ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES SEXUALES Y POR MOTIVOS DE GÉNERO EN COMPARACIÓN CON EL DELITO TRASNACIONAL DE TRATA

GENDER PERSPECTIVE ANÁLISIS OF SEXUAL AND GENDER-BASED INTERNATIONAL CRIMES IN COMPARISON WITH THE TRASNATIONAL SEX TRAFFICKING CRIME

Rev. Boliv. de Derecho Nº 41, enero 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 422-449

Isabella CAZAN
OMS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de noviembre de 2025
ARTÍCULO APROBADO: 9 de diciembre de 2025

RESUMEN: Este artículo analiza el marco jurídico del delito trasnacional de tráfico de personas con fines de explotación sexual en comparación con el marco jurídico del Derecho Penal Internacional en materia de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de subtipo sexual bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. De forma transversal se centra la importancia de la perspectiva de género a la hora de abordar la trata y la explotación sexual.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de personas; explotación sexual; derecho penal internacional; derecho trasnacional; perspectiva de género.

ABSTRACT: *This article analyses the transnational crime of human trafficking for sexual exploitation purposes and its legal framework in comparison with the legal framework of International Criminal Law and the sexual crimes comprised under the jurisdiction of the International Criminal Court. The paper centres and highlights the gender perspective needed when addressing the topic due to these crimes main impact being on women.*

KEY WORDS: Human trafficking; sex trafficking; international criminal law; transnational law; gender perspective.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS CRÍMENES SEXUALES Y POR MOTIVO DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.- 1. Evolución histórica.- *A) Los juicios de Nuremberg y el Tribunal Militar de Tokio.- B) El Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Ruanda.- C) La Corte Penal Internacional.- D) Necesidad, preocupación y protección de la perspectiva de género.*- 2. Análisis de los crímenes sexuales y de género como Crímenes Penales Internacionales.- *A) Esclavitud sexual y prostitución forzada como crímenes de lesa humanidad.- B) Esclavitud sexual y prostitución forzada como Crímenes de Guerra.*- III. DELITO TRASNACIONAL DE TRÁFICO DE PERSONAS.- 1. Tráfico de Personas con finalidad de explotación sexual.- *A) Marco jurídico.- B) El Protocolo de Palermo y otros mecanismos de Naciones Unidas en materia de tráfico de personas.- C) Marcos Jurídicos Regionales en materia de tráfico de personas.*- 2. Perspectiva de género en la persecución de tráfico de personas- IV. COMPARATIVA ENTRE LA REGULACIÓN TRASNACIONAL Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el Derecho penal internacional, los crímenes por motivo de género son aquéllos que se cometen contra las personas a causa de su sexo o de su género. Los crímenes sexuales, a su vez, son aquellos crímenes que requieren que el autor cometa un acto de naturaleza sexual contra la víctima, y se tipifican como subtipos de los crímenes principales que reconoce el Estatuto de Roma. Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho trasnacional, encontramos el delito de tráfico de personas con fines de explotación sexual. Un nexo común entre estos dos ámbitos es la violencia que afecta principalmente, y de forma desproporcional, a las mujeres y niñas. Esto plantea la necesidad de estudiar ambos marcos jurídicos desde una perspectiva de género, que exige entender las diferencias de condición, poder y necesidades entre hombres y mujeres, así como el impacto del género en las víctimas[1]. Mediante el estudio de ambos enfoques, y la comparación entre sí desde una perspectiva de género, es posible tener una visión más amplia para resolver la problemática de estos delitos, con tal de prevenirlos, abordarlos y erradicarlos.

II. LOS CRÍMENES SEXUALES Y POR MOTIVO DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

El Derecho Penal Internacional actualmente contempla cuatro tipos de crímenes: crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión y genocidio. En este contexto, no existe un crimen en sí cuyo objetivo individual sea

1 Corte Penal Internacional.*: Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género,* p. 3.

• Isabella Cazan Oms
Becaria de investigación predoctoral en el Departamento de Derecho internacional de la Universitat de València. Graduada en Derecho por la Universitat de València. Especializada en Derecho internacional público y europeo por la Universidad Libre de Bruselas, y en Derecho penal internacional por la Universidad internacional de La Rioja. Correo electrónico: isabellacazan13@gmail.com.

castigar los crímenes sexuales y de género, sino que las acciones que constituyen este tipo de delitos se ven incluidas dentro de estos *core crime*s, en específico, bajo los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En este apartado, se estudiará la evolución histórica de los crímenes sexuales en el Derecho internacional hasta llegar al actual marco jurídico. Posteriormente, se analizarán los elementos de los crímenes sexuales y de género que se encuentran en el abanico de los *core crimes* de la Corte Penal Internacional (CPI).

1. Evolución histórica

A) Los juicios de Nuremberg y el Tribunal Militar de Tokio.

Tras la segunda guerra mundial transcurrieron los juicios de Nuremberg, durante los que por primera vez se estableció un tribunal penal internacional con el objetivo de condenar a nivel internacional la responsabilidad del individuo y no de los Estados. Los procesados fueron condenados por crímenes de guerra, crímenes contra la paz -actualmente crimen de agresión- y crímenes de lesa humanidad. No obstante, el Estatuto de este Tribunal no contemplaba las violaciones ni ningún otro acto de naturaleza sexual o de género como acto constitutivo de los crímenes que se estaban investigando[2]. Esto se debe a que, en el contexto histórico y social en el que fueron llevados a cabo los Juicios de Nuremberg, las violaciones y el saqueo durante la guerra se consideraban como aspectos inevitables del conflicto y, por tanto, no se castigaban ni se consideraban delitos al mismo nivel de la esclavitud, el asesinato o la limpieza étnica[3].

Durante los juicios de Tokio, sin embargo, a pesar de no haber una definición clara de "violación" en su Estatuto, sí que se menciona este cargo dentro de las acusaciones[4], rompiendo el silencio histórico habido sobre la cuestión de la violencia sexual en la guerra.

B) El Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Ruanda.

En los años 90, tras el conflicto en los Balcanes y el genocidio del pueblo Tutsi en Ruanda, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó los tribunales internacionales *ad-hoc*. En ellos, se discutieron por primera vez los crímenes sexuales como actos constituyentes de crímenes internacionales, y se persiguió a los autores a nivel internacional.

2 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender Crimes in the New International Law: Past, Present, Future*. Leiden, Brill, 2011, p. 62.

3 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 64.

4 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 66.

El Tribunal Penal de Yugoslavia, en el art. 5(g) de su Estatuto, preveía la violación como crimen contra la humanidad. Esta inclusión explícita fue un progreso considerable en el Derecho Penal Internacional. Además del marco teórico, el Tribunal fue rellenando las lagunas legales mediante las sentencias. Así, en el caso *Prosecutor v. Furundzija* el Tribunal estableció una primera definición de violación como crimen internacional[5], que sería: "la penetración sexual, por ligera que sea, ya sea vaginal o anal, causada por el pene del perpetrador, o por cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o de la boca de la víctima por el pene del perpetrador, cuando dicha penetración sea efectuada mediante coerción, fuerza, amenaza o violencia contra la víctima o contra una tercera persona"[6].

A su vez, en el documento de Reglas de Procedimiento y Prueba, Anexo al Estatuto de Yugoslavia, se incluye la regla 96, la cual es también un avance importante, pues determina una protección extra para las víctimas de crímenes sexuales: se determina que el testimonio de la víctima será suficiente y no deberá ser corroborado; no se admite el consentimiento como defensa si la víctima estaba bajo amenaza o si tenía razones para creer que, de no consentir, se le atacaría con violencia, bien a ella o bien a una tercera persona; y, finalmente, no se admitiría como prueba la conducta sexual previa al ataque de la víctima[7].

