

COMENTARIO

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS



NACIONES UNIDAS



**NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS**
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS

COMENTARIO



Naciones Unidas
Derechos Humanos

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS



NACIONES UNIDAS

Nueva York y Ginebra, 2010

NOTA

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

*
* *

Las siglas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas siglas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

HR/PUB/10/2

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.10.XIV.1

ISBN 978-92-1-354122-7

© 2010 Naciones Unidas

Reservados todos los derechos mundiales

CRÉDITOS

Imagen de portada: «Leptir» de Jana Kohut, sobreviviente de la trata de personas.

Diseño gráfico, composición y producción: Phoenix Design Aid A/S, certificada y aprobada ISO 9001/ ISO 14001 como empresa con un efecto neutro en cuanto al CO₂. Esta publicación se imprimió en papel oficialmente declarado por el FSC como respetuoso con el medio ambiente, utilizando tintas de origen vegetal. Esta impresión es biodegradable y reciclable.

PREFACIO



A lo largo del último decenio, la cuestión de la trata de personas ha pasado de ocupar un lugar marginal a formar parte de las grandes preocupaciones de la comunidad internacional. Durante ese período, hemos sido testigos del rápido desarrollo de un amplio marco jurídico constituido por tratados internacionales y regionales, así como de una extensa gama de instrumentos de derecho no vinculante relacionados con la trata de personas. Esos cambios confirman que se ha producido un cambio fundamental en la manera en que la comunidad internacional enfoca la explotación de seres humanos. Asimismo corroboran un cambio en nuestras expectativas acerca de lo que los gobiernos y otros agentes deben hacer para afrontar la trata de personas y prevenirla.

Mi Oficina ha encabezado los esfuerzos encaminados a promover un enfoque de derechos humanos respecto de la trata de personas. Como pone de relieve el presente *Comentario*, ese enfoque exige comprender las distintas formas en que se violan los derechos humanos a lo largo de todo el ciclo de la trata de personas y los aspectos en los que surgen las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Este enfoque pretende no solo identificar sino también combatir las prácticas discriminatorias y las desigualdades en la distribución de poder que subyacen en la trata de personas, y que mantienen la impunidad de sus responsables y deniegan la justicia a sus víctimas.

En el terreno más práctico, el enfoque de derechos humanos aplicado a la trata de personas exige reconocer que esa trata supone, en primer lugar y sobre todo, una violación de los derechos humanos. La trata de personas y las prácticas que lleva asociadas, como la esclavitud, la explotación sexual, el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el matrimonio forzoso, son en sí mismas violaciones de los derechos humanos fundamentales de la persona. La trata de personas afecta de forma desproporcionada a ciertos grupos cuyos derechos muchas veces ya están gravemente comprometidos, como las mujeres, los niños, los trabajadores migrantes, los refugiados y las personas con discapacidad. Un enfoque de derechos humanos en relación con la trata de personas exige también que reconozcamos la responsabilidad que tienen los gobiernos de proteger y promover los derechos de todas las personas que se encuentran en su jurisdicción, incluidos los no nacionales. Esa responsabilidad se traduce en una obligación jurídica concreta de los gobiernos: la de luchar para eliminar la trata de personas y la explotación que ésta conlleva.

El enfoque de derechos humanos en la trata de personas significa que todas las personas que participan en las actividades encaminadas a combatirla deben integrar los derechos humanos en su análisis del problema y en las respuestas correspondientes. Ese enfoque exige examinar, en todas y cada una de las etapas, las repercusiones que una ley, una política, una práctica o una medida pueden tener en las personas que han sido

objeto de trata o son vulnerables a ella. Significa también descartar todas aquellas respuestas que pongan en peligro los derechos y libertades fundamentales. El único modo de mantener la labor debidamente centrada en las víctimas es garantizar que la trata de personas no se reduzca meramente a un problema de migración, de orden público o de delincuencia organizada.

Basándose en esas convicciones, mi predecesora, Mary Robinson, lideró la elaboración de los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* y los transmitió al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 2002. La Alta Comisionada explicó que la elaboración de esos Principios representaba la respuesta de su Oficina a la manifiesta necesidad de contar con directrices normativas prácticas y basadas en los derechos humanos, y alentó a los Estados y las organizaciones internacionales a utilizarlos en sus propias actividades de lucha contra la trata de personas y protección de los derechos de sus víctimas. La respuesta a ese llamamiento ha sido impresionante. Desde entonces, los *Principios* se han integrado en numerosos documentos de política y textos interpretativos que acompañan a tratados regionales e internacionales, entre ellos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de personas. Los *Principios* han sido ampliamente citados por diversos órganos internacionales de derechos humanos y adoptados por el Relator Especial sobre la trata de personas como principal punto de referencia para los trabajos incluidos en el ámbito de su mandato. Muchas organizaciones no gubernamentales los han utilizado en sus actividades de promoción de una respuesta a la trata de personas que no sólo sea más contundente sino que dé mayor protección a los derechos de las víctimas.

Esta respuesta tan sumamente positiva ha allanado el camino para la preparación del presente *Comentario*, un análisis completo de los *Principios y Directrices* realizado a la luz tanto de los principios generales del derecho internacional como de las normas particulares que guardan relación directa con la trata de seres humanos. En repetidas ocasiones se ha señalado a la atención de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos la necesidad de esa publicación. A pesar de los espectaculares logros del pasado decenio, los derechos de las personas y las obligaciones de los Estados en esta esfera aún no se comprenden debidamente y de manera generalizada. El resultado es que sólo se está realizando en parte el potencial que tiene el derecho internacional para orientar y dirigir cambios positivos. El *Comentario* tiene por objeto remediar esta situación. Se basa en los Principios y Directrices para estructurar un panorama detallado de los aspectos jurídicos de la trata de personas, centrándose particularmente, aunque no de forma exclusiva, en el derecho internacional de los derechos humanos.

Recomiendo encarecidamente los Principios y Directrices, así como el presente *Comentario*, a los Estados, el sistema internacional de derechos humanos, los organismos intergubernamentales, los grupos de la sociedad civil y todos los demás agentes que participan en la prevención de la trata, la garantía de la justicia para sus víctimas y la lucha contra la impunidad de aquellos que se benefician de la explotación criminal de otros seres humanos.



Navanethem Pillay
Alta Comisionada de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos



AGRADECIMIENTOS

El ACNUDH desea expresar su agradecimiento a la consultora Anne Gallagher, principal responsable de la elaboración del *Comentario*. El ACNUDH desea expresar también su gratitud a las personas y organizaciones que han formulado observaciones, aportado sugerencias y prestado su apoyo en la preparación del presente documento. En particular, manifiesta su reconocimiento a Christine Chinkin por su trabajo preliminar sobre este tema en 2004 y a Mara Bustelo y Jane Connors por su reseña para el Comité de publicaciones del ACNUDH.

ÍNDICE

	Página
Prefacio	3
Agradecimientos	5
PARTE I	13
1. INTRODUCCIÓN A LOS PRINCIPIOS Y DIRECTRICES SOBRE LA TRATA DE PERSONAS	15
1.1. Desarrollo y propósito	15
1.2. Ámbito y estructura	15
1.3. Situación jurídica	16
2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL RELACIONADO CON LA TRATA DE PERSONAS	17
2.1. Fuentes de obligaciones jurídicas internacionales	17
2.2. Tratados relacionados con la trata de personas	17
2.2.1. Tratados específicos sobre la trata de personas: ámbito internacional	19
2.2.2. Tratados específicos sobre la trata de personas: ámbito regional	20
2.2.3. Tratados que prohíben la esclavitud y la trata de esclavos	20
2.2.4. Tratados que prohíben el trabajo forzoso y el trabajo infantil	21
2.2.5. Tratados pertinentes en materia de derechos humanos: ámbito internacional	21
2.2.6. Tratados pertinentes en materia de derechos humanos: ámbito regional	22
2.2.7. Derecho penal internacional y tratados internacionales de lucha contra la delincuencia	23
2.3. Derecho internacional consuetudinario relacionado con la trata de personas	23
2.4. Principios generales del derecho	24
2.5. Fuente subsidiaria: decisiones de cortes y tribunales internacionales	25
2.6. Normas pertinentes sin fuerza jurídica obligatoria	25
2.7. Utilización de las distintas fuentes del derecho en el presente <i>Comentario</i>	29
2.7.1. Labor de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados	31
2.7.2. Labor de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas	32
2.7.3. Otras fuentes de información y autoridad	33
3. DEFINICIONES BÁSICAS	35
3.1. Trata de personas	35
3.2. Trata de niños	37
3.3. Términos jurídicos conexos	37
4. ASPECTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES	39
4.1. La trata de personas en cuanto violación de los derechos humanos	39
4.2. La trata de personas en cuanto forma de discriminación y violencia contra la mujer	42
4.3. La trata de personas en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional	45

PARTE 2	49
PARTE 2.1 LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	51
INTRODUCCIÓN	51
PRINCIPIO 1 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS OBJETO DE TRATA	53
1.1. Propósito y contexto	53
1.2. Principales derechos humanos afectados por la trata de personas	54
1.3. Aplicabilidad de los derechos humanos a los no ciudadanos	59
1.4. Derechos humanos aplicables a grupos especiales de personas víctimas de la trata	63
1.4.1. Derechos humanos de la mujer	63
1.4.2. Derechos humanos de los niños	66
1.4.3. Derechos humanos de los migrantes y los trabajadores migrantes	69
1.4.4. Derechos humanos de los refugiados, los solicitantes de asilo y los desplazados internos	71
1.4.5. Derechos humanos de las personas con discapacidad	73
1.5. La importancia decisiva de la identificación rápida y correcta de las víctimas	75
PRINCIPIO 2 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS	77
2.1. Propósito y contexto	77
2.2. Determinación de la responsabilidad jurídica	77
2.3. La norma de la diligencia debida	79
2.4. Resumen de los principios fundamentales de la responsabilidad del Estado en los casos de trata de personas	83
PRINCIPIO 3 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS FRENTE A LAS MEDIDAS CONTRA LA TRATA DE PERSONAS	87
3.1. Propósito y contexto	87
3.2. Medidas de lucha contra la trata y prohibición de la discriminación, inclusive por razones de género	89
3.3. Medidas de lucha contra la trata y derecho a la libertad de circulación	90
3.4. Medidas de lucha contra la trata, estatuto de los refugiados y principio de no devolución	92
3.5. Vigilancia del impacto de las medidas contra la trata	97
PARTE 2.2 PREVENCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS	99
INTRODUCCIÓN	99

**PRINCIPIO 4 Y DIRECTRICES CONEXAS:**

PREVENCIÓN MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA DEMANDA	101
4.1. Propósito y contexto	101
4.2. ¿Existe la obligación de combatir la demanda?	102
4.3. El enfoque de derechos humanos para comprender y abordar la demanda	105
4.4. Penalización de la demanda	107

PRINCIPIO 5 Y DIRECTRICES CONEXAS:**INTERVENCIÓN PARA ABORDAR LOS FACTORES QUE AUMENTAN LA VULNERABILIDAD A LA TRATA**

5.1. Propósito y contexto	109
5.2. La obligación de hacer frente a la vulnerabilidad	110
5.3. Abordar la mayor vulnerabilidad debida a la desigualdad y la pobreza	112
5.4. Abordar la mayor vulnerabilidad debida a la discriminación y la violencia contra la mujer	115
5.5. Abordar las vulnerabilidades especiales de los niños, incluidos los niños no acompañados y separados de su familia	116
5.6. Abordar la mayor vulnerabilidad en situaciones de conflicto y posteriores a un conflicto	119
5.7. Velar por que las medidas adoptadas para abordar la vulnerabilidad no menoscaben los derechos establecidos	120

PRINCIPIO 6 Y DIRECTRICES CONEXAS:**IDENTIFICACIÓN Y LUCHA CONTRA LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TRATA DE PERSONAS**

6.1. Propósito y contexto	123
6.2. Obligación de detectar y erradicar la participación del sector público en la trata de personas	124
6.3. Responsabilidad del Estado y diligencia debida en el contexto de la complicidad del sector público en la trata de personas	126
6.4. Participación de personal militar, de mantenimiento de la paz, humanitario y otro personal internacional en la trata de personas y la explotación conexas	129

PARTE 2.3 PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS**INTRODUCCIÓN****PRINCIPIO 7 Y DIRECTRICES CONEXAS:****PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN O ENJUICIAMIENTO POR DELITOS RELACIONADOS CON LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE LA TRATA**

7.1. Propósito y contexto	135
7.2. Las víctimas de trata como víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos	136
7.3. Enjuiciamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de la trata	137
7.4. Detención de las víctimas de la trata	139
7.5. Nota sobre el derecho de acceso a representantes diplomáticos y al apoyo de éstos	146

PRINCIPIO 8 Y DIRECTRICES CONEXAS: PROTECCIÓN Y APOYO A LAS VÍCTIMAS	149
8.1. Propósito y contexto	149
8.2. La protección y el apoyo a las víctimas, independientemente de su cooperación.	150
8.3. Protección frente a daños mayores	152
8.4. Intimidación y protección frente a daños mayores	154
8.5. Atención y apoyo físico y psicológico	155
8.6. Períodos de reflexión y recuperación	159
 PRINCIPIO 9 Y DIRECTRICES CONEXAS: ASISTENCIA JURÍDICA, PROTECCIÓN Y PERMISOS DE RESIDENCIA TEMPORALES	161
9.1. Propósito y contexto	161
9.2. Información, participación y asistencia en los procedimientos penales contra los tratantes . . .	162
9.3. Necesidades particulares de protección y apoyo de las víctimas que actúan como testigos. . .	164
9.4. Derecho a permanecer en el país durante los procedimientos judiciales	166
9.5. Permisos de residencia temporales o permanentes	167
 PRINCIPIO 10 Y DIRECTRICES CONEXAS: DERECHOS Y NECESIDADES ESPECIALES DE LOS NIÑOS	169
10.1. Propósito y contexto	169
10.2. Identificación de los niños víctimas de trata	170
10.3. El principio del «interés superior» del niño	172
10.4. Protección y apoyo para los niños objeto de trata.	174
 PRINCIPIO 11 Y DIRECTRICES CONEXAS: REGRESO VOLUNTARIO Y EN CONDICIONES DE SEGURIDAD	183
11.1. Propósito y contexto	183
11.2. Aspectos básicos en materia de repatriación	184
11.3. Reintegración de las víctimas	190
 PARTE 2.4 PENALIZACIÓN, SANCIÓN Y REPARACIÓN	193
 INTRODUCCIÓN	193
 PRINCIPIO 12 Y DIRECTRICES CONEXAS: PENALIZACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS	195
12.1. Propósito y contexto	195
12.2. Elementos básicos de la obligación de penalizar	196
12.3. El ejercicio de la jurisdicción penal	200
 PRINCIPIO 13 Y DIRECTRICES CONEXAS: INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y RESOLUCIÓN JUDICIAL	203
13.1. Propósito y contexto	203



	<i>Página</i>
13.2. Aplicación de la norma de diligencia debida	204
13.3. Cuestiones relativas a la investigación, el enjuiciamiento y la resolución judicial de los casos de trata de personas.	206
13.4. Derechos de los sospechosos y derecho a un juicio imparcial.	212
PRINCIPIO 14 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA	215
14.1. Propósito y contexto	215
14.2. La obligación de extraditar en los casos de trata de personas	217
14.3. La obligación de extraditar o enjuiciar	220
14.4. Asistencia jurídica/judicial mutua	221
14.5. Medidas de cooperación oficiosas	222
PRINCIPIO 15 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
PENAS EFECTIVAS Y PROPORCIONADAS	225
15.1. Propósito y contexto	225
15.2. La obligación de imponer penas	225
15.3. La norma de la pena «efectiva y proporcionada»	227
15.4. Delitos con circunstancias agravantes y condenas anteriores	228
PRINCIPIO 16 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
DECOMISO Y UTILIZACIÓN DE BIENES	231
16.1. Propósito y contexto	231
16.2. Obligación de aprehender y decomisar los bienes procedentes de la trata de personas	232
16.3. Utilización de los bienes decomisados para apoyar a las víctimas de la trata	234
PRINCIPIO 17 Y DIRECTRICES CONEXAS:	
ACCESO A VÍAS DE RECURSO	237
17.1. Propósito y contexto	237
17.2. Obligación de reparar las violaciones del derecho de los derechos humanos	239
17.3. Derecho a reparación en los casos de violencia contra la mujer	241
17.4. Derecho a reparación en el contexto particular de la trata de personas.	242
17.5. La norma de los recursos «eficaces y adecuados»	244
17.6. Información y otros medios de acceder a recursos	246
CUADRO 1: TRATADOS CITADOS EN EL COMENTARIO	249
CUADRO 2: OTROS INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS, NO CONTENIDOS EN TRATADOS, CITADOS EN EL COMENTARIO	255
LISTA DE CASOS JUDICIALES	258
ANEXO	
PRINCIPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRATA DE PERSONAS	263

PARTE 1





INTRODUCCIÓN A LOS PRINCIPIOS Y DIRECTRICES SOBRE LA TRATA DE PERSONAS

En esta sección se presenta una introducción a los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* (*Principios y Directrices sobre la trata de personas*), que comienza con un breve repaso de su elaboración y su propósito y esboza su ámbito y su estructura. A continuación se ofrece un breve análisis de su situación jurídica, cuestión que se examina varias veces a lo largo del *Comentario*.

1.1. DESARROLLO Y PROPÓSITO

En julio de 2002, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó un conjunto de principios y directrices sobre la trata de personas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. En el informe que acompañaba a este documento, la Alta Comisionada explicaba que la elaboración de los principios y directrices representaba la respuesta de su Oficina a la clara necesidad de orientación normativa de tipo práctico y basada en los derechos respecto de la cuestión de la trata de personas.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* son el resultado de consultas oficiosas

amplias en las que han participado expertos y especialistas, así como representantes de organismos y programas de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales que trabajan en este campo y otros campos afines. Su propósito es promover y facilitar la integración de una perspectiva de derechos humanos en las leyes, políticas e intervenciones nacionales, regionales e internacionales contra la trata de personas. En su presentación de los *Principios y Directrices* al Consejo Económico y Social, la Alta Comisionada señaló que su Oficina los había adoptado como marco y referencia para su propio trabajo al respecto. Alentó a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales a hacer uso de los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* en sus actividades dirigidas a impedir la trata de personas y proteger los derechos de quienes son objeto de la misma¹.

1.2. ÁMBITO Y ESTRUCTURA

Como sugiere el título, los *Principios y Directrices* se dividen en dos partes. La primera contiene 17

¹ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, al Consejo Económico y Social (E/2002/68, párr. 62).

principios que, tomados en conjunto, tienen por objetivo sentar las bases para la elaboración, la aplicación y la evaluación de una respuesta a la trata de personas que esté basada en los derechos. Los Principios se han diseñado en forma de lista de comprobación respecto de la cual pueden valorarse leyes, políticas e intervenciones.

Los Principios se organizan en cuatro apartados:

1. Primacía de los derechos humanos
2. Prevención de la trata de personas
3. Protección y asistencia
4. Penalización, penas y reparación

Los Principios incluidos en el primer apartado se aplican a las intervenciones en todas las fases del ciclo de la trata de personas: reclutamiento, transporte y sometimiento a la explotación.

Los Principios incluidos en los tres apartados siguientes definen el objeto y los parámetros de la intervención en distintas fases del ciclo de la trata: medidas preventivas antes de que la persona sea objeto de trata; medidas para la protección de personas objeto de trata y la asistencia a éstas, y procedimientos penales y civiles.

La segunda parte del documento contiene una serie de 11 Directrices, la mayoría de las cuales guardan relación y amplían uno o más de los Principios. A diferencia de los Principios, las Directrices no pretenden ser prescriptivas sino ofrecer orientación práctica a los Estados, las organizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras entidades sobre las medidas que pueden adoptarse para velar por que los Principios fundamentales se traduzcan en respuestas efectivas y realistas.

1.3. SITUACIÓN JURÍDICA

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* no están contenidos en ningún tratado o instrumento análogo que dé lugar a una obligación jurídica inmediata. Como tal, el presente instrumento no tiene fuerza jurídica obligatoria ni puede, por sí mismo, definirse como fuente de obligaciones para los Estados o convertirse en ella. No obstante, ello no significa que los *Principios y Directrices* carezcan de importancia jurídica. Como demostrará el *Comentario*, ciertos aspectos de los *Principios y Directrices*: i) están basados en normas consuetudinarias establecidas del derecho internacional público que obliga a todos los Estados, incluidas las relacionadas con la responsabilidad del Estado y los derechos humanos fundamentales, y/o ii) reiteran, o especifican para el contexto de la trata de personas, las normas contenidas en acuerdos internacionales ya existentes. En la medida en que ciertas partes de los *Principios y Directrices* incluyan una norma existente del derecho internacional, esas partes constituyen en sí mismas una fuente de obligaciones jurídicas para los Estados. También es importante señalar que los *Principios y Directrices* establecen un marco para la práctica de los Estados que en sí mismo puede proporcionar la base para nuevas normas internacionales consuetudinarias.

El presente *Comentario* pretende ofrecer una orientación clara sobre la cuestión de la situación jurídica definiendo los aspectos de los *Principios y Directrices* que pueden vincularse a derechos y obligaciones jurídicas internacionales establecidos.



MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL RELACIONADO CON LA TRATA DE PERSONAS

La presente sección sitúa los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* en el contexto más amplio del marco jurídico internacional en torno a la trata de personas. También sirve para introducir y aclarar la posición y el significado relativos de diversos conceptos, principios e instrumentos jurídicos a los que se aludirá a lo largo del *Comentario*. La sección comienza con una breve explicación de las distintas fuentes del derecho internacional. A continuación examina con más detalle las principales fuentes del derecho internacional que tienen fuerza jurídica obligatoria en relación con la trata de personas.

2.1. FUENTES DE OBLIGACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES

El derecho internacional es el conjunto de normas y principios que gobiernan las relaciones y el trato entre Estados. El derecho internacional impone obligaciones específicas a los Estados y les reconoce derechos específicos, tal y como hace el derecho interno con los particulares. En algunos casos, se han elaborado normas de derecho internacional que se ocupan de las relaciones entre los Estados y los particulares, como en el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Existen varios «tipos» o fuentes aceptados de derecho internacional². Las fuentes primarias son los tratados, las costumbres y los principios generales del derecho. Las fuentes subsidiarias comprenden las decisiones de los tribunales internacionales. Cada una de esas fuentes se define y examina más adelante, en el contexto concreto del marco del derecho internacional relacionado con la trata de personas. En primer lugar se estudian los tratados, de forma más amplia porque son la principal fuente de obligaciones jurídicas a este respecto.

2.2. TRATADOS RELACIONADOS CON LA TRATA DE PERSONAS

La trata de personas es una cuestión compleja que puede examinarse desde varias perspectivas diferentes, entre ellas las de los derechos humanos, la lucha contra la delincuencia, la justicia penal, las migraciones, la explotación sexual y el trabajo. Esta complejidad se refleja en la amplia gama de tratados pertinentes que, tomados en conjunto, comprenden el marco jurídico (basado en tratados) en

² Las fuentes del derecho internacional reconocidas de forma generalizada se exponen en el Artículo 38 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

torno a la trata de personas. Un número reducido de tratados, entre ellos varios que se han concluido recientemente, se ocupan exclusivamente de la cuestión de la trata de personas. Muchos más se refieren a un aspecto concreto, un grupo especialmente vulnerable, o una manifestación particular de la trata de personas.

Un tratado es un acuerdo concluido entre dos o más Estados que genera derechos y obligaciones con fuerza jurídica en el marco del derecho internacional. Los tratados pueden ser universales, es decir, abiertos a todos los Estados que deseen adherirse a ellos, o estar restringidos a un grupo más reducido, dos o más Estados o, por ejemplo, los concluidos en una región geográfica determinada. Un tratado puede recibir distintos nombres, como «convenio», «pacto» o «protocolo». Las obligaciones que contiene un tratado están basadas en el consentimiento. Los Estados que han convenido en estar obligados por un tratado se llaman «Estados partes» en el tratado. Un Estado pasa a ser parte en un tratado mediante un proceso de ratificación o adhesión. Los Estados a menudo «firman» un tratado antes de que esto ocurra, con lo que indican su intención de estar sujetos a una obligación jurídica en el futuro.

Al convertirse en parte en un tratado, los Estados asumen obligaciones jurídicas en el derecho internacional. En el caso de la mayoría de los tratados relacionados con la trata de personas, esto significa que los Estados partes se comprometen a asegurar que su propia legislación y sus políticas o prácticas nacionales cumplan los requisitos del tratado y están de acuerdo con las normas de éste. Estas obligaciones pueden ser aplicadas por cortes y tribunales internacionales que tengan la jurisdicción apropiada, como la Corte Penal Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El hecho de que las obligaciones sean exigibles en los tribunales en el nivel nacional es una cuestión diferente que viene determinada por el derecho interno. En algunos Estados, se requiere legislación para incorporar los tratados al derecho interno, mientras que en otros la Constitución dispone que los tratados automática-

mente adquieren el rango de legislación nacional.

Para determinar qué obligaciones ha asumido un Estado al ratificar un tratado, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- El texto del tratado: ¿cuáles son las obligaciones? ¿Hay límites o excepciones? ¿Cómo deben los Estados cumplir esas obligaciones?
- Interpretaciones del tratado: en los tratados de derechos humanos, en general la interpretación corre a cargo de un órgano de supervisión del tratado, pero también pueden ser autoridades nacionales, regionales o internacionales, entre ellos cortes o tribunales.
- Reservas al tratado: ¿ha formulado el Estado alguna reserva respecto del tratado? En caso afirmativo, ¿en qué artículos y con qué efecto?

La mayoría de los tratados multilaterales, en los que participa un gran número de países, se concluyen bajo los auspicios de una organización internacional, como las Naciones Unidas, o una organización regional como la Organización de los Estados Americanos (OEA) o la Unión Africana (UA). Los tratados bilaterales o los concluidos entre un grupo reducido de Estados en general son negociados por conducto de los ministerios de relaciones exteriores pertinentes sin contribución externa. Los tratados bilaterales son comunes en esferas técnicas relativas a la trata de personas, como la extradición y la asistencia jurídica recíproca.

En los párrafos que siguen se exponen (y se ordenan de acuerdo con su orientación o interés primordial) los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes para la trata de personas. Es muy importante reconocer que no todos los tratados que se recogen a continuación son iguales en cuanto a su pertinencia o su contribución al marco jurídico internacional en materia de trata de personas. Algunos de los primeros acuerdos sobre derechos laborales, por ejemplo, se aplican solamente a una forma de trata



y sus principales obligaciones ya están, en cualquier caso, incluidas en tratados posteriores que a menudo contienen disposiciones más detalladas y que cuentan con un número mayor de Estados partes. Los primeros acuerdos de derechos humanos sobre trata de personas y otras cuestiones conexas, como el matrimonio forzoso, han sido en gran medida sustituidos por instrumentos posteriores, más precisos y ratificados por más Estados. A pesar de ello, algunos de esos antiguos tratados siguen siendo muy importantes, a menudo porque contienen las definiciones jurídicas de prácticas sometidas a reglamentación ulterior por un tratado. Por ejemplo, la definición legal de servidumbre por deudas, parte de la definición de la trata de personas adoptada en 2000, sólo puede encontrarse en un tratado concluido en 1956.

En la sección 2.7 puede encontrarse más información sobre la forma en que los distintos tratados se usan en el presente *Comentario*.

Recuadro 1: Tratados citados con más frecuencia en el presente Comentario

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo sobre la trata de personas) **(2000)**

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos) **(2005)**

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer **(1979)**

Convención sobre los Derechos del Niño **(1989)**

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención contra la Delincuencia Organizada) **(2000)**

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **(1966)**

2.2.1. TRATADOS ESPECÍFICOS SOBRE LA TRATA DE PERSONAS: ÁMBITO INTERNACIONAL

Durante la primera mitad del siglo XX se concluyeron varios tratados que se ocupaban específicamente de la trata de personas, a la sazón entendida como la explotación sexual de mujeres y niñas en países extranjeros:

- Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas (1904);
- Convenio internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas (1910);
- Protocolo que modifica el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas y el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas (1949);
- Convención Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños (1921);
- Convención Internacional relativa a la represión de la trata de mujeres mayores de edad (1933);
- Protocolo que modifica la Convención Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921 y la Convención Internacional relativa a la represión de la trata de mujeres mayores de edad de 1933 (1947).

En 1949, la mayoría de estos acuerdos se refundieron en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Este tratado fue el principal acuerdo internacional en materia de trata de personas durante los cincuenta años siguientes.

En diciembre de 2000, representantes de más de 80 países se reunieron en Palermo (Italia) para firmar un nuevo marco jurídico internacional a fin de combatir la delincuencia transnacional organizada que había sido adoptado por la Asamblea General el mes anterior. Una de las plataformas

clave de ese régimen era un acuerdo detallado sobre la lucha contra la trata de personas. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo sobre la trata de personas) es hoy en día el más importante e influyente acuerdo legal internacional en materia de trata de personas. Entró en vigor en 2003, y al 10 de octubre de 2009 tenía 133 Estados partes.

2.2.2. TRATADOS ESPECÍFICOS SOBRE LA TRATA DE PERSONAS: ÁMBITO REGIONAL

El marco jurídico internacional relativo a la trata de personas incluye los tratados especializados concluidos entre agrupaciones regionales de Estados. Un ejemplo de relieve es el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos), de 2005, que entró en vigor en febrero de 2008 con el potencial de obligar a más de 40 países de Europa occidental, central y oriental en un grado mucho mayor, en particular en cuanto a la protección de las víctimas, que el Protocolo sobre la trata de personas. El Convenio Europeo se basa en instrumentos jurídicos anteriores elaborados por instituciones europeas, incluida la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea (UE) de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos³. Está previsto que esa

³ Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, [2002] DO L 203 [En adelante: Decisión del Consejo de la UE de 19 de julio de 2002]. Aunque no se considera un «tratado» en el sentido habitual, la adopción de una decisión marco impone obligaciones específicas a los Estados miembros de la UE, así como a los países candidatos a la adhesión, para velar por que su legislación y sus prácticas se ajusten a sus disposiciones sustantivas. Las decisiones marco entran en vigor rápidamente, sin el requisito de la ratificación formal. En general, establecen un período restringido para la aplicación.

decisión marco sea derogada en breve y sustituida por un instrumento más firme que siga mucho más de cerca la letra y el espíritu del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos⁴.

Otro ejemplo regional, si bien más reducido, es el de la Convención sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución (Convención de la SAARC), concluida en 2002 por los países miembros de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC). Como implica su título, el ámbito de esta Convención se limita a la trata de mujeres y niños para la prostitución. El primer tratado regional de la historia en ocuparse de la trata de personas fue la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, elaborada bajo los auspicios de la OEA, que fue adoptada en 1994 y entró en vigor el 15 de agosto de 1997. Su propósito es prevenir y castigar la trata internacional de menores y regular sus aspectos civiles y penales.

Si bien sólo los Estados situados en una región geográfica particular pueden en general convertirse en partes en tratados regionales, estos instrumentos pueden ofrecer a todos los países una perspectiva útil de la evolución de las normas. También pueden contribuir a la aparición de normas de derecho internacional consuetudinario acerca de una cuestión particular o en una esfera concreta.

2.2.3. TRATADOS QUE PROHÍBEN LA ESCLAVITUD Y LA TRATA DE ESCLAVOS

A continuación se enumeran los principales tratados relacionados con la esclavitud, que siguen siendo importantes especialmente porque definen

⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de decisión marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y a la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI, COM(2009) 136 final.



conceptos fundamentales que se han recogido en instrumentos posteriores como el Protocolo sobre la trata de personas:

- El Convenio sobre la Esclavitud de 1926;
- La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.

Cabe señalar que todos los tratados internacionales y regionales importantes en materia de derechos humanos también prohíben la esclavitud, la servidumbre y todo un conjunto de prácticas conexas.

Aunque muchas veces se alude a la trata de personas como una forma de esclavitud, los límites precisos de esa relación distan de ser claros. Sin duda, la «esclavitud» es uno de los propósitos finales para los que las personas son objeto de trata. No obstante, la situación de muchas de las víctimas de trata puede no corresponder a la definición jurídica internacional de esclavitud; por tanto, en el ámbito de la prohibición jurídica internacional, esta cuestión ha sido objeto de intensos debates en los últimos tiempos⁵. Se examina en mayor detalle más adelante (parte 1, sección 4.3) en el contexto particular del derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

2.2.4. TRATADOS QUE PROHÍBEN EL TRABAJO FORZOSO Y EL TRABAJO INFANTIL

Aunque varios de los tratados de derechos humanos que se citan a continuación también se

refieren al trabajo forzoso y el trabajo infantil, estas cuestiones se han tratado primordialmente en los instrumentos que aparecen enumerados, y que han sido elaborados bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (Nº 29);
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Nº 105);
- Convenio sobre la prohibición del trabajo infantil, 1999 (Nº 182) (que define la trata de niños como una de las «peores formas de trabajo infantil»).

2.2.5. TRATADOS PERTINENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: ÁMBITO INTERNACIONAL

Los tratados internacionales de derechos humanos forman una parte importante del marco jurídico aplicable a la trata de personas. Dos de los tratados internacionales de derechos humanos «fundamentales» contienen referencias **sustanciales y específicas** a la trata de personas y la explotación conexas:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979: el artículo 6 exige a los Estados Partes que tomen 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, y
- Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989: prohíbe la trata de niños con cualquier propósito, así como la explotación sexual de los niños y el trabajo forzoso o en condiciones de explotación. También contiene importantes medidas de protección para los niños que han sido víctimas de trata.

⁵ Véase, por ejemplo, James C. Hathaway, «The human rights quagmire of human trafficking», *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, Nº. 1, pág. 1 y Anne Gallagher, «Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway», *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, Nº 4, pág. 789 (en adelante citado como Gallagher, «Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground?»).

Otros tratados de derechos humanos prohíben ciertos comportamientos o prácticas que han sido asociados a la trata de personas, como la discriminación por razones étnicas, raciales y sexuales; la discriminación por discapacidad; la esclavitud; el trabajo forzoso y la servidumbre; la explotación de la prostitución; la venta de niños y la explotación sexual de niños; el matrimonio forzoso; la tortura y los tratos y penas inhumanos, y la detención arbitraria.

Los tratados internacionales de derechos humanos también identifican y protegen ciertos derechos que son particularmente importantes en el contexto de la trata, como el derecho a ser propietario y a heredar propiedades, el derecho a la educación, el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado, el derecho a un juicio imparcial, y el derecho a reparación. **Además**, los siguientes tratados de derechos humanos incluyen disposiciones o medidas de protección que guardan relación con la trata de personas:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966;
- Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (reconoce el derecho a las demandas de particulares);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966;
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008 (aún no ha entrado en vigor);
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999 (prevé el derecho de los particulares a las demandas y la investigación);
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1966;
- Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984 (Convención contra la Tortura);

- Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2002 (prevé un sistema de visitas independientes);
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000;
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990 (Convención sobre los trabajadores migratorios);
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951 (Convención sobre los Refugiados);
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967 (Protocolo sobre los Refugiados);
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006 y su Protocolo Facultativo de 2006 (prevé el derecho de demanda individual y colectiva).

2.2.6. TRATADOS PERTINENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: ÁMBITO REGIONAL

Los tratados regionales de derechos humanos concluidos en África, Europa y las Américas afirman y en ocasiones amplían los derechos contenidos en los tratados internacionales, incluidos derechos que son directa e indirectamente pertinentes para la trata de personas. Los tratados regionales de derechos humanos más importantes en este contexto son los siguientes:

- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981 (Carta Africana);
- Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, 1990;
- Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, relativo a los derechos de la mujer en África, 2003;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969;



- Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, 1994 (trata además de la adopción internacional);
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos);
- Carta Social Europea, 1961;
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994;
- Convención de la SAARC sobre arreglos regionales para la promoción del bienestar de la infancia en el Asia meridional, 2002.

