo hacen en reiteración real. Ergo, cometen uno o más delitos (ej. proxenetismo, atentado violento al pudor, etc.), con anterioridad al cometido final, que es, en este caso, la trata de personas.

Respecto a jurisprudencia reciente, debemos afirmar que es prácticamente nula. La razón de esto, es el corto transcurso del tiempo de la aplicación de la ley, aprobada en nuestro territorio, n° 19.643, vigente desde agosto del año 2018. Por esto mismo, no hemos encontrado en las bases de jurisprudencia nacional sentencias firmes cuya fundamentación parta de esta nueva ley. Pese a ello, gracias al Sr. Juez cuya identidad mantenemos reservada, tuvimos acceso a un expediente del cual sus datos no expondremos en el presente trabajo dado que aún el caso no tiene sentencia firme, sin embargo, encontramos en los hechos redactados por fiscalía varios puntos que ya han

sido analizados en los capítulos anteriores y ahora tenemos la posibilidad de verlos en un caso real.

El caso a exponer, se encuentra caratulado como un delito de unión matrimonial concubinaria forzosa o servil en reiteración real con un delito de abuso sexual agravado, del cual se le dispuso al imputado (ppl) una medida cautelar de prisión preventiva de 90 días.

La investigación se inicia por denuncia presentada en la línea azul de INAU. De dicha denuncia surge que la femenina AA actualmente de 13 años de edad, desde principios de 2018 se vinculó con el masculino BB de 27 años de edad, del cual resultó embarazada en abril y dando a luz en enero de 2019.

La mencionada relación se dio cuando el señor BB construyó una pieza en el terreno en el que AA vive con su madre y 6 hermanos. La construcción de la pieza fue sugerida y autorizada por la madre de la menor a cambio de 15.000 pesos uruguayos. Todas estas personas ya se conocían de tiempo atrás por haber sido vecinos en otra oportunidad.

La menor AA se habría ido a vivir a esta pieza con el Sr. BB, quien además aporta dinero a la casa de la madre del menor y no trabaja. El embarazo de AA no fue advertido por ninguna de las personas con las que frecuentaba hasta recién la semana número 24 de embarazo.

Según informe realizado de Casa Upa-Ipru surge que a partir de la entrevista realizada en el domicilio en acompañamiento psicosocial a la menor AA se desprenden las siguientes consideraciones: a. situación de cohabitación con un adulto de 15 años mayor (perpetrador) en pieza al fondo de la casa de la madre; b. cofacilitación de la madre para el abuso y la explotación sexual de la menor; c. condiciones habitacionales precarias y falta de higiene; d. niña a cargo de sus 5 hermanos menores; e. ausencia de controles y acompañamiento en el embarazo -negligencia de los cuidados parentales-; f. posteriormente se realiza intervención del equipo multidisciplinario de Hospital Pereyra Rossell donde se expiden los siguientes informes - situación de abuso sexual constatable por embarazo con diferencia etaria de 10 años-; g. informe psicológico donde la menor de 13 años expresa que el señor BB fue su primera pareja afectiva y sexual y no sabía que podía quedar embarazada, de hecho no comprende lo que es un embarazo cuando se

le pregunta, sus relatos son confusos, con dificultad de comprensión, con un pensamiento pobre de contenido y mucha frialdad.

Se entiende que hay abuso sexual en cuanto la menor (13 años) aparenta dificultades de comprensión, funcionamiento intelectual descendido lo que hace cuestionar su capacidad para consentir una relación sexual.

Todos estos surgen de la solicitud de formalización de Fiscalía, en tanto se constatan los caracteres propios de la trata con fines de explotación sexual, en este caso, reducido al tipo penal que se identifica anteriormente.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Habiendo partido de la premisa de que cada ser humano es una persona, y en su carácter de tal es libre en todo lo que le respecta, ya sea decisión de vida, personas con quienes vincularse, actividades que hacer, etc., consideramos que, todas aquellas relaciones que no respeten la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales deberán, o bien deben, ser consideradas un delito grave contra la libertad misma, pudiendo también alcanzar la afectación de otros derechos, como también contra las convenciones y proclamas recogidas por el Derecho Internacional que cotejan los derechos humanos.

Ante todas aquellas situaciones deplorables, tanto de necesidad como de vulneración padecidas por las víctimas, resulta innegable ponerle fin a todo acto o forma de explotación. Pero aquí radica el problema. Ya no basta con la existencia de diversas legislaciones nacionales e internacionales (en su mayoría incompletas y con preocupantes errores de tipificación e interpretación) que contemplan las situaciones estudiadas, sino que la sociedad, en su conjunto, deberá ahondar todos sus esfuerzos en concientizarse. Dicha concientización deberá ser canalizada con precisión ya que esta violación a ciertos derechos humanos opera de manera silenciosa, y generalmente se encuentra dirigida a aquella parte de la sociedad marginada debido a falencias en su ámbito social, cultural, educacional y/o económico.

Ahora bien, alejándonos de lo abstracto e ideal que resulta lo anteriormente expuesto, debemos contemplar también la aplicación fáctica de los postulados internacionales y la normativa de tipo nacional. Siendo que un precepto normativo no siempre resulta eficaz, debido a que el hecho de legislar acerca de algo, no asegura que

se lleve a cabo de la mejor manera, lamentamos reconocer que terminan siendo letra muerta que solo cumple la función de disimular realidades problemáticas que no resultan atractivas para inversiones o buena categorización de un país y/u organismos internacionales.