Finalmente, el art. 22 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, requiere que se adopten reglas que protejan a las víctimas y a los testigos; y la norma 34(A) del documento de Reglas de Procedimiento y Prueba, establece una unidad de asesoramiento y apoyo a las víctimas y testigos de ataques sexuales.

En cuanto a la jurisprudencia, los crímenes sexuales, en especial el crimen de violación, se condenan en múltiples sentencias de este Tribunal, considerando tanto a hombres como mujeres como posibles víctimas[8].

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue establecido con el fin de lidiar con los crímenes cometidos durante el genocidio de Ruanda, en el cual el pueblo Hutu cometió actos para exterminar al pueblo Tutsi.

El Estatuto de este Tribunal, en su art. 3(g), establece que la violación será considerada "crimen contra la humanidad" y, como novedad respeto al Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el art. 4 de su Estatuto se estipula que el crimen de violación puede ser perseguido como una violación del art. 3 de los

5 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 80.

6 JL/PIU/372-E 12/1998.

7 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 93.

8 Un ejemplo de ello sería la sentencia *Prosecutor v. Dusko Tadic.*

Convenios de Ginebra, considerándolo así también crimen de guerra[9]. Finalmente, en sus sentencias, como en el asunto *The Prosecutor vs Akayesu*, el abuso sexual también se consideró un acto de genocidio, siendo la primera vez que el Derecho internacional consideró la violación como posible forma de este crimen[10].

Los avances de estos Tribunales *ad-hoc* fueron muy importantes para pavimentar el Derecho Penal Internacional actual con respecto a los crímenes sexuales y de género.

C) La Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal internacional *permanente* en materia penal. Ante ella, se juzgan a los individuos responsables de cometer crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión. Su estatuto, el Estatuto de Roma, fue el primer instrumento legal en incluir la perspectiva de género para el enjuiciamiento de crímenes internacionales. En él, se incluyen los delitos sexuales como actos de crímenes de lesa humanidad y de guerra, y se prevé la consideración de los problemas de género durante el procedimiento legal, mediante el documento de Reglas de Procedimiento y Prueba.

El ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional ha significado también un avance a nivel de reglas procesales. El art. 36 del Estatuto prevé que deberá haber representación igualitaria de hombres y mujeres como jueces del tribunal, y que los jueces deberán tener experiencia en ciertos temas como la violencia en contra de la mujer y de los niños (art. 36(8)(a)(III) y 36(8)(b)). También, en el art. 8(e)(6), se establece que el acto de violencia sexual como crimen de guerra será considerado como tal tanto si se comete en un conflicto armado internacional como si se comete en un conflicto armado no internacional. El art. 43(6) del Estatuto exige el establecimiento de una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría de la Corte, que preste asistencia y asesoramiento a víctimas y testigos de delitos de violencia sexual. Finalmente, a lo largo del documento de Reglas de Procedimiento y Pruebas del Estatuto de Roma, se establecen reglas específicas para las víctimas y los testigos de delitos de violencia sexual, tales como: no se aceptarán pruebas relacionadas con la conducta sexual anterior de la víctima en el art. 71; el testimonio de la víctima no necesitará ser corroborado, será suficiente en sí mismo, según el art. 63.4; y no se permitirá el "consentimiento" como argumento de defensa si la víctima se encontraba bajo circunstancias coercitivas, incluyendo violencia, tensión, fuerza o amenaza sobre ella misma o sobre una tercera persona, según el art. 70.

9 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 95.

10 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 99.

En definitiva, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido un paso muy importante en cuanto a la consideración de los crímenes sexuales y de género. No sólo ha reconocido los actos de violencia sexual que pueden constituir crímenes internacionales graves, sino que, además, en su funcionamiento procesal, ha añadido reglas que protegen a la víctima y a los testigos en la práctica.

D) Necesidad, preocupación y protección de la perspectiva de género.

Los crímenes sexuales y de género presentan un doble filo: por una parte, el acto violento del delito sexual, un ataque que afecta a la víctima tanto física como psicológicamente; y, por otra parte, el aspecto sexual o el aspecto de género, en el sentido de que el acto no sólo es violencia hacia un individuo, sino que se encuentra en un contexto de subordinación social de la mujer. Esto no quiere decir que si la víctima es hombre se le debe dar menos importancia. Tanto hombres como mujeres pueden ser víctimas de delitos sexuales y de género, y ambos deben tener garantizada una protección a raíz del ataque que han sufrido. El objetivo de la perspectiva de género no es minimizar la violación o los delitos sexuales que pueden ser cometidos a los hombres, sino visibilizar el contexto social en el que las mujeres, cuando son torturadas, asesinadas, violadas, no sólo son asesinadas y torturadas como enemigo, sino que, además, son torturadas y violadas por su condición de ser mujer[11]. En muchos casos, como por ejemplo en el caso *Tadić* del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, cuando los hombres son víctimas de delitos sexuales, lo son por su condición de enemigo durante el conflicto o el ataque sistemático, pero no son víctimas de delitos sexuales meramente por su condición de ser hombre. Un sistema judicial que excluya los problemas de la mujer, los ataques a la mujer meramente por razón de su género, sería un sistema judicial imparcial. Por ello, es imprescindible que se aplique esta perspectiva de género, con tal de garantizar la protección de la mujer por su condición de mujer.

Otra razón por la que esta perspectiva es necesaria es por la visión que la sociedad misma tiene de la violación. Las víctimas de delitos sexuales suelen ser juzgadas y culpadas por la misma sociedad. Las mujeres violadas, en muchas ocasiones, se topan con obstáculos que son específicos a su género: dejan de ser percibidas como *verdaderas mujeres*, en sociedades extremadamente patriarcales se les puede prohibir trabajar o casarse o volver a casarse, dejan de poder mantenerse a sí mismas y, en definitiva, la violación no sólo las afecta a nivel físico y a nivel psicológico, sino que a nivel social pierden a su familia, se ven siendo acusadas y sus medios económicos se ven afectados[12].

11 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 102.

12 Sammie, S.: *Linking High-Level Accused to Sexual and Gender-Based Crimes in International Criminal Law: Theory and Practice of the ICTY, ICTR, and ICC*. University of Groningen, Groningen, 2022, pp. 11-12.

La tercera razón por la cual existe una necesidad de que se aplique la perspectiva de género se da a la hora del proceso judicial mismo. Como se ha comentado, existen unas reglas específicas del Procedimiento y de la Prueba para la CPI con objetivo de garantizar la protección, privacidad y testimonio de la víctima, y éstas son imprescindibles. El hecho de ser víctima de crímenes sexuales supone un trauma y un daño psicológico a la víctima. El tener que testificar puede resultar en un segundo trauma adherido, al tener que revivir el hecho, sentirse cuestionada y/o juzgada, y tener que lidiar con las consecuencias sociales explicadas en el párrafo anterior. La investigación policial y el ataque de la defensa en el juicio puede sentirse como una *segunda violación*, primero, el ataque físico y, después, la forma de ser tratada por la sociedad y por la Corte[13]. Por ello, es necesario que se garantice la privacidad, la seguridad y la credibilidad del testimonio de la víctima. Que no se pueda utilizar su historial sexual como prueba, que no deba corroborar su testimonio, que no se cuestione su consentimiento y que se garantice su privacidad para evitar el ostracismo social. Es importante que el sistema judicial no viole la confianza de la mujer, sino que la proteja. Esto no sólo beneficia a las víctimas de forma individual, sino que garantiza que se haga justicia, ya que cuantas más garantías, más víctimas saldrán a testificar, con lo cual menos autores serán considerados impunes. Es necesario, pues, incluir en el sistema judicial el problema femenino, pues de no hacerlo no se incluye ni se protege a toda la humanidad, permitiendo que predominen los valores sexistas.