2.2.7. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

El derecho penal internacional es una rama del derecho internacional que se ocupa de los delitos internacionales y de la responsabilidad penal individual de los autores de esos delitos. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es el instrumento jurídico fundamental de esta rama del derecho y, como se expone con más detalle en la sección 4.3 de la parte 1, hace alusión a la trata de personas de forma tanto directa como indirecta.

A lo largo de los últimos años, la comunidad internacional ha elaborado varios tratados de lucha contra la delincuencia, con lo que ha desarrollado una nueva esfera de reglamentación jurídica internacional a la que a veces se denomina «derecho penal transnacional». El derecho penal transnacional guarda relación directa con la trata de personas. Entre los tratados más importantes a este respecto, cabe citar los siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres

- y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

2.3. DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO RELACIONADO CON LA TRATA DE PERSONAS

El derecho internacional consuetudinario se define como «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho»⁶. Este derecho no necesita estar escrito. Se considera que una norma es consuetudinaria si i) refleja la práctica general y uniforme de los Estados, y ii) si esa práctica va acompañada de un sentido subjetivo de obligación jurídica (*opinio juris*)⁷. No es necesario que todos los países reconozcan una para que la norma exista y los obligue. Todo lo que se necesita es un consenso general de que la norma de que se trata es de hecho una obligación y goza de un nivel suficiente de

⁶ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, apartado b del párrafo 1 del Artículo 38.

⁷ «Los actos de que se trata no sólo deben ser práctica establecida, sino que deben ser tales, o realizarse de tal modo, que sean prueba de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una norma que la exige [...] Los Estados de que se trate deben percibir que están cumpliendo lo que en suma viene a ser una obligación legal» (*Plataforma continental en el Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca; República Federal de Alemania c. Países Bajos)*), *ICJ Reports 1969*, pág. 44. Véase también Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^o ed., 1990, págs. 5 a 7.

prácticas acordes por parte de los Estados⁸. En principio, el derecho consuetudinario y el derecho basado en tratados tienen el mismo valor. Si se produce un conflicto entre una norma consuetudinaria y una norma basada en un tratado, en general prevalecerá la que surgió más tarde en el tiempo o la que se considera una norma especializada.

En el contexto de la trata de personas, el derecho internacional consuetudinario es importante por varias razones. En primer lugar, no todos los Estados se han adherido a todos los instrumentos pertinentes. La caracterización de una norma como parte del derecho internacional consuetudinario eleva esa norma (y toda obligación que emane de ella) al rango de aplicabilidad universal. Por ejemplo, las prohibiciones de la tortura y la discriminación se consideran de forma generalizada normas de derecho internacional consuetudinario operativas que obligan a todos los Estados y no sólo a los que son partes en los convenios internacionales y regionales pertinentes. Las conclusiones del *Comentario sobre la forma en que esas prohibiciones guardan relación con la trata de personas se aplicarían, por consiguiente, a todos los Estados.*

Otro ejemplo es el de las normas consuetudinarias relacionadas con la formación y la interpretación

⁸ En el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que «para deducir la existencia de normas consuetudinarias le parece suficiente que la conducta de los Estados en general sea conforme con esa norma y que ellos mismos consideren los comportamientos contrarios a esa norma como violaciones de la misma y no como indicaciones del reconocimiento de una nueva norma». *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos) ICJ Reports 1986*, pág. 98. Obsérvese también la norma bien establecida según la cual los Estados que se oponen a una norma del derecho internacional consuetudinario cuando ésta se está constituyendo no están obligados por ella (norma del «objeto persistente»). «En principio, un Estado que indica su disenso respecto de una práctica mientras la norma se encuentra aún en proceso de elaboración, no está obligado por esa norma ni siquiera cuando esté plenamente madura». *American Law Institute, Restatement (Third) of The Foreign Relations Law of The United States* (1990), pág. 102.

de los tratados. Esas normas funcionan de modo que obligan a todos los Estados, y no sólo a los que son partes en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

En esta esfera, como en todas las demás, el derecho internacional consuetudinario también puede desempeñar un papel importante a la hora de arrojar luz sobre el verdadero contenido de las normas codificadas. Por ejemplo, a menudo se ha aducido que la prohibición internacional de la esclavitud, codificada en diversos tratados de derechos humanos, ha sido ampliada (tanto por la *opinio juris* como por la práctica de los Estados) para incluir las manifestaciones contemporáneas de la esclavitud, como la trata de personas. Esa conclusión, de demostrarse, tendría repercusiones en la naturaleza del marco jurídico internacional relacionado con la trata de personas⁹. La costumbre es también un importante elemento constitutivo de las denominadas «normas secundarias» del derecho internacional, es decir, las normas que afectan a las circunstancias en las que un Estado va a ser responsabilizado de cierta violación del derecho internacional, y las consecuencias de una conclusión de responsabilidad. Por consiguiente, reviste particular pertinencia para el análisis de la responsabilidad del Estado en lo que atañe a la trata de personas (véanse las secciones 2.1 a 2.4 de la parte 2).

2.4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del derecho son las normas o principios que aparecen en los principales ordenamientos jurídicos del mundo. Una vez reconocidos como tales, esos principios generales operan obligando a los Estados, aunque no sean parte en un tratado o el derecho consuetudinario. Los principios generales suelen tener un carácter administrativo y de procedimiento que entronca con el derecho internacional como un ordenamiento jurídico. Cabe

⁹ Véase también Anne Gallagher, *International Law of Human Trafficking* (en preparación), cap. 3.



citar como ejemplos el principio de *res judicata* (una vez que una cuestión ha sido definitivamente resuelta por un tribunal, no puede juzgarse de nuevo); la buena fe; la imparcialidad judicial, y la proporcionalidad. También existen principios generales del derecho en el plano regional, además de en el universal. Por ejemplo, el derecho del acusado a permanecer en silencio cuando se le acusa de un delito puede ser un principio general del derecho en Europa y las Américas, pues la mayoría de los países de ambas regiones así lo reconocen en sus ordenamientos jurídicos. En cambio, no está claro si sería un principio general del derecho a escala internacional, pues muchos países de otras partes del mundo no lo reconocen específicamente. Por el contrario, el principio de que no debe hacerse a alguien responsable de un delito que se vio obligado a cometer se acepta de forma generalizada. Los principios generales del derecho en ocasiones son pertinentes para la cuestión de la trata de personas, y por esa razón se alude a ellos en distintos lugares del presente *Comentario*.

2.5. FUENTE SUBSIDIARIA: DECISIONES DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

Las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales son una fuente del derecho que cobra cada vez más importancia a medida que se va estableciendo un número mayor de órganos de ese tipo encargados de muy diversas cuestiones, desde el derecho penal internacional (la Corte Penal Internacional y los tribunales especiales e híbridos que la han precedido o seguido) hasta el derecho del mar (el Tribunal Internacional del Derecho del Mar), cuestiones relacionadas con el comercio internacional (la Organización Internacional del Comercio y su Órgano de Apelación), o los tribunales regionales y de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

La capacidad de generación de derecho internacional de una corte o un tribunal determinados depen-

derá de varios factores, entre ellos las normas bajo las que opera, su jurisdicción y su composición. En la mayoría de los casos, esos órganos tendrán un papel menos directo: sus procedimientos y sentencias pueden dar una nueva interpretación o confirmar el estado de determinada norma consuetudinaria, la existencia de un principio general del derecho o el contenido sustantivo de cierta norma basada en un tratado.

A menudo, los tribunales nacionales recurren al derecho internacional, y sus decisiones pueden ser útiles a la hora de definir el contenido sustantivo de determinadas normas. Esos órganos también pueden ser útiles para identificar la práctica de los Estados. Sin embargo, sus decisiones no constituyen en sí mismas una fuente de derecho internacional ni tienen autoridad jurídica internacional obligatoria.

2.6. NORMAS PERTINENTES SIN FUERZA JURÍDICA OBLIGATORIA

No todos los instrumentos internacionales que guardan relación con la trata de personas son tratados que puedan hacerse cumplir en todos los países. Existen declaraciones, directrices, códigos, memorandos de entendimiento, «acuerdos», resoluciones de las Naciones Unidas, textos interpretativos, pronunciamientos de órganos e informes sobre procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (antes Comisión de Derechos Humanos), que constituyen importantes fuentes de orientación para identificar la naturaleza tanto de los derechos como de las obligaciones. Al no tener fuerza jurídica obligatoria, estos instrumentos también pueden ayudar a contribuir a la elaboración de nuevas normas y patrones jurídicos, por ejemplo, en el caso de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰, al proporcionar pruebas de *opinio juris* e incluso

¹⁰ Caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, competencia y admisibilidad, *ICJ Reports 1984*, pág. 392.

Recuadro 2: Decisiones de cortes y tribunales citadas con mayor frecuencia en el presente *Comentario*

Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 4 (1988)

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. A) N° 18 (2003)

Fiscal c. Kunarac et al. (Sala de Primera Instancia I), caso N° IT-96-23-T& IT-96-23/1-T (22 de febrero de 2001) (sentencia)

Fiscal c. Kunarac et al. (Sala de Apelaciones) caso N° IT-96-23 & IT-96-23/1-A (12 de junio de 2002) (sentencia)

Rantsev c. Chipre y Rusia (25965/04) [2009] TEDH 22 (7 de enero de 2010)

Siliadin c. Francia (73316/01) [2005] TEDH 545 (26 de julio de 2005)

MC c. Bulgaria (39272/98) [2003] TEDH 651 (4 de diciembre de 2003)

Osman c. Reino Unido (23452/84) [1998] TEDH 101 (28 de octubre de 1998)

Akkoç c. Turquía (22947/93;22948/93) [2000] TEDH 458 (10 de octubre de 2000)

Centro de Acción Social y sobre Derechos Económicos y Centro para los Derechos Económicos y Sociales c. Nigeria, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Com. N° 155/96 (2002)

Maria Penha Maia Fernandes c. Brasil, caso 12.051, Informe N° 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 704 (2000)

de la práctica de los Estados en el contexto de una norma consuetudinaria incipiente.

El derecho sin fuerza obligatoria reviste especial importancia en varias esferas que guardan relación directa con la cuestión objeto del presente *Comentario*. Por ejemplo, las Naciones Unidas han trabajado durante muchos años con los Estados para elaborar normas no incluidas en tratados relativas a aspectos fundamentales de la administración de justicia penal, incluidas la detención y la reclusión. Cabe citar como ejemplos las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; y los Principios y directrices básicos sobre el derecho a obtener reparaciones. Todos estos instrumentos no vinculantes se apoyan en normas basadas en tratados (y por consiguiente jurídicamente obligatorias) como la

prohibición de la detención arbitraria, los derechos de los niños y el derecho a reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

En el ámbito concreto de la trata de personas, el instrumento internacional vinculante de mayor relieve es el objeto del presente *Comentario*: los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, de 2002. Como ya se ha señalado, muchos de sus aspectos se basan en el derecho internacional contenido en tratados. Pero hay partes de este documento que van más allá y se basan en normas jurídicas internacionales para elaborar orientaciones más concretas y detalladas destinadas a los Estados en esferas como la legislación, las respuestas de la justicia penal, la detención de víctimas y la protección y el apoyo a las víctimas. Recientemente, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha publicado un conjunto de Directrices sobre la protección de los derechos de los niños víctimas de trata, que



ofrecen orientaciones complementarias sobre la cuestión específica de los niños objeto de trata. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) también ha publicado un conjunto de directrices centradas en la relación entre la trata de personas y el asilo.

También se han elaborado en el nivel regional importantes instrumentos cuasijurídicos y no jurídicos. Como en el caso de sus equivalentes internacionales, estos instrumentos a menudo reiteran y amplían principios jurídicos existentes y en ocasiones van más allá de lo oficialmente acordado entre Estados. En último caso, no obstante, pueden ayudar a comprobar la dirección en que está evolucionando el derecho internacional en relación con una cuestión concreta.

En Asia, los instrumentos pertinentes que no tienen el rango de tratados son, entre otros, los siguientes: la Declaración de la ASEAN sobre la trata de personas, en particular las mujeres y los niños, de 2004, adoptada por la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental; el Memorando de Entendimiento sobre la cooperación contra la trata de personas, adoptado en 2004 por los seis países de la subregión del Gran Mekong; las Directrices de la ASEAN para personal especializado sobre respuestas de justicia penal eficaces a la trata de personas, de 2007, y las Recomendaciones sobre una respuesta eficaz de la justicia penal a la trata de personas, dentro de la Iniciativa mundial de las Naciones Unidas para luchar contra la trata de personas (UN.GIFT), de 2007.

Entre los instrumentos distintos de tratados en materia de trata de personas que se han adoptado en África o que afectan de modo sustancial al continente figuran los siguientes: la Declaración de la CEDEAO sobre la lucha contra la trata de personas, adoptada por la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental en 2001; el Plan de Acción inicial de la CEDEAO contra la trata de personas que figura como anexo de la Declaración, y el Plan de Acción de Uagadugú

para combatir la trata de seres humanos, en especial mujeres y niños, adoptado por la UE y los Estados africanos en 2006. También en 2006, la CEDEAO y la Comunidad Económica de los Estados de África Central (CEDEAC) adoptaron un acuerdo de cooperación multilateral para combatir la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en África occidental y central.

Las instituciones europeas han sido particularmente activas en la cuestión de la trata de personas y otras cuestiones conexas. Entre los principales instrumentos distintos de tratados a este respecto cabe citar la Declaración de Bruselas sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos, adoptada por la Conferencia Europea sobre prevención y lucha contra la trata de personas en 2002; el Plan de Acción para combatir la trata de seres humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) acordado en 2003; la Directiva del Consejo de la Unión Europea, de 29 de abril de 2004, acerca de los permisos de residencia concedidos a personas víctimas de trata que cooperan con las autoridades¹¹; y el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla, adoptado en 2005.

En las Américas, la OEA ha adoptado varios instrumentos no vinculantes directamente relacionados con la trata de personas¹², entre ellos las Recomendaciones de la OEA sobre la trata

¹¹ Directiva 2004/81/EC del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes [2004] DO L 61.

¹² Por ejemplo, OEA, Combate al delito de trata de personas, aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005, AG/RES. 2118 (XXXV-O/05), y Esfuerzos de Cooperación Hemisférica para Combatir la Trata de Personas, aprobado en la cuarta sesión plenaria, 5 de junio de 2007, AG/RES. 2348 (XXXVII O/07).

Recuadro 3: Instrumentos no vinculantes citados con mayor frecuencia en el presente *Comentario*

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas (Principios y Directrices sobre la trata de personas)

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995 (Plataforma de Acción de Beijing)

Acciones e iniciativas ulteriores para aplicar la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (Documento final Beijing +5)

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios y directrices básicos sobre el derecho a obtener reparaciones)

Directrices sobre la protección de los derechos de los niños víctimas de trata (Directrices del UNICEF)

Directrices sobre respuestas de la justicia penal a la trata de personas (Directrices de la ASEAN para especialistas)

Memorando de Entendimiento sobre la cooperación contra la trata de personas en

la subregión del Gran Mekong, Yangon, 29 de octubre de 2004. Iniciativa ministerial coordinada contra la trata de personas (Memorando de Entendimiento de la COMMIT)

Declaración de Bruselas sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos (Declaración de Bruselas)

Plan de Acción para combatir la trata de seres humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (Plan de Acción de la OSCE)

Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla (Plan de la UE sobre mejores prácticas)

Plan de Acción de Uagadugú para combatir la trata de seres humanos, en especial mujeres y niños (Plan de Acción de Uagadugú)

Plan de Acción Inicial de la CEDEAO contra la trata de personas (2002-2003) (Plan de Acción Inicial de la CEDEAO)

OEA, Conclusiones y recomendaciones de la primera reunión de autoridades nacionales sobre la trata de personas (Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas)

de personas, adoptadas en 2006. La Comisión Interamericana de Mujeres también ha producido varias resoluciones importantes a este respecto¹³.

¹³ Por ejemplo, Comisión Interamericana de Mujeres, Combate al delito de la trata de personas, especialmente mujeres, adolescentes, y niñas y niños, CIM/RES. 236 (XXXII-O/04).

Por último, los acuerdos bilaterales (en general sin rango de tratado) en materia de trata de personas pueden ofrecer otra fuente de información y nuevas perspectivas sobre las normas jurídicas aceptadas o en evolución. Un ejemplo de ese tipo de acuerdos es el memorando de entendimiento concluido entre Tailandia y Camboya sobre la cooperación bilateral para la eliminación de la trata de niños



y mujeres y la asistencia a las víctimas de trata. Otros ejemplos son un acuerdo de 2006 entre los Gobiernos de Grecia y Albania¹⁴; un Memorando de entendimiento de 2005 entre los Gobiernos de México y Guatemala¹⁵, y un acuerdo concluido en 2004 entre los Gobiernos del Senegal y Mali¹⁶.

La expresión «derecho no vinculante» también puede utilizarse para aludir a principios contenidos en tratados que no definen derechos u obligaciones precisos. Varias de las normas basadas en tratados que se citan en el presente *Comentario* se han formulado como obligaciones «no vinculantes». Los Estados Partes en el Protocolo sobre la trata de personas están obligados, por ejemplo, a «examinar la posibilidad de aplicar» ciertas medidas, a «esforzarse» por aplicar o prever otras medidas, y a adoptar medidas «en los casos apropiados» o «en la medida de lo posible». Algunas de estas disposiciones, ya vagas, incluso van acompañadas de referencias a las medidas que se estén adoptando de conformidad con el derecho interno del Estado Parte. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos también contiene obligaciones que pueden considerarse no vinculantes. Por ejemplo, se exige a los Estados Partes que «promuevan» un enfoque de derechos humanos; que «procuren promover» la igualdad de género; que «estudien la posibilidad» de adoptar ciertas medidas, y que «adopten otras medidas» cuando proceda y en las condiciones previstas en su derecho interno.

¹⁴ Acuerdo entre el Gobierno de Grecia y el Gobierno de Albania sobre la protección y la asistencia a los niños víctimas de trata (febrero de 2006).

¹⁵ Memorando de entendimiento para la protección de mujeres y menores de edad víctimas de trata y tráfico de personas en la frontera México-Guatemala, 22 de febrero de 2005.

¹⁶ Acuerdo de cooperación entre el Gobierno de la República del Senegal y el Gobierno de la República de Mali en materia de lucha contra la trata y el tráfico transfronterizo de niños, Dakar, 22 de julio de 2004.

Determinar el peso de las normas no vinculantes basadas en tratados es, cuando menos en la esfera de la trata de personas, un proceso relativamente directo. En la mayoría de los casos, esas disposiciones no están completamente vacías de contenido jurídico y, en general, es posible determinar de forma objetiva cuál es el comportamiento que exigen. En el caso de los principales documentos enumerados anteriormente, y de la Convención contra la Delincuencia Organizada, esa determinación puede hacerse mediante una referencia a un amplio acervo de material de interpretación, que incluye trabajos preparatorios¹⁷, guías legislativas¹⁸ y comentarios¹⁹.

2.7. UTILIZACIÓN DE LAS DISTINTAS FUENTES DEL DERECHO EN EL PRESENTE COMENTARIO

El *Comentario* pretende analizar los distintos aspectos jurídicos y normativos de la trata de personas que se abordan en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*. Uno de los objetivos del *Comentario* es determinar en qué medida ciertos principios y conceptos articulados en los *Principios y Directrices* han sido aceptados como derecho o se han incorporado de otro modo a las políticas internacionales o regionales. Las preguntas concretas que se formulan incluyen las siguientes:

¹⁷ Por ejemplo, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2006).

¹⁸ Por ejemplo, UNODC, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.05.V.2) [en adelante, *Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos*].

¹⁹ Por ejemplo, Consejo de Europa, Informe Explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, ETS 197, 16.V.2005 (2005).

- ¿Apoya el derecho internacional una posición particular adoptada por los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*?
- ¿Es conforme una posición particular adoptada por los *Principios y Directrices* con las políticas internacionales/regionales, confirmadas o incipientes, en materia de trata de personas?
- ¿Puede el derecho internacional ayudar a determinar el contenido sustantivo de normas o principios establecidos en los *Principios y Directrices*?
- ¿Pueden las normas secundarias del derecho internacional (y, en particular, las que gobiernan la cuestión de la responsabilidad del Estado respecto de las violaciones del derecho internacional) ayudar a determinar la responsabilidad de los Estados en esta esfera?

En el examen de estas cuestiones, el *Comentario* sigue en general la jerarquía de las fuentes antes expuestas. Normalmente se examinan en primer lugar los tratados, siendo el Protocolo sobre la trata de personas el que recibe más atención dada su condición de tratado más importante, actualizado, universal y ampliamente ratificado, especializado en la trata de personas. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, de fecha posterior a los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, también se analiza en profundidad a lo largo del *Comentario*. Aunque es un tratado regional, el Convenio es importante debido a la potencial amplitud de su cobertura (más de 40 países de destino, tránsito y origen) y su muy sólido anclaje en los derechos humanos, lo que está en particular sintonía con la orientación y el espíritu de los *Principios y Directrices* y, en algunos aspectos, incluso va más allá de éstos. La Convención de la SAARC recibe relativamente menos atención debido a que se centra muy específicamente en la trata de mujeres y niños con fines de prostitución, su reducido número de Estados Partes y su mínima repercusión en el discurso jurídico regional o internacional en torno a la trata desde su adopción en 2002. Otros tratados especializados que consideran la trata de personas en el contexto de una cuestión más amplia, como la

delincuencia transnacional organizada (Convención contra la Delincuencia Organizada) o el derecho penal internacional (Estatuto de Roma) también se citan regularmente a lo largo del *Comentario*.

Los tratados internacionales de derechos humanos son también un recurso importante cuando se intenta responder a las preguntas antes formuladas. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño se citan con particular frecuencia, porque sólo ellas contienen disposiciones específicamente relacionadas con la trata y porque ofrecen un marco jurídico de protección para dos grupos considerados particularmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos asociadas a la trata de personas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe una serie de prácticas directamente relacionadas con la trata de personas, entre ellas la esclavitud, el comercio de esclavos, la servidumbre y el trabajo forzoso. La libertad de circulación y la prohibición de la detención arbitraria (especialmente pertinente en relación con la detención de las víctimas de trata) son disposiciones adicionales pertinentes contenidas en este Pacto. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el principal instrumento que consagra los derechos económicos y sociales de las víctimas de la trata de personas e incluye el importante derecho a un trabajo libremente escogido y aceptado. La Convención sobre los trabajadores migratorios, que se examina más a fondo en relación con el Principio 1 y las directrices conexas, también es pertinente. No obstante, importa señalar que esta Convención aún no ha sido objeto de la ratificación generalizada que confirmaría la aceptación general de sus amplias salvaguardias para los trabajadores migrantes y sus familiares. El *Comentario* también pone de relieve la medida en que algunas disposiciones de derechos humanos más especializadas, como las que contiene la Convención sobre los Refugiados, tienen pertinencia directa en esta esfera.

El derecho internacional consuetudinario se cita regularmente en todo el *Comentario*. En este ámbito,



no obstante, como en la mayoría de los demás, la importancia relativa de la costumbre como fuente del derecho ha disminuido como consecuencia directa de la importancia creciente del régimen de tratados, como el que gobierna los derechos humanos, y el régimen recientemente establecido que rige la delincuencia transnacional organizada. Las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales siguen siendo una importante fuente de conocimiento y autoridad. En el *Comentario* se cita gran número de decisiones de ese tipo, sobre todo, aunque no exclusivamente, de los tribunales de derechos humanos que se han establecido en Europa (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y en las Américas (la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

El material de derecho no vinculante no contenido en tratados, como las directrices, los acuerdos bilaterales no vinculantes, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y sus órganos, y los códigos y normas de organizaciones internacionales se citan con frecuencia en todo el *Comentario*. Este tipo de normas no imponen obligaciones jurídicas a los Estados y deben utilizarse cuidadosamente a fin de velar por que su peso legal no se sobrevalore o se distorsione de algún modo. Dentro de esos límites, este tipo de material puede desempeñar un papel sumamente importante en relación con varias de las preguntas formuladas más arriba. Puede, por ejemplo, ayudar a detectar o confirmar cierta tendencia jurídica o incluso contribuir al desarrollo del derecho internacional consuetudinario en relación con un aspecto concreto de la trata de personas. También puede ofrecer nuevas perspectivas respecto de la sustancia de normas jurídicas más generales contenidas en tratados. Por ejemplo, el Protocolo sobre la trata de personas exige a los Estados que adopten medidas para proteger a las víctimas de la trata de personas. El material no contenido en tratados es un recurso fundamental para determinar las medidas que han de adoptar los Estados para cumplir esta obligación concreta. El enfoque de derechos humanos que tiene el presente *Comentario* influye en

cierta medida en el tipo de material no vinculante que está disponible para tenerlo en consideración. A continuación se explican en mayor detalle dos de las fuentes del derecho sin fuerza jurídica obligatoria que se citan con frecuencia en el *Comentario* (la labor de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados y sus procedimientos especiales).

2.7.1. LABOR DE LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS CREADOS EN VIRTUD DE TRATADOS

Para cada uno de los grandes tratados internacionales de derechos humanos, se ha creado un comité de expertos independientes encargado de vigilar el cumplimiento por los Estados Partes de las disposiciones del tratado correspondiente²⁰. Como parte de las obligaciones que les imponen esos tratados, los Estados Partes deben presentar informes periódicos (denominados «informes de los países») al comité respectivo acerca de la situación de los derechos protegidos por el tratado y las medidas que ha adoptado el Estado para cumplir sus obligaciones en relación con él. Los comités examinan esos informes individuales e inician un diálogo con el Estado Parte informante. Además de orientar al Estado, las «observaciones finales» del comité sobre la actuación del Estado Parte pueden ser útiles como orientación para otros países en relación con lo que se espera de ellos acerca de determinado derecho o determinada norma incluida en el tratado.

²⁰ Esos comités son los siguientes: el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura; el Comité sobre los Derechos del Niño; el Comité sobre los Trabajadores Migratorios, y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cinco de los órganos creados en virtud de tratados (el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) tienen capacidad para recibir y tomar medidas respecto de las denuncias formuladas por particulares contra los Estados Partes, siempre que el Estado Parte de que se trate haya convenido en someterse a ese procedimiento²¹. Estos «mecanismos de denuncia» permiten a los comités aplicar las normas pertinentes a situaciones reales que afectan a personas reales, lo que ayuda a aclarar el contenido sustantivo de las normas. La mayoría de los órganos creados en virtud de tratados también participan en la interpretación activa de las disposiciones de su instrumento fundador mediante «observaciones generales» o «recomendaciones generales», con lo que contribuyen a la evolución de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

A lo largo del *Comentario* se citan con particular frecuencia las actividades del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, importa reconocer que la mayoría de los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados, incluidos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité sobre los Trabajadores Migratorios, actualmente mencionan cuestiones relacionadas con la trata de personas y otras cuestiones conexas en su examen de los informes de los Estados Partes.

²¹ Obsérvese que se ha adoptado un procedimiento de denuncias para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero aún no ha entrado en vigor. El artículo 77 de la Convención sobre los trabajadores migratorios también establece un procedimiento de denuncias individuales, que tampoco ha entrado en vigor todavía.

2.7.2. LABOR DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LAS NACIONES UNIDAS

Los mecanismos de investigación de las Naciones Unidas, denominados «procedimientos especiales», son responsables de supervisar, asesorar e informar públicamente acerca de una situación de derechos humanos en un país concreto (mandatos en países) o sobre una cuestión particular (mandatos temáticos). La expresión se refiere a los relatores especiales, los expertos individuales y los grupos de trabajo. Todos los titulares de un mandato incluido en los procedimientos especiales actúan a título personal. Presentan un informe anual al principal órgano político de las Naciones Unidas que se ocupa de los derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos, y, con menos frecuencia, a la Asamblea General. Todos los procedimientos temáticos o específicos de países están autorizados a recibir información relacionada con su mandato de diversas fuentes (incluidas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales), y a formular recomendaciones para prevenir o reparar violaciones. Algunos están facultados para responder a denuncias de violaciones mediante, por ejemplo, el establecimiento de un diálogo con los denunciantes y los gobiernos, o incluso realizando la investigación efectiva de las denuncias. Los informes de los procedimientos especiales pueden ser una importante fuente de información e interpretación de las normas y reglas de derechos humanos. Dado que los procedimientos especiales se ocupan de situaciones reales, a menudo son capaces de determinar las medidas prácticas que los Estados deben adoptar para proteger, respetar y cumplir cierto derecho humano.

Los procedimientos especiales que se citan más comúnmente en el presente *Comentario* son los siguientes: el Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; el Relator Especial sobre la tortura, y el Relator Especial sobre la venta de



niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Otros procedimientos especiales pertinentes son el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria y el recientemente nombrado Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud.

2.7.3. OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN Y AUTORIDAD

El *Comentario* recurre a toda una gama de material para complementar las fuentes ya citadas anterior-

mente. Los textos interpretativos que se han elaborado en relación con tratados concretos, como las observaciones, los trabajos preparatorios y las guías legislativas son particularmente importantes en relación con la determinación de las obligaciones fundamentales en virtud de esos instrumentos. Las publicaciones académicas ofrecen además nuevas perspectivas, aunque es importante tener en cuenta que esas publicaciones no pueden generar derecho y, a lo sumo, pueden tener peso como pruebas²².

²² Martin Dixon, *Textbook on International Law*, 6^ª ed., 2007, pág. 47.

DEFINICIONES BÁSICAS²³

En la presente sección se exponen y analizan las definiciones de los términos jurídicos básicos empleados en el presente *Comentario*.

3.1. TRATA DE PERSONAS

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* exponen tanto las normas de derechos humanos aplicables a las personas objeto de trata como los requisitos de la justicia penal en relación con los presuntos responsables de la trata. Así pues, es preciso definir su ámbito de aplicación, es decir, qué constituye trata de personas y qué es una persona víctima de trata.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* adoptan explícitamente la definición de trata de personas contenida en el artículo 3 del Protocolo sobre la trata de personas:

a) Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al

abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

En el recuadro 4 *infra* se identifican los tres elementos que deben estar presentes en todos los casos para que se dé una situación de trata de personas (adultas).

El Protocolo no define por separado lo que se entiende por persona objeto de trata, pero lo incluye dentro de la definición de trata.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* se aplican a las personas sometidas a trata y a la trata de personas. No se aplican

²³ Para un examen detallado de la historia y los elementos sustantivos de la definición de trata de personas, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 1.

Recuadro 4: Elementos fundamentales de la definición jurídica internacional de trata de personas

ELEMENTO BÁSICO	
Acción	Captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas.
Medios	Amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.
Fines	Explotación (que incluirá, como mínimo ²⁴ , la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos).

a los migrantes que han sido objeto de tráfico ilícito. El artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes define éste como sigue:

La facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Con arreglo a esta definición, el tráfico de migrantes se refiere solamente a la circulación ilícita de personas a través de fronteras internacionales. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes penaliza este tráfico cuando tiene como fin la obtención de un beneficio personal. Sus disposiciones no se aplican a las personas que organizan su propia entrada ilícita o la entrada ilícita de otras personas por motivos distintos del beneficio material, como las personas que facilitan la entrada ilegal de sus familiares o las organizaciones

no lucrativas que asisten en la circulación de refugiados o solicitantes de asilo²⁵. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes no aborda la entrada meramente ilícita y adopta una posición neutral sobre si aquellos que migran de forma ilegal son objeto de algún tipo de abuso²⁶.

¿Cuáles son las diferencias fundamentales entre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas? A diferencia de la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes puede, por supuesto, entrañar fines de explotación o los elementos de la fuerza, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o el fraude, pero no es condición indispensable. Otra importante diferencia es que el tráfico ilícito de migrantes requiere el cruce (ilegal) de una frontera internacional. La trata de personas no requiere un traslado ilegal de este tipo, pues puede ocurrir dentro de las fronteras de un país o bien atravesando fronteras de forma legal.

²⁴ Se incluyeron las palabras «como mínimo» en lugar de un listado de formas específicas de explotación con el fin de velar por que las formas de explotación no nombradas o nuevas no quedaran excluidas por deducción: Proyecto revisado de Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/AC.254/4/Add.3/Rev.7, nota 14).

²⁵ Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11°, Adición: Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (A/55/383/Add.1, párr. 88).

²⁶ Art. 5.



La distinción entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes es de orden jurídico y puede ser difícil de determinar o de mantener en la práctica. Ello se debe a que ambos son procesos, a menudo relacionados entre sí y casi siempre acompañados de cambios, flujos, solapamientos y transiciones. Una persona puede ser objeto de tráfico ilícito un día y de trata al siguiente. Los riesgos y las consecuencias de la identificación incorrecta, particularmente en lo que atañe a los derechos humanos de las víctimas, se analizan en varias ocasiones a lo largo del presente *Comentario*.

3.2. TRATA DE NIÑOS

La definición legal de «niño» figura en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «todo ser humano menor de dieciocho años». El derecho internacional ofrece una definición distinta de la trata de niños. En este caso, es innecesario demostrar que se haya recurrido a la fuerza, el engaño o ningún otro medio. Sólo es necesario demostrar:

- a) una «acción» como la captación, la compra o la venta, y
- b) que esa acción haya tenido como fin concreto la explotación.

Dicho de otro modo, habrá una situación de trata cuando el niño haya sido sometido a algún acto, como la captación o el transporte, cuyo objeto sea la explotación de ese niño. Esta

definición tiene el potencial de facilitar la identificación de los niños víctimas de trata y de los autores de la trata. Sin embargo, su amplitud puede dificultar la distinción entre los que han sido objeto de trata y la categoría más amplia de niños en movimiento.

3.3. TÉRMINOS JURÍDICOS CONEXOS

La definición de trata de personas expuesta más arriba contiene varios términos que no quedan definidos en el instrumento en el que aparece aquélla. Por tanto, es necesario examinarlos por separado.

Esclavitud: el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 define la esclavitud como «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos»²⁷.

Servidumbre: Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8 2) estipulan que ninguna persona será sometida a servidumbre. Aunque no se define en ninguno de los dos instrumentos, en general se considera que el concepto de servidumbre es más amplio que el de esclavitud, y se refiere a «todas

²⁷ En las secciones 2.2.3 *supra* y 4.3 *infra* de la parte 1 se encontrarán más detalles sobre la relación entre trata de personas y esclavitud.

Recuadro 5: Elementos fundamentales de la definición jurídica internacional de trata de niños

ELEMENTO BÁSICO	
Acción	Captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas.
Fines	Explotación (que incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos).

las formas concebibles de dominación y degradación de un ser humano por otro ser humano»²⁸.

Prácticas análogas a la esclavitud: la Convención suplementaria sobre la esclavitud de 1956 se refiere a las instituciones y las prácticas de servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, las formas serviles de matrimonio y la explotación del trabajo de los niños²⁹, todas las cuales se consideran *análogas a la esclavitud*. La servidumbre por deudas y las formas serviles de matrimonio son dos prácticas de particular pertinencia en el contexto de la trata de personas. El artículo 1 a) de la Convención suplementaria sobre la esclavitud define la **servidumbre por deudas** como sigue:

el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

En cuanto a las **formas serviles de matrimonio**, el artículo 1 c) de la Convención suplementaria sobre la esclavitud afirma lo siguiente:

²⁸ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2^o ed., 2005, pág. 99. Nowak afirma que la servidumbre por deudas (definida más adelante) se incluye en la prohibición de la servidumbre contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para más detalles sobre el concepto jurídico de servidumbre y su utilización (o no utilización) en el derecho internacional, véase Jean Allain, «On the curious disappearance of human servitude from general international law», *Journal of the History of International Law*, vol. 11, N° 2 (2009), pág. 303.

²⁹ «Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven» (art. 1 d)).

Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.

El artículo 2 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (N° 29) de la OIT, define así el **trabajo forzoso**:

todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente³⁰.