La gran mayoría de las declaraciones internacionales presumen la condición de víctima de las mujeres, dejando su consentimiento en un plano de irrelevancia. Los motivos de esto, según Maqueda (2016: 67), son “el fantasma de la prostitución y la obsesión por controlar la moralidad y la sexualidad femeninas”.

Este punto de vista desde la victimización está en contra del reconocimiento del derecho a la libre determinación de las mujeres y su reconocimiento como sujetos de derechos. En este punto existen intereses de tipo morales, ideológicos y pragmáticos que buscan garantizarse.

Maqueda (2016: 68) cataloga de “lenguaje trafiquista” la simplificación de la realidad en una dicotomía entre malos y buenos: mafias criminales que engañan y explotan vs. las pobres víctimas, presas del engaño y la explotación.

Existe un “modelo abolicionista nórdico” que propone a los Estados prohibir la demanda de servicios sexuales penalizando a los clientes y liberando a las mujeres prostituidas por ser vulnerables social, económica, física, psíquica, emocional y familiarmente. Esta vulnerabilidad borra los límites entre lo coercitivo y lo voluntario.

Cabe, por último, preguntarnos y reflexionar: ¿Estamos frente a una presunción absoluta que no admite prueba en contrario sobre la trata de personas con fines de explotación sexual?

Referencias:

- Albanell, E. (1932). *Legislación sobre proxenetismo y delitos afines*. Montevideo: Imprenta Nacional Colorada.
- Barvinsk, G. (2014). La trata de mujeres con fines de Explotación Sexual en la Región de la Triple Frontera. *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad. Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación*, 68-78 (14).
- Di Giovanni, A. (2012). Los desafíos del delito de trata de personas en materia investigativa. *Revista de Derecho Penal*, (20), 197-203.

- Tunque, R. (2018). Corrupción y crimen organizado facilitan la trata de personas. SERVINDI: Comunicación intercultural para un mundo más humano y diverso. Recuperado de <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/19/04/2018/corruccion-y-grupos-de-crimen-organizado-facilitan-la-trata-de> Consulta: 10/05/2019 - 00:43.
- Fleitas, S. (2014). *Delitos migratorios, tráfico de personas y trata de personas – su regulación en la legislación nacional uruguaya, incidencia de la Ley 18.250*. Montevideo: FCU.
- González D. & Tuana A. (2010). *El género, la edad y los escenarios de la violencia sexual*. Montevideo: Mastergraf.
- Maqueda, M. (2016). Prostitución y Trata Sexual: Otras Perspectivas más allá del Victimismo. *Revista EMERJ*, 19(72), 66-81.
- Marengo, D. (2018). *Los derechos (in) humanos en el delito de trata de personas*. *Revista Derechos en Acción*, 527-534. Recuperado de <https://doi.org/10.24215/25251678e200>.
- Quintero, M. (2013). *El Delito de Trata de Personas*, *Revista Penal México* marzo-agosto (4),175 – 193.

Normativa Citada

- Brasil. Decreto-Lei Nº 2.848. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 7 de diciembre de 1940
- Argentina. Ley 26.364. *Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas*, Boletín Nacional, 30 de abril de 2008.
- Paraguay. Ley 3.440. *Que modifica varias disposiciones de la Ley Nº 1.160/97, Código Penal*. Gaceta Oficial, 20 de agosto de 2008
- Uruguay. Ley 19.643. *Ley de prevención y combate de la trata de personas. Modificaciones al Código Penal*. Diario Oficial, 14 de agosto de 2018
- Uruguay. Ley 19.574. *Actualización de la normativa vigente referida al lavado de activos. Ley integral contra el lavado de activos. Derogación de artículos del Decreto-Ley 14.294 y Leyes 17.835, 18.494, 18.914, y 19.149*, Diario Oficial, 10 de enero de 2018.
- Uruguay. Ley 18.484. *Control y prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*. Diario Oficial, 11 de junio de 2009.
- Uruguay. Ley 18.250. *Migración*. Diario Oficial, 17 de enero de 2008.
- Uruguay. Ley 17.861. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos complementarios para Prevenir,*

Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niños, y el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Diario Oficial, 7 de enero de 2005.

Uruguay. Ley 17.298. *Ratifícase el Convenio Internacional del Trabajo N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en la 87° Reunión celebrada en Ginebra en la fecha que se detalle.* Diario Oficial, 22 de marzo de 2001.

Uruguay. Ley 17.016. *Estupefacientes. Díctanse normas referentes a estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o psíquica.* Diario Oficial, 28 de octubre de 1998.

Uruguay. Decreto-Ley 15.164. *Se aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.* Diario Oficial, 12 de agosto de 1981.

Uruguay. Decreto-Ley 14.294. *Estupefacientes. Se regula su comercialización y uso y se establecen medidas contra el comercio ilícito de las drogas.* Diario Oficial, 11 de noviembre de 1974.

Uruguay. Ley 9155. *Código Penal.* Diario Oficial, 4 de diciembre de 1933.

¹ Este protocolo es complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

² Lo cual resulta un primer factor de vulnerabilidad, que puede, o no, combinarse asimismo con otro factor tales como las bajas condiciones sociales, económicas y educacionales.