Finalmente, la perspectiva de género que ha sido aplicada a la hora de fundar la Corte Penal Internacional es de gran relevancia a la hora de trascribirse este Estatuto a los órdenes nacionales, ya que "se puede utilizar los avances en el Estatuto de la CPI para mejorar nuestros sistemas nacionales en cuanto a la incorporación de la perspectiva de género"[14]. Por ende, si a nivel internacional el tratado garantiza la protección de las víctimas de delitos sexuales e incluye el problema de los delitos de género, esto se deberá aplicar también a los sistemas nacionales a la hora de trascribir las normas internacionales en el orden jurídico interno. La perspectiva de género será de esta forma garantizada no sólo a nivel internacional, que al final, será subsidiario en su aplicación, sino también a nivel nacional para perseguir los crímenes internacionales en foro interno.

2. Análisis de los crímenes sexuales y de género como Crímenes Penales Internacionales.

Los crímenes sexuales y de género se encuadran como subtipos de los crímenes internacionales principales. Para ello, la acción que constituye un crimen no solo debe cumplir con los requisitos de *actus reus* y *mens rea*, si no que,

13 Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender,* cit., p. 34.

14 Facio, A.: "Las mujeres y la Corte Penal Internacional", Aportes Andinos, vol. 1, p. 3, 2022.

además, deberán cumplir un requisito contextual que los ligue a los *core crimes*. En aras de este artículo, y por ser de forma análoga los actos más similares al tráfico de personas con fines de explotación sexual, los tipos cuyos elementos se desarrollarán son la esclavitud sexual y la prostitución forzada.

A) Esclavitud sexual y prostitución forzada como crímenes de lesa humanidad.

Los crímenes de lesa humanidad se encuentran tipificados en el art. 7 del Estatuto de Roma y, dentro de sus actos constitutivos se incluyen "la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable"[15].

Para que el acto de Esclavitud Sexual se considere crimen de lesa humanidad dependerá de los elementos que se encuentran en el art. 7.1 (g)-2 del documento de Elementos de los Crímenes. Se considerará como crimen de esclavitud sexual cualquier acto que consista en ejercer atributos del derecho de propiedad sobre otra persona, deshumanizando a la víctima o coartando su libertad, a la vez que se le fuerza a realizar actos de naturaleza sexual. Es indiferente para la CPI si estos actos de naturaleza sexual han sido realizados hacia el autor del crimen, o hacia un tercero[16]. Además, este delito debe llevarse a cabo en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil -generalizado se refiere a que debe ser un ataque a gran escala, y sistemático se refiere a que el ataque debe ser planificado u organizado, no puede ser un ataque espontáneo o fortuito-. Finalmente, el último requisito es que el autor sea consciente o tenga intención de que sus actos se están cometiendo como parte de este ataque.

Este tipo de crimen ha sido tratado en la jurisprudencia en el caso *Katanga*, y en el caso *Ngudjolo Chui,* en los que la CPI consideró que los elementos definidores del crimen de esclavitud sexual son los que figuran en el documento de Elementos de los Crímenes, tanto si se consideran crimen de guerra o crimen de lesa humanidad. También se determinó que el crimen de esclavitud sexual debe ser considerado como una forma concreta de esclavitud, y se aceptaron los matrimonios forzados como ejemplo de esclavitud sexual[17].

Por su parte, el crimen de prostitución forzada se halla en el art. 7.1 (g)-3 del documento de Elementos de los Crímenes. Los elementos de este crimen son: que el autor haya hecho que una o más personas realizaran actos de índole sexual, y que se hayan lucrado de estos que la víctima ha sido forzada a hacer. Este ánimo de lucro es una de las grandes diferencias con el tipo de esclavitud sexual. En

15 Art. 7 1(g) CPI, Estatuto 2002.

16 Bou Franch, V. E.: "Los crímenes sexuales en la Jurisprudencia Internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 24, 2014, p. 35.

17 Bou Franch, V. E.: "Los crímenes sexuales", cit., p. 35.

cuanto a los elementos contextuales, el acto debe llevarse a cabo en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y el autor debe ser consciente o tenga intención de que sus actos se están cometiendo como parte de este ataque.

Ningún tribunal internacional se ha pronunciado de momento sobre este crimen[18].

B) Esclavitud sexual y prostitución forzada como Crímenes de Guerra.

El Estatuto de Roma incluye a los crímenes de guerra en su art. 8. Este artículo divide los crímenes de guerra en cuatro grupos: el primer grupo, art. 8.2 (a), son actos que se desarrollan en el contexto de conflicto armado internacional como violaciones graves de los Convenios de Ginebra. El segundo grupo, art. 8.2 (b), también incluye actos que se desarrollan en contexto de conflicto armado internacional, pero no se consideran como 'violaciones graves' de los Convenios de Ginebra, sino como violaciones graves de otras leyes y costumbres aplicables. Este grupo sí incluye los delitos sexuales. En el tercer grupo, art. 8.2 (c), se incluyen los actos cometidos en casos de conflicto armado que no sea de índole internacional, que se consideren violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Este apartado tampoco incluye los delitos sexuales. Finalmente, el cuarto grupo, art. 8.2 (e) incluye los actos cometidos en conflictos armados de índole no internacional, que constituyan violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables. Este grupo sí incluye los delitos sexuales.

Por su parte, la esclavitud sexual se encuentra en el art. 8.2 (b) xxii-2 y 8.2 (e) vi-2 del documento de Elementos de los Crímenes. Los dos primeros elementos, que definen la esclavitud sexual, son idénticos a los que se han analizado previamente para este acto como crimen de lesa humanidad. Lo que los diferencia son los elementos 3 y 4, que requieren un contexto de conflicto armado, internacional en el caso del art. 8.2 (b) xxii-2, o no internacional en el caso del art. 8.2 (e) vi-2; y el conocimiento del autor de que este acto existe en el contexto de un conflicto armado.

La prostitución forzada, como crimen sexual, se encuentra en los dos grupos en los que podemos encontrar la esclavitud sexual: en los arts. 8.2 (b) xxii-3 y 8.2 (e) vi-3 del documento de Elementos de los Crímenes. De la misma forma que se ha explicado para el crimen de esclavitud sexual, en la prostitución forzada los dos primeros elementos sobre el acto son idénticos a los elementos de este acto requeridos para que constituyan crimen de lesa humanidad. Lo que les diferencia es, de nuevo, los elementos contextuales: se requiere un conflicto armado, ya sea

18 Bou Franch, V. E.: "Los crímenes sexuales", cit., p. 38.

de índole internacional o no internacional, y el conocimiento por parte del autor de que su conducta tiene lugar en este contexto de guerra.

III. DELITO TRASNACIONAL DE TRÁFICO DE PERSONAS.

El delito trasnacional de tráfico de personas, también conocido como "trata" de seres humanos, se refiere al comercio de personas, o al tráfico ilegal de seres humanos con el propósito de someter a las víctimas a esclavitud laboral, explotación sexual, extracción de órganos, trabajos forzados, o cualquier otra forma de explotación o de esclavitud moderna. Estas actividades se llevan a cabo con la intención de obtener un beneficio económico a través de la víctima, sin contar con el consentimiento de ésta. El fenómeno, a nivel global, es una de las actividades ilícitas con mayor beneficio lucrativo, junto al tráfico de drogas y tráfico de armas.

1. Tráfico de personas con finalidad de explotación sexual.

Existen múltiples modalidades de trata de personas, dependiendo de la finalidad. Este artículo se centra en el tráfico de personas cuya finalidad es la explotación sexual. Este subtipo concreto de tráfico de personas incluye prácticas como la prostitución, actividades sexuales comerciales, turismo sexual o pornografía. Acorde a los informes oficiales de las Naciones Unidas en materia de tráfico de personas, un 59% de las víctimas detectadas fueron reclutadas bajo el propósito de destinarlas a la explotación sexual[19]. De estas, un 68% de víctimas son mujeres adultas, un 26% son niñas, un 3% son hombres adultos y un 3% son niños menores.[20]

A) Marco jurídico general.