³⁰ En el caso de los niños, el Comité sobre los Derechos del Niño ha explicado como sigue la definición de trabajo forzoso: «un volumen considerable de trabajo o de servicios que una persona se ve obligada a realizar por un funcionario público, una autoridad o una institución bajo la amenaza de un castigo; el trabajo o los servicios realizados para particulares bajo coacción (por ejemplo, la privación de libertad, la retención del salario, la confiscación de los documentos de identidad o la amenaza de castigo) y prácticas similares a la esclavitud, como la servidumbre por deudas y el matrimonio o los esponsales de un menor a cambio del pago de una cantidad de dinero (véase el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930 (Convenio N° 29 de la Organización Internacional del Trabajo) (arts. 2 y 11) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (art. 1)»; Orientaciones revisadas respecto de los informes iniciales que han de presentar los Estados Partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (CRC/C/OPSC/2).

ASPECTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

4

La adopción de un enfoque de derechos humanos respecto de la trata de personas, que se estudia más a fondo en el contexto del Principio 1 y las directrices conexas, exige tener en cuenta toda una serie de cuestiones jurídicas. A continuación se presentan tres de las grandes «cuestiones» jurídicas que se plantean en diversos puntos a lo largo del presente *Comentario*.

4.1. LA TRATA DE PERSONAS EN CUANTO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional prohíbe ciertas prácticas que están estrechamente relacionadas con la trata de personas, entre ellas la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso, las peores formas de trabajo infantil, la explotación sexual de los niños, el matrimonio forzoso, la prostitución forzosa y la explotación de la prostitución. El derecho internacional también prohíbe de modo terminante la esclavitud, prohibición que va más allá del derecho de los derechos humanos, incluidos el derecho del mar, el derecho humanitario y el derecho penal internacional. La prohibición de la tortura, definida como norma del derecho internacional consuetudinario³¹, también

ha sido invocada recientemente por los órganos internacionales de derechos humanos en el contexto concreto de la trata de personas³². A medida que vamos entendiendo mejor cómo sucede la trata de personas y por qué, la pertinencia de otras sólidas normas internacionales, entre ellas la prohibición de

formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, párr. 10; *Fiscal c. Furundzija* (Sala de Primera Instancia), caso N° IT-95-17/1-T (10 de diciembre de 1998) (sentencia), párrs. 143 y 144; *Fiscal c. Kunarac et al.* (Sala de Primera Instancia), caso N° IT-96-23-T& IT-96-23/1-T (22 de febrero de 2001) (sentencia), párr. 466.

³² El Relator Especial sobre la Tortura ha señalado recientemente que las víctimas de trata de personas a menudo son confinadas, obligadas a trabajar durante largos períodos y sometidas a formas graves de violencia física y mental «que pueden constituir tortura, o al menos trato cruel, inhumano o degradante» (A/HRC/7/3, párr. 56). El Relator Especial cita (párr. 57) *Siliadin c. Francia* para apoyar el argumento de que el Estado puede ser considerado responsable por no prevenir, enjuiciar y castigar a los actores no estatales de prácticas de trata de personas y por no facilitar protección adecuada a las víctimas. Cita además el caso *Barar c. Suecia* (párr. 57), en el que el Tribunal Europeo de Derechos humanos sostuvo que la expulsión de una persona a un Estado en que sería objeto de esclavitud o de trabajo forzoso podía plantear cuestiones pertinentes a la obligación de prohibir la tortura. El Comité contra la Tortura también ha reconocido el vínculo entre la trata de personas y la tortura. Véanse, por ejemplo, las observaciones finales sobre la Federación de Rusia (CAT/C/RUS/CO/4, párr. 11); Sudáfrica (CAT/C/ZAF/CO/1, párr. 24); Togo (CAT/C/TGO/CO/1, párr. 26); República de Corea (CAT/C/KOR/CO/2, párr. 18), y Austria (CAT/C/AUT/CO/3, párr. 4).

³¹ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 24 (1994): Cuestiones relacionadas con las reservas

la discriminación por razones de raza o de sexo, crece de forma considerable. En resumen: muchas de las prácticas que tienen lugar en la trata de personas hoy en día están inequívocamente prohibidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

El presente *Comentario* demostrará que el derecho internacional de los derechos humanos también es pertinente en lo que atañe a la orientación o la determinación de respuestas apropiadas por parte de los Estados. La legislación relativa al trato de los no ciudadanos, por ejemplo, confirma que los Estados deben otorgar amplias protecciones de derechos humanos a las víctimas de la trata de personas dentro de sus fronteras (véase el análisis que se hace en el Principio 1 y las directrices conexas). El derecho de los derechos humanos también confirma que los Estados no pueden violar principios y normas de no discriminación que protegen los derechos económicos, sociales y culturales cuando elaboran o aplican su respuesta a la trata de personas (véase el análisis que se hace en el Principio 3 y las directrices conexas). Además de los derechos fundamentales, la persona objeto de trata tendrá derecho, dependiendo de su condición, a protecciones adicionales como las que reconoce el derecho internacional como aplicables a las mujeres, los niños, los migrantes, los trabajadores migrantes, los refugiados y los no combatientes. El derecho de las víctimas de trata de personas a reparación, cuestión que se examina en detalle en relación con el Principio 17 y las directrices conexas, además de los derechos fundamentales, es un aspecto crítico del marco de derechos humanos que dicta las respuestas nacionales aceptables.

¿Prohíbe en la práctica el derecho internacional de los derechos humanos la trata de personas, en comparación con las prácticas relacionadas con la trata, como el trabajo forzoso o la esclavitud? Dicho de otro modo, ¿constituye la trata en sí misma una violación del derecho internacional? Esta es una pregunta sumamente importante, tanto desde el punto de vista normativo como desde el práctico. Poder decir que la trata viola el derecho

internacional de los derechos humanos es importante con fines de promoción, pues establece un vínculo directo con las normas secundarias de responsabilidad, y porque empuja a los Estados hacia un nivel y un tipo de respuesta particulares. Las intervenciones jurídicas y normativas más amplias que tienen como fin erradicar la trata de personas reciben un impulso considerable si ese fenómeno, y no sólo sus elementos constitutivos, pueden caracterizarse como contrarios al derecho internacional de los derechos humanos. Por último, definir la trata de personas como una violación de los derechos humanos activará las obligaciones de los Estados cuando éstos hayan introducido medidas especiales, inclusive de protección, para las víctimas que se considere que han sido objeto de violaciones «de los derechos humanos»³³.

La clara prohibición de la trata contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño y la referencia a la trata de personas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer indican que, al menos en relación con la trata de niños y de mujeres, el derecho internacional reconoce una prohibición relativamente inequívoca. A lo largo del último decenio ha sido posible citar pruebas firmes y recientes derivadas de toda una gama de fuentes, entre ellas tratados³⁴, textos

³³ Esta consecuencia es una de las principales razones por las que la trata de personas fue específicamente identificada como violación de los derechos humanos en el preámbulo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos. Véase el Informe Explicativo del Convenio, párr. 41.

³⁴ Por ejemplo, el preámbulo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos: «Considerando que la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano». Véase también el preámbulo de la decisión del Consejo de la UE de 19 de julio de 2002, que afirma que «[l]a trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana». Véase también la propuesta de 2009 de una nueva



interpretativos³⁵, resoluciones de organizaciones intergubernamentales³⁶ y conclusiones de órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados³⁷ para indicar que existe un consenso general entre los Estados en cuanto a que la trata de personas supone, en todas sus formas, una grave violación de los derechos humanos.

Otra importante confirmación de este extremo es una sentencia reciente del Tribunal Europeo de

decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que afirma en su preámbulo que la trata de seres humanos es un delito grave que a menudo se comete en el marco de la delincuencia organizada, y supone una grave violación de los derechos humanos.

³⁵ Véase, por ejemplo, el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de personas, párrs. 41 a 45.

³⁶ Véase, por ejemplo, el preámbulo de la resolución 58/137 de la Asamblea General sobre fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas («la trata de personas [es] una forma contemporánea y abominable de la esclavitud y [...] un acto contrario a los derechos humanos universales»; el preámbulo de la resolución 61/80 de la Asamblea General sobre medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas («las formas contemporáneas de la esclavitud vulneran los derechos humanos y [...] la trata de personas menoscaba el disfrute de los derechos humanos»); el preámbulo de la resolución 2004/45 de la Comisión de Derechos Humanos sobre trata de mujeres y niñas («eliminar [...] todas las formas de violencia sexual y trata de personas [...] que violan y limitan o anulan el disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales por las víctimas de la trata»); el preámbulo de la resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños («la trata de personas viola los derechos humanos y menoscaba el disfrute de estos»); Consejo de Europa, Recomendación Rec (2002)5 sobre protección de las mujeres contra la violencia, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002 (incluye en el concepto de violencia contra la mujer «la trata ilegal de mujeres con fines de explotación sexual y explotación económica y el turismo sexual» y afirma que «la violencia contra las mujeres anula, viola e impide el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales»).

³⁷ El Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales, ha definido repetidas veces la trata de personas como constitutiva de una violación potencial de los artículos 3, 8, 24 y 26 del Pacto: Barbados (CCPR/C/BRB/CO/3, párr. 8); Kosovo (Serbia) (CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 16); Paraguay (CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 13); Brasil (CCPR/C/BRA/CO/2, párr. 15), y Eslovenia (CCPR/CO/84/SVN, párr. 11).

Derechos Humanos. En el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal hubo de examinar si la trata de personas estaba incluida en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio. El Tribunal concluyó que no cabe duda de que la trata pone en peligro la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas y no puede considerarse compatible con una sociedad democrática y los valores expuestos en el Convenio, y que la trata de personas, en el sentido del artículo 3 a) del Protocolo de Palermo y del artículo 4 a) del Convenio sobre la lucha contra la trata de personas, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Convenio (párr. 282).

Si bien cada vez es más fácil señalar la existencia de una norma de aplicación general que prohíbe la trata de personas, sigue siendo difícil determinar con absoluta certeza la naturaleza, el alcance y el efecto de esta norma. Entre los factores que complican la cuestión figuran la complejidad del fenómeno de la trata; la variedad de normas aplicables o potencialmente aplicables, y la difícil cuestión de la responsabilidad de los Estados respecto de actos que a menudo se encuentran fuera de su esfera de control directa. Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* suponen una importante contribución a la difícil pero importante tarea de determinar el alcance y el contenido normativo de una prohibición internacional de la trata de personas.

4.2. LA TRATA DE PERSONAS EN CUANTO FORMA DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER³⁸

Puede argumentarse que la trata de personas constituye una violación del derecho internacional, pues es contrario a la prohibición internacional de la discriminación por motivos de sexo. Un paso más allá en esta posición define la trata de personas como forma de violencia contra la mujer y, por consiguiente, una violación de la norma que prohíbe la discriminación por motivos de sexo. Esas afirmaciones diversas se analizan a continuación, haciendo particular referencia a la labor y las funciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

La igualdad de trato y la no discriminación por razones de sexo es un derecho humano fundamental sólidamente consagrado en todos los grandes instrumentos internacionales y regionales³⁹ (véase el análisis en relación con los Principios 3 y 7 y las directrices conexas). La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer define esa discriminación como sigue:

[T]oda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la

³⁸ Para un examen más detallado de esta cuestión, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3. Para un análisis completo del artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y las prácticas conexas del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, véase Janie Chuang, «Article 6», en *Commentary to the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (de próxima aparición).

³⁹ Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo, Artículo 1 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2, 3 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2, 3 y 7; Carta Africana, arts. 2 y 18 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14.

igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art. 1).

Se acepta de modo generalizado que esta prohibición exige que los Estados Partes adopten medidas para impedir los actos de discriminación tanto públicos como privados⁴⁰. La prohibición de la discriminación basada en razones de sexo guarda relación y refuerza la obligación de aplicar la ley en condiciones de igualdad⁴¹.

El examen del Principio 5 y las directrices conexas confirma el vínculo entre la discriminación por motivos de sexo y la vulnerabilidad a la trata.

La violencia contra la mujer no se aborda directamente en ninguno de los grandes instrumentos internacionales o regionales de derechos humanos⁴². No obstante, las actitudes están cambiando y la cuestión es ahora un elemento permanente de las prioridades generales en materia de derechos humanos. Hay dos instrumentos de las Naciones Unidas que revisten importancia al respecto: la Recomendación general N° 19 sobre la violencia

⁴⁰ Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19: La violencia contra la mujer, párr. 9; Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, resolución 48/104 de la Asamblea General, art. 4 c); Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer con inclusión de sus causas y consecuencias, Radhika Coomaraswamy (E/CN.4/1995/42, párr. 72). Véase también Theodor Meron, *Human Rights Law-making in United Nations*, 1986, pág. 60.

⁴¹ El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, dispone que «[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de [...] sexo».

⁴² Esta omisión y las razones que la explican han sido objeto de un extenso análisis. Para un estudio útil al respecto, véase E/CN.4/1995/42.



contra la mujer, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer adoptada por la Asamblea General en 1993. También es pertinente, tanto en el contexto regional como en lo que se refiere a su influencia general en la orientación y el contenido del debate sobre la violencia contra la mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994.

La Recomendación general N° 19 trata sobre la cuestión de la violencia contra la mujer en el marco de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer estipulando que la definición de discriminación contenida en el artículo 1 incluye la violencia basada en el género, es decir, la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer, o que la afecta de forma desproporcionada. La violencia basada en el género se identifica como «una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre». Según el Comité, la violencia basada en el género incluye «actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad». No todos los casos de violencia contra la mujer están basados en el género. Para decidir si cierto acto de violencia está basado en el género (y es por tanto una forma de discriminación basada en el sexo) será preciso examinar los dos aspectos de la definición: en primer lugar, si la víctima lo es *por el hecho de ser mujer*, y en segundo lugar, si se ve afectada de forma desproporcionada⁴³.

La Recomendación general N° 19 hace referencia específica a la trata, identificándola con una forma de violencia contra la mujer que es incompatible con la igualdad en el disfrute de los derechos por parte de las mujeres y con el respeto de sus

derechos y su dignidad, lo que las expone especialmente a la violencia y los abusos.

En relación con el artículo 6 de la Convención, la Recomendación general N° 19 también señala lo siguiente:

- En el artículo 6 se exige a los Estados que adopten medidas para suprimir todas las formas de trata y explotación de la prostitución de la mujer.
- La pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata.
- La pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas muy jóvenes, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia.
- Además de las formas establecidas, hay nuevas formas de explotación sexual, como el turismo sexual, la contratación de trabajadoras domésticas de países en desarrollo en los países desarrollados y el casamiento de mujeres de los países en desarrollo con extranjeros. Estas prácticas son incompatibles con la igualdad de derechos y con el respeto a los derechos y la dignidad de las mujeres y las ponen en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos.
- Las guerras, los conflictos armados y la ocupación de territorios conducen frecuentemente a un aumento de la prostitución, la trata de mujeres y actos de agresión sexual contra la mujer, que requiere la adopción de medidas protectoras y punitivas.

La Recomendación general N° 19 deja claro que la violencia de género «menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos». Es importante que la recomendación general señale que la discriminación que prohíbe la Convención no se limita a las medidas adopta-

⁴³ Véase además: Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3.

das por los gobiernos o en su nombre, y pida a los Estados que «adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos *públicos o privados* de violencia por razones de sexo» (cursivas añadidas). Este aspecto ha sido reafirmado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en numerosas ocasiones, inclusive en su examen de comunicaciones presentadas con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención⁴⁴.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por consenso en la Asamblea General, se aplica a todas las formas de violencia de género dentro de la familia y en la comunidad general, así como la violencia «perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra». Los Estados deben «proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y [...] castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados *por el Estado o por particulares*» (cursivas añadidas). En su condición de resolución de la Asamblea General, la Declaración no tiene fuerza jurídica obligatoria automática y no lleva consigo el importante peso interpretativo de una recomendación general. No obstante, su capacidad potencial para contribuir al desarrollo de una norma consuetudinaria internacional sobre la cuestión de la violencia contra la mujer, incluida la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos de violencia perpetrados por particulares o entidades privadas, no debe dejarse de lado⁴⁵, particularmente teniendo en cuenta que se adoptó por consenso.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, *A.T. c. Hungría*, Comunicación N° 2/2003 (CEDAW/C/32/D/2/2003, párr. 9.2); y *Fatma Yildirim (fallecida) c. Austria*, Comunicación N° 6/2005 (CEDAW/C/39/D/6/2005, párr. 12.1).

⁴⁵ *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)* ICJ Reports 1986, pág. 98 (se identifican las resoluciones de la Asamblea General adoptadas por consenso como importantes fuentes de *opinio juris*).

La Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer es actualmente el único instrumento jurídico internacional que se refiere específicamente a la cuestión de la violencia contra la mujer. Su propósito es prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer, definida como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, *tanto en el ámbito público como en el privado*» (art. 1) (cursivas añadidas). La Convención reconoce específicamente la trata (sin definir) como violencia contra la mujer basada en la comunidad (frente a la violencia doméstica o la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes), con lo que reconoce que el daño que produce la trata generalmente se origina en el ámbito privado. En el artículo 7 se exige a los Estados lo siguiente:

- Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como de otra naturaleza, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso, y
- Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

La Convención prevé una serie de mecanismos potencialmente eficaces de aplicación de la ley, entre ellos la presentación de informes y un procedimiento de denuncia al alcance tanto de particulares como de grupos (arts. 10 y 12).



En el plano político internacional, dos importantes documentos de resultados de grandes conferencias mundiales, la Declaración de Viena⁴⁶ y la Plataforma de Acción de Beijing⁴⁷, definen la trata como una forma de violencia basada en el género, al igual que lo hace el importante informe del Secretario General, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer⁴⁸. La labor de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, además de la del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴⁹ y del ACNUR⁵⁰, también ha identificado la trata como una forma de violencia por motivos de género.

⁴⁶ Informe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/24, cap. III, Programa de Acción, parte 1, párr. 18 [en adelante: Declaración de Viena].

⁴⁷ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (A/CONF.177/20), cap. IV, objetivo estratégico D.3, párr. 131.

⁴⁸ A/61/122/Add.1, párrs. 135 a 138; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «Women 2000: The Future of Human Rights», conferencia impartida en la Universidad de Columbia, 4 de junio de 2000.

⁴⁹ Por ejemplo, el Comité contra la Tortura recientemente abordó la trata de personas en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes bajo el encabezamiento «Violencia contra mujeres y niños, incluida la trata»: Federación de Rusia (CAT/C/RUS/CO/4, párr. 11); Ucrania (CAT/C/UKR/CO/5, párr. 14).

⁵⁰ «[La trata] de mujeres y niños para obligarlos a prostituirse o sufrir otros actos de explotación sexual constituye una manifestación de violencia por motivos de género, lo cual podría llegar a constituir persecución», en el marco de la definición legal de «refugiado». ACNUR, Directrices sobre protección internacional: la aplicación del artículo 1A 2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata (HCR/GIP/06/07, párr. 19) [en adelante: Directrices del ACNUR sobre la trata]; ACNUR, Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A 2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 (HCR/GIP/02/01, párr. 18) [en adelante, Directrices del ACNUR sobre género].

Esta cuestión se examina en más detalle en distintos lugares del presente *Comentario*, inclusive en relación con el Principio 1 y las directrices conexas (derechos humanos de la mujer), el Principio 2 y las correspondientes directrices (aplicación de la norma de la diligencia debida en el contexto de la violencia contra la mujer); el Principio 3 y las directrices conexas (medidas contra las formas de trata que violan la prohibición de la discriminación por motivos de sexo), y el Principio 13 (investigación, procesamiento y enjuiciamiento de los casos de trata de personas).

4.3. LA TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL⁵¹

El derecho internacional humanitario o «derecho de la guerra» es una rama del derecho internacional que regula la conducta en caso de hostilidades. Un aspecto decisivo del derecho internacional humanitario es la protección que ofrece a los civiles que se ven envueltos en un conflicto armado internacional o interno; esta protección se añade a la legislación de derechos humanos, que sigue aplicándose con sujeción a una derogación legítima⁵². En relación con los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, el derecho internacional humanitario (tanto consuetudinario como basado en tratados) prohíbe varias prácticas

⁵¹ Para más detalles sobre la trata de personas en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, incluida la prohibición legal internacional de la esclavitud y el sojuzgamiento, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3.

⁵² A este respecto, véase *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (opinión consultiva), ICJ Reports 1996, pág. 226, párr. 25; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (opinión consultiva), ibíd., 2004, pág. 136, párr. 106; *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, fondo, ibíd., 2005, pág. 168, párrs. 216 a 220.

relacionadas con la trata de personas, entre ellas el sojuzgamiento, el comercio de esclavos, la reubicación forzosa y la deportación con fines de trabajo en régimen de esclavitud, el trabajo forzoso no remunerado o abusivo y la privación arbitraria de la libertad⁵³.

Muchas normas del derecho internacional humanitario forman parte hoy en día del derecho penal internacional, la rama del derecho que se ocupa de la responsabilidad penal individual respecto de delitos internacionales, incluidos los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. La Corte Penal Internacional y los tribunales especiales que la precedieron son las principales instituciones del derecho penal internacional. Su establecimiento supuso una oportunidad para aclarar las prácticas que deben considerarse crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Otro aspecto importante es que también permitieron a la comunidad internacional abordar lo que para muchos suponía una grave falta de atención a ciertos delitos cometidos durante los conflictos armados, como las violaciones, la prostitución forzosa y los embarazos forzosos.

Los Estatutos del Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda consideran que la violación, la prostitución forzosa y toda forma de abuso deshonesto son crímenes de guerra⁵⁴. Además, la violación se considera un crimen de lesa humanidad en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales

para Rwanda y para la ex Yugoslavia⁵⁵. Estos tribunales especiales han hecho importantes avances doctrinales sobre las prohibiciones legales internacionales que potencialmente intervienen o están asociadas a la trata de personas. Por ejemplo, han enjuiciado a personas por violencia sexual, y varios de los procesados han sido declarados culpables del crimen de lesa humanidad de violación⁵⁶, definido por primera vez en 1998 por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda⁵⁷. La violencia sexual ha sido reconocida como acto de genocidio además de como forma de tortura, sojuzgamiento, persecución y trato inhumano, y como el *actus reus* para estos y otros delitos⁵⁸. Como se detalla en el análisis sobre la esclavitud *supra*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también ha identificado la violencia sexual y otros actos conexos como constituyentes del crimen de lesa humanidad de sojuzgamiento. El fallo de la Sala de Primera Instancia,

⁵³ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 3 g) (cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 5 g) (cuando hayan sido cometidos en el curso de un conflicto armado y dirigidos contra cualquier población civil).

⁵⁴ Para un examen amplio de estos casos, véase James R. McHenry III, «The prosecution of rape under international law: Justice that is long overdue», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, N° 4 (octubre de 2002), pág. 1269. Puede encontrarse información de antecedentes sobre varios de los actos de procesamiento más importantes en Kelly Dawn Askin, «Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current status», *American Journal of International Law*, vol. 93, N° 1 (enero de 1999), pág. 97. Para un análisis más reciente y detallado, véase Anne-Marie de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and ICTR*, 2005.

⁵⁵ «Una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas», *Fiscal c. Akayesu* (Sala I), caso N° ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998 (fallo) (párr. 598).

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Fiscal c. Akayesu* (los actos de violencia sexual pueden constituir el *actus reus* para el crimen de genocidio).

⁵³ Véase en general Comité Internacional de la Cruz Roja, *Customary International Humanitarian Law*, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), Cambridge University Press, 2005, en particular el capítulo 32.

⁵⁴ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 3 e); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 4 e) (cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas).



confirmado después de la apelación, reconoció explícitamente una evolución inequívoca en la prohibición legal internacional de la esclavitud. El Tribunal determinó un conjunto de factores que hay que tener en cuenta para identificar debidamente si se ha cometido sojuzgamiento, muchos de los cuales son típicos en las pautas de las prácticas contemporáneas de trata de personas⁵⁹.

La Corte Penal Internacional, establecida en 2002, tiene competencia sobre los casos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión (aún por definir). La jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria a la de los tribunales nacionales, y por esa razón se limita a las situaciones en las que los sistemas nacionales no investigan o enjuician un asunto, o cuando no están dispuestos a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no puedan realmente hacerlo⁶⁰. El Estatuto de Roma asigna a la Corte competencia respecto de la responsabilidad penal individual de personas que cometan, intenten

cometer, ordenen, propongan o induzcan, faciliten, sean cómplices, encubran o colaboren de modo intencionado en la comisión de un crimen que sea competencia de la Corte. Esto abarca a todas las personas sin distinción alguna basada en el cargo oficial, sea jefe de Estado, miembro de un gobierno o representante elegido. Otro aspecto importante es que el Estatuto también prevé la responsabilidad de jefes militares y otras autoridades superiores por crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando (arts. 25, 27 y 28). Además, el artículo 25 3) d) penaliza una nueva forma de participación en el crimen: la contribución a la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas genera responsabilidad penal individual.

El Estatuto de Roma dispone que los crímenes de guerra cometidos en situaciones de conflicto armado internacional incluyen los siguientes: «[c]ometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado [...], esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra». Los crímenes de guerra en situaciones de conflicto armado no internacional incluyen los siguientes: «[c]ometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado [...], esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra»⁶¹.

El Estatuto prevé además que los actos que constituyen «crímenes de lesa humanidad» (que, por imperativo jurisdiccional, deben cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento

⁵⁹ Por ejemplo, «el control de la libertad de circulación de una persona, el control de su entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o disuadir de la fuga, el empleo de la fuerza, la amenaza de empleo de la fuerza o la coacción, la duración, la afirmación de exclusividad, el sometimiento a tratos crueles y abusos, el control de la sexualidad y los trabajos forzosos». Véase Kunarac (nota 31 *supra*), párr. 543.

⁶⁰ Estatuto de Roma, arts. 5 1) y 17. La «incapacidad» se determina examinando «si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio» (art. 17 3)). Para determinar la «falta de disposición», la Corte examinará si se da una o varias de las siguientes circunstancias: «a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal [...]; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que [...] sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial» (art. 17 2)).

⁶¹ Art. 8 2) b) xxii) y e) vi). Obsérvese que los elementos delictivos para los crímenes de guerra de sojuzgamiento, esclavitud sexual y prostitución forzada son idénticos a los expuestos para los crímenes de lesa humanidad equivalentes. Véase en general el examen que se hace en la presente sección.

de dicho ataque)⁶² incluyen los siguientes: «[v]iolación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable». También se incluye en la enumeración la esclavitud como acto constitutivo de crimen de lesa humanidad. Como ya se ha examinado previamente y se estudiará en detalle más adelante, el Estatuto dispone que «esclavitud» significa «el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños»⁶³. Otros actos considerados crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad de potencial pertinencia para una situación de trata de personas incluyen la deportación o el traslado forzoso de población (arts. 7 1) d) y 8 2) a) vii)), «los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes» (art. 8 2) c) ii)), y «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física». El Estatuto de Roma también penaliza la persecución, inclusive por motivos de género, si se comete en relación con cualquiera de los actos inhumanos enumerados en el Estatuto o cualquier delito incluido en la competencia de la Corte⁶⁴.

⁶² Art. 7 1). Obsérvese que no se requiere un nexo con un conflicto armado.

⁶³ Art. 7 1) g) y 2) c). Obsérvese que en el Estatuto de Roma no se define «tráfico de personas».

⁶⁴ Art. 7 1) k) (crimen de lesa humanidad) y h). El artículo 7 2) g) del Estatuto define la persecución como «la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad».

El panorama general expuesto confirma que varias de las prácticas asociadas con la trata de personas, incluidas diversas formas de violencia sexual como la prostitución forzada, pueden, en ciertas condiciones particulares, identificarse como crímenes de guerra y al tiempo como crímenes de lesa humanidad, que acarrearán responsabilidad penal individual. Aún no se han resuelto otros aspectos, por ejemplo si la trata de personas *como tal* puede caracterizarse como crimen de lesa humanidad (y, en su caso, en qué circunstancias)⁶⁵.

VÉASE ADEMÁS:

- No discriminación y respuestas a la trata de personas: parte 2.1, sección 3.2
- Trato dispensado a los no ciudadanos: parte 2.1, sección 1.3; mujeres: parte 2.1, secciones 1.4.1 y 3.2; parte 2.2, sección 5.4; parte 2.3, secciones 7.4 y 8.5; niños: parte 2.1, sección 1.4.2; parte 2.2, sección 5.5; parte 2.3, secciones 7.4, 8.5 y 10.1 a 10.4; migrantes/trabajadores migrantes: parte 2.1, sección 1.4.3; refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos: parte 2.1, secciones 1.4.4 y 3.4
- Discriminación por motivos de sexo y vulnerabilidad a la trata de personas: parte 2.2, sección 5.4
- Acceso a reparación: parte 2.4, secciones 17.1 a 17.6

⁶⁵ Para un examen de esta cuestión, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3.

PARTE 2



Parte 2.1

LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

El derecho de los derechos humanos proporciona normas universales que se aplican a todas las personas. Mientras que los medios para alcanzar las garantías en materia de derechos humanos pueden y deben ser apropiadas a las condiciones locales y venir determinadas por el contexto, la universalidad de su aplicación a todas las personas, incluidas todas las que han sido víctimas de trata, es indiscutible.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* promueven explícitamente un *enfoque basado en los derechos humanos* respecto de la trata. La importancia de ese enfoque ha sido confirmado por la comunidad internacional⁶⁶ y por los órganos internacionales de derechos humanos⁶⁷. Como marco conceptual para hacer

frente a un fenómeno como la trata de personas, el enfoque basado en los derechos humanos es un enfoque *basado desde el punto de vista normativo* en las normas internacionales de derechos humanos y *dirigido desde el punto de vista operacional* a la promoción y la protección de los derechos humanos. Un enfoque de ese tipo requiere un análisis de las formas en que

(CCPR/CO/84/TJK, párr. 24); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 20); Kenya (CCPR/CO/83/KEN, párr. 25); Grecia (CCPR/CO/83/GRC, párr. 10). Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Brasil (CEDAW/C/BRA/CO/6, párr. 24); Serbia (CEDAW/C/SCG/CO/1, párr. 26). Véanse, además, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo (A/HRC/10/16, párr. 44 y parte V, conclusiones y recomendaciones); Integración de los derechos y la perspectiva de género: Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda (E/CN.4/2006/62, párr. 81); Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda: Misión al Líbano (E/CN.4/2006/62/Add.3, párrs. 71, 75 y 103); Integración de los derechos y la perspectiva de género: Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda (E/CN.4/2005/71, párrs. 10, 11 y 55 a 57).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, la resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños; resoluciones 63/156, 61/144 y 59/166 de la Asamblea General sobre trata de mujeres y niñas; resolución 2004/45 de la Comisión de Derechos Humanos sobre trata de mujeres y niñas, y resolución 58/137 de la Asamblea General.

⁶⁷ Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Barbados (CCPR/C/BRB/CO/3, párr. 8); Yemen (CCPR/CO/84/YEM, párr. 17); Tayikistán

se vulneran los derechos humanos a lo largo de todo el ciclo de la trata de personas, así como de las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Pretende identificar la forma de corregir las prácticas discriminatorias y la distribución injusta del poder que subyacen en la trata de personas, y que mantienen en la impunidad a los responsables y niegan justicia a sus víctimas.

Con un enfoque basado en los derechos humanos, todos los aspectos de la respuesta nacional, regional e internacional a la trata de personas queda anclada en los derechos y las obligaciones establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Las enseñanzas extraídas en la elaboración y aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos en otras esferas, como el desarrollo, ofrecen importantes y nuevas perspectivas de las características principales del enfoque y de la forma en que podría aplicarse a la trata de personas. Las cuestiones fundamentales que cabe extraer de esas experiencias incluyen las siguientes⁶⁸:

- Cuando se formulen políticas y programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la promoción y protección de los derechos;
- Un enfoque basado en los derechos humanos

⁶⁸ La presente sección está basada en la publicación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo* (HR/PUB/06/8). Para más información sobre la historia y la aplicación de una perspectiva basada en los derechos y la justificación correspondiente, véase Mac Darrow y Amparo Tomas, «Power, capture, and conflict: a call for human rights accountability in development cooperation», *Human Rights Quarterly*, vol. 27, N° 2 (mayo de 2005), pág. 471.

identifica a los *titulares de derechos* (por ejemplo, las personas víctimas de trata, las personas expuestas a ser objeto de trata, las personas acusadas o condenadas por delitos relacionados con la trata) y aquello a lo que tienen derecho, y a los correspondientes *titulares de deberes* (por lo general, los Estados) y las obligaciones que les incumben. Este enfoque pretende fortalecer la capacidad de los titulares para reivindicar sus derechos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones, y

- Los principios y las normas fundamentales contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos (como la igualdad y la no discriminación, la universalidad de todos los derechos y el imperio de la ley) deben orientar todos los aspectos de la respuesta en todas las etapas.

Los tres Principios y las directrices conexas incluidos en el encabezamiento «La primacía de los derechos humanos» ofrecen una cobertura conceptual y jurídica para el documento en su conjunto. Esto significa que todos los demás Principios y Directrices deben interpretarse y aplicarse haciendo referencia a los derechos y obligaciones expuestos en esos tres primeros Principios. La primacía de los derechos humanos es en sí un principio general que se aplica en todas las intervenciones en el ciclo de la trata de personas y debe orientar la conducta de todos los que intervienen, incluidos los agentes del Estado como el personal encargado de aplicar la ley, el personal de inmigración, los fiscales y jueces, y los proveedores de servicios tanto gubernamentales como no gubernamentales.



PRINCIPIO 1 Y DIRECTRICES CONEXAS: DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS OBJETO DE TRATA

Los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas.

1.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

El Principio 1 y las directrices conexas exigen que los derechos humanos sean el centro de todas las medidas dirigidas tanto a prevenir como a combatir la trata de personas y de la prestación de protección y asistencia a las personas víctimas de trata. Se trata de un importante punto de comienzo para los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* porque, como se ha señalado en la Parte 1, la trata de personas puede ser considerada y abordada desde múltiples perspectivas diferentes, entre ellas la migración, el orden público y la lucha contra la delincuencia, así como los derechos humanos. Este Principio confirma que debe darse prioridad a las obligaciones de derechos humanos aceptadas por los Estados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos.

Dar prioridad a los derechos humanos no significa que otros objetivos o perspectivas deban considerarse poco importantes o no válidos. Por

ejemplo, los Estados siguen teniendo derecho a elaborar firmes respuestas de justicia penal a la trata de personas. De hecho, en el *Comentario* se definen varias obligaciones específicas a este respecto (véase el análisis en los Principios 12 a 17 y las correspondientes directrices). Los Estados también siguen siendo libres, dentro de los límites que impone el derecho internacional, de elaborar estrategias en materia de migración que tengan como fin abordar la trata de personas. Sin embargo, en cada fase de cada respuesta, debe tenerse en cuenta y supervisarse la repercusión de esa fase y de la respuesta general. El objetivo último de las respuestas a la trata de personas debe ser proteger a los particulares de las violaciones de sus derechos humanos relacionadas con la trata y prestar asistencia cuando esas violaciones no son impedidas, o no pueden serlo.

El carácter central de los derechos humanos en la prevención y la lucha contra la trata de personas está fundado en la *legislación internacional en materia de derechos humanos*. El artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que «[t]oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos». La consecuencia de este artículo es que los Estados deben tanto respetar los

derechos humanos ellos mismos como velar por el respeto de los derechos humanos por parte de los agentes no estatales, de conformidad con la obligación de diligencia debida. Esta obligación se examina con más detalle en relación con el Principio 2 y las directrices correspondientes.

El Principio 1 pretende asegurar que las personas objeto de trata disfruten de todos los derechos humanos, incluidos aquellos que les corresponden en cuanto víctimas de un delito y víctimas de violaciones de los derechos humanos. Este Principio se aplica a todos los agentes del Estado y todos los demás agentes que participen en actividades relacionadas con la prevención y la sanción de la trata de personas y la protección de sus víctimas.

1.2. PRINCIPALES DERECHOS HUMANOS AFECTADOS POR LA TRATA DE PERSONAS

Para que los derechos humanos se sitúen en el centro de todas las actividades encaminadas a combatir la trata de personas, es preciso determinar cuáles son los principales derechos que se ven afectados por este fenómeno y por la explotación conexas. Es importante reconocer que algunos derechos guardarán especial relación con las causas de la trata (por ejemplo, el derecho a un nivel de vida apropiado); otros, al proceso mismo de la trata (por ejemplo, el derecho a no ser sometido a esclavitud), y otros a la respuesta (por ejemplo, el derecho de los sospechosos a un juicio imparcial). Algunos derechos son de aplicación amplia en cada uno de esos aspectos.