A nivel internacional, existen múltiples tratados que mencionan o tratan el tráfico de personas. Entre ellos encontramos el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950, en el que las partes se comprometen a castigar a cualquier persona que concertare o explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de ésta. También es importante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no menciona el tráfico de personas de forma directa, pero sí prohíbe, en su art. 8 "la esclavitud en todas sus formas", en el cual se podría encuadrar tanto el tráfico de personas como la explotación sexual, al ser ejemplos de formas modernas de esclavitud. Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, de gran importancia

19 United Nations Office on Drugs and Crime, 2019, p. 29.

20 United Nations Office on Drugs and Crime, 2019, p. 30.

por su perspectiva de género, ya que se centra en las desigualdades de género y en la violencia y discriminación que sufren las mujeres. El tráfico de personas se menciona de forma explícita en el art. 6, por el cual "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"[21]. Finalmente, el mecanismo jurídico internacional más importante a la hora de lidiar con el tráfico de personas es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional y sus protocolos, en concreto, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

B) El Protocolo de Palermo y otros mecanismos de Naciones Unidas en materia de tráfico de personas.

El Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (a continuación, el Protocolo) entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, siendo el primer instrumento internacional que trata de forma íntegra el tráfico de personas. Complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional que se adoptó en el año 2000, con lo cual se deberán interpretar a la luz de ésta.

El Protocolo es un acuerdo internacional entre Estados parte que, tras ratificarlo, se ven obligados a implementar en sus legislaciones nacionales lo dispuesto en los artículos de este tratado. El Protocolo declara que "para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente conocidos"[22].

Su finalidad se basa, en primer lugar, en prevenir y combatir la trata de personas, poniendo especial atención en las mujeres y niños. En segundo lugar, en proteger y ayudar a las víctimas de trata, respetando siempre sus derechos humanos. Finalmente, en promover la cooperación de los Estados Parte con tal de conseguir estos objetivos[23].

La definición de trata de personas se encuentra en el art. 3 del Protocolo. Conforme a esta definición, para poder hablar de "trata", es necesario que

21 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.

22 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, 2003, p. 43

23 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cit., p. 44.

concurran de forma conjunta tres elementos esenciales: la acción, los medios y la finalidad. La acción se define como la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas. Se refiere a las conductas que constituirían trata, que se extienden desde que la víctima es captada, pasando por el transporte y traslado, hasta la acogida o recepción en su lugar de destino. Para que constituya trata, es suficiente que estos verbos se refieran al traslado de poder sobre una persona, aunque el traslado geográfico no resulte significativo.

Los medios, por su parte, se refieren a trata forzada, empleando amenaza, uso de la fuerza, coacción o rapto; trata fraudulenta, empleando fraude y/o engaño, y trata abusiva, empleando abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, así como concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento. Para la interpretación de los medios es importante tener en cuenta las *Notas Interpretativas del Protocolo de Naciones Unidas*. En éstas, se aclaran conceptos como el de abuso, por el cual será así considerada toda situación en la cual la víctima no tiene otra opción verdadera ni aceptable más que someterse al abuso[24]. Además, el art. 3 del Protocolo en su apartado b, dispone que cualquier consentimiento otorgado por la víctima quedará anulado si, tras recibirlo, se comienzan a utilizar los medios incluidos en la definición, tales como el engaño, la coacción o abuso de poder[25].

Finalmente, para concurrir trata, la finalidad de la conducta debe ser la explotación. En este concepto se incluye la explotación sexual, la explotación laboral, la esclavitud o prácticas análogas y la explotación con fin de comercio de órganos. Estas actividades se incluirán *como mínimo*, es decir, éstas deberán ser incluidas de forma imperativa por los Estados, pero se deja abierta la posibilidad de considerar otras finalidades de explotación. Además, en las notas interpretativas, en cuanto a la prostitución ajena y explotación sexual, se explica que estos términos no se definen en el Protocolo, pudiendo los Estados Parte abordar la prostitución como mejor les parezca en su derecho interno[26].

El ámbito de aplicación se encuentra en el art. 4, por el cual el Protocolo se aplicará a "la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados cuando éstos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos"[27].

24 *Travaux Préparatoires* de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, 2000, p. 12.

25 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cit., p. 44.

26 *Travaux Préparatoires* de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, cit., p. 13.

27 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cit., p. 45.

Los delitos se tipifican en el art. 5 del Protocolo, y se tratará de las conductas explicadas en el art. 3. Además, los Estados Parte deberán tomar medidas legislativas para tipificar tanto la comisión, como la tentativa, la participación y la organización o dirección de otras personas en la comisión de las conductas tipificadas como delito.

La asistencia y la protección a las víctimas se encuentra en el art. 6, que incluye medidas que promuevan la protección de la privacidad e identidad de las víctimas, así como la confidencialidad de las actuaciones judiciales. Los Estados Parte también deberán promover medidas judiciales, con tal de proporcionar a las víctimas información sobre los procedimientos judiciales y administrativos, así como asistencia destinada a que las opiniones y preocupaciones de las víctimas se presenten y examinen conforme a las actuaciones penales. Finalmente, los Estados Parte deberán aplicar medidas cuyo fin sea la recuperación física, psicológica y social de las víctimas, tales como suministro de alojamiento adecuado, asesoramiento e información, oportunidades de empleo y educación o asistencia médica, psicológica y material. A la hora de implementar estas medidas, los Estados deberán tener en cuenta la edad, el sexo y las necesidades especiales particulares de las víctimas, en especial las de los menores[28]. En el art. 7 se requiere a los Estados Parte que, además de las medidas expresadas en el art. 6, se incluyan también medidas legislativas que permitan a las víctimas de trata permanecer en su territorio, cuando proceda. Finalmente, el art. 8 del Protocolo lidia con la repatriación de las víctimas.

Entre los arts. 9 y 12 del Protocolo, se exponen las medidas de prevención y cooperación entre Estados. En ellos, se definen los tipos de políticas, programas y medidas que los Estados Parte deberán aplicar con tal de prevenir y combatir la trata de personas, así como proteger a las víctimas, especialmente a las mujeres y a los niños, contra un nuevo riesgo de victimización[29]. También se explican las formas en la que los Estados Parte deberán cooperar entre ellos.

El Protocolo contra la Trata de Personas es el documento internacional más importante en el marco jurídico actual. No obstante, debido a la importancia de la trata a nivel global, existen otros mecanismos y organizaciones creadas por la Organización de las Naciones Unidas con tal de combatir esta problemática. Así, encontramos la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Ésta fue establecida en 1997 por el Secretario General de las Naciones Unidas, con tal de abordar los problemas relacionados con el control de drogas y el crimen transnacional. En tema de tráfico de personas, esta Oficina ha concluido múltiples

28 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cit., p. 46.

29 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cit., p. 48.

informes en los que se investiga la trata como delito, las respuestas legislativas e institucionales frente a la trata, las estadísticas en cuanto a víctimas, los flujos del tráfico de personas, etc.

Además, entre otros proyectos, es importante mencionar que la Asamblea General de las Naciones Unidas creó en 2010 un Plan de Acción Mundial contra la Trata de Personas. El objetivo de este plan es asegurar que se implementen de forma efectiva los instrumentos legales necesarios para lidiar con las brechas que pueda haber a la hora de combatir el tráfico de personas. Este plan se divide en tres: la prevención de la trata de personas, las medidas de protección y asistencia para las víctimas de la trata y, finalmente, el enjuiciamiento de los delitos de la trata de personas.

C) Marcos jurídicos regionales en materia de tráfico de personas.

Además del Protocolo a nivel internacional, existen marcos jurídicos regionales en materia de Tráfico de Personas.