A continuación sigue una lista de los derechos y obligaciones más pertinentes para la trata de personas. La fuente de esos derechos y obligaciones se indica en el recuadro 6 *infra*.

- Prohibición de la discriminación por uno o más de los motivos prohibidos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedades, origen u otra condición;
- El derecho a la vida;
- El derecho a la libertad y la seguridad de la persona;
- El derecho de acceso a la justicia, a la igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial;
- El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos o en condiciones de esclavitud;
- El derecho a no ser sometido a esclavitud en caso de conflicto armado;
- El derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- El derecho a no ser objeto de violencia por motivos de género;
- El derecho a la libertad de reunión;
- El derecho a la libertad de circulación;
- El derecho al más alto grado posible de salud física y mental;
- El derecho a condiciones de trabajo justas y favorables;
- El derecho a un nivel de vida adecuado;
- El derecho a la seguridad social, y
- El derecho a no ser vendido ni a ser objeto de comercio, y a no ser prometido en matrimonio.

De los derechos enumerados, varios se reconocen como constitutivos del derecho internacional consuetudinario. Entre ellos figuran la prohibición de la esclavitud y el comercio de esclavos; la prohibición de la discriminación racial; la prohibición de la tortura, y el derecho a reparación. Como se señaló en la parte 1 (véase la sección 2.3 *supra*), esto significa que esos derechos obligan a todos los Estados, con independencia de que sean parte o no en el tratado pertinente.



Recuadro 6: Derechos humanos fundamentales afectados por la trata de personas

DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
Derecho a la vida	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3;• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6;• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 9;• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6;• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 10;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 2;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4;• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 4.
Prohibición de la discriminación	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2;• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 1) y 26;• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2;• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 7;• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2 2);• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 6;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 (incluye la «situación económica»);• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 2 (incluye la «fortuna»).• <i>Fuente distinta de un tratado</i>: Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam, art. 1.
Derecho a la libertad y la seguridad de la persona	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3;• Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 b);• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9;• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 16;• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 14;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 5;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7;• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 6.

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del recuadro 6)

DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
<p>Derecho de acceso a la justicia, igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; • Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 a); • Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 15; • Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 18; • Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, arts. 12 y 13; • Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6; • Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 24; • Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7; • Convención sobre los Refugiados, art. 16; • Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, art. 8. • <i>Fuente distinta de un tratado</i>: Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, art. 5 c).
<p>Derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos o en condiciones de esclavitud/servidumbre por deudas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre la Esclavitud, 1926, art. 1; • Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, 1956, art. 1; • Convenio sobre el trabajo forzado, 1930 (Nº 29), arts. 1, 2 y 4; • Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 4; • Convenio sobre la abolición del trabajo forzado, 1957 (Nº 105), art. 1; • Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8; • Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 11; • Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 4; • Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 6; • Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 5; • Estatuto de Roma, art. 7 c) y g). • <i>Fuente distinta de un tratado</i>: Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam, art. 11.
<p>Derecho a no ser sometido a esclavitud en un conflicto armado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), art. 4; • Estatuto de Roma, art. 8 2) b) xxii) y e) vi).



DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
Derecho a no ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5;• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7;• Convención contra la Tortura;• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37;• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 10;• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 15;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 3;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5;• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 5;• Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, art. 4.• <i>Fuente distinta de un tratado</i>: Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, art. 6.
Derecho a la libertad de reunión	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 20;• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22;• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 15;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 11;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16;• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 10.
Derecho a la libertad de circulación	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13;• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12;• Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 15 4);• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 8;• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 18;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 3;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12;• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 12;• Convención sobre los Refugiados, art. 23.
Derecho al mayor grado posible de salud física y mental	<ul style="list-style-type: none">• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12;• Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 12;• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 28;• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24;• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 15;• Carta Social Europea, art. 11;• Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, art. 14.

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del recuadro 6)

DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
Derecho a condiciones de trabajo justas y favorables	<ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7; • Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 11; • Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 e) i); • Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 25; • Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, art. 13; • Carta Social Europea, arts. 1 a 4 y 8 (mujeres).
Derecho a un nivel de vida adecuado	<ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11; • Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27; • Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 28; • Convención sobre los Refugiados, art. 23.
Derecho a la seguridad social	<ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9; • Carta Social Europea, art. 12; • Convención sobre los Derechos del Niño, art. 26; • Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 27.



1.3. APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS NO CIUDADANOS⁶⁹

Las Naciones Unidas han definido a un extranjero como a «toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre»⁷⁰. Los no ciudadanos incluyen a los trabajadores migrantes y sus familias, así como a los refugiados, los solicitantes de asilo y las personas objeto de trata. La expresión «no ciudadano» también se aplica a las personas apátridas, es decir, aquellas que nunca han adquirido oficialmente la ciudadanía del país en el que nacieron o que de algún modo la han perdido sin adquirir otra⁷¹.

La condición jurídica de los no ciudadanos bajo el derecho internacional de los derechos humanos reviste particular pertinencia para la evaluación de los derechos de las personas víctimas de trata y los deberes que tienen los Estados para con ellas. Salvo en los casos de trata dentro del país, las violaciones más graves cometidas contra una persona objeto de trata casi invariablemente tienen lugar fuera del país de residencia o de nacionalidad de la víctima, inclusive cuando están en tránsito y, en particular, en los países de destino. Esto no supone negar la realidad de que se produzcan violaciones importantes durante las fases iniciales de captación y de transporte. Sin embargo, el propósito de esa captación y ese

transporte es la explotación, y por ese motivo el país de destino resulta especialmente peligroso para las personas víctimas de trata y sus derechos. También existe un vínculo claro entre la apatridia y la trata de personas. En primer lugar, la apatridia incrementa la vulnerabilidad a la trata. En segundo lugar, las personas apátridas que son objeto de trata se enfrentan a dificultades singulares, por ejemplo a la hora de determinar su identidad y tener acceso a la protección y el apoyo. En tercer lugar, la trata de personas a veces puede desencadenar la apatridia, por ejemplo cuando se traslada a personas al extranjero para un matrimonio y en el proceso pierden su nacionalidad⁷². Los derechos y las obligaciones que se exponen a continuación se aplican, en calidad de normas mínimas, a las personas apátridas. En algunas circunstancias, esas personas pueden tener derechos añadidos o especiales.

¿Pueden las víctimas de la trata de personas beneficiarse de las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos cuando se encuentran fuera de su propio país, sea física o legalmente? En principio, la respuesta a esta pregunta decisiva casi siempre será afirmativa. El derecho internacional en general acepta que los tratados se aplican a todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de un Estado⁷³. Por extensión, las normas internacionales de

⁶⁹ Para más detalles sobre la cuestión de las personas objeto de trata como no ciudadanos (incluidos los trabajadores migrantes), véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3. Para información general sobre la cuestión de los derechos de los no ciudadanos, véase *Los derechos de los no ciudadanos* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.07.XIV.2), en particular, las páginas 17 a 29.

⁷⁰ Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, resolución 40/144 de la Asamblea General, anexo, art. 1.

⁷¹ David Weissbrodt, «The protection of non-citizens in international rights law», en Ryszard Cholewinski, Richard Perruchoud y Euan MacDonald (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, 2007, págs. 221 y 222.

⁷² Véase además Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Trafficking in Persons Report* (2009); Vital Voices, *Stateless and Vulnerable to Human Trafficking in Thailand* (2007).

⁷³ Véase *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (opinión consultiva) 1932, P.C.I.J., Series A/B, N° 44 (en la que se define una diferencia entre el derecho de un Estado a controlar la entrada de extranjeros frente al derecho de las personas que ya se encuentran en ese Estado); Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 29 (según el cual, los tratados se aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado Parte: «Ámbito territorial de los tratados: Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo»).

derechos humanos se aplicarán a todas las personas, con independencia de su nacionalidad o su ciudadanía y de la forma en que llegaron a encontrarse en el territorio. Tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos confirman que los derechos humanos son aplicables a todas las personas, en virtud de su humanidad⁷⁴.

Muchos tratados de derechos humanos afirman esta posición de forma explícita o implícita. Por ejemplo, la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se extiende específicamente en virtud del artículo 2 1) a «todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción [...], sin distinción alguna». El artículo 26 del mismo Pacto también garantiza específicamente a «todas las personas» el derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley, sin discriminación alguna. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que:

Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos

⁷⁴ En su Artículo 55, la Carta de las Naciones Unidas requiere a la Organización que promueva «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades». Véase también el Artículo 13 que identifica, como uno de los propósitos de las Naciones Unidas, la promoción de la cooperación internacional y «ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros⁷⁵.

En su Observación general N° 15, el Comité de Derechos Humanos ha especificado además lo siguiente:

[L]os extranjeros tienen el derecho inherente a la vida, protegido por la ley, y no pueden ser privados de la vida arbitrariamente. No deben ser sometidos a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni pueden ser sometidos a esclavitud o servidumbre. Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personales. Si son privados de su libertad con arreglo a derecho, deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona. Un extranjero no puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual. Los extranjeros tienen derecho a libertad de circulación y libre elección de resi-

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. Véase asimismo su Observación general N° 31 sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (párr. 10). El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos ha señalado que la observación general refleja en gran medida la sustancia de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven: Prevención de la discriminación y protección a los pueblos indígenas y a las minorías: los derechos de los no ciudadanos: informe preliminar del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/2001/20, párr. 103). En el contexto presente, viene al caso señalar que la Declaración dispone expresamente que «[n]inguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos».



dencia; y tienen libertad para salir del país. Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial. No puede aplicarse a los extranjeros legislación penal retroactiva y los extranjeros tienen derecho a que se les reconozca su personalidad jurídica. Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia. Tienen derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como a expresar sus opiniones. Los extranjeros disfrutan del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere. En los casos en que los extranjeros constituyen una minoría, según se definen éstas en el artículo 27, no se les denegará el derecho a que, junto con otros miembros de su grupo, disfruten de su propia vida cultural, profesen y practiquen su propia religión y empleen su propio idioma. Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto.

Sin embargo, el alcance y la extensión de la protección de los derechos humanos de los no ciudadanos, a veces denominados «extranjeros» o «no nacionales», siguen siendo controvertidos, desiguales, y, en algunos casos, inciertos. A pesar de las reiteradas afirmaciones de la universalidad de los derechos humanos, la práctica de los Estados parece respaldar un tipo diferente de tratamiento de los extranjeros en muchos aspectos de la vida

pública y privada. Además, y a pesar de la adición y del uso de terminología incluyente, algunos de los grandes tratados internacionales de derechos humanos contienen disposiciones que de forma implícita o explícita excluyen a los no ciudadanos. Con arreglo a esas disposiciones, los no ciudadanos que se encuentren de manera irregular en el territorio de un Estado suelen estar sometidos a restricciones aún mayores. La posición expansiva del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, debe leerse en conjunción con las restricciones relativas a la aplicación de ciertos derechos a personas que se encuentran legalmente en el territorio del Estado Parte⁷⁶ y con el derecho de los Estados Partes a derogar ciertos derechos no fundamentales en determinadas circunstancias⁷⁷. De todos los tratados fundamentales en materia de derechos humanos, sólo la Convención sobre los Derechos del Niño contiene la garantía inequívoca de que sus disposiciones se aplican a todos los niños que se encuentren en la jurisdicción del Estado Parte, sin discriminación de clase alguna⁷⁸.

⁷⁶ Por ejemplo, la libertad de circulación (art. 12 1)) y la protección contra la expulsión arbitraria (art. 13).

⁷⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4 1), que prevé la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones excepcionales de emergencia pública que pongan en peligro la vida de la nación, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, siempre que no entrañen discriminación «fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma religión u origen social». Obsérvese que la nacionalidad está excluida de esta lista de motivos prohibidos. Según los trabajos preparatorios, esta omisión reflejó el entendimiento del hecho de que los Estados a menudo considerarán necesario discriminar a los extranjeros en tiempos de emergencia nacional: Nowak, *op. cit.*, pág. 86.

⁷⁸ Según el artículo 2 1), los Estados Partes: «respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales». Para un análisis más detallado de la aplicabilidad de los otros tratados fundamentales de derechos humanos a los no ciudadanos, véase Gallagher, *International Law of*

En su Opinión Consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofreció un análisis completo de los derechos humanos de los migrantes y los trabajadores migrantes. Su posición central confirma que el derecho internacional de los derechos humanos extiende de manera indudable las protecciones básicas a todas las personas, incluidos los migrantes indocumentados:

[L]a situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra.

Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos⁷⁹.

(Continuación de la nota 78)

Human Trafficking, cap. 3.

⁷⁹ *Condición jurídica y derechos de los migrantes*

En conclusión, se puede reconocer un consenso general respecto de la aplicabilidad de los derechos humanos fundamentales a los no ciudadanos. Entre esos derechos figuran, aunque no se limiten a ellos, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; la libertad de circulación, incluido el derecho a regresar al propio país; la protección frente a la devolución; la protección frente a la expulsión arbitraria; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el derecho a la vida privada; el derecho al reconocimiento y la igualdad de protección ante la ley; el derecho a no ser víctima de discriminación por motivos de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otro motivo prohibido, y el derecho a la salud, la educación y la vivienda⁸⁰. Como se ha indicado en la introducción de esta subsección, ciertas categorías de no ciudadanos, como las personas apátridas, los trabajadores migrantes, los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños, tendrán derecho a una protección añadida, relacionada con su condición⁸¹. En resumen, es evidente que los derechos fundamentales más pertinentes para las víctimas de trata de personas no pueden denegarse a éstas exclusivamente por la razón de que sean extranjeras o no ciudadanas.

Si el Estado distingue entre los derechos que reconoce a las personas víctimas de trata (sea de forma específica o indirecta, en relación con su condición de inmigrantes u otras) y la protección que otorga a otras personas, esa distinción ha de ser razonablemente justificable. Toda excep-

indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. A) N° 18 (2003), párrs. 118 y 119 [en adelante, caso *Migrantes indocumentados*].

⁸⁰ Esta lista está basada en los diversos informes del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, Sr. David Weissbrodt (E/CN.4/Sub.2/2003/23 y Add.1-4; E/CN.4/Sub.2/2002/25 y Add.1-3; E/CN.4/Sub.2/2001/20 y Add.1); así como de un resumen de las conclusiones de esos informes, publicado en *Los derechos de los no ciudadanos*, especialmente las páginas 17 a 29.

⁸¹ Véase además *Los derechos de los no ciudadanos*, págs. 31 a 39.



ción o exclusión debe ir dirigida a un objetivo legítimo del Estado y ser proporcional al logro de ese objetivo. Una distinción o exclusión que menoscabe en la práctica los derechos humanos de la persona afectada probablemente no sea justificable. En ninguna circunstancia un Estado podría de forma válida excluir a los no ciudadanos de la protección que ofrecen los derechos fundamentales antes enumerados⁸².

1.4. DERECHOS HUMANOS APLICABLES A GRUPOS ESPECIALES DE PERSONAS VÍCTIMAS DE LA TRATA

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que ciertos grupos necesitan protección añadida o especial. Esto puede deberse a que en el pasado han sido víctimas de discriminación o porque los miembros del grupo comparten vulnerabilidades particulares. Obsérvese que la cuestión de la vulnerabilidad en el contexto particular de la trata de personas se aborda en más detalle en el Principio 5 y las directrices correspondientes.

1.4.1. DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER

Sin restar importancia a la penosa y muy real situación de los varones objeto de trata (así como los aspectos de género de la respuesta a la trata, que se examinan más adelante, y que pueden tener un efecto negativo en los hombres y los niños varones), es importante reconocer que las

violaciones de los derechos humanos basadas en motivos de género, en particular contra las mujeres y las niñas, son una de las causas fundamentales de la trata de personas y una característica básica del proceso de la trata. Como se examina en relación con el Principio 5 y las directrices conexas, la violencia de género y otras formas de discriminación contra las mujeres y las niñas pueden tanto crear como agravar la vulnerabilidad a la trata y a los perjuicios que ésta conlleva. Es indispensable comprender esto para elaborar y aplicar de forma efectiva a la trata de personas una perspectiva basada en los derechos.

Las mujeres y las niñas que son objeto de trata se encuentran en situaciones de explotación específicas de su género (por ejemplo, la prostitución bajo condiciones de explotación y el turismo sexual, y el trabajo forzoso en el servicio doméstico y la industria). Las mujeres y las niñas también sufren formas de daño y consecuencias de la trata específicas de su género (por ejemplo, la violación, el matrimonio forzoso, el embarazo no deseado o forzado, el aborto forzoso y las enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA).

El funcionamiento de ciertas leyes puede tener un efecto particularmente dañino en la situación de las mujeres y niñas víctimas de la trata. Ejemplo de ello son las leyes en materia de nacionalidad y ciudadanía que deniegan la ciudadanía a los niños nacidos en el extranjero o que hacen que las mujeres migrantes estén expuestas a perder la nacionalidad⁸³.

En lo que atañe a las respuestas a la trata, las percepciones del género desempeñan un papel importante y no siempre positivo. La idea

⁸² Véase además, Prevención de la discriminación: los derechos de los no ciudadanos: Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, la resolución 2000/104 de la Comisión y la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social (E/CN.4/Sub.2/2003/23). Véase también la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, en particular los artículos 5 y 6, que enumeran los derechos fundamentales de los no ciudadanos.

⁸³ Estos dos tipos de situaciones han llegado al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Indonesia (CEDAW/C/IDN/CO/5, párr. 28) y Viet Nam (CEDAW/C/VNM/CO/6, párr. 18).

comúnmente extendida de que «los varones migran, las mujeres son objeto de trata» ha hecho que los organismos nacionales de justicia penal a menudo parezcan más lentos a la hora de investigar y perseguir los casos de trata de personas que afectan a varones, lo que refleja un sesgo general en la atención, desviándola de la trata con fines de trabajo forzoso y en condiciones de explotación hacia la trata con fines de explotación sexual. Los efectos negativos de esta situación se acusan en todo el espectro de género: los hombres no están protegidos por leyes y políticas diseñadas para las mujeres y los niños objeto de trata, y la percepción de que las mujeres víctimas de trata son débiles e ignorantes se ve reforzada.

Las medidas contra la trata adoptadas en nombre de la protección de las víctimas y la prevención de la trata también pueden operar de forma discriminatoria o, de algún otro modo, dar lugar a nuevas violaciones de los derechos de las mujeres y las niñas. Los ejemplos que se examinan en el presente *Comentario* incluyen restricciones a la emigración de mujeres y la detención de mujeres y niñas víctimas de trata, lo que contraviene las normas internacionales de derechos humanos (véase el análisis en relación con el Principio 3 y las directrices conexas). Aparte de suponer una violación de los derechos fundamentales, incluida la prohibición de la discriminación por motivos de sexo, esas políticas pueden hacer que en la práctica las mujeres sean más vulnerables, empujándolas hacia modalidades de migración más costosas y arriesgadas.

La mayoría de los instrumentos internacionales citados en el presente *Comentario* son neutros en materia de género, es decir, que se aplican por igual a hombres y mujeres. Los propios

Principios y Directrices recomendados son neutros en ese sentido y reconocen que no sólo las mujeres y las niñas son objeto de trata, sino también los hombres y los niños están sometidos a esta forma de abuso.

A pesar de ello, una redacción neutra en materia de género puede ocultar o velar diferencias reales. La forma en que se entiende, disfruta, protege o vulnera determinado derecho a menudo será distinto en el caso de los hombres y el de las mujeres. Esto ha quedado demostrado en relación con cuestiones y derechos que antes se consideraban completamente neutros en materia de género, como la discriminación racial, la tortura, la educación y la salud⁸⁴. Un enfoque de la trata de personas que sea sensible a los aspectos de género y esté firmemente anclado en los derechos humanos, como el que se adopta en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, intentará detectar esas diferencias y adaptar las respuestas en consecuencia.

El *Comentario* pone de relieve varios derechos y obligaciones que tienen especial aplicación en la situación de las mujeres que han sido objeto de trata o son vulnerables a ella. Entre ellos figuran: la prohibición de la discriminación por motivos de sexo; la prohibición de la violencia basada en el género, y el derecho a contraer matrimonio con libre y pleno consentimiento. La fuente de esos derechos y obligaciones se indica en el recuadro 7 *infra*. Obsérvese que la cuestión específica de la trata como forma de discriminación contra la mujer y de la violencia por motivos de género ya e ha examinado en la sección 4.2 de la parte 1.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación general N° 25: Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, A/HRC/7/3.



Recuadro 7: Derechos humanos de particular importancia para las mujeres y las niñas

DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
Prohibición de la discriminación por motivos de sexo	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2;• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 1), 3 y 26;• Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 2;• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2;• Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 7;• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2 2), 3 y 7;• Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 6;• Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14;• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1;• Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, arts. 2 y 18 3).• <i>Fuente no convencional</i>: Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam, art. 1.
Derecho a no padecer violencia basada en el género	<ul style="list-style-type: none">• Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, arts. 3 4) y 4.• Convención de la OEA sobre la violencia contra la mujer, art. 3.• <i>Fuentes no convencionales</i>: Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; Declaración y Programa de Acción de Viena, parte I, párr. 18; parte II, párr. 38; Plataforma de Acción de Beijing, párrs. 113 b) y 124 b); Documento Final de Beijing +5, párrs. 41 y 59.
Derecho a contraer matrimonio con libre y pleno consentimiento	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 2);• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23;• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10;• Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 16 1) b);• Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17 3);• Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, art. 6 a);• Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, 1957, art. 1 c).
Prohibición de la explotación de la prostitución	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 6;• Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1949, art. 1.

1.4.2. DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS

El derecho internacional de los derechos humanos se aplica a todas las personas sin distinción, y los niños están incluidos en las normas y reglas de aplicación general que se citan a lo largo del presente *Comentario*. No obstante, como se reconoce en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* (Principio 10, Directriz 8), el daño físico, psicológico y psicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hace necesario un tratamiento distinto del previsto para los adultos víctimas de trata de personas en las leyes, las normas y los programas. Los niños, además, pueden ser objeto de trata para propósitos relacionados con su edad: por ejemplo, explotación sexual, diversas formas de trabajo forzoso y mendicidad. Un enfoque de la trata de personas que reconozca la particular situación de los niños está validado por el derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce explícitamente la posición especial de los niños y por consiguiente les otorga derechos especiales.

El derecho internacional de los derechos humanos imponen importantes responsabilidades añadidas a los Estados cuando se trata de identificar a los menores víctimas de trata y de velar por su seguridad y bienestar tanto inmediatos como a largo plazo. La norma fundamental se deriva de las obligaciones que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño: al abordar las cuestiones relacionadas con los niños víctimas de trata, el interés superior del niño primará en toda circunstancia (art. 3). Dicho de otro modo, los Estados no pueden dar prioridad a otras consideraciones, como las relacionadas con el control de la inmigración o el orden público, por encima del interés superior de un niño sometido a trata. Además, debido a la aplicabilidad de la Convención sobre los Derechos del Niño a todos los niños bajo la jurisdicción o el control de un Estado, los niños objeto de trata que no sean ciudadanos tienen derecho a la misma protección que los nacio-

nales del Estado receptor en todos los aspectos, inclusive los relacionados con la protección de su intimidad y de su integridad física y moral. El Protocolo Facultativo sobre la venta de niños reitera el principio del interés superior del niño e impone obligaciones específicas y añadidas a los Estados Partes con respecto a actos que suelen estar asociados a la trata de niños.

Los derechos y obligaciones específicos de pertinencia directa para la situación de los niños objeto de trata incluyen los siguientes:

- El derecho de los niños a la protección frente a toda forma de discriminación;
- El interés superior del niño debe ser la consideración primordial en todas las medidas que afecten o tengan influencia en los niños;
- La prohibición del traslado ilícito de los niños al extranjero y de su retención en el extranjero;
- El derecho de los niños a estar protegidos de la explotación económica y de realizar trabajos peligrosos o nocivos;
- El derecho de los niños a estar protegidos de la explotación sexual y los abusos sexuales;
- El derecho de los niños a estar protegidos del secuestro, la venta o la trata;
- El derecho de los niños a estar protegidos de otras formas de explotación;
- La obligación de promover la recuperación física y psicológica y la integración social de los niños víctimas de trata, y
- El derecho de los niños a tener una nacionalidad y el derecho a conservarla.

Las fuentes de estos derechos y obligaciones figuran en el recuadro 8 *infra*. Obsérvese que algunos instrumentos especializados en trata de personas, incluidos el Protocolo sobre la trata de personas y el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, también contienen disposiciones específicamente relativas a los niños. Esas disposiciones se citan y examinan en los lugares correspondientes a lo largo del *Comentario*.



Recuadro 8: Derechos humanos de especial pertinencia para los niños

DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
Derecho del niño a recibir protección contra todas las formas de discriminación, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2;• Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, art. 3.
El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas relativas a los niños	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3;• Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, art. 4.
Derecho del niño a la libertad de expresión	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12;• Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, art. 7.
Prohibición del traslado ilícito al extranjero y la retención en el extranjero	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 11.
Protección de los niños de la explotación económica y la realización de trabajos peligrosos o nocivos	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32;• Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (N° 182), art. 3 d);• Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, art. 15.
Protección de los niños de la explotación sexual y los abusos sexuales	<ul style="list-style-type: none">• Convención sobre los Derechos del Niño, art. 34;• Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Protocolo Facultativo sobre la venta de niños);• Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, arts. 15, 16 y 27.

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del recuadro 8)

DERECHO/OBLIGACIÓN	FUENTE CONVENCIONAL
Protección de los niños del secuestro, la venta o la trata	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los Derechos del Niño, art. 35; • Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, art. 3 a); • Protocolo Facultativo sobre la venta de niños; • Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, art. 29.
Protección de los niños de otras formas de explotación	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los Derechos del Niño, art. 36; • Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil.
Obligación de promover la recuperación física y psicológica y la integración social de los niños víctimas	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39.
Obligación de penalizar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía	<ul style="list-style-type: none"> • Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, art. 3; • Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, art. 3 a) y b).
Derecho del niño a la nacionalidad y la identidad	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 7 1) y 8.



1.4.3. DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES Y LOS TRABAJADORES MIGRANTES⁸⁵

Además de su condición de «no ciudadanos», ya examinada en el párrafo 1.3 *supra*, las personas víctimas de trata fuera de su propio país también pueden estar incluidas en categorías jurídicas conexas, incluidas las de «migrante» o «trabajador migrante». Esto es importante en la medida en que esa clasificación puede proporcionarles medios adicionales o alternativos que les garanticen protección y apoyo.

Los Estados y el sistema internacional de derechos humanos han afirmado repetidamente la especial vulnerabilidad que padecen los migrantes y el carácter particular de las violaciones a las que están expuestos⁸⁶. A pesar de ello, el

derecho internacional de los derechos humanos no prevé protecciones amplias para los migrantes o los trabajadores migrantes más allá de las expuestas *supra* como aplicables a todos los no ciudadanos. Las obligaciones de los Estados hacia los migrantes o trabajadores migrantes en general objeto de trata se desprenden de las cláusulas sobre no discriminación que contienen los principales tratados de derechos humanos y de normas del derecho internacional que no permiten diferencias de trato entre nacionales y no ciudadanos en lo que atañe a los derechos humanos fundamentales. Ello no siempre bastará para garantizar los derechos de este grupo, y en particular de sus miembros más vulnerables, a saber, los trabajadores migrantes que han entrado o están residiendo ilegalmente en el Estado donde se encuentran y que pueden haber sido objeto de trata. Varios tratados internacionales ofrecen importantes salvaguardias añadidas, que se exponen a continuación.

INSTRUMENTOS DE LA OIT QUE PROTEGEN A LOS TRABAJADORES MIGRANTES

La OIT ha elaborado dos convenios amplios que protegen los derechos e intereses de los trabajadores migrantes. El primero de ellos, adoptado en 1949, es el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado)⁸⁷, que se refiere a las personas que migran de un país a otro con el fin de trabajar para un empleador (es decir, que no trabajan por cuenta propia). El Convenio exige a los Estados Partes, entre otras cosas, que mantengan un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionarles información exacta, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esta índole; a tomar todas las medidas pertinentes contra la propaganda

⁸⁵ Para más detalles sobre la trata de migrantes y trabajadores migrantes, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, la Convención sobre los trabajadores migratorios; la resolución 54/166 de la Asamblea General sobre protección de los migrantes; resolución 11/9 del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes en los centros de detención; resolución 9/5 del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes; resolución 8/10 del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes; Mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes; resoluciones 2004/53 y 2005/47 de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos de los migrantes; resolución 2004/49 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra las trabajadoras migrantes; resoluciones 2002/62 y 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes; resolución 2002/58 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra las trabajadoras migrantes; resolución 2002/59 de la Comisión de Derechos Humanos sobre protección de los migrantes y de sus familias; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos; Informe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993 (A/CONF.157/24, cap. III, Programa de Acción, parte I, párr. 24, parte II, párrs. 33 a 35); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

⁸⁷ Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (N° 97), fecha de entrada en vigor: 22 de enero de 1952. Este Convenio va acompañado de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (N° 86).

sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir en error; y a garantizar la igualdad en materia de trabajo (oportunidades y trato) entre los migrantes documentados y los nacionales. El Convenio no aborda específicamente la cuestión de los migrantes indocumentados o ilegales, salvo en la exigencia a los Estados de que impongan «sanciones apropiadas» a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal.

En 1975, la OIT adoptó el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)⁸⁸. El Convenio obliga a los Estados Partes a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes⁸⁹, con independencia de su condición jurídica en el país de empleo. Sin embargo, como en el caso del Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1949, esta obligación no se extiende al derecho a la igualdad de oportunidades y de trato con los nacionales⁹⁰. La primera parte del Convenio trata sobre la supresión de la migración en condiciones abusivas. Se exige a los Estados Partes que determinen la situación de los trabajadores migrantes en su propio territorio y si las condiciones en las que viven y trabajan infringen las leyes y las normas pertinentes (art. 2), y a que adopten todas las medidas necesarias y conve-

⁸⁸ Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, 1975 (N° 143), fecha de entrada en vigor: 9 de diciembre de 1978.

⁸⁹ Ryszard Cholewinski cita a un comité de expertos de la OIT para apoyar el argumento de que la referencia a los derechos básicos es, en realidad, sumamente limitada y debería referirse a los derechos más fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho a un juicio imparcial; no abarcaría el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato con los nacionales: *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, 1997, págs. 103 y 133.

⁹⁰ En ambos Convenios, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato con los nacionales se reconoce sólo a los migrantes que se encuentran legalmente en el territorio del país de empleo: Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), art. 6; Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), parte II.

nientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros miembros, para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes. Deben tomarse medidas para que los responsables de la migración ilegal puedan ser objeto de una acción en justicia. Otra disposición importante es que los Estados deben proporcionar protección legal mínima a los trabajadores migrantes en situación irregular; los derechos humanos fundamentales no deben depender de las circunstancias de residencia. Asimismo, debe disponerse lo necesario para imponer sanciones civiles o penales a la organización de migraciones con fines de empleo en condiciones abusivas, así como el empleo ilegal y la trata de trabajadores migrantes (art. 6 1)).

LA CONVENCION SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Convención sobre los trabajadores migratorios) fue adoptada por la Asamblea General en 1990. Como se afirma en su preámbulo, la Convención pretende ampliar y no sustituir o modificar los derechos existentes. Adopta una definición incluyente de «trabajador migratorio»⁹¹ y se aplica a todos los trabajadores migrantes y sus familiares sin distinción de clase alguna. Entre las disposiciones fundamentales de la Convención que tienen particular importancia para la trata de personas figuran las siguientes:

- El reconocimiento de que los trabajadores migratorios y sus familiares, por ser no nacionales

⁹¹ «Se entenderá por ‘trabajador migratorio’ toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.» En la Convención se definen también las siguientes expresiones: «trabajador fronterizo», «trabajador de temporada», «marino», «trabajador en una estructura marina», «trabajador itinerante», «trabajador vinculado a un proyecto», «trabajador con empleo concreto» y «trabajador por cuenta propia» (art. 2).



que residen en Estados de empleo o de tránsito, son vulnerables a la explotación y el abuso (preámbulo);

- La reiteración del derecho a la vida (art. 9);
- La reiteración de las prohibiciones de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso (arts. 10 y 11);
- El reconocimiento del derecho a la libertad y la seguridad de la persona (art. 16);
- La obligación de los Estados Partes de proteger de manera efectiva a todos los trabajadores migratorios «contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones» (art. 16 2));
- La obligación de los Estados de penalizar y sancionar a las personas que ilícitamente destruyan o confisquen documentos de identidad, de trabajo o de residencia; hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o los empleen en situación irregular (arts. 21 y 68), y
- La protección de todos los trabajadores migratorios, incluso los que se encuentran en situación irregular, de la expulsión injusta o arbitraria (art. 22).

Otros tratados internacionales con disposiciones relativas a la protección de los trabajadores migrantes incluyen la Carta Social Europea (art. 19 4)), que reconoce derechos a los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentran legalmente dentro de un país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la precaria situación de los trabajadores no documentados, que a menudo son empleados en condiciones de trabajo menos favorables que otros trabajadores. Según la Corte, la condición de migrante de una persona nunca puede justificar que sea privada del disfrute y el ejercicio de sus derechos humanos, incluidos los relativos al empleo. El deber de diligencia debida del Estado significa que éste no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos

de los trabajadores ni que la relación contractual infrinja las normas internacionales mínimas⁹².

1.4.4. DERECHOS HUMANOS DE LOS REFUGIADOS, LOS SOLICITANTES DE ASILO Y LOS DESPLAZADOS INTERNOS⁹³

Las víctimas de la trata de personas también pueden ser refugiados, solicitantes de asilo o desplazados internos. Todos estos grupos tienen derecho a la protección de sus derechos humanos fundamentales, así como a las protecciones añadidas relacionadas con su condición jurídica, que se examinan brevemente a continuación. La cuestión técnica de si la trata en sí puede justificar una solicitud de estatuto de refugiado (así como la cuestión conexa de la no devolución en lo que atañe a la respuesta de los Estados a la trata de personas) se examina por separado, en relación con el Principio 3 y las directrices correspondientes.

El derecho internacional en materia de refugiados pretende otorgar cierta protección legal a las personas que se ven obligadas a huir de sus países de origen porque en ellos son perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a cierto grupo social, u opinión política⁹⁴. Una solicitud de protección internacional en caso de trata puede surgir en diferencias circunstanciales. Por ejemplo:

⁹² Caso *Migrantes indocumentados*, párrs. 134, 136 y 148.

⁹³ Para un análisis más detallado de las cuestiones relacionadas con la trata de personas y el asilo, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 3.

⁹⁴ La Convención sobre los Refugiados, enmendada por el Protocolo sobre los Refugiados, define al refugiado en su artículo 1A 2) como toda persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

- i) Cuando la víctima de trata haya sido trasladada a un país distinto del suyo y solicite la protección del Estado en el que se encuentra, o
- ii) Cuando la víctima, por temor a ser objeto de trata o habiendo ya sido objeto de trata dentro de su propio país, consiga huir a otro país en busca de protección.

Como se expone en más detalle en relación con el Principio 3 y las Directrices conexas, para ser reconocido como refugiado, debe concluirse que la persona afectada tiene «fundados temores de ser perseguida» por uno o más de los motivos expuestos en la Convención sobre los Refugiados y su Protocolo. Esos dos instrumentos detallan además las garantías en materia de derechos humanos que deben darse a los refugiados, inclusive en materia de propiedad, derechos civiles, trabajo y seguridad social⁹⁵.

La trata de personas dentro de las fronteras de un país comparte muchas características con los desplazamientos internos; se ha afirmado que las personas que ha sido víctimas de trata dentro de su país deben ser consideradas desplazados internos⁹⁶. En la introducción de los Principios Rectores de los desplazamientos internos⁹⁷ se define a los desplazados internos como «personas o grupos de

personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, [...] que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.» En el Manual de aplicación de los Principios Rectores se confirma que el rasgo distintivo de los desplazamientos internos es el movimiento obligado o involuntario que tiene lugar dentro de las fronteras nacionales. Las razones para la huida son variables y pueden incluir un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, catástrofes naturales o provocadas por el ser humano⁹⁸. Los elementos de coacción y desplazamiento involuntario entran en la definición de la trata de personas, y se reconoce de forma generalizada que los conflictos, los desastres y las violaciones de los derechos humanos aumentan la vulnerabilidad de particulares y grupos a la trata de personas y otras formas conexas de explotación.