A nivel europeo, encontramos el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia en 2005. Éste no se limita a los Estados miembros del Consejo de Europa, y se podrá aplicar a todas las formas de trata de seres humanos independientemente de si es nacional o trasnacional, o si se encuentra relacionada con la delincuencia organizada[30].

Basándose en este Convenio, se desarrolla a nivel de la Unión Europea la Directiva 2011/36/UE, y la consecuente directiva modificativa (UE) 2024/1712. A diferencia del Convenio del Consejo de Europa, la directiva es de aplicación limitada a los países miembros de la Unión Europea. En las consideraciones previas de la directiva, se establece que la trata es un delito grave, que constituye una violación de los derechos humanos, y que evitarla y combatirla es una prioridad para la Unión Europea. Además, la Unión se compromete con la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, así como con la protección de los derechos de la víctima[31]. En su articulado, la Directiva establece las infracciones que se considerarán trata, las penas que deberán establecerse, así como medidas preventivas, medidas de asistencia y protección a las víctimas y medidas de cooperación internacional. En definitiva, la función de la directiva es fijar los objetivos que todos los países miembros de la Unión Europea deberán cumplir. No obstante, serán los Estados miembros los que, *a posteriori*, implementarán lo dispuesto en la directiva en su propia legislación nacional, elaborando sus normas, leyes e instituciones para lograr alcanzar dichos objetivos.

30 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, 2005, p. 5.

31 Directiva 2011/36/UE, 2011, p. 1.

En el continente asiático, por otra parte, encontramos la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (Asean), formada por Indonesia, Filipinas, Malasia, Singapur, Tailandia, Vietnam, Camboya, Laos, Brunéi y Myanmar. En 2015, estos países firmaron la Convención Contra el Tráfico de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Esta Convención se establece con el objetivo de prevenir el tráfico de personas, asegurar la cooperación entre los países miembros, proteger a las víctimas de trata, así como establecer normas uniformes para la represión del delito de trata según la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Internacional, y el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar el tráfico de personas.

Finalmente, en el continente americano, existen iniciativas de cooperación para la supresión de la trata de personas, sin embargo, no existe una política específica propia, tales como las que encontramos en Europa y en Asia. Sí que hallamos, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que prohíbe la esclavitud y la trata; y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha emitido diversos informes, incluyendo el Informe sobre Violencia y Discriminación contra Mujeres, Niñas y Adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe, en el cual explica cómo las mujeres, niñas y adolescentes son particularmente susceptibles a ser captadas por organizaciones criminales dominadas por hombres, con jerarquías machistas, y a sufrir múltiples formas de violencia y explotación[32] y el informe sobre Violencia, Niñez y Crimen Organizado, en el cual también concluye que las niñas y adolescentes se encuentran en mayor riesgo de ser víctimas de trata, en especial la trata de explotación sexual[33]. Finalmente, también se han creado mecanismos para erradicar la violencia contra las mujeres, tal como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994.

2. Perspectiva de género en la persecución del tráfico de personas.

Una vez establecido el marco jurídico internacional, resurge la cuestión de la perspectiva de género en la persecución del crimen de tráfico de personas. Las estadísticas de los informes mundiales nos demuestran que la mayoría de las víctimas detectadas son mujeres. En 2016, un 72% de las víctimas detectadas eran mujeres[34]. En cuanto al propósito de explotación sexual, un 59% de las víctimas detectadas fueron destinadas al tráfico de personas con finalidad sexual[35]. De éstas, 94% eran mujeres[36]. Las estadísticas del último informe mundial en materia

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.: *Violencia y Discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*, 2019.

33 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.: *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*, 2015.

34 United Nations Office on Drugs and Crime, 2019. p. 10.

35 United Nations Office on Drugs and Crime, 2019. p. 29.

36 United Nations Office on Drugs and Crime, 2019. p. 30.

de tráfico de personas establecen, además, que las mujeres y los niños que son víctimas de tráfico sufren mayor riesgo de experimentar violencia física en comparación con los hombres[37]. Además, las mujeres -y especialmente las niñas- son más propensas a sufrir violencia explícita o extrema, incluida violencia sexual, en comparación con los hombres y los niños[38]. De la misma forma, a la hora de ser investigadas y procesadas como perpetradoras, las mujeres han sido más veces condenadas como culpables en comparación con los hombres que fueron investigados y procesados[39]. Estas estadísticas nos muestran como las mujeres no solamente son más propensas a ser víctimas de explotación sexual debido a su género, sino que, además, durante todo el proceso de ser víctimas de trata, en general suelen sufrir más violencia que los hombres. Esta violencia tiende a ser tanto física, como sexual y psicológica. A estas, se les añade un riesgo extra para su salud, pues la explotación sexual en muchas ocasiones se traduce en falta de acceso al uso de preservativos y en cortes y raspaduras en los tejidos de los genitales provocados por el sexo violento y las violaciones. Esto facilita la contracción de enfermedades de transmisión sexual, así como de infecciones de virus tales como el VIH/sida y el virus del papiloma humano[40]. En caso de no tratarse – lo cual es frecuente debido a la falta de acceso a los servicios de salud-, estas infecciones pueden dañar de forma permanente la salud sexual y reproductiva. Además, es importante mencionar el riesgo de sufrir embarazos y/o abortos forzosos, sumando a la violencia física y psicológica una violencia contra la libertad reproductiva[41].

Si bien es cierto que las desigualdades de género provocan que la mujer sufra más violencia y discriminación por el mero hecho de ser mujer, esto no implica que las víctimas de trata de género masculino se beneficien necesariamente del sistema patriarcal. De hecho, las normas sociales de género y los estereotipos sobre la masculinidad dificultan que se identifiquen víctimas de género masculino. Así, en muchas ocasiones, para los hombres que poseen características que son incongruentes con el estereotipo de víctima de tráfico, es mucho más complicado ser identificados como tal y acceder a la justicia[42]. Por ello, las medidas que los Estados implementen en sus legislaciones, además de centrarse en la erradicación de la violencia contra la mujer, también deberían centrarse en mirar más allá de los estereotipos, implementando medidas de protección específicas para las víctimas en función de las características particulares del género, edad y tipo de trata que haya sufrido. El problema de que los instrumentos jurídicos internacionales no

37 United Nations Office on Drugs and Crime, 2023. p. 18.

38 United Nations Office on Drugs and Crime, 2023. p. 25.

39 United Nations Office on Drugs and Crime, 2023. p. 18.

40 Iellimo, M.: "La Trata de Personas: un análisis desde la perspectiva de género y los derechos humanos", *Voces en el Fénix*, núm. 32, 2014, p. 1.

41 Iellimo, M.: "La Trata", cit., p. 1.

42 United Nations Office on Drugs and Crime, 2023, p. 29.

hayan sido creados desde un principio con una perspectiva de género es que, a la hora de interpretar su articulado, ciertas medidas a implementar son descritas de una forma tan laxa que, a la hora de ser transpuestas en la legislación nacional, no siempre se hace teniendo en cuenta el género y las necesidades específicas de las víctimas.

En cuanto a perspectiva de género, el instrumento internacional más importante podría considerarse la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979. Este documento se centra en la violencia que sufren las mujeres por razón de género y cómo erradicarla. No obstante, el art. 6, que lidia con la trata de personas, es muy escueto y, a pesar de mencionar que los Estados deberían tomar medidas para evitar la trata y la explotación sexual, no ahonda en qué tipo de medidas serían apropiadas para lograr este objetivo.

A su vez, si bien es cierto que el título del Protocolo pone énfasis en la protección de las mujeres y los niños, en su articulado no existe realmente una instrucción explícita sobre cómo proteger de forma específica a las mujeres. El único artículo que podría citarse como importante al género es el art. 6.4 por el cual, a la hora de brindar asistencia y protección a las víctimas, "Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas […]"[43]. A pesar de mencionar la importancia de tener en cuenta las necesidades específicas basándose en el sexo que podrían tener las víctimas a la hora de brindarles asistencia, el artículo no se adentra en explicar de forma detallada qué medidas o qué asistencia sería más adecuada para las mujeres en concreto. Durante el resto del documento, encontramos la frase *especialmente las mujeres y los niños*, por ejemplo, en el art. 9.1.b y 9.5, pero de nuevo no hay más explicación ni propuestas específicas con la perspectiva de género en mente. Habría sido interesante que se hubiesen incluido con tal de crear una uniformidad a la hora de que los Estados implementen el Protocolo en su legislación interna.

Finalmente, en la Directiva 2011/36/UE se reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo, y se recalca el hecho de que, a menudo, las mujeres y los hombres son objeto de trata con fines distintos con base en su género. Por ello, "las medidas de asistencia y apoyo deben ser también diferentes según el sexo, en su caso"[44]. De nuevo, a pesar de mencionar la importancia del género a la hora de combatir el tráfico de personas, las medidas se dejan a elección de los Estados Miembros.

43 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 2003, p. 46.

44 Directiva 2011/36/UE, 2011, p. 1.

En definitiva, la perspectiva de género es crucial a la hora de entender y abordar el tráfico de personas, teniendo en cuenta que las mujeres y las niñas constituyen la mayoría de sus víctimas, especialmente en casos de explotación sexual. Por ello, las políticas, medidas y estrategias que los Estados deben tomar en la lucha contra el tráfico deben incorporar un enfoque de género con tal de lograr ser efectivas, asegurando la protección específica de las mujeres y de las niñas. Además, es fundamental abordar las raíces de la desigualdad y la discriminación, mediante programas que se centren en derrocar los patrones culturales patriarcales que promueven las desigualdades de género, y que favorecen que un sexo esté dominado por el otro[45] .

IV. COMPARATIVA ENTRE LA REGULACIÓN TRASNACIONAL Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Para poder decidir qué marco jurídico es más beneficioso en la lucha contra el tráfico de personas, en primer lugar, deberemos comparar las regulaciones trasnacionales con la regulación del Derecho Penal Internacional.

Por un lado, el Derecho Penal Internacional se caracteriza por el hecho de que mediante él se busca la responsabilidad penal del individuo. Ésta es la diferencia más grande que tiene con el Derecho internacional público en general y el Derecho penal trasnacional. En su caso, el *ius puniendi* va destinado a una persona en particular, el autor o partícipe del crimen, no a un Estado. Con la creación de la Corte Penal Internacional, se estableció un tribunal internacional de naturaleza permanente cuyo fin es penar a los responsables de los crímenes más graves, bajo las normas contenidas en el Estatuto de Roma. Este tratado establece cuales son los crímenes que se podrán investigar y procesar, los elementos de éstos, las penas, la competencia del tribunal, etc. Se trata de un instrumento de aplicación directa, es decir, el individuo autor de un crimen podrá ser perseguido directamente por el tribunal internacional permanente cuando haya cometido uno de los crímenes contemplados en el Estatuto. Finalmente, el Derecho Penal Internacional es de carácter complementario y se basa en el umbral de gravedad. El carácter complementario quiere decir que la Corte tan solo podrá investigar o procesar un caso si el país que tuviera competencia sobre dicho caso no quisiera o no pudiera investigarlo y enjuiciarlo. En definitiva, los Estados deberán asegurarse de que su sistema legal interno contempla lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y en caso de haber un autor de los cuatro *core crimes,* deberá investigar la situación y enjuiciarle. No obstante, si el Estado decide no hacerlo, o declara o demuestra no poder hacerlo, será entonces cuando el tribunal internacional podrá tomar las riendas de forma directa y encargarse de investigar y enjuiciar el crimen internacional correspondiente. En cuanto al umbral de gravedad, este

45 Iellimo, M.: "La Trata", cit., p. 1.

concepto implica que tan sólo serán competencia de la Corte Penal Internacional los crímenes de mayor gravedad existente, crímenes que no sólo afecten a la víctima de forma individual, sino que sea de tal magnitud que altera y vulnera a la comunidad internacional en sí.

Por su parte, los delitos trasnacionales se abordan de forma distinta. Como hemos analizado, se aplica el Derecho internacional, por el cual los Estados firman un tratado que les obliga a implementar ciertas medidas con respecto a un tema. En el caso del tráfico de personas, los Estados firmaron la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y su respectivo Anexo II, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Este tratado, a diferencia del Derecho Penal Internacional, no se ocupa de castigar al individuo culpable de cometer un delito trasnacional, sino que define las obligaciones de los Estados que lo ratifican. Es un tratado que da una definición general de la trata, establece las conductas que pueden considerarse como delito de tráfico de personas, y también establece las medidas que los Estados deberían implementar en su foro interno. El *ius puniendi* no recae en un individuo, sino en el Estado y su legislación penal en caso de no cumplir con sus obligaciones. Es importante también mencionar que el Protocolo es un tratado de mínimos, es decir, lo estipulado deberá establecerse por el Estado en su sistema legislativo y jurídico interno, pudiendo ampliar lo dispuesto. El sistema de responsabilidad penal individual en casos de delitos trasnacionales es indirecto, a diferencia del Derecho Penal Internacional. Esto quiere decir que del Derecho internacional -el Protocolo- se derivan ciertas leyes nacionales, y será basándose en estas leyes nacionales que se investigará y enjuiciará a los individuos autores del delito de trata. No existe un tribunal internacional externo que castigue a los autores de estos delitos, sino que serán los mismos tribunales nacionales los que buscarán la responsabilidad penal del individuo. El Protocolo es un tratado internacional de cooperación frente a un delito trasnacional, por lo cual la doctrina establece que el incumplimiento o infracción de estas obligaciones generan responsabilidad frente a otros Estados[46]. Es decir, si tras firmar y ratificar el tratado un Estado no adopta la legislación necesaria para penalizar una conducta o, de forma deliberada, omite su aplicación, incurrirá en una violación de sus obligaciones conforme al tratado. Así, se desencadenará la aplicación del régimen de responsabilidad internacional del Estado según el Derecho internacional, pero las personas físicas o jurídicas que cometen los crímenes no serán los sujetos de la represión internacional bajo estos tratados. Finalmente, para abordar los delitos trasnacionales, al aplicarse la jurisdicción nacional, ésta se ve limitada por los principios de territorialidad -el delito debe suceder en el territorio del país-, el principio de nacionalidad -el delito debe ser cometido por un nacional, o contra

46 Boister, N.: *An introduction to Trasnational Criminal Law*, Oxford Press, Oxford, 2018, pp. 29-30.

un nacional del país-, por el principio de seguridad nacional o por el principio *aut dedere aut iudicare*. Por ello, es de mucha importancia la cooperación entre Estados, pues estos delitos internacionales ocurren de forma trasfronteriza y, para poder tener una visión holística de la gravedad de la situación a la hora de la investigación, y a la hora de enjuiciar y decidir la culpabilidad de un individuo, se necesitará cooperación interestatal tal como acuerdos de extradición, cooperación policial, cooperación judicial y asistencia legal mutua.