Los Principios Rectores de los desplazamientos internos definen los derechos y las garantías pertinentes para la protección de las personas desplazadas en el interior de su país. Están basados y guardan conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. El Principio Rector 1 dispone que los desplazados internos disfrutarán «en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades» que los demás habitantes del país y que no serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos. Establece un conjunto detallado de medidas necesarias para proteger, apoyar y asistir a los desplazados internos, inclusive a causa de la trata. Revisten particular importancia los principios relacionados con las soluciones a más largo plazo al desplazamiento, incluidos el regreso, el asenta-

⁹⁵ Puede encontrarse un análisis completo de los derechos de los refugiados en James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, 2005.

⁹⁶ Susan Martin, «Internal trafficking», *Forced Migration Review*, N° 25 (mayo de 2006), pág. 12.

⁹⁷ Principios Rectores de los desplazamientos internos (E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo). Estos Principios, que «reflejan y respetan la normativa internacional de derechos humanos y el derecho humanitario internacional», se elaboraron para servir como norma internacional que oriente a los gobiernos y a los organismos internacionales humanitarios y de desarrollo en la prestación de asistencia y protección a los desplazados internos (declaración del Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios, S. Vieira de Mello, en W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, American Society of International Law y Brookings Institution Project on Internal Displacement, 2000.

⁹⁸ Brookings Institution Project on Internal Displacement y Oficina de las Naciones Unidas de Coordinación de la Asistencia Humanitaria, *Handbook for Applying the Guiding Principles on Internal Displacement* (1999) [en adelante: *Manual sobre desplazados internos*].



miento o la integración local⁹⁹. Obsérvese que en los Principios Rectores y en otros documentos se reconocen las necesidades especiales de las mujeres y las niñas que han sufrido desplazamiento interno¹⁰⁰.

1.4.5. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Aún no se ha estudiado a fondo la relación entre la trata de personas y la discapacidad. Las publicaciones disponibles en general no abordan esta cuestión, y no hay referencia alguna a la discapacidad en ninguno de los instrumentos internacionales que guardan relación directa con la trata de personas, incluidos los Principios y Directrices recomendados y el Protocolo sobre la trata de personas.

A pesar de esta falta de atención, están apareciendo algunos indicios según los cuales la discapacidad, tanto mental como física, puede aumentar la vulnerabilidad a la trata de personas y la explo-

tación conexas¹⁰¹. Según World Vision, los mismos factores que dificultan que las personas que viven con discapacidad tengan un papel activo en su comunidad son los que las hacen atractivas para los traficantes. Las personas con discapacidad a menudo son menos valiosas para su comunidad y potencialmente más para los traficantes¹⁰². Ciertamente, las personas con discapacidad pueden ser más susceptibles a la intimidación, la coacción, el engaño y el abuso de autoridad. En algunos casos (por ejemplo, la trata de personas con discapacidad para obligarlas a mendigar), la propia discapacidad de la persona es la clave para su explotación, pues los traficantes la aprovechan para lucrar. La discapacidad también puede ser un elemento de la pobreza, la violencia doméstica y comunitaria, la desigualdad y la discriminación que ordinariamente se identifican como factores que agravan la vulnerabilidad a la trata de personas.

El proceso de la trata y la explotación resultante pueden en sí mismos ser causa de discapacidad. El trauma que padecen muchos supervivientes de una experiencia de trata está bien documentado¹⁰³. También es evidente que, especialmente para las mujeres y las niñas, la trata incrementa el riesgo de contraer el VIH/SIDA y otras enfermedades que causan graves discapacidades¹⁰⁴. La discapacidad también puede influir en la situación posterior a la trata. Las víctimas de trata que además padecen discapacidad pueden encontrar particularmente difícil acceder a los mecanismos de protección y apoyo disponibles. Las barreras físicas y de actitud a que

⁹⁹ Para más información sobre los Principios Rectores de los desplazamientos internos, véase el Manual sobre desplazados internos y Walter Kälin, «The guiding principles on internal displacement as international minimum standard and protection tool», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 24, N° 3 (2005), pág. 27.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, el Principio 4 (no discriminación; protección y asistencia para tener en cuenta las necesidades especiales de ciertos desplazados internos, como los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños y las mujeres cabeza de familia); los Principios 7 y 18 (participación de las mujeres afectadas en la planificación y gestión de su reasentamiento, así como en la distribución de suministros); Principio 11 (protección contra la violencia de género); Principio 19 (atención especial a las necesidades sanitarias de las mujeres desplazadas), y el Principio 23 (participación de las mujeres y niñas desplazadas en el interior de su país en programas de educación). La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 58 f), pide a los gobiernos que aseguren «el acceso pleno de las mujeres internamente desplazadas a las oportunidades económicas, así como el reconocimiento de las calificaciones y aptitudes de las mujeres inmigrantes y refugiadas».

¹⁰¹ Véase USAID, *Women in Development, Women with Disabilities and International Development*; puede consultarse en la dirección http://www.usaid.gov/our_work/cross-cutting_programs/wid/gender/wwd.html.

¹⁰² World Vision, *10 Things You Need to Know about Human Trafficking* (2009), pág. 40.

¹⁰³ Véase, por ejemplo, Cathy Zimmerman, *The Health Risks and Consequences of Trafficking in Women and Adolescents: Findings from a European Study*, Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres, 2003.

¹⁰⁴ Véase la sección 1.4.1 de la parte 2 *supra*.

se enfrentan las personas con discapacidad pueden además menoscabar sus posibilidades de recibir la asistencia que necesitan y a la que tienen derecho.

Hasta hace poco, la legislación internacional en materia de discapacidad no estaba muy clara. Mientras que varios de los órganos creados en virtud de tratados, incluido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, han publicado declaraciones generales en materia de discapacidad¹⁰⁵, sólo uno de los tratados fundamentales de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, contenía disposiciones concretas relativas a la discapacidad¹⁰⁶. La consecuencia es que los derechos pertinentes en general habían de ser extrapolados de principios más amplios como la igualdad ante la ley, el derecho a igual protección de la ley y la no discriminación.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 5: personas con discapacidad. En ella se identifica la obligación de los Estados Partes de eliminar la discriminación de las personas con discapacidad en las esferas de la igualdad de derechos para hombres y mujeres (art. 3), trabajo (arts. 6 a 8), seguridad social (art. 9), protección de la familia (art. 10), nivel de vida adecuado (art. 11), derecho a la salud física y mental (art. 12), derecho a la educación (arts. 13 y 14) y el derecho a participar en la vida cultural y disfrutar de los beneficios del progreso científico (art. 15). Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 18: mujeres discapacitadas, que afirma que estas mujeres «sufren de una doble discriminación por la situación particular en que viven» y son un grupo particularmente vulnerable. Recomienda que los gobiernos ofrezcan información sobre las mujeres con discapacidad en sus informes periódicos y sobre las medidas especiales adoptadas para asegurar que las mujeres con discapacidad «gozen de igualdad de oportunidades en materia de educación y de empleo, servicios de salud y seguridad social y [...] que puedan participar en todos los aspectos de la vida social y cultural».

¹⁰⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño considera la discapacidad uno de los motivos prohibidos de discriminación (art. 2) y afirma que los niños con discapacidad tienen derecho a «una vida plena y decente» en condiciones que aseguren su dignidad y su participación en la comunidad (art. 23).

En diciembre de 2006 la Asamblea General adoptó un tratado exhaustivo sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁰⁷. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que entró en vigor a principios de 2008, se construyó sobre la base de una sólida trayectoria de actividad internacional en la esfera de los derechos de las personas con discapacidad¹⁰⁸. Se ha identificado como un «cambio de paradigma», un cambio evidente desde considerar a las personas con discapacidad como objetos (de caridad, de tratamiento médico y de protección social) hasta considerarlas como sujetos con derechos claramente definidos que por sí mismos pueden reivindicar esos derechos y adoptar decisiones que afectan a sus vidas. La Convención adopta una definición amplia de «discapacidad» que incluye a las personas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras,

¹⁰⁷ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Obsérvese que su Protocolo Facultativo prevé el derecho de petición individual y colectiva al comité de aplicación.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General; Declaración de los Derechos de los Impedidos, resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General; Declaración sobre los Derechos de las Personas Sordociegas, en Conference of Hope: Proceedings of the First Historic Helen Keller World Conference on Services to Deaf-Blind Youths and Adults (1979); Programa de Acción Mundial para los Impedidos, resolución 37/52 de la Asamblea General; Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inviduas), 1983 (N° 159), de la OIT, adoptado el 20 de junio de 1983, fecha de entrada en vigor 20 de junio de 1985; Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, resolución 46/119 de la Asamblea General; y Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, resolución 48/96 de la Asamblea General [en adelante, Normas Uniformes de 1993]. Véanse también los informes del Relator Especial sobre la discapacidad, cuyo mandato incluye supervisar la aplicación de las Normas Uniformes de 1993 (E/CN.5/2007/4, E/CN.5/2006/4, E/CN.5/2005/4, E/CN.5/2002/4 y E/CN.5/2000/3). Véase también, El derecho a la educación de las personas con discapacidad: Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz (A/HRC/4/29).



puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1). Afirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Aclara también la forma en que ciertos derechos se aplican a las personas con discapacidad y determina aquellas esferas en las que se precisan adaptaciones para garantizar que estas personas puedan ejercer sus derechos de forma efectiva.

Las siguientes disposiciones tienen particular pertinencia para la cuestión de la trata de personas y la discapacidad:

- La obligación de garantizar que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás (art. 10);
- La obligación de asegurar la igualdad de derechos y el adelanto de las mujeres y las niñas con discapacidad (art. 6);
- La obligación de proteger a los niños con discapacidad (art. 7);
- La obligación de adoptar la legislación y las medidas administrativas que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad contra todas las formas de explotación, violencia y abuso. En caso de abuso, los Estados Partes promoverán la recuperación, la rehabilitación y la reintegración de las víctimas e investigarán los casos de abuso (art. 16), y
- La obligación de proteger la integridad física y mental de las personas con discapacidad (art. 17).

1.5. LA IMPORTANCIA DECISIVA DE LA IDENTIFICACIÓN RÁPIDA Y CORRECTA DE LAS VÍCTIMAS¹⁰⁹

En el encabezamiento de la Directriz 2 se explica por qué la identificación de las víctimas es tan importante y por qué es una obligación:

¹⁰⁹ Para un examen de esta cuestión en tanto que obligación jurídica, véase Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 5.

De no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de que esa identificación sea posible y se lleve a cabo.

¿Por qué el hecho de no identificar a las víctimas rápida y correctamente supone la denegación de sus derechos? La respuesta se encuentra en el centro mismo del presente *Comentario*: el derecho internacional (y la legislación nacional de la mayoría de los países) hoy reconoce que las personas que han sido víctimas de trata tienen una condición especial, y que el Estado tiene un deber particular de protección y apoyo a esas personas. Si no se identifica en absoluto a una persona que ha sido víctima de trata, o se la identifica incorrectamente como delincuente o como migrante irregular o clandestino, ello influirá directamente en la capacidad de esa persona para gozar de sus derechos. En resumen: el hecho de no identificar rápida y correctamente a las víctimas de la trata de personas hace que cualquier derecho que se reconozca a esas personas sea «puramente teórico e ilusorio»¹¹⁰.

¹¹⁰ Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 131. Obsérvese que esta cuestión se planteó recientemente en el contexto del examen por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de una comunicación en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Si bien la comunicación fue rechazada en última instancia con el argumento de que el denunciante no había agotado los recursos internos disponibles, la opinión discrepante de tres miembros del Comité señalaba la obligación del Estado Parte, en virtud del Protocolo sobre la trata de personas, de actuar con la debida diligencia en la identificación de víctimas potenciales de trata e informarlas de sus derechos. En ella se recomendó que el Estado Parte adoptase medidas para velar por que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recibiesen la capacitación apropiada para entrevistar y reconocer a las personas objeto de trata en una fase temprana. *Zhen Zhen Zheng c. Países Bajos* (CEDAW/C/42/D/15/2007, en especial los párrafos 7 a 9).

La Directriz 2 ofrece orientaciones explícitas sobre la identificación de las víctimas. Destaca la importancia de disponer de instrumentos de identificación como directrices y procedimientos para las autoridades y los funcionarios competentes del Estado, tales como los funcionarios de policía, de fronteras o de inmigración y otros que participen en la detección, detención y recepción de migrantes en situación irregular o en la tramitación de sus casos, a fin de permitir la identificación rápida y exacta de las víctimas de trata de personas. Además, la Directriz 2 señala la necesidad de cooperación entre las autoridades y los funcionarios competentes del Estado en la identificación de las víctimas de la trata de personas, y de que reciban capacitación en la identificación de las víctimas y en la aplicación correcta de las directrices y procedimientos acordados¹¹¹. La Directriz 2 también se refiere a otras cuestiones relacionadas con

la identificación o la incorrecta identificación de las víctimas, como el procesamiento, la detención y el asilo. Estas cuestiones se examinan en detalle en otros lugares del presente *Comentario*.

VÉASE ADEMÁS:

- Respuestas de justicia penal a la trata de personas: parte 2.4, secciones 12.1 a 17.6
- Vulnerabilidad a la trata: parte 2.2, secciones 5.1 a 5.7
- Detención de las víctimas de la trata: parte 2.3, sección 7.4
- Trato dispensado a las mujeres: parte 2.2, sección 5.4; parte 2.3, secciones 7.4 y 8.5
- Trato dispensado a los niños: parte 2.2, sección 5.5; parte 2.3, secciones 7.4, 8.5 y 10.1 a 10.4

¹¹¹ Véase también la Directriz 5.7.



PRINCIPIO 2 Y DIRECTRICES CONEXAS: RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS¹¹²

Los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella.

2.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

El Principio 2 confirma que todos los Estados, con independencia de su lugar en el ciclo de la trata de personas, tienen la responsabilidad jurídica internacional de actuar con la debida diligencia en la prevención de la trata de personas, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos traficantes, y la prestación de asistencia y protección a las personas que han sido víctimas de trata.

Este Principio reitera una norma fundamental del derecho internacional: el Estado es responsable de las infracciones del derecho internacional que puedan atribuírsele directa o indirectamente. El principio de responsabilidad del Estado, en el contexto de los derechos humanos, confirma que

el Estado está obligado a prestar cierto nivel de asistencia, incluso en aquellas situaciones en las que no sea el agente primario del daño. Ese nivel de atención se denomina «diligencia debida» y se examina en detalle más adelante.

2.2. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

En ocasiones, los Estados se resisten a aceptar la responsabilidad legal por la trata de personas y por las violaciones de los derechos humanos que son parte integral del proceso de la trata. Pueden argumentar, por ejemplo, que el daño principal de la trata y otros perjuicios asociados han sido cometidos por un delincuente o grupos de delinquentes y no por el Estado propiamente dicho. También pueden afirmar que han hecho todo lo posible por prevenir el daño.

Para determinar si existe responsabilidad del Estado en una situación concreta, hay que formular dos preguntas:

- ¿Es la situación, el acto o la omisión atribuible al Estado?
- En caso afirmativo, ¿supone la situación, el acto o la omisión una violación de una obligación internacional de ese Estado?

¹¹² La presente sección se basa en el análisis más detallado del derecho relativo a la responsabilidad del Estado en su relación con la trata de personas que se ofrece en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 4.

La cuestión de si una situación, un acto o una omisión pueden atribuirse legalmente al Estado está gobernada por las normas internacionales relativas a la responsabilidad de los Estados¹¹³. En algunos casos, la atribución de responsabilidad jurídica puede ser una cuestión sencilla porque la situación, o el acto o la omisión que llevaron a ella, pueden relacionarse directamente con un funcionario o una institución públicos. La acción (o la falta de acción) de tribunales, parlamentos, órganos ejecutivos y funcionarios públicos que actúan con carácter oficial son ejemplos de conducta directamente atribuible al Estado (art. 4). El hecho de que la organización o el funcionario esté actuando a título oficial se determinará fácilmente si se contesta afirmativamente a la pregunta «si el comportamiento objeto de la reclamación es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él y debería haber tomado medidas para impedirlo» (art. 7, comentario, párr. 8).

La segunda pregunta, es decir, si una situación, un acto o una omisión supone una infracción de una norma internacional es una cuestión objetiva que compete a las normas primarias del derecho internacional. Exige la consideración de las siguientes cuestiones:

- ¿Existe la obligación particular en virtud de un tratado, la costumbre u otra fuente reconocida?
- De ser así, ¿está sometido el Estado de que se trata a esa obligación en el momento pertinente?

La cuestión de la existencia de una obligación es puramente materia del derecho internacional:

¹¹³ La articulación acordada de esas normas figura en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)* [en adelante, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado].

la caracterización de un acto como ilícito en el derecho interno no es pertinente¹¹⁴.

En ocasiones la cuestión de la responsabilidad del Estado puede determinarse con facilidad. La aprobación de una norma sobre la trata de personas que discrimine a las mujeres, contraviniendo con ello la prohibición internacional de la discriminación por motivos de sexo (contenida tanto en el derecho de tratados como en el derecho internacional consuetudinario) sería un ejemplo de atribución directa al Estado de un acto que viola sus obligaciones jurídicas internacionales. La participación conocida, sistemática y recurrente de los funcionarios de las fuerzas del orden en operaciones de trata de personas es otro ejemplo relativamente claro de la atribución directa de conductas contrarias al derecho internacional y que por consiguiente entra en la responsabilidad jurídica del Estado pertinente. A lo largo del presente *Comentario* se citan otros ejemplos de actos u omisiones que infringen las obligaciones jurídicas y que pueden atribuirse directamente al Estado.

¿Puede hacerse responsable al Estado de los actos de terceros? Los traficantes y sus cómplices son, en su mayoría, particulares, grupos y redes. Sin duda, puede haber funcionarios públicos que faciliten la trata por su inacción, por inercia o en ocasiones por participación activa. No obstante, los *perjuicios* de la trata de personas, tanto en lo que atañe al proceso como al resultado final, suelen ser consecuencia directa de medidas adoptadas por entidades privadas más que por Estados, sus instituciones o sus representantes.

El derecho internacional deja claro que «como principio general, el comportamiento de particulares o entidades no es atribuible al Estado

¹¹⁴ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27; Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 3.



en derecho internacional»¹¹⁵. Hay algunas excepciones. Según las normas sobre responsabilidad del Estado, el comportamiento de las entidades privadas puede atribuirse al Estado en situaciones en las que, por ejemplo, han sido facultadas por el Estado para ejercer elementos de autoridad gubernamental o están bajo la dirección o el control del Estado¹¹⁶. En la mayoría de los casos de trata de personas, no obstante, la autorización o el control por parte del Estado no existe o es difícil de demostrar. Existe, no obstante, otra base sobre la que se puede hacer responsables a los Estados en el contexto de las violaciones de los derechos humanos, conocida como la norma de la «diligencia debida».

2.3. LA NORMA DE LA DILIGENCIA DEBIDA

En virtud de la norma de la «diligencia debida», el Estado no es responsable de los *actos de terceros*, pero se le considera responsable por *el hecho de no prevenir*, investigar, enjuiciar o indemnizar en relación con la comisión del acto.

El derecho internacional de los derechos humanos impone una amplia gama de obligaciones al Estado que van mucho más allá de la mera obligación de «no participar en la trata de personas». Esas obligaciones normalmente se identifican como obligaciones de *protección, respeto, promoción y cumplimiento*. Pueden encontrarse

ejemplos en muchos tratados de derechos humanos¹¹⁷. La categorización en cuatro niveles de las obligaciones del Estado en relación con los derechos humanos (respetar, proteger, promover y cumplir) se acepta hoy en día de manera generalizada¹¹⁸. Si el Estado no protege (inclusive de la interferencia privada), respeta, promueve o cumple sus obligaciones en materia de derechos humanos, respecto de todas las personas que se encuentran en su jurisdicción, se considera que puede atribuírsele directamente y, por tanto, es suficiente para que entre en juego, su responsabilidad jurídica internacional.

Según la norma de «diligencia debida», el Estado está obligado a ejercer cierta medida de atención, prevención y respuesta a los actos de entidades privadas que interfieran con los derechos establecidos. Así, el hecho de no impedir o prever un abuso de derechos humanos por un particular o una entidad privada invocará la responsabilidad del Estado. Del mismo modo, existe responsabilidad jurídica cuando el Estado no ponga remedio a los abusos o violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, no sólo porque el

¹¹⁵ Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, art. 8, comentario, párr. 1.

¹¹⁶ El comportamiento de una persona o una entidad facultadas para ejercer elementos de la autoridad gubernamental (por ejemplo, empresas privadas que han sido contratadas para realizar servicios para el gobierno) puede atribuirse al Estado si la persona o la entidad estaba actuando en esa calidad en ese momento, incluso si la persona o entidad excede sus atribuciones o contraviene las instrucciones: Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, arts. 5 y 7. La conducta de una persona o una entidad también puede atribuirse al Estado si actúan siguiendo instrucciones de éste o bajo su dirección o control (art. 8), o si el Estado reconoce y adopta la conducta como propia (art. 11).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 1) («El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley»); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 1 («Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio»); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 («Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción»); Carta Africana, art. 18 3) («El Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño»).

¹¹⁸ Véase Asbjorn Eide, «Economic, social and cultural rights», en Asbjorn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights: A Textbook* (1995), págs. 21 a 40. Puede encontrarse una aplicación de la metodología en *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación N° 155/96 (2002).

acceso a la reparación es en sí mismo un derecho establecido (véase el análisis del Principio 17 y las directrices conexas), sino también porque el hecho de que el Estado no proporcione reparación en los casos de interferencia no estatal con los derechos es una infracción de la norma de diligencia debida. Dicho de otro modo, el Estado incurre en responsabilidad cuando podría haber mejorado la situación de la víctima pero no lo hizo.

La norma de la diligencia debida tiene una larga historia en el derecho relativo a la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados a extranjeros¹¹⁹. Pasó a formar parte del derecho internacional de los derechos humanos por medio de una decisión histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1988, en el caso *Velásquez Rodríguez*¹²⁰, según la cual la Corte concluyó que la desaparición del denunciante había sido causada por funcionarios del Estado. Lo que es más importante para el análisis actual, es que la Corte afirmó además que, aunque ese hecho no se hubiera demostrado, el Estado habría sido responsable por su falta de la debida diligencia a la hora de prevenir o sancionar la conducta infractora de agentes privados putativos¹²¹. La Corte confirmó que el Estado incurre en responsabilidad cuando «una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto

¹¹⁹ Malcolm Shaw, *International Law*, 2003, págs. 721 a 724; Dinah Shelton, «Private violations, public wrongs and the responsibilities of States», *Fordham International Law Journal*, vol. 13 (1989), pág.1.

¹²⁰ Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 4 (1988). Obsérvese que los aspectos más pertinentes de esta sentencia también se reflejan en otro caso examinado por la Corte en 1989: el caso *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 5 (1989). Ambas sentencias se analizan en detalle en Shelton, «Private violations, public wrongs and the responsibilities of States».

¹²¹ Caso *Velásquez Rodríguez*, párr. 182.

de toda prevención o impunemente» (párr. 173). Como ya se ha señalado, la atribución no es suficiente: también debe existir incumplimiento de una obligación. En este caso, la responsabilidad se derivó del incumplimiento por el Estado de la obligación contenida en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de respetar los derechos reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas. En una sentencia con repercusiones para los tratados internacionales y regionales de derechos humanos que también imponen a los Estados una obligación de proteger o garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentren en sus territorios o bajo su jurisdicción, la Corte afirmó que los Estados deben:

[O]rganizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (párr. 166)

Además de prevenir la violación de los derechos protegidos, el Estado también debe procurar investigar y sancionar esas violaciones, restablecer el derecho vulnerado y proporcionar la reparación adecuada de los perjuicios resultantes (párr. 177). Esas responsabilidades se aplican incluso en el caso de que el propio Estado no fuera el agente inmediato del perjuicio. Por ejemplo, un Estado podría ser jurídicamente responsable por su falta de diligencia debida en la prevención o la respuesta apropiadas a una violación de derechos (párr. 172). Un Estado también podría incurrir en responsabilidad en caso de no investigar con seriedad los abusos de derechos por parte de particulares, pues se consideraría que han sido auxiliados por el poder público en su comisión (párr. 166). La doctrina emanada del caso *Velásquez Rodríguez* en relación con la responsabilidad del Estado respecto de los actos de entidades privadas se resume de manera muy útil en el siguiente extracto de la sentencia:



El Estado está [en virtud del artículo 1 de la Convención] en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (párr. 174).

La sentencia del caso *Velásquez Rodríguez* no menoscaba la norma general que rige la no atribución de comportamientos privados. La Corte afirmó explícitamente que el Estado es responsable de las violaciones de derechos humanos que en última instancia puedan atribuirse a una acción o una omisión por una autoridad pública con arreglo a las normas del derecho internacional (párr. 164). En los casos en que la responsabilidad por el acto inicial no recae en el Estado, también puede acarrear responsabilidad internacional de éste, por falta de la debida diligencia para prevenir, responder o reparar los abusos cometidos por personas o entidades privadas (párr. 172). El que esa imputación sea posible o no depende de las normas primarias pertinentes y los hechos del caso. Dicho de otro modo, debe existir una obligación, dentro de la norma primaria, de que el Estado prevenga, responda o repare los abusos, y los hechos deben poder demostrar que el Estado no ha cumplido esa obligación.

Desde esta sentencia cada vez han ido surgiendo más pruebas de que la diligencia debida se está convirtiendo en la referencia aceptada respecto de la cual han de interpretarse las obligaciones de derechos humanos. En *Osman c. Reino Unido*¹²², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que el Estado podía incurrir en responsabilidad en caso de que sus fuerzas policiales no dieran respuesta a un caso de acoso

que acabó llevando a la muerte de la víctima (si bien en este caso el Reino Unido no fue considerado responsable). En el caso *Akkoç c. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el contexto del derecho a la vida, explicó que el deber primordial del Estado es garantizar el derecho a la vida adoptando disposiciones efectivas de derecho penal para disuadir de la comisión de violaciones de ese derecho, así como la maquinaria de aplicación de la ley necesaria para la prevención, represión y sanción de las violaciones¹²³. El Tribunal afirmó también (citando *Osman c. Reino Unido*) que ese deber, en las circunstancias apropiadas, puede ser una obligación positiva para las autoridades, la de adoptar medidas operacionales preventivas para proteger a una persona cuya vida está en peligro debido a los actos delictivos de otra persona. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha explicado, de forma análoga, que el Estado está obligado a proteger a los titulares de derechos frente a terceros por medio de legislación y de medidas de reparación efectiva; la protección en general entraña la creación y el mantenimiento de un entorno o un marco mediante una interacción efectiva entre leyes y reglamentos de modo que las personas puedan gozar libremente de sus derechos y libertades¹²⁴.

Ya se ha señalado la relación entre la trata de personas y la violencia contra la mujer, y en este contexto es precisamente en el que la norma de diligencia debida ha sido repetidamente afirmada por la comunidad internacional como medida apropiada de la obligación del Estado en relación con el comportamiento de entidades privadas¹²⁵. Las decisiones de los tribunales regionales

¹²² *Osman c. Reino Unido* (23452/84) [1998] TEDH 101 (28 de octubre de 1998).

¹²³ *Akkoç c. Turquía* (22947/93; 22948/93) [2000] TEDH 458 (10 de octubre de 2000), párr. 77.

¹²⁴ *SERAC and CESR c. Nigeria*, párr. 46.

¹²⁵ La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer afirma que la eliminación contra la mujer incluye todas las formas de esa violencia que tengan lugar

han confirmado esta tendencia. En *Fernandes c. Brasil*, un caso de violencia contra una mujer por parte de su marido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró responsables a las autoridades brasileñas por no proteger y responder tal y como exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁶. En relación con las desapariciones de mujeres y las agresiones contra éstas en Ciudad Juárez (México), la misma Comisión consideró que México tenía una obligación de diligencia debida y ofreció una serie de recomendaciones para «mejorar la aplicación de debida diligencia en la investigación, procesamiento y castigo de los responsables de la violencia contra la mujer [...] con miras a superar la impunidad», así como «para mejorar la aplicación de la debida diligen-

(Continuación de la nota 125)

dentro de la familia y la comunidad en general, así como la violencia «perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra» (art. 2) y exige a los Estados «proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y [...] castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares» (art. 4). En su Recomendación general N° 19, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer confirma que la discriminación prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (que incluye la violencia contra la mujer) «no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre» (párr. 9) y se exige a los Estados que «adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo» (párr. 24 a)). El Documento Final de Beijing +5 confirma que «se acepta que los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar actos de violencia, ya sean perpetrados por el Estado o por personas privadas, y de prestar protección a las víctimas» (párr. 13).

¹²⁶ La Comisión señaló que una acción judicial ineficaz, la impunidad de los autores y la incapacidad de las víctimas para obtener reparación demostraban que el Brasil carecía del compromiso necesario para adoptar las medidas adecuadas en contra de la violencia doméstica. La Comisión consideró al Brasil responsable de no haber cumplido la norma contenida en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, art. 7 b), es decir la norma de diligencia debida: *Maria Gives Penha Maia Fernandes c. Brasil*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.051, Informe N° 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 704 (2000), párrs. 56 y 57.

cia para prevenir la violencia contra la mujer [...] e incrementar su seguridad»¹²⁷. La situación de Ciudad Juárez también fue objeto de una investigación por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. El informe de esa investigación afirmó la obligación de diligencia debida y su particular importancia en relación con la violencia privada contra la mujer¹²⁸.

En *M.C. c. Bulgaria* (caso sobre la violación de un menor), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de aplicar disposiciones de derecho penal de sancionen de forma efectiva la violación y las apliquen en la práctica mediante acciones efectivas de investigación y procesamiento¹²⁹.

La norma de la diligencia debida ha sido adoptada por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer¹³⁰; es repetidamente invocada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹³¹, y ha sido ordinariamente reco-

¹²⁷ Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003).

¹²⁸ Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México (CEDAW/C/2005/OP.8/MEX, en especial, párrs. 273 a 277).

¹²⁹ *M.C. c. Bulgaria* (39272/98) [2003] TEDH 651 (4 de diciembre de 2003), párr. 153.

¹³⁰ Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer (E/CN.4/2000/68, párrs. 51 a 53).

¹³¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 9 (En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas). Véanse también las decisiones del Comité



nocida y aplicada por otros órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas¹³². En el contexto particular de la trata de personas, tanto la Asamblea General como la Comisión de Derechos Humanos/ Consejo de Derechos Humanos han reconocido, con especificidad cada vez mayor, la aplicabilidad de la norma de diligencia debida¹³³.

A la hora de decidir si un Estado está cumpliendo o no la norma de diligencia debida, en última instancia de lo que se trata es de evaluar si está cumpliendo sus obligaciones de prevenir,

para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en *Şahide Goekce (fallecida) c. Austria*, Comunicación N° 5/2005 (CEDAW/C/39/D/5/2005) y *Fatma Yildirim (fallecida) c. Austria*, Comunicación N° 6/2005 (CEDAW/C/39/D/6/2005). En ambas decisiones, el Comité concluyó que Austria había incumplido sus obligaciones en materia de diligencia debida respecto de la prevención y la investigación de la violencia doméstica.

¹³² Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, párr. 8 («Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas»); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L.K. c. Países Bajos* Comunicación N° 4/1991 (CERD/C/42/D/4/1991, párr. 6.6) («Cuando se formulan amenazas de violencia racial, y en particular cuando son formuladas en público y por un grupo, corresponde al Estado investigar los hechos con la debida diligencia y rapidez»).

¹³³ Véase, por ejemplo, la resolución 61/180 de la Asamblea General, preámbulo («los Estados Miembros tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar ese delito y asegurar que quienes lo cometan no queden impunes»); resolución 63/156 de la Asamblea General, preámbulo, y resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, preámbulo («todos los Estados están obligados a actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar la trata de personas y castigar a los responsables, rescatar a las víctimas y proveer a su protección, y [...] el incumplimiento de esa obligación [...] viola y menoscaba o anula el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las víctimas»).

respetar, proteger y cumplir con seriedad. A este respecto, es pertinente un texto propuesto por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en el contexto de un análisis de la violencia doméstica:

[E]s necesario observar si el Estado asume sus obligaciones con seriedad. [...] Si las estadísticas revelan que las leyes en vigor son ineficaces para proteger a las mujeres contra la violencia, los Estados deberán encontrar otros mecanismos complementarios para evitar la violencia en el hogar. Por ejemplo, si la educación, el desmantelamiento de la violencia institucional, la demistificación de la violencia doméstica, la formación de los funcionarios gubernamentales, la financiación de centros de acogida y otros servicios directos para las víctimas o sobrevivientes y la documentación sistemática de todos los episodios de violencia doméstica demuestran ser instrumentos eficaces para evitarla y proteger los derechos humanos de las mujeres, todos estos medios se convierten en obligaciones que el Estado debe cumplir con la debida diligencia¹³⁴.

2.4. RESUMEN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS CASOS DE TRATA DE PERSONAS

Para determinar la responsabilidad de los Estados en la trata de personas y los perjuicios conexos, sirva de orientación el siguiente resumen de los principios y normas jurídicos internacionales pertinentes:

¹³⁴ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy (E/CN.4/1996/53, párrs. 37 y 141).

En primer lugar, la responsabilidad jurídica internacional exige que el acto o la omisión sean atribuibles al Estado.

- La conducta «oficial» (aunque sea ilícita) de un órgano o un funcionario del Estado que viola las normas primarias establecidas es atribuible al Estado.
- La consideración de un acto o una omisión como «oficial» o privado depende, en cierta medida, de si la conducta en cuestión es sistemática o recurrente hasta el punto que el Estado tenía o debía tener conocimiento de ella y haber adoptado medidas para impedirlo.
- En general, no se responsabilizará a los Estados por la conducta de entidades privadas a menos que haya una circunstancia especial (que indique control o aprobación) que parezca vincular la conducta privada al Estado propiamente dicho.

En segundo lugar, además de ser atribuible al Estado, el acto u omisión debe *también* constituir la violación de una obligación internacional por parte del Estado.

- La cuestión de si se ha producido un incumplimiento de una obligación depende del contenido y la interpretación de la norma primaria;
- En la esfera de los derechos humanos y la trata de personas, las obligaciones generales de los Estados van más allá de las obligaciones negativas de no interferencia para incluir obligaciones positivas como la reforma legislativa, la previsión de medidas de reparación y la protección frente a la interferencia de agentes no estatales. La compleja naturaleza de la trata de personas se refleja en el hecho de que los incumplimientos de obligaciones a menudo se refieren a actos complejos.

En tercer lugar, a pesar de la norma general de no atribución de conductas privadas, hay circunstancias en las que se puede hacer responsable al Estado de infracciones relacionadas con

la trata derivadas de la conducta de personas o entidades privadas:

- En los casos en los que la responsabilidad por el acto inicial no recae en el Estado, aún puede imputarse a éste responsabilidad por no haber, de manera concomitante o subsiguiente, prevenido, dado respuesta o reparado los abusos cometidos por personas o entidades privadas. El hecho de que la responsabilidad pueda ser imputada de este modo en un caso particular dependerá *siempre* del contenido de la norma primaria pertinente (es decir, de si la norma primaria realmente obliga a los Estados a prevenir, responder a los abusos o repararlos).
- Los tratados de derechos humanos a menudo imponen a los Estados la obligación general de «respetar» o «garantizar». En otras palabras, los Estados deben garantizar derechos, y no sólo limitarse a no interferir con su disfrute. Por lo general, esto exigirá que el Estado al menos actúe de algún modo para prevenir y responder a la interferencia con los derechos establecidos por parte de agentes no estatales.
- En el contexto de los derechos humanos, la norma de «diligencia debida» se está convirtiendo en la referencia aceptada respecto de la cual se valoran las medidas de los Estados para prevenir o responder a las violaciones derivadas de los actos de terceros. La valoración de si un Estado ha cumplido esta norma dependerá del contenido de la obligación inicial (la norma primaria), así como de los hechos y circunstancias del caso.


En conclusión, los Estados serán responsables por aquellos de sus propios actos u omisiones que incumplan sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Además, los Estados en general no podrán eludir la responsabilidad de los actos de particulares cuando se haya demostrado su capacidad para influir en un resultado diferente y más positivo (en relación con



la norma primaria). En esos casos, la fuente de responsabilidad no es el acto en sí sino la falta de acción del Estado que no adopta medidas de prevención o respuesta de acuerdo con la norma exigida. Esta cuestión se examinará con mayor detalle, y haciendo referencia a ejemplos concretos, a lo largo del *Comentario*.

VÉASE TAMBIÉN:

- Responsabilidad del Estado y diligencia debida en el contexto de la trata de personas en el sector público: parte 2.2, secciones 6.1 a 6.4
- Diligencia debida en la investigación, el enjuiciamiento y las decisiones judiciales de casos de trata de personas: parte 2.4, secciones 13.2 y 13.3



PRINCIPIO 3 Y DIRECTRICES CONEXAS: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS FRENTE A LAS MEDIDAS CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

Las medidas contra la trata no redundarán en desmedro de los derechos humanos y la dignidad de las personas, en particular los derechos de las víctimas de ella, ni de los migrantes, las personas internamente desplazadas, los refugiados y quienes soliciten asilo.

3.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Las medidas adoptadas para hacer frente a la trata de personas pueden tener un efecto adverso en los derechos y las libertades de las víctimas de trata y otras personas¹³⁵; varios informes recientes han documentado las numerosas formas en que las medidas contra la trata de personas pueden interferir con los derechos establecidos¹³⁶. Este peligro ha sido reconocido repetidas veces por los órganos de derechos

humanos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas¹³⁷, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer¹³⁸, y el Relator

¹³⁵ Véase también Gallagher, «Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground?», págs. 831 a 833. Puede encontrarse un examen más detallado de la «obligación de dar una respuesta lícita» en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 9.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, Global Alliance against Trafficking in Women, *Collateral Damage: the Impact of Anti-Trafficking Measures on Human Rights Around the World* (2007) y Anne Gallagher y Elaine Pearson, «The high cost of freedom: a legal and policy analysis of shelter detention for victims of trafficking», *Human Rights Quarterly*, vol. 32, N° 1.

¹³⁷ Ese reconocimiento es evidente en la repetida recomendación del Comité de Derechos Humanos a los Estados de que en sus respuestas a la trata de personas presten una atención especial a los derechos humanos de las víctimas: Yemen (CCPR/CO/84/YEM, párr. 17); Tayikistán (CCPR/CO/84/TJK, párr. 24); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 20); Kenya (CCPR/CO/83/KEN, párr. 25); Grecia (CCPR/CO/83/GRC, párr. 10); Barbados (CCPR/C/BRB/CO/3, párr. 8). Véanse también las recomendaciones contenidas en las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Guatemala (CEDAW/C/GUA/CO/7, párr. 26); El Salvador (CEDAW/C/SLV/CO/7, párr. 23); Myanmar (CEDAW/C/MMR/CO/3, párr. 27); Portugal (CEDAW/C/PRT/CO/7, párrs. 34 y 35); Líbano (CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 29); Marruecos (CEDAW/C/MAR/CO/4, párr. 23); Brasil (CEDAW/C/BRA/CO/6, párr. 24); Estonia (CEDAW/C/EST/CO/4, párr. 19); Honduras (CEDAW/C/HON/CO/6, párr. 21); Hungría (CEDAW/C/HUN/CO/6, párr. 23); Pakistán (CEDAW/C/PAK/CO/3, párrs. 30 y 31); República Árabe Siria (CEDAW/C/SYR/CO/1, párr. 24); Kazajistán (CEDAW/C/KAZ/CO/2, párr. 18); Maldivas (CEDAW/C/MDV/CO/3, párr. 22); Perú (CEDAW/C/PER/CO/6, párr. 31); Viet Nam (CEDAW/C/VNM/CO/6, párrs. 18 y 19); China (CEDAW/C/CHN/CO/6, párrs. 19 y 20); Georgia (CEDAW/C/GEO/CO/3, párr. 22); Uzbekistán (CEDAW/C/UZB/CO/3, párr. 26); Malasia (CEDAW/C/MYS/CO/2, párr. 24); Israel (A/60/38(SUPP), párr. 250).

¹³⁸ Véase, por ejemplo, E/CN.4/2000/68, párrs. 42 a 48.

Especial sobre la trata de personas¹³⁹. Un enfoque de la lucha contra la trata de personas basado en los derechos humanos exige que se adopten medidas para garantizar que existan procedimientos para prevenir, vigilar y corregir esos «daños colaterales».

El Principio 3 se apoya directamente en el Principio 1 al confirmar que las medidas que se adopten contra la trata no deben menoscabar ni afectar negativamente de ningún otro modo a los derechos humanos. Este Principio, que se enuncia de nuevo en la Directriz 1, reconoce implícitamente que las medidas adoptadas en nombre de las respuestas a la trata de personas pueden tener repercusiones negativas en los derechos de una serie de personas, que incluyen a las que han sido víctimas de trata pero no se limitan a ellas. El principio reconoce que ciertos grupos corren un peligro particular de ver comprometidos sus derechos por la aplicación de medidas contra la trata.

El principal instrumento jurídico internacional sobre la trata de personas confirma explícitamente el Principio 3. El artículo 14 del Protocolo contra la trata de personas afirma lo siguiente:

Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario

¹³⁹ Véase, por ejemplo, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo (A/HRC/10/16, párrs. 32 y 39 y parte V, conclusiones y recomendaciones); E/CN.4/2006/62, párrs. 90 y 91; E/CN.4/2005/71, párrs. 10, 11, 17, 24 y 26. Véanse también los siguientes informes sobre misiones en los países del Relator Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños: Bahrein, Omán y Qatar (A/HRC/4/23/Add.2, párrs. 65 a 68, 72 a 74, 81, 84 y 95); Líbano (E/CN.4/2006/62/Add.3, párrs. 89 y 91 a 95); Bosnia y Herzegovina (E/CN.4/2006/62/Add.2, párrs. 80, 87 y 88).

y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos¹⁴⁰.

En el recuadro que figura a continuación se presenta una lista no exhaustiva de ejemplos de medidas contra la trata que podrían afectar negativamente a los derechos.

El *Comentario* examina varias de estas situaciones en distintos lugares. Por ejemplo, la detención y penalización de víctimas de trata y otras personas se examina brevemente un poco más adelante, en el contexto de un análisis del derecho a la libertad de circulación, y se estudia en detalle en el Principio 7 y las directrices conexas. La cuestión de la repatriación forzosa se examina más adelante en el contexto del principio de no devolución así como, de forma más general, en el Principio 11 y las directrices respectivas. Las violaciones de los derechos de las personas sospechosas o acusadas de delitos relacionados con la trata se examinan en los Principios 13 y 15 y sus directrices conexas.

Las subsecciones que aparecen a continuación subrayan varios derechos humanos que se encuentran particularmente expuestos por la aplicación de medidas contra la trata de personas: la prohibición de la discriminación, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a solicitar y recibir asilo en caso de persecución.

¹⁴⁰ Respecto de las cuestiones específicas del asilo, el estatuto de los refugiados y la no devolución, véase el análisis que figura en la sección 3.4. Véanse también los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 1.9, que pide a los Estados y otros agentes pertinentes que se cercioren de que los acuerdos de cooperación bilateral, regional e internacional y otras leyes y normas relativas a la trata de personas no afecten a los derechos, las obligaciones o la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho internacional, inclusión del derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados.



Recuadro 9: Ejemplos de medidas contra la trata de personas que pueden repercutir negativamente en los derechos establecidos

- La detención de personas víctimas de trata en centros de inmigración o albergues;
- El procesamiento de personas víctimas de trata por delitos relacionados con su situación jurídica, entre ellas la entrada ilegal, la residencia ilegal y el trabajo ilegal;
- La denegación de visados o autorizaciones de entrada o salida, sea de aplicación general o sólo en relación con un grupo de personas identificadas como especialmente vulnerables a la trata;
- La denegación del derecho de todas las personas, incluidas las que han sido objeto de trata, a solicitar asilo por ser perseguidas;
- Denegación de los derechos fundamentales a los migrantes, incluidos los trabajadores migrantes y los que no se encuentran legalmente en el territorio del Estado;
- Redadas, rescates y otras operaciones de captura en las que no se tengan debidamente en cuenta y se protejan los derechos de las personas afectadas;
- La repatriación forzosa de las víctimas en peligro de sufrir represalias o de volver a ser objeto de trata;
- Denegación del derecho a reparación;
- Violaciones de los derechos de personas sospechosas o juzgadas por participar en trata de personas y delitos conexos, incluidos los juicios no imparciales y las sentencias inapropiadas, y
- Las leyes o los procedimientos que autoricen cualquiera de los anteriores ejemplos.

3.2. MEDIDAS CONTRA LA TRATA Y PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN, INCLUSIVE POR RAZONES DE GÉNERO

Los principales instrumentos de derechos humanos, tanto internacionales como regionales, prohíben la discriminación por varios motivos, entre ellos la raza, el sexo, el idioma, la religión, los bienes, el origen u otra condición (véase el análisis en el Principio 1 y las directrices correspondientes). La discriminación puede estar vinculada a la trata de personas de distintos modos. No es casualidad que las personas más expuestas a ser objeto de trata (migrantes irregulares, personas apátridas, no ciudadanos y solicitantes de asilo, miembros de grupos minoritarios) sean especialmente susceptibles a la discriminación y la intolerancia por su raza, su etnia, su religión u otros factores distintivos. Algunos grupos, como las mujeres y las niñas migrantes, son vulnerables a discriminaciones cruzadas y múltiples¹⁴¹. Además

de aumentar el riesgo de trata, las actitudes, percepciones y prácticas discriminatorias contribuyen a generar y fomentar la demanda de la trata de personas (véase el análisis en el contexto del Principio 4 y las directrices conexas).

Human Rights, 2004. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el racismo, la discriminación racial y la xenofobia contribuyen a la discriminación contra la mujer y otras violaciones de sus derechos, entre ellas la trata internacional de mujeres y niños, la trata forzosa y otras formas de trabajo forzoso enmascaradas, entre otras cosas, en forma de servicios domésticos u otro tipo de servicios personales: Comité de Derechos Humanos, Contributions to the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (A/CONF.189/PC.2/14, párr. 18). Recientemente, tanto la Asamblea General como el Consejo de Derechos Humanos han reconocido que «las víctimas de la trata están particularmente expuestas al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que, con frecuencia, las mujeres y las niñas víctimas de la trata son objeto de múltiples formas de discriminación y violencia, en particular por motivos de género, edad, origen étnico, cultura y religión, así como por su origen, y que esas formas de discriminación pueden por sí mismas fomentar la trata de personas»: resolución 63/156 de la Asamblea General, preámbulo; Consejo de Derechos Humanos, resolución 11/3 sobre trata de personas, en especial mujeres y niñas, preámbulo.

¹⁴¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observación general N° 25; Christine Chinkin y Fareda Banda, *Gender, Minorities, Indigenous People and*

La discriminación racial y por motivos de género en el reconocimiento y la aplicación de los derechos económicos y sociales también es un factor decisivo a la hora de hacer que unas personas sean más susceptibles que otras de ser objeto de trata. En ambos casos, la discriminación tiene como efecto que las posibilidades de elección en la vida sean más pobres y menos numerosas. La falta de elección es lo que a su vez puede hacer que las mujeres y las niñas sean más vulnerables que los varones, y que también lo sean ciertas nacionalidades y razas, a ser objeto de trata en algunas situaciones: cuando son miembros de minorías o cuando viven en condiciones de pobreza o de inestabilidad tras un conflicto o en una transición política (véase además el análisis en relación con el Principio 5 y las directrices conexas).

Las medidas adoptadas por los Estados y otras entidades para prevenir o responder a la trata de personas pueden perpetuar la discriminación e incluso infringir la prohibición legal contra la discriminación. Este peligro se reconoce explícitamente en el Protocolo sobre la trata de personas, que afirma lo siguiente:

Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos (art. 14).

El problema de la discriminación por motivos de género es particularmente grave respecto de las medidas contra la trata. Esto se reconoce en la Directriz 1.4, en la que se insta a los Estados y otros agentes a «asegurarse en particular de tener sistemáticamente en cuenta la cuestión de la discriminación por razones de género cuando se propongan medidas de lucha contra la trata de personas a fin de que esas medidas no se apliquen en forma discriminatoria».

Como se ha señalado en la sección 1.4.1, en la parte 1, la igualdad de trato y la no discriminación por motivos de género es un derecho humano fundamental, firmemente consagrado en los principales instrumentos internacionales y regionales. Según el derecho internacional de los derechos humanos, una medida contra la trata de personas viola la prohibición de la discriminación por razones de sexo si puede demostrarse que: i) repercute de forma negativa en los derechos de la persona afectada, y ii) se dirige sobre todo y afecta predominantemente a las mujeres y las niñas. Esta prueba se aplica en los momentos apropiados a lo largo del presente *Comentario*.

3.3. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA TRATA Y DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

En general, se entiende que el derecho a la libertad de circulación se refiere a un conjunto de derechos de libertad de la persona, entre ellos, el derecho a circular libremente y a escoger su lugar de residencia en un Estado, el derecho a atravesar la frontera para entrar y salir de un país, y la prohibición de la expulsión arbitraria de los extranjeros¹⁴². En su artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce explícitamente y protege el derecho a la libertad de circulación, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.13 1)) y todos los grandes instrumentos regionales de derechos humanos¹⁴³.

La libertad de circulación es un derecho particularmente expuesto a ser comprometido por los Estados en sus actividades de respuesta a la trata de personas. Los Estados pueden, por ejemplo, adoptar medidas legislativas, administrati-

¹⁴² Nowak, *op. cit.*, pág. 260.

¹⁴³ Protocolo n° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 1; Carta Africana, art. 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.



vas o de otro tipo para impedir que las personas emigren en busca de trabajo. Pueden someter (o no impedir que agentes no gubernamentales sometan) a las víctimas de trata, sean nacionales o extranjeras, a custodia «de protección». Pueden impedir que una víctima regrese a su lugar de origen hasta que cumpla ciertos requisitos, como prestar testimonio contra los traficantes.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* contienen una referencia específica a la libertad de circulación en el contexto de la protección de los derechos establecidos:

Los Estados [...] deberían considerar la posibilidad de [...] proteger el derecho de todas las personas a la libertad de desplazamiento y asegurarse de que las medidas contra la trata de personas no lo vulneren (Directriz 1.5).

Cuando se consideran las repercusiones que tiene en los derechos humanos cierta medida dirigida contra la trata, es importante tener presente que la libertad de circulación y los derechos conexos no son absolutos. Por ejemplo, con arreglo a las condiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 12 1)), la libertad de circulación sólo está garantizada, como cuestión de derecho, a las personas que se encuentran *legalmente* en el territorio del Estado de que se trate. La libertad de circulación y el derecho a abandonar un país también pueden estar sujetos a restricciones lícitas por motivos de seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas o derechos y libertades de terceros¹⁴⁴. Estas limitaciones podrían ofrecer una justificación legal para la imposición de res-

tricciones a la libertad de circulación que tengan por objeto, por ejemplo, conseguir testigos para un proceso judicial o proteger a personas víctimas de trata de las represalias y la intimidación. Los argumentos correspondientes habrían de ser juzgados en relación con su fondo. También sería importante verificar de modo independiente que las restricciones aducidas no vulneran por separado otros derechos reconocidos, como la prohibición de la discriminación, examinada en detalle más arriba¹⁴⁵.

El Comité de Derechos Humanos, al examinar la aplicación de esta excepción, ha señalado que la libertad de circulación es «una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona»¹⁴⁶. Todas las restricciones a este derecho «deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias [...] y deben ser compatibles con todos los demás derechos» (párr. 11). El Comité también ha señalado lo siguiente:

Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que lo apliquen (párrs. 14 y 15).

Para decidir si una restricción a la libertad de circulación es lícita, pues, es preciso saber si esa restricción: i) está prevista en la ley; ii) es

¹⁴⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 3). En relación con el derecho a abandonar el propio país, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 22 y 23) disponen que esas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática. La Convención Americana sobre Derechos Humanos expone el alcance de las restricciones en el artículo 30.

¹⁴⁵ En cuanto a la compatibilidad entre las restricciones a la libertad de circulación y otros derechos protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, véase Nowak, *op. cit.*, págs. 273 y 274.

¹⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 27: Libertad de circulación, párr. 1.

coherente con otros derechos (como la prohibición de la discriminación por motivos de sexo), y iii) es necesaria para proteger a la persona afectada. Deben cumplirse todos esos requisitos. Por ejemplo, aunque un Estado pueda aducir que sus restricciones a la emigración se deben a la necesidad de preservar el orden o la moral públicos mediante la prevención de la trata y que las medidas adoptadas son tanto necesarias como proporcionadas para su fin declarado, el Estado también debe estar en condiciones de demostrar que la restricción es de carácter no discriminatorio. Puesto que casi todas las restricciones a la emigración relacionadas con la trata de personas se limitan a las mujeres y las niñas, es difícil que algún Estado pueda argumentar de modo convincente su legalidad respecto de las normas jurídicas internacionales vigentes.

3.4. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA TRATA, ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Y PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN¹⁴⁷

En el análisis correspondiente al Principio 2 y las directrices conexas se señaló la relación entre la trata de personas y la condición de refugiado. En el contexto de la no vulneración de los derechos establecidos, se plantean varias cuestiones legales distintas. En primer lugar, como cuestión de principio, ¿tiene derecho una persona objeto de trata a solicitar y recibir asilo? En segundo lugar, ¿en qué circunstancias el hecho o la amenaza de trata influye en la determinación de si una persona puede considerarse refugiada? En tercer lugar, ¿puede una víctima de trata ser repatriada o devuelta lícitamente por un Estado cuando existe riesgo de maltrato?

¹⁴⁷ Esta sección se basa en el examen mucho más detallado de la trata y el asilo y de la repercusión de las medidas contra la trata en los refugiados y los solicitantes asilo de Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, caps. 3 y 9.

DERECHO A SOLICITAR Y RECIBIR ASILO

En cuanto a la cuestión de si una persona víctima de trata tiene derecho a solicitar y recibir asilo, el derecho internacional es claro respecto de que las solicitudes de asilo deben examinarse teniendo en cuenta sus méritos sustantivos, y no con arreglo a la vía de entrada del solicitante¹⁴⁸; es decir, que no puede denegarse a una persona la condición de refugiado (o la oportunidad de solicitar esa condición) solamente porque esa persona haya sido objeto de trata o trasladada ilícitamente de alguna otra manera al país de destino. Esa norma tiene importantes repercusiones prácticas. Muchos Estados imponen sanciones a la entrada ilegal o el uso de documentos de viaje fraudulentos, entre otras cosas, y se ha señalado que esas sanciones cada vez suponen más una denegación de derechos en el contexto de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado¹⁴⁹.

La posibilidad de que algunas víctimas o potenciales víctimas de trata puedan tener derecho a la protección internacional en calidad de refugiadas se reconoce de forma explícita en el artículo 14 del Protocolo sobre la trata de personas y el artículo 40 del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos. En el informe explicativo de éste último se confirma que

El hecho de ser víctima de trata no puede anular el derecho a solicitar y recibir asilo, y que las Partes habrán de asegurar que las víctimas de trata tengan acceso a procedimientos de asilo apropiados e imparciales (párr. 377).

¹⁴⁸ Véase la Convención sobre los Refugiados, art. 31; véase también Guy S. Goodwin-Gill, «Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, detention, and protection», en Erika Feller, Völker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, 2003, pág. 183.

¹⁴⁹ Hathaway, *The Rights of Refugees in International Law*, pág. 408.



Las solicitudes de asilo deben examinarse teniendo en cuenta sus méritos de fondo, y no con arreglo a la forma en que haya entrado el solicitante. En la práctica, esto significa que todas las personas, incluidos los migrantes objeto de tráfico y las personas víctima de trata, deben recibir todas las oportunidades (incluso mediante el suministro de información apropiada) para hacer una solicitud de asilo o presentar cualquier otra justificación para permanecer en el país de destino por esa razón.

LA TRATA DE PERSONAS COMO BASE PARA SOLICITAR EL ESTATUTO DE REFUGIADO

La cuestión de si la trata o el temor a ser objeto de trata puede constituir una razón válida para el asilo es más compleja. Para ser reconocida como refugiada, debe determinarse que la persona tiene un temor bien fundado a ser perseguida por una o más de las razones enumeradas en el artículo 1A 2) de la Convención sobre los Refugiados. En 2006, el ACNUR publicó un conjunto de Directrices sobre protección internacional sobre la aplicación de las normas sobre refugiados a las víctimas de la trata y las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata¹⁵⁰. En su párrafo 6, las Directrices reconocen que no todas las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas se encuentran en el ámbito de la definición de refugiado, y que ser víctima de trata como tal no constituye un fundamento válido para solicitar la condición de refugiado. De todos modos, el ACNUR ha calificado esa afirmación indicando que «en algunos casos las personas que han sido víctimas de trata pueden calificar para recibir la protección internacional como refugiados, si los actos a que han sido sometidos por los perpetradores se equiparan a persecución por alguno de los motivos enunciados en la definición de la Convención de 1951 y ante la ausencia de una protección nacional

efectiva»¹⁵¹. A continuación se examinan los diversos elementos de los requisitos legales internacionales para la protección internacional de los refugiados.

TEMOR BIEN FUNDADO A SER PERSEGUIDO

Lo que constituye un temor bien fundado a ser perseguido, como para hacer válida una solicitud de asilo, depende de las circunstancias de cada caso. Los siguientes puntos, enumerados en las Directrices del ACNUR sobre la trata de personas, se consideran pertinentes en el contexto de la trata:

- Formas de explotación severa, tales como el rapto, el encarcelamiento, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los trabajos forzados, la extracción de órganos, golpizas, la privación de alimentos o de tratamiento médico. Estos actos constituyen graves violaciones a los derechos humanos, los cuales por lo general equivaldrán a persecución (párr. 15), y
- Las personas que han sido víctimas de trata pueden sentir un temor a la persecución que es característico de la experiencia de ser objeto de trata. Por ejemplo, pueden enfrentarse a represalias o convertirse nuevamente en víctimas de trata, o al ostracismo, la discriminación o el castigo en caso de regresar. Las represalias de los tratantes (contra la persona o su familia) pueden constituir persecución, según la gravedad de los actos que se temen. El convertirse nuevamente en víctima de trata usualmente equivaldría a persecución. El ostracismo, la discriminación o el castigo graves pueden constituir persecución, particularmente si se ven agravados por el trauma de la trata o si están vinculados a un mayor riesgo de ser nuevamente víctima de trata (párrs. 17 y 18).

¹⁵⁰ Véase también Ryszard Piotrowicz, «The UNHCR's Guidelines on Human Trafficking», *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, N° 2 (2008), pág. 242.

¹⁵¹ *La protección de los refugiados y el control migratorio: perspectivas del ACNUR y de la OIM*, Consultas Globales sobre la Protección Internacional, 2ª Reunión [EC/GC/01/11, párr. 32].

Además son pertinentes los siguientes puntos cuando la situación afecta a mujeres o niños que han sido víctimas de trata o están expuestas a serlo:

- La trata de mujeres y niños para obligarlos a prostituirse o sufrir otros actos de explotación sexual constituye una manifestación de violencia por motivos de género que podría llegar a constituir persecución dentro de la definición jurídica de «refugiado» (párr. 19)¹⁵².
- Las mujeres y los niños víctimas de trata pueden ser particularmente susceptibles a graves represalias, nuevas situaciones de trata, ostracismo y discriminación¹⁵³.
- Las mujeres que han sido víctimas de trata o que temen serlo pueden identificarse como personas que temen ser perseguidas por su pertenencia a un grupo social.

AGENTES DE LA PERSECUCIÓN

¿Es posible que entidades no estatales, como los tratantes y sus cómplices, inflijan daño suficiente para justificar la protección internacional en el régimen de los refugiados? Mientras que la persecución normalmente guarda relación con la acción de las autoridades nacionales, hoy en día se acepta de forma generalizada que la naturaleza de la persecución no exige que ésta emane del Estado o sea atribuible al Estado. Según el ACNUR, los actos de persecución pertinentes para la definición de «refugiado» pueden ciertamente ser perpetrados por particulares si son conocidos y tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan o son incapaces de proporcionar una protección efectiva¹⁵⁴. El factor decisivo, pues, a

¹⁵² Véase también ACNUR, Directrices del ACNUR sobre género, párr. 18.

¹⁵³ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional: «Pertenencia a un determinado grupo social» en el contexto del artículo 1A 2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo 1967 (HCR/GIP/02/02, párr. 18) [en adelante, Directrices del ACNUR sobre pertenencia a un grupo social].

¹⁵⁴ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la*

juicio del ACNUR, no es el origen de la persecución sino la capacidad y la voluntad del Estado de proteger a la persona a su regreso¹⁵⁵.

PROTECCIÓN DEL ESTADO

El derecho internacional de los refugiados ofrece una alternativa a la protección del Estado cuando ésta no existe o está por algún motivo fuera del alcance de la persona que la necesita. La decisión sobre si el Estado cumple o no la norma exigida es por consiguiente un aspecto fundamental del procedimiento de determinación de la condición de refugiado. La cuestión de si el Estado es capaz de proteger a las víctimas depende de una serie de factores, en particular si existen mecanismos para prevenir y combatir la trata de personas y si esos mecanismos se están ejecutando de manera efectiva. Las Directrices del ACNUR sobre la trata son claras al siguiente respecto: «Cuando un Estado no adopta las medidas razonables que están bajo su competencia para prevenir la trata de personas y brindar protección efectiva y asistencia a las víctimas, es probable que el temor de persecución que tiene la persona sea fundado» (párr. 23). Hasta hace poco tiempo, habría sido difícil determinar con precisión las «medidas razonables» necesarias para cumplir esta norma. No obstante, la evolución de la legislación y las políticas internacionales de que se da cuenta en el presente *Comentario* sirven para confirmar un creciente entendimiento común de lo que se requiere para hacer frente de manera eficaz a la trata de personas. Los derechos y obligaciones recogidos en el Protocolo sobre la trata de personas, junto con los derivados del derecho internacional de los derechos humanos, ofrecen una orientación especialmente importante para valorar la idoneidad de la protección y la asistencia.

Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/1P/4/Spa/Rev.1 (1988, reeditado en diciembre de 1992), párr. 65.

¹⁵⁵ Directrices del ACNUR sobre la trata, párr. 21.



EL LUGAR DE PERSECUCIÓN

Como ya se ha señalado, el concepto jurídico de «refugiado» exige que una persona esté fuera de su país de origen y que, por un temor fundado a la persecución, sea incapaz o no quiera recurrir a la protección de ese país¹⁵⁶. El ACNUR afirma claramente que la persona no necesita haber abandonado el país *debido* a un temor fundado a ser perseguido. Ese temor, que sí debe guardar relación con el país de origen del solicitante, puede surgir *después* de que la persona haya salido del país. En cualquier caso, debe guardar relación con el país de nacionalidad o de residencia habitual del solicitante. Una persona que ha sido víctima de trata dentro de su país, o que teme que se produzca esa trata y escape a otro país en busca de protección internacional en general podrá establecer el vínculo requerido «entre el temor de persecución, el motivo para huir y el no querer regresar» (Directrices del ACNUR sobre la trata, párr. 26).

Incluso en las situaciones en las cuales la explotación que sufrió la víctima de trata ocurrió fuera de su país de origen, esto no excluye la existencia de temores fundados de persecución en el país del cual es nacional la persona (párr. 27). Para determinar este aspecto, habría que examinar todas las circunstancias bajo las cuales la víctima ha sido objeto de trata, incluida la existencia de una amenaza de daño contra la víctima en su país de origen.

MOTIVOS DE PERSECUCIÓN

Para poder acceder al estatuto de refugiado, el temor fundado a la persecución debe tener relación con una o más razones o motivos especificados en la definición de la Convención sobre los Refugiados: «raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas». Basta con que el «motivo» sea un factor pertinente que contribuya a la persecución; no es necesario que sea la única causa o la causa dominante (párr. 29). En los casos en

los que haya un riesgo de persecución por un agente no estatal por razones relacionadas con uno de esos motivos, se establece el vínculo causal con independencia de que la incapacidad o falta de voluntad del Estado se base en uno de esos motivos. Incluso cuando la persecución no guarde relación con ninguno de los motivos aceptados, seguirá estableciéndose un vínculo causal si la incapacidad o la inacción del Estado a la hora de proteger se basa en uno de los motivos (párr. 30).

En general, los tratantes sólo se ven motivados por consideraciones de lucro. Sin embargo, el ACNUR ha señalado la posibilidad de que se utilicen ciertos motivos relacionados con la Convención en la búsqueda y selección de las víctimas de trata. Por ejemplo, los miembros de una raza o un grupo étnico particulares pueden ser especialmente vulnerables a la trata de resultas de un conflicto, o incluso por demandas concretas del mercado. Es posible que los miembros de esos grupos también gocen de una protección efectiva menor de las autoridades del país de origen (párrs. 32 y 34).

Las víctimas y potenciales víctimas de trata también pueden reunir las condiciones para el estatuto de refugiado si puede demostrarse que su temor fundado a la persecución guarda relación con su pertenencia a determinado grupo social. Para determinar ese extremo, es preciso establecer que los miembros de ese grupo comparten características innatas e inmutables (además de la persecución) y son generalmente reconocidos como grupo (párr. 37)¹⁵⁷. No es necesario que todos los miembros del grupo social estén en riesgo de persecución: basta con demostrar que el temor bien fundado de persecución del solicitante se base en su pertenencia a ese grupo¹⁵⁸. Las mujeres, los hombres y los niños (así como

¹⁵⁶ Convención sobre los Refugiados, art. 1A 2).

¹⁵⁷ Véanse también las Directrices del ACNUR sobre pertenencia a un grupo social.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 17.

subgrupos de estos grupos, como los niños no acompañados) pueden constituir un grupo social particular para los fines de la determinación de la condición de refugiado. El hecho de pertenecer a uno de esos grupos puede ser uno de los factores que contribuyan al temor de una persona a ser sometida a persecución, como la explotación sexual, por medio de la trata¹⁵⁹. También puede considerarse que las antiguas víctimas de trata constituyen un grupo social para el que la persecución en el futuro puede entrañar represalias, castigos y ostracismo (párr. 39). El vínculo entre la trata y la pertenencia a un «grupo social determinado» sigue siendo objeto de estudio en el nivel nacional, en el contexto de procedimientos específicos de determinación de la condición de refugiado¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Directrices del ACNUR la trata, párr. 38.

¹⁶⁰ Varias decisiones de los tribunales canadienses han encontrado un temor bien fundado a la persecución por pertenencia a un grupo social particular relacionado con la trata de personas o sus actos constitutivos: V95-02904 (Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá, División de Determinación de la Condición de Refugiado, 26 de noviembre de 1997) (mujer obligada a ejercer la prostitución); T98-06186 (Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá, División de Determinación de la Condición de Refugiado, 2 de noviembre de 1999) (mujeres y/o ex trabajadores del comercio sexual); TA4-16915 (Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá, División de Determinación de la Condición de Refugiado, 16 de marzo de 2006) (mujeres solteras objeto de trata en Etiopía). El Tribunal de Examen de la Condición de Refugiados de Australia ha desestimado varios casos de mujeres que afirmaban que, por su pertenencia a un «grupo social particular», estarían expuestas a ser objeto de trata al regresar a su país de origen: V01/13868 [2002] RRTA 799 (6 de septiembre de 2002); N02/43616 [2003] RRTA 290 (31 de marzo de 2003); V03/16442 [2004] RRTA 474 (25 de junio de 2004). En 2001, las autoridades estadounidenses concluyeron que un denunciante había demostrado un temor fundado a la persecución tanto en relación con la prostitución forzada como con la esclavitud sexual. No estaba claro si el fundamento era la opinión política o la pertenencia a un grupo social particular: *Matter of JM* (número de caso no declarado) (Estados Unidos, Oficina de Asuntos Indígenas, 30 de marzo de 2001). Otros casos recientes en los Estados Unidos parecen indicar una tendencia a considerar que la falta de protección contra la prostitución forzada lleva a la persecución (por pertenencia a un grupo

LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLUCIÓN

La obligación de no devolución está reconocida como norma del derecho internacional consuetudinario¹⁶¹. El Protocolo sobre la trata de personas se refiere a esta obligación en su artículo 14, al igual que el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, en su artículo 40. En el contexto del derecho internacional de los refugiados, la obligación impide a los Estados devolver a una persona a otro Estado respecto del que haya argumentos importantes para creer que la persona en cuestión sería objeto de persecución. En relación con un caso relativo a una víctima o una potencial víctima de trata, la determinación de este aspecto exigiría tener en cuenta los factores antes expuestos en cuanto a la disposición y la capacidad del Estado para prevenir la trata y proteger a las personas de ella.

social, definido como las personas que están en peligro de ser obligados a ejercer la prostitución). En cuanto a los casos examinados por el Tribunal de Apelación en Asuntos de Inmigración del Reino Unido que afectaban a mujeres y niñas procedentes de Ucrania y Nigeria sometidas a trata, véase Annette Lansink, *Women and Migration, Interim Report on Trafficking in Women*, Comité sobre Feminismo y Derecho Internacional, Informe de la 71ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional en Berlín (2004), págs. 20 y 21. Puede consultarse un análisis completo de las solicitudes de asilo relacionadas con la trata de personas y la jurisprudencia conexa en cuatro grandes países de destino (Australia, el Canadá, el Reino Unido, los Estados Unidos) en Kaori Saito, *International protection for trafficked persons and those who fear being trafficked*, UNHCR Research Paper 149 (2007), disponible en www.unhcr.org/research/RESEARCH/476652742.pdf.

¹⁶¹ Véase ACNUR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law: Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93* (31 de enero de 1994); ACNUR, «Summary Conclusions: The Principle of Non-Refoulement: Expert Roundtable organized by the UNHCR and the Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge, United Kingdom, 9–10 July 2001», en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, 2003, pág. 178; Nils Coleman, «Renewed review of the status of the principle of non-refoulement as customary international law», *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, N° 1 (2003), pág. 23.



La norma de la no devolución va más allá del derecho internacional de los refugiados. Los Estados no pueden devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones importantes para creer que la persona afectada sería sometida a tortura u otra forma de malos tratos¹⁶². Para un examen detallado del principio de no devolución en el contexto particular de la repatriación de las víctimas de trata de personas, véase el análisis correspondiente al Principio 11 y las directrices conexas.

GARANTIZAR LA NO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS

La Directriz 2.7 establece lo que se necesita para velar por que no haya violaciones de los derechos establecidos en el contexto del derecho internacional de los refugiados, incluido el principio de no devolución:

[Los Estados [...] deberían considerar la posibilidad de] [c]erciorarse de que existan procedimientos y procesos para recibir y estudiar las solicitudes de asilo que presenten tanto víctimas de trata como de contrabando de personas y de que se respete y haga valer en todo momento el principio de la no devolución.

Las Directrices del ACNUR sobre la trata proporcionan más información sobre varios requisitos prácticos importantes:

- Asegurar que se brinde un ambiente de apoyo a los solicitantes que aleguen ser víctimas de trata;
- Tener en consideración que los solicitantes que son víctimas de trata pueden temer revelar el

verdadero grado de persecución que han sufrido y que ese temor puede tener una dimensión de género que hay que tener presente;

- Aceptar que ciertas formas de trata pueden tener un efecto grave desproporcionado en las mujeres y los niños y, de hecho, pueden hacer que se los considere víctimas de persecución por motivos de género, y
- Evitar establecer un vínculo, ya sea explícito o implícito, entre la evaluación del contenido de la solicitud de asilo y la disposición de la víctima a aportar pruebas en los procesos judiciales contra los tratantes (párrs. 45 a 50)¹⁶³.