En cuanto a la perspectiva de género, como hemos visto, el Derecho internacional en materia de delitos trasnacionales no ha sido creado bajo esta visión. Si bien es cierto que en el Protocolo se especifica que se debe tener especial atención a la protección de mujeres y niños, este instrumento no incluye medidas concretas que trate la protección especial que se requiere. El Derecho Penal Internacional, no obstante, sí que ha trabajado esta perspectiva. Durante la redacción del Estatuto, se tuvieron en cuenta la opinión de múltiples ONGs, entre ellas La Asociación de Mujeres para la Justicia de Género[47]. Gracias a esta visión comprometida con el género, se obtuvieron múltiples victorias a la hora de la redacción de los artículos. Por ejemplo, el añadir el concepto de *género*, a pesar de que su definición es bastante inocua, permitió que la persecución por razones de género se considerase un crimen de lesa humanidad. De esta forma, muchas mujeres pudieron pedir asilo político a otros Estados cuando, de permanecer en sus comunidades, serían sometidas a la mutilación genital[48]. Añadir el concepto de género de forma específica también permitió que el Estatuto contemplase un principio por el cual no se podrá interpretar lo dispuesto en él de forma que tenga un impacto adverso por razones de género, entre otras[49]. La perspectiva de género también permitió que el Estatuto contemplase la práctica de embarazo forzado, además de luchar y conseguir que en el Documento de Reglas de Procedimientos y Prueba de la CPI se especificaran requisitos sobre las pruebas referentes a los delitos sexuales.

Además de la perspectiva de género a la hora de establecer la Corte Penal Internacional, la Oficina de la Fiscalía de la CPI ha establecido un documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género. En éste, la Fiscalía reconoce que los crímenes sexuales y por motivos de género figuran entre los más graves previstos en el Estatuto[50]. Además, la Fiscalía se compromete a "incorporar la perspectiva y el análisis de género en toda su labor, a ser innovadora en la investigación y el enjuiciamiento de esos crímenes, a impartir capacitación adecuada a su personal, a adoptar en su labor un enfoque que tenga en cuenta

47 Women´s Caucus for Gender Justice.

48 Facio, A.: "Las mujeres", cit., p. 4.

49 Facio, A.: "Las mujeres", cit., p. 4.

50 International Criminal Court, 2014, p. 5.

a las víctimas y a prestar especial atención a la interacción del personal con las víctimas y testigos, así como con sus familias y las comunidades"[51].

En definitiva, a pesar de que la perspectiva de género no ha sido aplicada *per* se en el Derecho trasnacional, ésta sí que ha estado muy presente en el Derecho Penal Internacional desde la creación de la Corte Penal Internacional.

Tras esta comparativa, pueden surgir múltiples cuestiones. Por ejemplo, ¿podría el delito trasnacional de tráfico de personas con fines de explotación sexual considerarse un delito de guerra? *A priori*, tras el estudio de los elementos de los crímenes de guerra, podríamos pensar que sí, siempre y cuando los actos del delito concurran en el contexto de un conflicto armado y estando relacionado con él. La pregunta entonces sería, ¿cuán estricto debe ser este nexo? Los estudios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, según su último informe publicado en 2020, demuestran que los traficantes encuentran una oportunidad en los conflictos. Así, se encuentran dos categorías: por una parte, grupos armados que operan con el tráfico de personas dentro de las áreas de conflicto y, por la otra, traficantes que se aprovechan de las personas que huyen de las áreas afectadas por el conflicto[52]. El primer tipo, dentro del conflicto, es más fácil de considerar como crimen de guerra. Ocurren en los lugares afectados por el conflicto, dentro del contexto de éste, y que están relacionadas con él. ¿Pero qué sucedería con la segunda categoría, cuando los traficantes se aprovechan de personas desplazadas por culpa del conflicto? Debido a los conflictos, miles de personas se ven forzadas a desplazarse, muchas de ellas de forma urgente. Esta necesidad vuelve a los refugiados muy vulnerables, pues se ven solos, desesperados y acaban confiando en ofertas para cruzar fronteras, pudiendo caer fácilmente en las manos de traficantes que los acaben explotando[53]. En estos casos, el nexo con el contexto del conflicto armado no es tan claro, pues no se trafica con la víctima dentro del contexto del conflicto *per se*. La Corte Penal Internacional no se ha posicionado al respecto, sin embargo, personalmente, opino que estos casos podrían también ser considerados como crímenes de guerra, pues a pesar de no ocurrir en el lugar del conflicto en sí, ocurren debido al conflicto, y tienen mucha relación con él. Incluirlos dentro de este crimen podría servir como freno a los traficantes, pues en caso de ser hallados cometiendo este crimen, no sólo existiría la posibilidad de ser investigados y enjuiciados por un Estado en particular, sino que podrían verse bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, siendo más complicado conseguir la impunidad.

51 International Criminal Court, 2014, p. 5.

52 United Nations Office on Drugs and Crime, 2023, p. 53.

53 United Nations Office on Drugs and Crime, 2023, p. 55.

En el mismo ámbito, podríamos preguntarnos también si el tráfico de personas con fines de explotación sexual puede considerarse un crimen de lesa humanidad. El elemento contextual y político del crimen de lesa humanidad es "que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque". El término generalizado hace referencia a la cantidad de víctimas, pues el crimen debe ser a gran escala; y sistemático hace referencia a que debe ser un ataque planificado u organizado, no puede ser meramente un ataque fortuito. Ambos requisitos son alternativos, no cumulativos[54], con lo cual es suficiente con que tan sólo uno de ellos concurra. En cuanto a los requisitos específicos del crimen, cuando hablamos del crimen organizado, puede considerarse por cumplido el requerimiento de sistematicidad: las organizaciones criminales suelen trabajar bajo un plan preconcebido, el delito suele ser cometido por una red organizada, jerarquizada y que sigue patrones predeterminados desde la captación de las víctimas en el territorio de origen, hasta su recepción y explotación en el territorio del país de destino[55]. En cuanto a generalidad, en principio no es necesario que ésta concurra si se prueba la sistematicidad. Aun así, el delito de trata está a menudo conectado con otros crímenes, como la esclavitud o el trabajo forzado, y, tomando todos estos crímenes en conjunto, pueden considerarse como un ataque generalizado contra la población civil[56].

Finalmente, con respecto al conocimiento del ataque, que es un elemento subjetivo necesario, "parece difícil concebir que alguien que participa en una organización dedicada a la trata de seres humanos no conozca que sus actividades forman parte de un entramado complejo que tiene como objetivo la explotación de las víctimas"[57]. Con lo cual, este conocimiento se puede asumir, a menos que se pruebe que efectivamente el autor no era consciente de dicho ataque. En cuanto a la organización que lleve a cabo el crimen, se abre la pregunta de si ésta debe ser estatal o si puede ser una organización privada, tal como ciertas organizaciones que se dedican a cometer delitos trasnacionales de forma organizada. Para la Corte Penal Internacional, esta decisión debe ser tomada caso por caso. Existen ciertos criterios que la CPI ha tenido en cuenta, tales como que "el grupo organizado debe ser jerarquizado o que actúe bajo un mando responsable"; que el grupo "esté en posesión de los medios necesarios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil", o que el grupo "ejerza control sobre una parte del territorio"[58]. Esta lista no requiere que se den todos

54 Pérez González, C.: "La tipificación de la Trata de Seres Humanos como crimen contra la humanidad: una contribución al debate en torno al elemento político de los crímenes", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 31, 2016, p. 22.

55 Pérez González, C.: "La tipificación de la Trata", cit., p. 23.

56 Pérez González, C.: "La tipificación de la Trata", cit., p. 24.

57 Pérez González, C.: "La tipificación de la Trata", cit., p. 24.

58 Pérez González, C.: "La tipificación de la Trata", cit., p. 27.

los requisitos a la vez, ni cierra la posibilidad a que se tengan en cuenta otros requisitos, dependiendo del caso.

Se puede deducir tras esta explicación que un miembro de una organización criminal que se dedique al tráfico de personas con la finalidad de explotación sexual de las víctimas podría, en teoría, estar incurriendo en un crimen de lesa humanidad, si se cumpliesen todos los requisitos previamente mencionados.