3.5. VIGILANCIA DEL IMPACTO DE LAS MEDIDAS CONTRA LA TRATA

Los Principios y Directrices sobre la trata de personas reconocen la importancia decisiva de vigilar las repercusiones de las intervenciones dirigidas contra la trata y de velar por que no interfieran con los derechos establecidos o los menoscaben de alguna manera. En la Directriz 1.7 se alienta el establecimiento de mecanismos para supervisar los efectos de las leyes, las normas, los programas y las actividades de lucha contra la trata de personas en los derechos humanos. También se sugiere en las Directrices que ese papel se asigne a instituciones nacionales de derechos humanos que sean independientes, como una comisión nacional de derechos humanos, cuando existan esos órganos¹⁶⁴. Algunos

¹⁶³ En cuanto a los aspectos relacionados con el género, véase también Directrices del ACNUR sobre género, y Cathy Zimmerman y Charlotte Watts, «Recomendaciones éticas y de seguridad de la OMS para entrevistar a mujeres víctimas de la trata de personas», Organización Mundial de la Salud (OMS), 2003.

¹⁶⁴ Sobre el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en la supervisión de las intervenciones contra la trata, véase Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Asia y el Pacífico, Consejo Consultivo de Juristas, *Consideration of the Issue of Trafficking: Background Paper and Final Report* (diciembre de 2002).

¹⁶² Convención contra la Tortura, art. 3 1); Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 22. Obsérvese que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura ha vinculado recientemente la tortura y los perjuicios conexos a la violencia de género, incluida la trata de personas (A/HRC/7/3, párrs. 44 y 56 a 58).

Estados han encomendado a un relator nacional sobre la trata de personas la responsabilidad de supervisar la respuesta nacional¹⁶⁵. Una supervisión independiente es un aspecto importante a la hora de velar por que las leyes, las políticas y las prácticas no infrinjan los derechos establecidos. No obstante, los organismos independientes más directamente implicados en la respuesta a la trata, incluidos legisladores, órganos de aplicación de la ley, procesamiento y enjuiciamiento y organismos de apoyo a las víctimas, también deben supervisar su propia conducta y sus resultados desde una perspectiva de derechos humanos.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* señalan además que debe alentarse a las ONG que se ocupan de las personas víctimas de trata a participar en la vigilancia y evaluación de los efectos de las medidas contra la trata en los derechos humanos¹⁶⁶. Esa supervisión no debe limitarse a la actuación del Estado, sino que sería útil que se ampliase a las actividades de las propias entidades no gubernamentales, en particular los proveedores de servicios y otros agentes que trabajen directamente con las víctimas.

¹⁶⁵ Está previsto que este mecanismo se convierta en una norma europea mediante las revisiones propuestas de la Decisión Marco del Consejo sobre la trata de seres humanos de 2002. Véase la propuesta de 2009 de una nueva Decisión Marco sobre la trata de seres humanos.

¹⁶⁶ Para conocer un ejemplo de la supervisión por una ONG de las respuestas oficiales a la trata, véase *Global Alliance against Trafficking in Women, Collateral Damage: the Impact of Anti-Trafficking Measures on Human Rights around the World* (2007).

Las repercusiones de las medidas contra la trata en los derechos humanos no son solamente un asunto interno del Estado. En la Directriz 1.8 se prevé un papel para los órganos de las Naciones Unidas que supervisan los tratados de derechos humanos, todos los cuales reciben y examinan informes periódicos de los Estados Partes sobre toda una gama de cuestiones y de derechos que guardan relación directa con la trata de personas.

VÉASE TAMBIÉN:

- Demanda de trata de personas: parte 2.2, secciones 4.1 a 4.4
- Libertad de circulación: parte 2.3, sección 7.4
- Repatriación y no devolución: parte 2.3, sección 11.2
- Derechos de los sospechosos y los acusados de trata: parte 2.4, secciones 13.4 y 15.1 a 15.4

Parte 2.2

PREVENCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS

INTRODUCCIÓN

En el contexto de la trata de personas, la prevención comprende las medidas positivas que tienen por objeto impedir que ocurran futuros actos de trata de personas. Las políticas y actividades integradas en el concepto de «prevención» suelen ser las que abordan las causas de la trata de personas. Aunque aún no hay un acuerdo universal sobre la compleja cuestión de las causas, los factores causales que se citan con más frecuencia son los que: i) aumentan la vulnerabilidad de las víctimas y las potenciales víctimas; ii) los que crean o mantienen la demanda de los bienes y servicios que producen las personas objeto de trata, y iii) los que crean o mantienen un entorno en el que los tratantes y sus cómplices pueden operar impunemente. Desde esta perspectiva, puede considerarse que la prevención incluye una amplia gama de medidas, que van desde ofrecer a las mujeres oportunidades justas e iguales para migrar, hasta fortalecer la respuesta de la justicia penal para poner fin a la impunidad y desalentar futuros delitos relacionados con la trata.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* clasifican la prevención en tres grandes apartados que, en general, se corresponden con las categorías antes expuestas: reducir la de-

manda de trata de personas (Principio 4 y directrices conexas), tratamiento de los factores que aumentan la vulnerabilidad a la trata (Principio 5 y directrices conexas), y definición y erradicación de la participación del sector público, y la corrupción correspondiente, en la trata de personas (Principio 6 y directrices conexas). Cada uno de esos objetivos de la prevención se examina por separado a continuación. Los aspectos de prevención de otras obligaciones y respuestas se abordarán a medida que surjan a lo largo del *Comentario*.

Los principios de la responsabilidad del Estado, expuestos en relación con el Principio 2 y sus directrices y examinados en más detalle a lo largo de la presente sección, confirman que los Estados tienen cierta responsabilidad en la prevención de un acto internacionalmente ilícito como la trata de personas y sus perjuicios asociados. La norma que rige en esta obligación es la de la diligencia debida: el Estado debe adoptar «todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado»¹⁶⁷. La decisión sobre lo que es «razonable o apropiado» en el contexto de la

¹⁶⁷ «[A]unque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse»: Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 14, comentario, párr. 14.

prevención requerirá el examen de los hechos y las circunstancias del caso, incluidas las capacidades del Estado, así como de las normas primarias pertinentes.

La obligación de prevenir se recoge en la mayoría de los instrumentos relativos a la trata, incluidos el Protocolo sobre la trata de personas y el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos. También se afirma en fuentes de derecho no vinculante, como resoluciones y documentos normativos de órganos de las Naciones Unidas y organizaciones intergubernamentales regionales, así como la labor de los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados y proce-

dimientos especiales. Esas fuentes se citan a lo largo de la presente sección.

Es importante reconocer que un enfoque de la trata de personas basado en los derechos humanos puede poner en tela de juicio o imponer límites al uso de ciertas estrategias de prevención comúnmente empleadas. La restricción más importante en este sentido es la que se desprende de la norma de que las respuestas a la trata no deben vulnerar los derechos establecidos (véase el análisis en relación con el Principio 3 y las directrices conexas). Las repercusiones prácticas de esta norma para la prevención de la trata se examinan con mayor detalle a continuación.

PRINCIPIO 4 Y DIRECTRICES CONEXAS: PREVENCIÓN MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA DEMANDA¹⁶⁸

Las estrategias que apunten a prevenir la trata de personas tendrán en cuenta que la demanda es una de sus causas fundamentales.

4.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

La trata de personas forma parte de un mercado mundial que busca mano de obra barata, irregular y explotable y los bienes y servicios que puede producir esa mano de obra; la forma más rentable de obtener esa mano de obra es por medio de traficantes. El turismo sexual (incluido el que afecta a los niños), el reclutamiento de mano de obra doméstica de países en desarrollo, la pornografía en Internet y los matrimonios acordados entre mujeres de países en desarrollo y nacionales extranjeros son algunos ejemplos de las nuevas formas de explotación real o potencial que son posibles mediante la trata de personas.

La conciencia de este fenómeno ha llevado a hacer llamamientos a los Estados y otras entidades a considerar la demanda como parte del problema de la trata y a reconocer que la reducción

de la demanda es una importante estrategia de prevención. La demanda, en este contexto, generalmente se refiere a dos cosas completamente diferentes: la *demanda de los empleadores* de mano de obra barata y fácil de explotar, y la *demanda de los consumidores* respecto de los bienes o los servicios producidos o facilitados por las personas objeto de trata¹⁶⁹. La demanda también puede ser generada por los agentes de explotación y otros agentes que participan en el proceso de la trata, como los reclutadores, los negociadores y los transportadores, que obtienen ingresos de la trata y de sus víctimas¹⁷⁰.

Si bien se acepta la necesidad de combatir la demanda, es importante reconocer los límites de un término que no está debidamente definido, no se ha estudiado lo suficiente y sigue estando sometido a debate y confusión. De modo más general, el uso de los términos económicos «oferta y demanda» en el contexto de la trata de personas no carece de problemas y potenciales peligros. Las redes y las corrientes de la trata de personas

¹⁶⁸ La presente sección se basa en un examen más detallado de la obligación de combatir la demanda en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 8.

¹⁶⁹ Bridget Anderson y Julia O'Connell-Davidson, *Trafficking: A Demand-led Problem? A Multi-country Pilot Study* (Save the Children, 2002), págs. 18 y 54. Véase también OIT, *The Mekong Challenge - Human Trafficking: Redefining Demand* (2005).

¹⁷⁰ OIT, *The Mekong Challenge...*, pág. 4.

aún no se conocen bien, ni está completamente claro el grado en que reflejan los intercambios económicos más tradicionales. Por otro lado, no existe un consenso a escala internacional sobre la cuestión fundamental del análisis económico de la trata: cómo, en su caso, «las diversas esferas de la vida social y económica en la que se producen la trata y los abusos conexos deben ser reguladas por el Estado, o si en esas esferas deben regir las relaciones de mercado»¹⁷¹.

También es importante reconocer una distinción entre las *causas* o los *factores* que conforman la demanda y las *propias demandas*. Esta distinción cobra gran importancia cuando se examinan las funciones y las responsabilidades de los distintos agentes, entre ellos los países de origen, los países de destino y las personas. Como señalan los autores de un importante estudio sobre este particular, examinar la demanda de la trata de personas no consiste solamente en investigar a las personas que explotan o consumen el trabajo o los servicios de las personas objeto de trata, sino también estudiar la forma en que los Estados, por una combinación de actos y de omisiones, generan condiciones en las que es posible o rentable consumir o explotar ese trabajo y esos servicios¹⁷². Los Estados, naturalmente, pueden desempeñar un papel más directo en el ciclo de la demanda. Muchos países de destino obtienen importantes beneficios de la mano de obra extranjera barata que, deliberadamente desprotegida por la ley, puede ser expulsada cuando las circunstancias lo requieren. Los países de origen pueden depender en gran medida de las remesas de los trabajadores en el extranjero, y estar poco dispuestos a interferir con un sistema que reporta beneficios económicos, incluso cuando es evidente que algunos de sus ciudadanos están siendo gravemente explotados.

¹⁷¹ Anderson y O'Connell-Davidson, *op. cit.*, pág. 54.

¹⁷² *Ibid.*, pág. 5.

Por último, la demanda no puede examinarse por separado de la oferta, entre otras cosas porque la oferta puede muy bien generar su propia demanda. Por ejemplo, la disponibilidad de mano de obra doméstica barata y fácil de explotar (fenómeno posible por los factores que se examinan más adelante, y en más detalle en relación con el Principio 5 y las directrices correspondientes) puede por sí misma generar una demanda de trabajadores domésticos en condiciones de explotación en un nivel que de otro modo quizá no habría existido. Del mismo modo, en lo que atañe a la prostitución, algunos afirman que la demanda en realidad lo que hace es incrementar el mercado de personas objeto de trata para ejercer la prostitución.

De acuerdo con el propósito del presente *Comentario*, el centro de interés principal del análisis que sigue son los derechos humanos y la búsqueda de formas de prevenir y abordar las violaciones de los derechos humanos relacionadas con la demanda de trata de personas y la consiguiente explotación.

4.2. ¿EXISTE LA OBLIGACIÓN DE COMBATIR LA DEMANDA?

En el Principio 4 se afirma que la demanda es *una de las causas fundamentales de la trata de personas* y se pide a los Estados que tengan en cuenta la demanda en su respuesta a la trata. Esto se ve reforzado por la Directriz 7.1, que pide a los Estados y a otros agentes que analicen «los factores que crean demanda de servicios de comercio sexual y de trabajo en condiciones de explotación y [adopten] firmes medidas legislativas, normativas y de otra índole para hacer frente a estos problemas».

La cuestión de la demanda se aborda en los principales instrumentos relacionados con la trata de personas. En el artículo 9 5) del Protocolo sobre la trata de personas se dice que los



Estados Parte «adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños». Como se señala en las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo, esta disposición es obligatoria. Los Estados Parte en el Protocolo deben al menos adoptar algunas medidas para reducir la demanda conducente a la trata de personas¹⁷³.

En su artículo 6, el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados partes que adopten medidas legislativas, administrativas, educativas, sociales, culturales o de otro tipo, o las refuercen, «con el fin de desincentivar la demanda que favorece todas las formas de explotación de las personas, en particular las mujeres y los niños, que tiene como resultado la trata». A continuación, el Convenio enumera lo que en su Informe Explicativo (párr. 110) define como «medidas mínimas»: investigación sobre las mejores prácticas, métodos y estrategias; medidas destinadas a que se tome conciencia de la responsabilidad y del importante papel de los medios de comunicación y de la sociedad civil para identificar la demanda como una de las causas profundas de la trata de seres humanos; campañas de información especializadas, en las que participen, cuando resulte adecuado, las autoridades públicas y los responsables políticos, y medidas preventivas que incluyan programas educativos destinados a niñas y niños durante su escolaridad, que subrayen el carácter inaceptable de la discriminación basada en el sexo y sus consecuencias nefastas, la importancia de la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como la dignidad y la integridad de cada ser humano.

El Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos confirma que esta disposición impone una obligación positiva a los Estados, la de adoptar o reforzar las medidas destinadas a desincentivar la demanda respecto de todas las formas de trata. El Informe señala que al dedicar un artículo específico a esta cuestión, los redactores pretendían subrayar la importancia de hacer frente a la demanda con el fin de prevenir y combatir la trata propiamente dicha. El objetivo de las medidas es lograr un efecto disuasorio efectivo (véanse los párrs. 108 y 109).

El papel de la demanda como incentivo de la trata y la importancia de abordar la demanda como parte de una respuesta amplia a la trata de personas y la explotación asociada han sido repetidamente reconocidos en otros contextos. En el preámbulo del Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, por ejemplo, se alude a los esfuerzos que se necesitan para aumentar la concienciación del público y reducir la demanda de los consumidores en relación con la venta de niños¹⁷⁴. Varios de los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados¹⁷⁵ y de los procedimientos

¹⁷⁴ Obsérvese que el artículo 10 3) exige la cooperación internacional en la lucha contra las causas fundamentales de los delitos a que se refiere el Protocolo.

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Guatemala (CEDAW/C/GUA/CO/7, párr. 24) («alienta al Estado parte a preparar y ejecutar programas de concienciación»); Rwanda (CEDAW/C/RWA/CO/6, párr. 27) («preocupa al Comité la falta de conciencia del alcance de este fenómeno [...] Preocupa además al Comité la penalización de las mujeres y las niñas que practican la prostitución, en tanto que no se aborda la demanda de esos servicios»); Camerún (CEDAW/C/CMR/CO/3, párr. 31) («exhorta también al Estado parte a que intensifique las medidas de prevención de la trata, en particular [...] las campañas de concienciación e información»); Jamahiriya Árabe Libia (CEDAW/C/LBY/CO/5, párr. 28) («pide [...] al Estado parte que adopte todas las medidas que corresponda para reprimir la explotación de la prostitución de la mujer, en particular desalentando la demanda masculina»); Uruguay

(Continúa en la página siguiente)

¹⁷³ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, párr. 70.

(Continuación de la nota 175)

(CEDAW/C/URY/CO/7, párr. 29) («recomienda que el Estado parte lleve a cabo campañas de concienciación a nivel nacional dirigidas a las mujeres y las niñas sobre los riesgos y las consecuencias de la trata»); México (CEDAW/C/MEX/CO/6, párrs. 25 y 27) («recomienda que el Estado Parte lleve a cabo campañas de concienciación a nivel nacional dirigidas a las mujeres y las niñas sobre los riesgos y las consecuencias de la trata»; «insta al Estado Parte a tomar todas las medidas necesarias, incluida la adopción y aplicación de un amplio plan para acabar con la explotación de mujeres y niñas en la prostitución y la pornografía y la prostitución infantiles, entre otras cosas, [...] para desalentar la demanda de prostitución»); Dinamarca (CEDAW/C/DEN/CO/6, párr. 23) («pide al Estado parte que intensifique sus actividades de lucha contra el tráfico de mujeres, con medidas para prevenir el tráfico, reducir al mínimo la demanda de prostitución»); Filipinas (CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 20) («insta [...] al Estado Parte a adoptar las medidas adecuadas para erradicar la explotación de la prostitución de mujeres, entre ellas el desalentar la demanda de prostitución»); Australia (CEDAW/C/AUL/CO/5, párrs. 20 y 21) («preocupa [al Comité] la ausencia de estrategias y programas eficaces para [...] abordar la demanda de la prostitución y apoyar a las mujeres que no quieren continuar una vida de prostitución [...] Recomendación que se formule una estrategia amplia para combatir la trata de mujeres y su explotación resultantes de la prostitución. Esta estrategia debería abarcar otras estrategias para desalentar la demanda»). El Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales, ha pedido repetidas veces a los Estados que conciencien a la población sobre el carácter ilícito, los riesgos y los efectos de la trata de personas y las prácticas conexas: ex República Yugoslava de Macedonia (CCPR/C/MKD/CO/2, párr. 13) («El Estado Parte debe comprometerse también a promover un cambio en la imagen que el público tiene de la cuestión de la trata, en particular en lo que respecta a la condición de víctimas de las personas que son objeto de ella»); Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 12) («El Estado Parte debería reforzar las medidas de lucha contra la trata de mujeres y niños y en particular [...] [c]ontinuar con sus esfuerzos por concienciar a la población sobre el carácter delictivo de la explotación sexual de mujeres y niños»); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 21) («El Estado Parte debería adoptar medidas para aplicar las políticas y leyes encaminadas a la erradicación del trabajo infantil, entre otras cosas, a través de campañas de sensibilización pública y de la educación de los ciudadanos sobre la protección de los derechos de los niños»); también lo ha hecho el Comité de los Derechos del Niño: Chad (CRC/C/TCD/CO/2, párr. 80) («El Comité insta al Estado parte a que lleve a cabo actividades de concienciación a fin de que tanto los padres como los niños sean conscientes del peligro que entraña la trata»); Estados Unidos (CRC/C/OPSC/USA/CO/1, párr. 23) («El Comité

especiales¹⁷⁶ han examinado esta cuestión, especialmente en lo que atañe a la necesidad de concienciar a la población sobre el carácter ilícito y explotador de la trata de seres humanos. Varios documentos normativos de rango internacional y regional confirman la creciente aceptación de que los Estados necesitan considerar que la demanda es una de las causas profundas de la trata y un factor decisivo para la eficacia de cualquier estrategia de prevención¹⁷⁷.

recomienda que se haga frente a la demanda de servicios sexuales que entrañan la explotación de niños mediante medidas tanto de prevención como de enjuiciamiento. Entre las medidas preventivas deberían incluirse campañas de sensibilización pública dirigidas a las personas y grupos que crean la demanda de la explotación sexual de niños»); Bulgaria (CRC/C/BGR/CO/2, párr. 66 b) («El Comité alienta al Estado parte a [...] [p]roseguir y reforzar sus iniciativas de sensibilización, entre otras cosas, mediante campañas de educación y campañas en los medios de comunicación»); Malasia (CRC/C/MYS/CO/1, párr. 96 f) («el Comité recomienda al Estado Parte que [...] [s]iga concienciando a la población sobre los efectos negativos de la trata de niños y formando a los profesionales que trabajan con y para los niños así como al público en general con el fin de detectar, prevenir y combatir esa trata»).

¹⁷⁶ E/CN.4/2006/62, cap. II; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Juan Miguel Petit (E/CN.4/2006/67).

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, el párrafo 5 de la resolución 61/180 de la Asamblea General («Reconoce la necesidad de una mejor comprensión de los factores que contribuyen a la demanda de víctimas de la trata de personas y de los medios para combatirla, decide intensificar los esfuerzos para contrarrestar dicha demanda y alienta a los Estados Miembros a que consideren la posibilidad de adoptar medidas legislativas o de otra índole, como educativas, sociales o culturales, a fin de desalentar y reducir la demanda, pábulos de todas las formas de explotación de los seres humanos, especialmente mujeres y niños, y por ende también de la trata»); párrs. 2 y 14, preámbulo, resolución 63/156 de la Asamblea General («Observando que parte de la demanda con fines de prostitución y trabajo forzoso se satisface en algunas partes del mundo mediante la trata de personas»; «Exhorta a los gobiernos a que desalienten la demanda que fomenta la trata de mujeres y niñas con fines de explotación en todas sus formas con miras a eliminarla y, a ese respecto, mejoren las medidas preventivas, incluidas medidas legislativas, contra posibles explotadores de las víctimas de la trata, asegurándose de que los infractores rindan cuentas de sus



4.3. EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS PARA COMPRENDER Y ABORDAR LA DEMANDA

Como se señala en el análisis correspondiente al Principio 1 y las directrices conexas, la perspectiva de derechos humanos está *basada desde el punto de vista normativo* en las normas internacionales de derechos humanos y está *dirigida desde el punto de vista operacional* a promover y proteger los derechos humanos. En la elaboración de estrategias basadas en derechos encaminadas a reducir la demanda, pueden ser pertinentes las siguientes consideraciones:

actos); y «Alienta a los gobiernos [...] a que [...] adopten medidas apropiadas [...] ... [para desalentar] la demanda que fomenta cualquier forma de explotación»; y La trata de personas, especialmente mujeres y niños, resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo y párr. 3 («Observando que parte de la demanda con fines de prostitución y trabajo forzoso se satisface en algunas partes del mundo mediante la trata de personas»; «[Insta a los gobiernos a [...] adoptar o reforzar las medidas legislativas o de otra índole para desalentar la demanda que promueve todas las formas de explotación de personas y que da lugar a la trata de personas»). En cuanto a las respuestas regionales a la cuestión de la demanda, véase, por ejemplo, la Declaración de Bruselas, párr. 7, según la cual en la lucha contra la trata de seres humanos debería ser un objetivo fundamental y común abordar la reducción de la demanda de servicios sexuales y mano de obra barata; Plan de mejores prácticas de la UE, párr. 3 vi) («eliminación de la demanda de todas las formas explotación, incluida la explotación sexual y de trabajo doméstico»); Plan de Acción de la OSCE, recomendación IV 3.3) («Adoptar medidas legales, educativas, sociales, culturales o de otra índole, y fortalecer las existentes, al tiempo que se promulgan, donde proceda, leyes penales que disuadan, recurriendo a la cooperación bilateral y multilateral, la demanda de servicios que favorecen la explotación de la persona, particularmente mujeres y niños, haciéndoles caer víctimas de la trata»); Plan Inicial de Acción de la CEDEAO, pág. 6, párr. 1: los Estados elaborarán y difundirán material de información pública para desalentar la demanda que conduce a la trata de personas, particularmente dirigiéndose a aquellos que puedan explotar a las víctimas de trata, por ejemplo en calidad de niños trabajadores domésticos o en la agricultura; Plan de Acción de Uagadugú, pág. 3 (adoptar medidas para reducir la demanda de servicios que entrañen la explotación de las víctimas de trata de seres humanos); Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, seccs. II 2) y V 1); Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párr. 26.

OBJETO Y ÁMBITO

- La obligación de hacer frente a la demanda incumbe primordialmente al país en el que tiene lugar la explotación, pues es en ese país en el que principalmente se genera la demanda de consumidores y empleadores.
- Los vínculos entre demanda y oferta, ya señalados anteriormente, también entrañan ciertas obligaciones para los países de origen. Esas obligaciones se analizan más detenidamente en relación con el Principio 5 y las directrices correspondientes.
- La reducción de la demanda que requieren el Protocolo sobre la trata de personas y los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* no se limita a la demanda de servicios sexuales en régimen de explotación, sino que abarca la demanda de todo tipo de prácticas de explotación incluidas en la definición internacional de trata de personas.
- El derecho internacional no impide a los Estados regular la prostitución según juzguen apropiado, con sujeción, naturalmente, a su obligación de proteger y promover los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción¹⁷⁸. Por consiguiente, las estrategias basadas en derechos encaminadas a abordar la demanda de prostitución en régimen de explotación o relacionada con la trata puede considerarse por separado de las estrategias dirigidas contra la demanda respecto de la prostitución en general o bien en conjunción con éstas.

DEMANDA Y DISCRIMINACIÓN

- La demanda en el contexto de la trata de personas a menudo se ve afectada por actitudes y creencias discriminatorias (inclusive culturales). Puede ser que se prefiera a las mujeres para ciertas formas de explotación porque son percibidas como débiles y con menos

¹⁷⁸ Véase además las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 33 y nota 1.5.

probabilidad de reivindicar sus derechos. Ciertos grupos étnicos o raciales pueden ser objetivo de las actividades de explotación relacionadas con la trata por motivos y prejuicios racistas o culturalmente discriminatorios asociados, por ejemplo, a su sexualidad, la docilidad o la capacidad de trabajo¹⁷⁹.

- La demanda de prostitución (a menudo atendida por medio de la trata) puede reflejar actitudes y creencias discriminatorias por razones tanto de raza como de género.
- Las estrategias basadas en derechos con el fin de combatir la demanda deben centrarse en abordar las actitudes y creencias discriminatorias, en particular las que afectan a las mujeres y los migrantes.

PAPEL DEL ESTADO

- Los Estados tienen capacidad para influir en la demanda de los bienes y servicios que produce la trata de personas mediante leyes y políticas sobre una gama de cuestiones, entre ellas la inmigración, el empleo, la protección social y el desarrollo económico. Por ejemplo, el hecho de no contar con legislación que proteja a ciertos individuos, como trabajadores domésticos, «acompañantes» o trabajadores migrantes genera un entorno en el que la explotación de esas personas se convierte en algo «posible y que merece la pena»¹⁸⁰.
- Las leyes y políticas que institucionalizan la discriminación también pueden influir en la demanda, por ejemplo si el Estado no combate las actitudes, prácticas y creencias sociales discriminatorias de manera efectiva.
- Al mantener la trata de personas como un delito de bajo riesgo y alta rentabilidad, el hecho de que el Estado no investigue, enjuicie

y castigue efectivamente la trata de personas y la explotación conexas puede contribuir a la demanda generada por los tratantes y los explotadores.

- El fracaso más general del Estado en la protección de los derechos de ciertas personas, incluidas mujeres, niños y migrantes puede contribuir aún más al aumento de la demanda al agudizar la vulnerabilidad y con ello la susceptibilidad de ser objeto de explotación.

LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA MANO DE OBRA

- Como señala la OIT, uno de los principales incentivos para la trata de mano de obra es la falta de aplicación de las normas del trabajo en los países tanto de destino como de origen. La tolerancia respecto de las restricciones a la libertad de circulación, los horarios de trabajo prolongados, las deficiencias o la ausencia de protecciones de la salud y la seguridad, el impago de jornales o las malas condiciones de vivienda, son factores que contribuyen a la expansión del mercado de migrantes objeto de trata, que no tienen más elección que trabajar en condiciones simplemente intolerables e inaceptables para un empleo legal¹⁸¹.
- Los estudios confirman que la demanda de mano de obra o de servicios de personas víctimas de trata es inexistente o considerablemente menor cuando los trabajadores están organizados y cuando las normas del trabajo respecto de salarios, horarios y condiciones de trabajo, así como de salud y seguridad, se supervisan y aplican efectivamente¹⁸².

¹⁷⁹ Anderson y O'Connell-Davidson, *op. cit.*, pág. 42, señalan que el racismo, la xenofobia y los prejuicios contra los grupos étnicos minoritarios hacen más fácil que los consumidores de la explotación de personas víctimas de trata justifiquen la práctica.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pág. 41.

¹⁸¹ OIT, *Getting at the roots: Stopping exploitation of migrant workers by organized crime*, Simposio Internacional sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: Requisitos para una aplicación efectiva, Turín, 22 y 23 de febrero de 2002, secc. 3 b).

¹⁸² Anderson y O'Connell-Davidson, *op. cit.*, pág. 54.



- Las estrategias basadas en derechos para hacer frente a la demanda de mano de obra barata y fácil de controlar deben por tanto procurar que exista una adecuada protección de los trabajadores, incluso mediante marcos reglamentarios debidamente supervisados, para todas las personas, incluidos los migrantes y los que trabajan en la economía sumergida¹⁸³.

NO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS

- Las estrategias basadas en derechos humanos para combatir la demanda relacionada con la trata de personas deben pasar la prueba del Principio 3: no debe existir vulneración de los derechos establecidos, en particular los derechos de las personas que han sido víctimas de trata o los migrantes, los desplazados internos, los refugiados o los solicitantes de asilo.

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

- Aún no se comprende debidamente el concepto de la demanda en el contexto de la trata de personas, lo que a menudo lleva a respuestas inapropiadas. La investigación es un aspecto indispensable para comprender la demanda. Así lo reconoce el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, que en su artículo 6 a) explícitamente pide a los Estados Partes que emprendan investigaciones sobre buenas prácticas, métodos y estrategias encaminados a desalentar la demanda.

¹⁸³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que «los Estados tienen la obligación de velar por que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.» Caso *Migrantes indocumentados*, párr. 153.

4.4. PENALIZACIÓN DE LA DEMANDA

Ni los *Principios y Directrices* ni el Protocolo sobre la trata de personas se refieren específicamente a la penalización de la demanda. En cambio, las Guías legislativas para la aplicación del Protocolo señalan, en su párrafo 74, que la reducción de la demanda podría conseguirse parcialmente mediante medidas legislativas o de otra índole dirigidas a aquellos que deliberadamente utilizan o aprovechan los servicios de las víctimas de explotación. Este concepto se desarrolla aún más en el artículo 19 del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, titulado «Tipificación de la utilización de los servicios de una víctima». En ese artículo se exige que las Partes prevean:

la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal, con arreglo a su legislación interna, al hecho de utilizar los servicios [de una víctima de trata] ... con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos.

En el Informe Explicativo del Convenio Europeo se confirma que esta disposición se vio motivada por el deseo de desalentar la demanda de personas explotables que impulsa la trata. La disposición también pretende garantizar la penalización potencial de las personas que participan en la trata y contra las cuales quizá sea difícil demostrar los elementos delictivos indispensables. Por ejemplo, es posible que el propietario de un local comercial utilizado para la trata no haya realizado ninguno de los «actos» expuestos en la definición ni utilizado ninguno de los «medios» enumerados, como el engaño o la coacción. El artículo 19 permitiría el enjuiciamiento penal de esa persona si puede demostrarse que, con conocimiento, puso sus locales a disposición de un tratante para su uso.

En el Informe Explicativo (párr. 232) se ofrece otro ejemplo de una situación en la que podría aplicarse el artículo 19: podría considerarse que el cliente de una prostituta que supiera a ciencia

cierta que ésta había sido víctima de trata habría cometido un delito penal, del mismo modo que una persona que a sabiendas utilizase los servicios de un tratante para obtener un órgano. La intención, pues, es el elemento clave en el delito propuesto en el artículo 19. Aunque puede resultar difícil encontrar pruebas de un componente inmaterial como la intención, en el párrafo 235 del Informe Explicativo se prevé la situación en la que la intención del autor puede inferirse con certeza a partir de las circunstancias y los hechos objetivos¹⁸⁴.


Penalizar el uso de los servicios de una víctima de trata, sea cuando el usuario conocía o conscientemente hizo caso omiso del hecho de

¹⁸⁴ Obsérvese que en su artículo 6 2) f), la Convención contra la Delincuencia Organizada afirma, en relación con la penalización del blanqueo del producto del delito, que: «El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas». El Informe explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos cita esta disposición en su examen del artículo 19.

que la persona era víctima de trata, concuerda plenamente con el espíritu de los *Principios y Directrices*. Aborda un eslabón decisivo de la cadena de la trata de personas y puede considerarse un aspecto fundamental de la estrategia amplia para reducir la demanda de bienes y servicios producidos mediante la explotación de personas objeto de trata. Los *Principios y Directrices* ofrecen un importante marco para la importante tarea de elaborar los parámetros jurídicos y normativos de esta estrategia. Obsérvese que esta cuestión también se examina en el contexto del análisis de la obligación general de penalización establecida en el Principio 12 y las directrices conexas.

VÉASE ADEMÁS:

- Enfoque de derechos humanos en la trata de personas: parte 2.1, secciones 1.1 a 1.5
- Vulnerabilidad a la trata de personas: parte 2.2, secciones 5.1 a 5.7
- Penalización de la trata de personas y los delitos conexos: parte 2.4, secciones 12.1 a 12.3



**PRINCIPIO 5 Y DIRECTRICES CONEXAS:
INTERVENCIÓN PARA
ABORDAR LOS FACTORES
QUE AUMENTAN LA
VULNERABILIDAD A LA
TRATA¹⁸⁵**

Los Estados y las organizaciones intergubernamentales se asegurarán de tener en cuenta en su acción los factores que aumenten la vulnerabilidad a la trata, entre ellos la desigualdad, la pobreza y la discriminación en todas sus formas.

5.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Aunque nuestro conocimiento del proceso de la trata dista de ser completo, es evidente que algunos factores influyen en la vulnerabilidad de una persona, un grupo social, una comunidad o una sociedad a ese fenómeno. Esos factores incluyen violaciones de los derechos humanos como la pobreza, la desigualdad, la discriminación y la violencia de género, todos los cuales contribuyen a la privación económica y a condiciones sociales que limitan las opciones personales y abonan el terreno para los tratantes y los explotadores. Los factores que influyen en la vulnerabilidad a la trata suelen tener efectos distintos y desproporcionados en grupos que ya carecen de poder y de influencia en la sociedad, como las mujeres, los niños, los migrantes, los refugiados y los desplazados internos.

¹⁸⁵ La presente sección se basa en el análisis más detallado de la obligación de abordar la vulnerabilidad a la trata de Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 8.

La vulnerabilidad a la trata puede ser a largo o corto plazo, específica o general, de procedimiento, política, económica o estructural. Para asegurar que las respuestas estén bien dirigidas y sean apropiadas y eficaces, es importante comprender la naturaleza de las formas particulares de vulnerabilidad. Un ejemplo de vulnerabilidad específica a corto plazo es la causada por la falta de información acerca de oportunidades seguras de migración y sobre los peligros asociados a la trata¹⁸⁶. Esta vulnerabilidad podría abordarse mediante iniciativas encaminadas a mejorar el estado de información de los migrantes potenciales, incluidos los que podrían ser víctimas de trata, con las debidas precauciones y consejos para evitar caer en manos de los tratantes. La pobreza y la falta de acceso a canales de migración seguros, legales y no explotadores contribuyen a la vulnerabilidad de forma mucho más compleja; se necesitarán criterios más amplios y a más largo plazo para abordar eficazmente esos factores.

¹⁸⁶ Este aspecto ha sido reconocido recientemente por la Asamblea General, que alentó a los gobiernos a que «empresen o mejoren las campañas destinadas a dar a conocer mejor las oportunidades, las limitaciones y los derechos en caso de migración, así como la información sobre los riesgos de la migración irregular y los medios utilizados por los tratantes, a fin de que las mujeres puedan tomar decisiones con conocimiento de causa y no se conviertan en víctimas de la trata» (resolución 63/156 de la Asamblea General, párr. 16).