Como hemos visto, en teoría dicho delito trasnacional podría, a su vez, considerarse como subtipo dentro de los crímenes de guerra o de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, para ello, habrían de concurrir múltiples requisitos, lo cual podría dificultar que todos los casos que en teoría podrían ser competencia de la CPI llegasen a ser investigados y enjuiciados por la Corte. Ello nos hace replantearnos, ¿y si se añadiera el delito trasnacional de tráfico de personas como un crimen autónomo en el Estatuto de Roma? De esta forma, podría eliminarse el elemento contextual de conflicto armado en los crímenes de guerra, o los elementos de generalidad y sistematicidad correspondientes a los crímenes de lesa humanidad.

Esto podría, *a priori*, parecer una solución sencilla y pertinente, pues la Corte podría tener competencia sobre el delito de tráfico trasnacional sin necesidad de los nexos contextuales con los crímenes de guerra o lesa humanidad. No obstante, para poner esto en práctica, sería necesaria una enmienda del Estatuto de Roma. Si bien al redactar las definiciones y requisitos de este nuevo delito autónomo los Estados podrían basarse en las definiciones y requisitos ya existentes en el Protocolo, enmendar el Estatuto no es una cuestión sencilla ni rápida. Para hacerlo, se llevaría a cabo el proceso identificado en el art. 121 del Estatuto de Roma. La aprobación de la enmienda necesitará de una mayoría de dos tercios de los Estados Parte. Incluso en la hipotética situación de que esto fuese a llevarse a cabo, la Corte no podría ejercer su competencia respeto al nuevo crimen cuando el autor de éste fuese nacional de un Estado que no haya aceptado la enmienda, o cuando se hubiese cometido en el territorio de un Estado que no ha aceptado la enmienda. Finalmente, a nivel internacional se abriría el debate de la necesidad de incorporarlo o no bajo el Derecho Penal Internacional. En definitiva, entre incorporar el delito trasnacional de tráfico de personas en subtipos del crimen de guerra o crimen de lesa humanidad, o configurar este delito como un nuevo crimen competencia de la Corte Penal Internacional, esta última opción parece ser la más complicada de todas a nivel práctico.

V. CONCLUSIONES.

Para concluir, podemos afirmar que existe una clara relación entre el tráfico de personas con finalidad de explotación sexual, y los crímenes sexuales en el

contexto del Derecho Penal Internacional. A pesar del evidente nexo, y de la importancia dada a estos delitos a nivel internacional, los marcos jurídicos no se han mezclado ni han sido comparados de forma suficiente, ni en la teoría, ni en la práctica. Quizás esta comparación podría esclarecer ciertos claroscuros jurídicos con tal de mejorar la normativa sobre los delitos estudiados tanto a nivel de Derecho trasnacional, como de Derecho nacional y de Derecho Internacional Penal. Tanto el tráfico de personas con finalidad de explotación sexual, como la esclavitud sexual y la prostitución forzada son crímenes a los que se les ha otorgado gran importancia a nivel internacional, trasnacional y nacional. Todos estos marcos jurídicos contemplan la problemática y concuerdan que debe ser combatida, no obstante, no existe un sistema único, sino un entramado de mecanismos jurídicos distintos, dependiendo de la región, la gravedad de los actos, la territorialidad y el contexto.

En un mundo teóricamente perfecto, en el que los Estados implementasen en su legislación nacional los mínimos estipulados en el Protocolo y más; en el que los Estados no sólo quisiesen, sino que también pudiesen investigar y enjuiciar a todos los perpetradores de tráfico de personas y explotación sexual, investigar si este delito trasnacional podría ser parte de la competencia de la CPI no sería necesario. Sin embargo, no es ese el contexto en el que nos encontramos. No todos los Estados pueden implementar medidas necesarias, e incluso si estipulan las medidas que consideran necesarias y apropiadas acorde a los instrumentos internacionales para combatir el tráfico de personas, no siempre pueden evitar la impunidad. El problema en estos casos es que no existe un tribunal internacional externo que pueda asegurar la justicia en todos los casos de tráfico de personas. Interpretar el contexto de los crímenes de guerra o de los crímenes de lesa humanidad que contemplen crímenes subtipo equivalentes al tráfico de personas con explotación sexual, tal como la esclavitud sexual o la prostitución forzada, podría ser una forma de contemplar el delito trasnacional desde un punto de vista del Derecho Penal Internacional. No obstante, involucrar a la Corte Penal Internacional en estos casos no es fácil, pues para que un crimen sexual sea competencia de este tribunal se requiere un umbral de gravedad y un entramado de requisitos contextuales considerados bajo estándares muy altos. Establecer qué marco jurídico es el idóneo para combatir estos crímenes tampoco es una tarea fácil. De hecho, lo más posible es que, en caso de abrir un debate, no existiría una respuesta contundente sobre cómo enjuiciar y combatir de la forma más eficiente el delito de tráfico de personas con finalidad de explotación sexual, o cómo enjuiciar y combatir los crímenes internacionales de carácter sexual. Lo principal que se puede concluir es que estos delitos, estos crímenes, son de extrema gravedad, ocurren de forma global y generalizada, se exacerban en períodos de conflicto armado y afectan, en mayor parte, a las mujeres y a las niñas. Por ello, lo importante no sólo es comparar los marcos jurídicos y buscar las posibles lagunas jurídicas en éstos,

sino que debemos centrarnos en distintas medidas que podrían implementarse para prevenir, combatir y erradicarlos, a todos los niveles, y siempre desde una perspectiva de género que ponga a la víctima como prioridad. Del marco jurídico penal internacional es importante recalcar esta perspectiva de género que se ha implementado desde la creación del Estatuto y que se tiene en cuenta durante la investigación, el proceso y la asistencia a las víctimas. La forma en la que se ha aplicado la visión de género no sólo es importante para el Estatuto de Roma y el Derecho Penal Internacional, sino que podría usarse como ejemplo e inspiración para los Estados a la hora de implementar las medidas requeridas por el Protocolo. En cuanto a la lucha contra el problema del tráfico de personas con fines de explotación sexual nos encontramos frente a un contexto de múltiples tratados, tanto de ámbito universal como regionales, y a una normativa nacional distinta en el caso de cada estado. La realidad es que no hay un instrumento perfecto al que recurrir, todos estos instrumentos concurren de forma simultánea. Lo importante es centrarnos en cómo podemos mejorarlos, y en cómo podemos aplicarles una perspectiva de género que priorice siempre a las víctimas, buscando erradicar no sólo la violencia, sino también la discriminación por razón de género en que radica dicha violencia.

BIBLIOGRAFÍA

Boister, N.: *An introduction to Trasnational Criminal Law*, Oxford Press, Oxford, 2018.

Bou Franch, V. E.: "Los crímenes sexuales en la Jurisprudencia Internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 24, 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.: *Violencia y Discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*. Organización de los Estados Americanos, 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.: *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*. Organización de los Estados Americanos, 2015.

Facio, A.: "Las mujeres y la Corte Penal Internacional", *Aportes Andinos*, vol. 1, 2022.

Hagay-Frey, A.: *Sex and Gender Crimes in the New International Law: Past, Present, Future*. BRILL, Leiden, 2011.

Iellimo, M.: "La Trata de Personas: un análisis desde la perspectiva de género y los derechos humanos", *Voces en el Fénix*, núm. 32, 2014.

International Criminal Court-The office of the Prosecutor.: *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*. Policy Paper de junio de 2014.

Pérez González, C.: "La tipificación de la Trata de Seres Humanos como crimen contra la humanidad: una contribución al debate en torno al elemento político de los crímenes", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 31, 2016.

Sammie, S.: *Linking High-Level Accused to Sexual and Gender-Based Crimes in International Criminal Law: Theory and Practice of the ICTY, ICTR, and ICC*. University of Groningen, Groningen, 2022.

United Nations Office on Drugs and Crime.: *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. United Nations, 2019.

United Nations Office on Drugs and Crime.: *Global Report on Trafficking in Persons 2022*. United Nations, 2023.