El Principio 5 reconoce que empoderar a las personas vulnerables garantizando sus derechos humanos reducirá su susceptibilidad a la trata y la explotación. Se dirige a los Estados y otros agentes con posibilidades de conseguir cambios, y les exige examinar las razones por las que algunas personas son objeto de trata y otras no, por qué algunas personas están dispuestas a adoptar decisiones peligrosas en materia de migración y otras no, por qué algunas personas son más fáciles de explotar que otras, y de distintos modos. Comprender la vulnerabilidad a la trata deberá generar medidas de prevención que sean realistas, eficaces y respetuosas de los derechos humanos. También debe contribuir a un trato más eficaz de las víctimas mediante, por ejemplo, medidas de apoyo y programas de reintegración mejor informados.

5.2. LA OBLIGACIÓN DE HACER FRENTE A LA VULNERABILIDAD

En el examen del Principio 2 y las directrices conexas se confirmó que los Estados tienen la obligación de prevenir la trata de personas y las violaciones de los derechos humanos que ésta entraña. El Principio 5, específicamente dirigido tanto a los Estados como a las organizaciones intergubernamentales, amplía esa obligación de prevención a los factores que aumentan la vulnerabilidad, entre ellos la desigualdad, la pobreza y la discriminación. El Principio 5 tiene como complemento la Directriz 7, que delimita una serie de medidas que podrían adoptar los Estados para hacer frente a la vulnerabilidad, entre ellas ofrecer distintas maneras de ganarse la vida a grupos tradicionalmente desfavorecidos; mejorar el acceso de los niños a la educación; hacer obligatorio el registro de nacimientos; revisar las políticas que puedan obligar a los trabajadores a migrar en condiciones peligrosas, y promover una migración legal y sin posibilidad de explotación.

El derecho contenido en tratados pertinente para el caso confirma la existencia de ciertas

obligaciones en relación con la prevención de la trata de personas mediante la lucha contra la vulnerabilidad. Por ejemplo, según el artículo 9 4) del Protocolo sobre la trata de personas, los Estados Parte «adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.» El artículo 31 7) de la Convención contra la Delincuencia Organizada también exige a los Estados que hagan frente a las condiciones sociales y económicas adversas que supuestamente contribuyen al deseo de migrar y, con ello, a la vulnerabilidad de las víctimas de la trata¹⁸⁷. Ambos tratados destacan la necesidad de educación y aumento de la concienciación para mejorar la comprensión de la trata de personas entre la población, movilizar el apoyo comunitario para combatir la trata y ofrecer asesoramiento y advertencias a grupos y personas concretas que puedan estar muy expuestas a ser víctimas de la trata¹⁸⁸.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos afirma la obligación de prevenir la trata haciendo frente a los factores que crean o aumentan la vulnerabilidad. Los Estados Partes en ese instrumento:

- Establecerán y/o apoyarán políticas y programas preventivos eficaces para las personas vulnerables a la trata, incluidas medidas a corto plazo como campañas de información, sensibilización y educación, junto con iniciativas sociales y económicas a más largo plazo

¹⁸⁷ Véanse también las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 71.

¹⁸⁸ Protocolo sobre la trata de personas, art. 9 2); Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 31 5). Véase también las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 71.



que hagan frente a las causas subyacentes y estructurales de la trata;

- Asumirán medidas adecuadas para que las migraciones tengan lugar de manera legal, en particular mediante la difusión de información exacta, y
- Adoptarán medidas específicas con el fin de reducir la vulnerabilidad de los niños ante la trata, especialmente creando un entorno protector para ellos (art. 5 2), 4) y 5)¹⁸⁹.

Todas esas medidas deben promover los derechos humanos y utilizar un enfoque que reconozca tanto las cuestiones de género como las necesidades especiales de los niños (arts. 1 1 a) y 5 3)).

La importancia de abordar la vulnerabilidad a la trata de personas ha sido destacada por los órganos políticos¹⁹⁰ y de derechos humanos¹⁹¹ de

¹⁸⁹ Véase también el Informe explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 106. En él se explica que el concepto de *entorno protector*, promovido por el UNICEF, consta de ocho componentes fundamentales: protección de los derechos de los niños frente a actitudes, tradiciones, costumbres, conductas y prácticas adversas; compromiso oficial con los derechos de los niños y su protección; debate abierto sobre las cuestiones relativas a la protección de los niños, y participación en él; elaboración y aplicación de legislación protectora; capacidad de los que trabajan y están en contacto con los niños, las familias y las comunidades para proteger a los niños; aptitudes de los niños para la vida, así como conocimientos y participación; creación de un sistema de supervisión e información sobre casos de abuso, y programas y servicios que permitan a los niños víctimas de trata recuperarse y reintegrarse.

¹⁹⁰ La trata de personas, especialmente mujeres y niños, resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 3; resolución 63/156 de la Asamblea General, preámbulo, párrs. 3 y 4; Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, resolución 8/12 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo, párr. 2; resolución 61/180 de la Asamblea General, párr. 6; resolución 61/144 de la Asamblea General, párr. 3; resolución 2004/45 de la Comisión de Derechos Humanos, Trata de mujeres y niñas, párr. 19; resolución 58/137 de la Asamblea General, preámbulo, párrs. 2 y 5.

¹⁹¹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha pedido repetidas veces a los Estados

que combatan la vulnerabilidad de las mujeres a la trata y la explotación conexas en sus observaciones finales: Camerún (CEDAW/C/CMR/CO/3, párr. 31); Madagascar (CEDAW/C/MDG/CO/5, párr. 21); Myanmar (CEDAW/C/MMR/CO/3, párr. 27); Arabia Saudita (CEDAW/C/SAU/CO/2, párr. 24); Bolivia (CEDAW/C/BOL/CO/4, párr. 27); Burundi (CEDAW/C/BDI/CO/4, párr. 28); Belice (CEDAW/C/BLZ/CO/4, párr. 22); Brasil (CEDAW/C/BRA/CO/6, párr. 24); Estonia (CEDAW/C/EST/CO/4, párr. 19); Guinea (CEDAW/C/GIN/CO/6, párr. 29); Hungría (CEDAW/C/HUN/CO/6, párr. 23); Indonesia (CEDAW/C/IDN/CO/5, párr. 25); Kenya (CEDAW/C/KEN/CO/6, párr. 30); Mauritania (CEDAW/C/MRT/CO/1, párr. 32); Mozambique (CEDAW/C/MOZ/CO/2, párr. 27); Sierra Leona (CEDAW/C/SLE/CO/5, párr. 29); Azerbaiyán (CEDAW/C/AZE/CO/3, párr. 20); Kazajstán (CEDAW/C/KAZ/CO/2, párr. 18); Namibia (CEDAW/C/NAM/CO/3, párr. 21); Nicaragua (CEDAW/C/NIC/CO/6, párrs. 21 y 22); Perú (CEDAW/C/PER/CO/6, párr. 31); Viet Nam (CEDAW/C/VNM/CO/6, párr. 19); Georgia (CEDAW/C/GEO/CO/3, párr. 22); Filipinas (CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 20); Moldova (CEDAW/C/MDA/CO/3, párr. 25); Uzbekistán (CEDAW/C/UZB/CO/3, párr. 26); Bosnia y Herzegovina (CEDAW/C/BIH/CO/3, párr. 28); Rumania (CEDAW/C/ROM/CO/6, párr. 23); Tailandia (CEDAW/C/THA/CO/5, párr. 28). El Comité de los Derechos del Niño ha hecho lo mismo refiriéndose a los niños en sus observaciones finales: República Democrática del Congo (CRC/C/COD/CO/2, párr. 7); República Unida de Tanzania (CRC/C/OPSC/TZA/CO/1, párr. 42); Estados Unidos (CRC/C/OPSC/USA/CO/1, párr. 44); Maldivas (CRC/C/MDV/CO/3, párr. 90); Sudán (CRC/C/OPSC/SDN/CO/1, párrs. 6 y 39); Kazajstán (CRC/C/KAZ/CO/3, párr. 61); Kenya (CRC/C/KEN/CO/2, párr. 63); Bangladesh (CRC/C/OPSC/BGD/CO/1, párr. 21); Costa Rica (CRC/C/OPSC/CRI/CO/1, párrs. 21 y 27); Letonia (CRC/C/LVA/CO/2, párr. 58); República Unida de Tanzania (CRC/C/TZA/CO/2, párr. 61); Qatar (CRC/C/OPSC/QAT/CO/1, párr. 37); Federación de Rusia (CRC/C/RUS/CO/3, párr. 74); Yemen (CRC/C/15/Add.267, párr. 73); Armenia (CRC/C/14/Add.225, párr. 67 b)). El Relator Especial sobre la trata de personas se ha referido repetidamente a la obligación de hacer frente a la vulnerabilidad a la trata de personas: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo (A/HRC/10/16, párrs. 50 y 58 y parte V, Conclusiones y recomendaciones); E/CN.4/2006/62, párrs. 69, 71, 73 y 90 a 92; E/CN.4/2006/62/Add.1, párr. 95; E/CN.4/2006/62/Add.3, párr. 71; y E/CN.4/2006/62/Add.2, párrs. 89 a 91.

las Naciones Unidas y por medio de toda una serie de instrumentos normativos internacionales y regionales¹⁹². Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* ponen de relieve medidas particulares para reducir la vulnerabilidad, entre ellas: poner información correcta al alcance de los posibles migrantes; preparar campañas de información realistas para informar a las comunidades acerca de la trata de personas, y ampliación de oportunidades para la migración legal, remunerada y en condiciones que no sean de explotación (7.4, 7.5 y 7.7).

Obsérvese que las medidas encaminadas a reducir la vulnerabilidad a la trata de personas pueden ser tanto directas como indirectas. El registro obligatorio de los nacimientos, que se destaca en la Directriz 7, es un ejemplo de medida que, si se aplica con eficacia, puede generar diversos beneficios que mejoran el acceso del niño a sus derechos, entre otras cosas reduciendo su vulnerabilidad a la trata y a la explotación asociada¹⁹³.

5.3. ABORDAR LA MAYOR VULNERABILIDAD DEBIDA A LA DESIGUALDAD Y LA POBREZA

En un estudio de las Naciones Unidas sobre el vínculo entre la pobreza y los derechos humanos se identifica la falta de oportunidades para alcanzar el bienestar como uno de los rasgos que definen a una «persona pobre». En este sentido,

¹⁹² Declaración de Bruselas, párr. 7; Plan de Acción de la OSCE, recomendación IV 3); Plan de Acción de Uagadugú, págs. 2 y 3; Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, pág. 6, párr. 2; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. II, párr. 17; Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párr. 22.

¹⁹³ UNICEF, *Birth Registration: Right from the Start* (marzo de 2002). El derecho al registro del nacimiento está protegido en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7 1) («El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»).

el bienestar se refiere no sólo al nivel de ingresos sino a las capacidades básicas que todas las personas tienen en común, por ejemplo, estar adecuadamente alimentado, vestido y alojado, ser capaz de evitar las enfermedades, participar en la vida de la comunidad y poder presentarse con dignidad ante los demás. En este punto de vista de la pobreza, un elemento importante es la *insuficiente disposición de recursos económicos*. Si la falta de disposición por una persona de cualquiera de esos recursos contribuye a acelerar el fracaso de las capacidades básicas, esa persona será considerada pobre¹⁹⁴.

Este análisis reviste gran importancia en el contexto actual porque reconoce que la pobreza limita las oportunidades en la vida. Puede llevar a las personas a arriesgarse y adoptar decisiones sobre su vida y su futuro de un modo que jamás harían si sus capacidades básicas tuvieran niveles aceptables. En el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos se reconoce explícitamente el vínculo entre la pobreza y la mayor vulnerabilidad a la trata:

Se reconoce de forma generalizada que la mejora de las condiciones económicas y sociales en los países de origen y las medidas para hacer frente a la pobreza extrema serían la forma más eficaz de prevenir la trata de personas. Entre las iniciativas sociales y económicas, la mejora de la capacitación y el aumento de las oportunidades de empleo de las personas con posibilidad de ser objetivo primario de los tratantes sin duda ayudarían a prevenir la trata de seres humanos (párr. 103).

En el Principio 5 se considera que la desigualdad es otro factor que contribuye a la vulnerabilidad.

¹⁹⁴ Véase ACNUDH, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: un marco conceptual* (HR/PUB/04/1), págs. 5 a 12, en particular la página 10.



Esa desigualdad puede tener que ver con las propiedades, los ingresos o las oportunidades. Las desigualdades que tienen efecto en la trata de personas existen tanto *dentro* de los países como *entre* países. En resumen, la trata de personas entraña inevitablemente el traslado de personas o países con menores prosperidad, ingresos y oportunidades a regiones o países donde son mayores.

Tanto la pobreza como la desigualdad tienen un fuerte componente de género¹⁹⁵. En el contexto de la trata de personas, el determinante de género puede resultar particularmente pernicioso. Por ejemplo, como señaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación general N° 19, la pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluidas niñas, a ejercer la prostitución¹⁹⁶. Las mujeres que se dedican a la prostitución son especialmente vulnerables a la violencia y la explotación por diversas razones, inclusive porque su situación, siempre en malas condiciones y a menudo irregular, tiende a marginarlas¹⁹⁷. Las actitudes sociales y culturales hacia las mujeres que se dedican a la prostitución también pueden influir aumentando su vulnerabilidad. En sus observaciones finales sobre los informes de los Estados, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado repetidas veces un vínculo entre la pobreza y la explotación sexual y la trata¹⁹⁸. Los *Principios*

¹⁹⁵ En su párrafo 48, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing señala que «[a]demás de factores de carácter económico, la rigidez de las funciones que la sociedad asigna por razones de género y el limitado acceso de la mujer al poder, la educación, la capacitación y los recursos productivos» contribuyen al número desproporcionado de mujeres que viven en la pobreza.

¹⁹⁶ Véase también *ibíd.*, donde se señala que la pobreza fuerza a las mujeres a situaciones «en las que se ven expuestas a la explotación sexual» (párr. 51).

¹⁹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 15.

¹⁹⁸ Véanse por ejemplo República Popular Democrática

y *Directrices sobre la trata de personas* piden explícitamente a los Estados que revisen y modifiquen «las normas que puedan obligar a trabajadores a migrar en condiciones irregulares y vulnerables. Este proceso debería incluir un examen de los efectos que surten para la mujer la legislación represiva o discriminatoria en materia de nacionalidad, propiedad, inmigración, emigración y mano de obra migratoria» (Directriz 7.6).

Abordar la pobreza y la desigualdad debe ser una prioridad para todos los países, así como para las organizaciones intergubernamentales que los representan y promueven sus intereses. Aunque este es un objetivo amplio y a largo plazo que va mucho más allá de la cuestión concreta de la trata, hay ciertas medidas que podrían adoptarse específicamente en este sentido para abordar los aspectos de la pobreza y la desigualdad que guardan relación más directa con la trata de personas. Entre ellas figuran las siguientes:

- Mejores oportunidades de educación, especialmente para las mujeres y los niños¹⁹⁹;

de Corea (CEDAW/C/PRK/CO/1, párr. 42); Camboya (CEDAW/C/KHM/CO/3, párr. 20); Níger (CEDAW/C/NER/CO/2, párr. 26); Mozambique (CEDAW/C/MOZ/CO/2, párr. 26); Kenya (CEDAW/C/KEN/CO/6, párr. 29).

¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Burkina Faso (CEDAW/C/BFA/CO/4-5, párr. 30); Santa Lucía (CEDAW/C/LCA/CO/6, párr. 20); Filipinas (CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 20); Plan de Acción de la OSCE, recomendación IV 3.1) (mejorar el acceso de los niños a oportunidades educativas y de formación profesional y aumentar el nivel de asistencia escolar, en particular por parte de las niñas y los grupos minoritarios), recomendación IV 3.2) (los gobiernos deben estudiar la posibilidad de liberalizar sus mercados de trabajo con miras a aumentar las oportunidades de empleo para los trabajadores con una amplia gama de niveles de formación) y recomendación IV 3.3) (elaborar programas que ofrezcan distintos medios de sustento e incluyan educación básica, alfabetización, comunicación y otras aptitudes, y reduzcan las barreras a la actividad emprendedora).

- Mejor acceso al crédito, la financiación y los recursos productivos, especialmente para las mujeres²⁰⁰;
- Eliminación de cualquier barrera *de jure* o *de facto* al empleo para los grupos vulnerables, incluidas las mujeres²⁰¹;
- Medidas legales y sociales para garantizar los derechos laborales, incluido un salario mínimo que permita un nivel de vida adecuado²⁰², y
- Prestación de asistencia técnica y de otro tipo a los países de origen para que puedan hacer frente a las desigualdades que contribuyen a las vulnerabilidades relacionadas con la trata²⁰³.

Un planteamiento de la reducción de la pobreza basado en derechos, elemento indispensable de las medidas preventivas contra la trata, exige que esas medidas se apliquen de cierto modo. Requiere la aplicación, sin discriminación alguna, de las garantías de los derechos económicos y sociales además de los civiles y políticos²⁰⁴. Requiere también la inclusión de elementos de análisis de género y criterios de derechos humanos en la elaboración, aplicación y evaluación de estrategias y programas de reducción de la pobreza²⁰⁵.

²⁰⁰ Plan de Acción de la OSCE, recomendación IV 3.3) (garantizar que existan políticas que permitan a las mujeres acceder en igualdad de condiciones y controlar recursos económicos y financieros, y promover una financiación flexible y acceso al crédito, incluido el microcrédito a bajo interés).

²⁰¹ Como ha señalado la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, «como las estructuras económicas, políticas y sociales existentes no ofrecen a la mujer igualdad de oportunidades justas de trabajar, la pobreza se ha vuelto un fenómeno femenino que, a su vez, ha conducido a la migración de más mujeres a medida que abandonan el hogar en busca de alternativas económicas viables» [E/CN.4/2000/68, párr. 58]. Véase también el Plan de Acción de la OSCE, preámbulo («Preocupado además de que no se esté haciendo lo bastante por cercenar las raíces de la trata de personas, tanto en los países de origen como de destino, procurando remediar la pobreza, la debilidad de las estructuras sociales y económicas, la escasez de empleo y la ausencia de igualdad de oportunidades»), la recomendación IV 3.1) («Mejorar las oportunidades de trabajo para la mujer, creando condiciones comerciales propicias para la pequeña y mediana empresa. Organizar cursos de capacitación para personal de la pequeña y mediana empresa, dirigidos en particular a los grupos de mayor riesgo social»), recomendación IV 3.3) («Adoptar medidas apropiadas para eliminar toda discriminación contra la mujer en el empleo a fin de garantizar, en función de la igualdad de género, la igualdad de remuneración por trabajos iguales y la igualdad de oportunidades de empleo»); Plan de Acción de Uagadugú, pág. 3 («los Estados deberán esforzarse por proporcionar empleo viable u otras oportunidades de subsistencia para los jóvenes en general y en particular para las mujeres jóvenes expuestas, especialmente en las zonas propensas a la trata de personas»).

²⁰² Especialmente en relación con los trabajadores migrantes, véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Chipre (CEDAW/C/CYP/CO/5, párrs. 29 y 30); Malasia (CEDAW/C/MYS/CO/2, párrs. 25 y 26); Singapur (CEDAW/C/SGP/CO/3, párrs. 23 y 24).

²⁰³ *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza...*, pág. 27 a 30; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000: Derechos Humanos y Desarrollo Humano* (2000), pág. 12 («Los derechos humanos y el desarrollo humano no pueden hacerse realidad a escala universal sin una acción internacional más enérgica, especialmente para apoyar a los países y pueblos en desventaja y para compensar las desigualdades y la marginación en aumento a escala mundial [...] La ayuda, la mitigación de la deuda, el acceso a los mercados, el acceso a las corrientes financieras privadas y la estabilidad de la economía mundial son necesarias para la plena realización de los derechos en los países en desarrollo más pobres y menos adelantados»); Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2000-2001: Lucha contra la pobreza* (2001), pág. 11 («Hay muchas esferas que requieren una actuación de alcance mundial -sobre todo por parte de los países industriales- para que los países pobres y la población necesitada del mundo en desarrollo progresen realmente. La solución estará, en parte, en prestar atención mayor al alivio de la deuda, y en la decisión paralela de conseguir que la cooperación para el desarrollo basada en la ayuda sea más eficaz. Igualmente importantes serán las iniciativas que se puedan adoptar en otras esferas -el comercio, las vacunas o las medidas para salvar la brecha informática y en materia de conocimientos que separa a unos países de otros- que pueden convertirse en factores de oportunidad, empoderamiento y seguridad para los pobres»).

²⁰⁴ *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza...*, pág. 17.

²⁰⁵ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párrs. 47, 67 y 68; *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza...*, págs. 10 y 11.



Varios tratados de derechos humanos revisten particular importancia a la hora de abordar el vínculo entre la pobreza y la vulnerabilidad a la trata de personas. El instrumento internacional clave es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el plano regional, la Carta Social Europea es otro ejemplo importante, que garantiza una serie de derechos económicos y sociales como la no discriminación, la educación y la protección social y jurídica.

5.4. ABORDAR LA MAYOR VULNERABILIDAD DEBIDA A LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Como se señaló en relación con el Principio 3 y las directrices conexas, la discriminación por motivos raciales y de género, particularmente en el reconocimiento y la aplicación de los derechos económicos y sociales, es un factor crítico para hacer que las personas y los grupos sean vulnerables a la trata. En ambas situaciones el impacto de la discriminación, particularmente en lo que se refiere al acceso a la educación, los recursos y las oportunidades de empleo, tienen como resultado menores y peores opciones en la vida. La falta de verdaderas oportunidades es lo que, a su vez, hace que las mujeres y las niñas sean más vulnerables que los hombres, y que ciertas nacionalidades y razas sean más vulnerables que otras a la coacción, el engaño y la violencia que entraña la trata de personas. En este contexto, los Estados tienen la importante obligación de velar por que sus leyes, sistemas y prácticas no promuevan, recompensen o toleren la discriminación.

El vínculo entre discriminación y vulnerabilidad a la trata ha sido reconocido por los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados, en particular en lo que se refiere a la mujer. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, por ejemplo, ha pedido a los Estados que revisen la legislación discriminatoria

como protección contra la trata²⁰⁶. La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer ha reconocido también que «[l]as políticas y prácticas que discriminan abiertamente contra la mujer o que sancionan o animan a la discriminación contra ella tienden a aumentar las posibilidades de trata»²⁰⁷. El Relator Especial sobre la trata de personas ha llegado a una conclusión análoga²⁰⁸.

Mientras que la trata de personas es en sí una forma de violencia contra la mujer (véase la parte 1, sección 4.2), la violencia dirigida contra la mujer o que afecta primordialmente a la mujer también puede ser un factor que agrava la vulnerabilidad a la trata. Por ejemplo, las mujeres pueden aceptar arreglos de migración peligrosos para escapar a las consecuencias de una arraigada discriminación de género, incluida la violencia familiar, y una falta de seguridad contra esa violencia.

²⁰⁶ Véanse, por ejemplo las observaciones finales: Azerbaiyán (A/53/38/Rec.1, párrs. 74 y 75).

²⁰⁷ E/CN.4/2000/68, párr. 43. Véase también E/CN.4/2006/62/Add.3, párr. 21, en el que la Relatora Especial se declara convencida de que las actitudes extendidas de discriminación racial y étnica, que interseccionan con pautas persistentes de discriminación por motivos de género, aumentan la demanda de explotación y trata de personas, pues hacen que sea socialmente más aceptable explotar a mujeres de África, Asia o las zonas más pobres de Europa.

²⁰⁸ Véase Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo (A/HRC/10/16, párr. 49) («Las leyes y políticas restrictivas de inmigración son obstáculos que impiden que los países de origen puedan atender la fuerte demanda de mano de obra barata en los países de acogida. Esto contribuye a generar un mercado lucrativo para los traficantes»). Véase también Julia O'Connell Davidson, «'Sleeping with the enemy'? Some problems with feminist abolitionist calls to penalise those who buy commercial sex», *Social Policy and Society*, vol. 2, N° 1 (enero de 2003), pág. 55 («los gobiernos están muy implicados en el establecimiento del mercado [de la trata con fines sexuales] debido a sus políticas [...] (que suelen ser discriminatorias por razones de género)»), citado en E/CN.4/2006/62, párr. 72.

En esos casos, la decisión de trasladarse representa el reconocimiento, por parte de la mujer, de que incluso migrar en condiciones poco seguras es la mejor oportunidad que tiene a su alcance para huir de un entorno peligroso y opresivo²⁰⁹. Las mujeres también pueden ser más vulnerables que los hombres a la coacción y la fuerza en la fase de reclutamiento, lo que las hace más susceptibles a ser objeto de trata en primer lugar.

Los Estados (en particular los países de origen) y otros agentes pueden abordar los aumentos de la vulnerabilidad a la trata que tienen relación con la discriminación y la violencia contra la mujer, mediante una serie de medidas prácticas que pueden incluir las siguientes: ofrecer refugio a las mujeres que estén siendo víctimas de violencia²¹⁰; establecer servicios de llamadas urgentes en caso de crisis²¹¹, y establecer centros de apoyo a las víctimas equipados con servicios médicos, psicológicos y jurídicos²¹². También son importantes las medidas a más largo plazo que pretenden abordar las causas sociales, culturales y estructurales de la violencia. Entre ellas pueden figurar las siguientes: reforma de la legislación que discrimina contra la mujer o no aborda la violencia contra la mujer²¹³; velar por la rápida investigación y el enjuiciamiento de las deman-

das relacionadas con la violencia contra la mujer²¹⁴; dar acceso a una reparación efectiva para las víctimas de la violencia de género²¹⁵; ejecutar iniciativas de educación encaminadas a concienciar al público sobre la violencia contra la mujer y combatir las actitudes negativas hacia las mujeres²¹⁶ (inclusive, en algunos países, la asociación de las acusaciones de violación con el delito de adulterio)²¹⁷, y capacitación del personal de la policía, de inmigración, judicial y médico y a los trabajadores sociales sobre los aspectos delicados que tienen los casos de violencia contra la mujer²¹⁸.

5.5. ABORDAR LAS VULNERABILIDADES ESPECIALES DE LOS NIÑOS, INCLUIDOS LOS NIÑOS NO ACOMPAÑADOS Y SEPARADOS DE SU FAMILIA

El derecho internacional reconoce que, debido a su dependencia respecto de terceros para su seguridad y su bienestar, los niños están expuestos a la trata y a la explotación conexas. Reconociendo esa vulnerabilidad, los niños tienen derechos especiales en materia de cuidado y protección. Los pormenores de la norma pertinente, incluido el concepto del «interés superior» del niño que debe aplicarse a todas las decisiones que afecten a los niños, se resumen en la

²⁰⁹ Obsérvese que la violencia familiar también puede provocar que los niños abandonen el hogar en circunstancias que pueden hacerlos vulnerables a la trata.

²¹⁰ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Georgia (CCPR/C/GEO/CO/3, párr. 8 c)); Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 10); Eslovaquia (CCPR/CO/78/SVK, párr. 9).

²¹¹ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 10); Eslovaquia (CCPR/CO/78/SVK, párr. 9).

²¹² Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 10); Eslovaquia (CCPR/CO/78/SVK, párr. 9). Véase también A/61/122/Add.1, párr. 270.

²¹³ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Jamahiriya Árabe Libia (CCPR/C/LBY/CO/4, párr. 10). Véase también A/61/122/Add.1, párrs. 262 a 265.

²¹⁴ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Georgia (CCPR/C/GEO/CO/3, párr. 8 b)); Honduras (CCPR/C/HND/CO/1, párr. 7). Véase también A/61/122/Add.1, párrs. 266 a 268.

²¹⁵ Véase también A/61/122/Add.1, párr. 269.

²¹⁶ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Sudán (CCPR/C/SDN/CO/3, párr. 14 a)); Honduras (CCPR/C/HND/CO/1, párr. 7); Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 10); Eslovaquia (CCPR/CO/78/SVK, párr. 9). Véase también A/61/122/Add.1, párrs. 271 y 272.

²¹⁷ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Sudán (CCPR/C/SDN/CO/3, párr. 14 b)).

²¹⁸ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Lituania (CCPR/CO/80/LTU, párr. 9). Véase también A/61/122/Add.1, párr. 273.



parte 2.1 (véase la sección 1.4.2) y se examinan en detalle en relación con el Principio 10 y las directrices conexas, así como en los lugares apropiados a lo largo del presente *Comentario*.

Las respuestas apropiadas a la vulnerabilidad de los niños deben basarse en una auténtica comprensión de esa vulnerabilidad, en particular, por qué algunos niños son objeto de trata y otros no. Todas las medidas adoptadas para reducir la vulnerabilidad de los niños a la trata deben intentar mejorar su situación, y no sólo prevenir conductas como la migración en busca de trabajo que, si bien no es deseable, especialmente para los niños pequeños, no tiene por qué darse en condiciones de explotación o conducir a la trata²¹⁹. También es importante aceptar que los niños no son un grupo homogéneo: los niños de más edad tienen distintas necesidades, expectativas y vulnerabilidades que los más pequeños; lo mismo puede decirse de la diferencia entre niñas y niños.

A continuación se ofrece una lista representativa de medidas que pueden adoptar los Estados y otros agentes para reducir la vulnerabilidad de los niños a la trata. Refleja los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* y otros importantes instrumentos normativos y recomendaciones de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas:

- Cerciorarse de que existe y está a disposición de todas las personas la documentación legal apropiada, inclusive certificados de nacimiento, ciudadanía y matrimonio²²⁰;
- Hacer más estrictas las normas en materia de pasaportes y visados en relación con los niños, en particular los niños no acompañados

²¹⁹ Véase además Mike Dottridge, *A Handbook on Planning Projects to Prevent Child Trafficking* (2007). Véase también OIT, *Manual de formación para combatir la trata infantil con fines de explotación laboral, sexual y de otros tipos - Libro 1: Entendiendo la trata infantil* (2009), págs. 15 y 16.

²²⁰ *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 7.9; Declaración de Bruselas, párr. 12.

y los menores acompañados por una persona que no es un familiar directo²²¹;

- Mejorar el acceso de los niños a oportunidades de educación y aumentar el grado de asistencia escolar, particularmente entre las niñas²²²;

²²¹ Declaración de Bruselas, párr. 12 (Deben adoptarse medidas específicas, por ejemplo en la reglamentación de pasaportes y visados, incluida la posibilidad de exigir que todos los niños mayores de cinco años sean titulares de su propio pasaporte, y la ampliación de los plazos de presentación de solicitudes de visado para los niños, a fin de permitir investigar los antecedentes necesarios en los países de origen y de destino. La inclusión de datos biométricos en los documentos de viaje contribuirá a identificar mejor a los niños objeto de trata y los niños desaparecidos. Otra medida importante es exigir que los agentes de transporte retengan los documentos de identidad y de viaje de los menores no acompañados y los menores acompañados por una persona que no es un familiar directo, para después entregarlos a las autoridades de inmigración en el punto de llegada); Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, pág. 9, párr. 3 (Los Estados adoptarán las medidas que sean necesarias, dentro de los medios disponibles: a) para garantizar que los certificados de nacimiento y los documentos de viaje y de identidad que emitan sean de calidad suficiente como para que no puedan ser utilizados indebidamente, falsificados o alterados, duplicados o emitidos ilícitamente, y b) para garantizar la integridad y seguridad de los documentos de viaje o de identidad que emiten e impedir su creación, emisión y uso ilícitos).

²²² *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 7.3; Los derechos del niño, resolución 2005/44 de la Comisión de Derechos Humanos, párr. 32 g) («[t]omen las medidas necesarias para erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía adoptando un enfoque integral que tenga en cuenta los factores coadyuvantes, incluid[a] [...] la carencia de educación»); Plan de Acción de la OSCE, recomendación IV 3.1) (mejorar el acceso de los niños a oportunidades educativas y de formación profesional y aumentar el grado de asistencia escolar, particularmente entre las niñas y los grupos minoritarios»). En sus observaciones finales, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado repetidas veces la necesidad de que los Estados se aseguren de que los niños que deciden trabajar sigan teniendo acceso a la educación: Nepal (CRC/C/15/Add.261, párr. 93); Antigua y Barbuda (CRC/C/15/Add.247, párr. 61); Angola (CRC/C/15/Add.246, párr. 65 b)). Se ha afirmado lo mismo en relación con los niños que solicitan asilo: Países Bajos (CRC/C/15/Add.227, párr. 54 d)); Canadá (CRC/C/15/Add.215, párr. 47 e)).

- Proteger a los niños de la violencia, incluida la violencia familiar y sexual²²³;
- Combatir la discriminación contra las niñas²²⁴;
- Aumentar la concienciación del público acerca de la naturaleza ilícita y los efectos de la trata y la explotación de niños²²⁵.

Las estrategias encaminadas a hacer frente a la vulnerabilidad de los niños a la trata deben reconocer sus necesidades especiales. Entre los niños especialmente vulnerables a ser víctimas de trata figuran las niñas, los niños abandonados, huérfanos, sin hogar o desplazados, los niños en zonas de conflicto y los niños que pertenecen a una minoría racial o étnica²²⁶.

El sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas ha reconocido que los niños no acom-

²²³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19 1); Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Kenya [CRC/C/KEN/CO/2, párr. 9].

²²⁴ UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.06.C.11), xviii, 170.

²²⁵ Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Juan Miguel Petit [A/HRC/7/8, párr. 39] («Asimismo, [los niños] serán menos vulnerables al abuso cuando tengan conciencia de su derecho a no ser explotados o cuando estén al tanto de la existencia de servicios destinados a protegerlos, por lo que es necesario realizar campañas de prevención permanentes y masivas en los medios de comunicación, así como en las escuelas y en las calles»); Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, pág. 6, párr. 2; Plan de Acción de la OSCE, recomendación IV 4.7); Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Kenya [CRC/C/KEN/CO/2, párr. 66 g)]; Nepal [CRC/C/15/Add.261, párr. 96 c)]; Kirguistán [CRC/C/15/Add.244, párr. 62 b)]; Myanmar [CRC/C/15/Add.237, párr. 73 b)].

²²⁶ Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Nepal [CRC/C/15/Add.261, párr. 95] (vulnerabilidad de las niñas, niños desplazados internos, niños de la calle, huérfanos, niños de zonas rurales, niños refugiados y niños pertenecientes a las castas más vulnerables); Angola [CRC/C/15/Add.246, párr. 66] (vulnerabilidad de los niños desplazados internos y de los niños de la calle); Canadá [CRC/C/15/Add.215, párr. 52] (vulnerabilidad de los niños aborígenes).

pañados o separados de su familia que se encuentren fuera de su país de origen son especialmente susceptibles a la explotación y el abuso, inclusive mediante la trata²²⁷. En su Observación general N° 6, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado lo siguiente:

Uno de los muchos peligros que amenazan a los menores no acompañados o separados de su familia es la trata, sea por primera vez o recayendo de nuevo en ella. La trata de niños atenta contra el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (párr. 52).

En el mismo párrafo, de conformidad con el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité pide a los Estados Partes que adopten las medidas necesarias para impedir esa trata; entre esas medidas figuran la identificación de los menores no acompañados o separados de su familia, la averiguación periódica de su paradero y las campañas de información adaptadas a todas las edades, que tengan en cuenta las cuestiones de género, en un idioma y un medio comprensibles para el niño víctima de la trata. El Comité también ha señalado la necesidad de legislación adecuada y mecanismos eficaces para cumplir los reglamentos laborales y las normas sobre movimiento fronterizo.

²²⁷ El Comité de los Derechos del Niño define esas dos expresiones como sigue: «Se entiende por ‘niños no acompañados’ (llamados también ‘menores no acompañados’) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.» Se entiende por niños separados de la familia, en el sentido del artículo 1 de la Convención, «los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia»: Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrs. 7 y 8.



5.6. ABORDAR LA MAYOR VULNERABILIDAD EN SITUACIONES DE CONFLICTO Y POSTERIORES A UN CONFLICTO

La trata de personas es una de las características de los conflictos armados y de las situaciones posteriores a un conflicto²²⁸. Durante un conflicto, una persona puede ser secuestrada o sometida de alguna otra manera a la trata por grupos militares o armados a fin de que proporcione mano de obra o servicios militares o sexuales. Incluso después del cese de las hostilidades, las poblaciones civiles pueden estar sometidas a presiones extremas de orden económico o de otro tipo para trasladarse a otro lugar, por lo que son particularmente vulnerables a las amenazas, la coacción y el engaño. Las economías de guerra y de posguerra a menudo se reconstruyen sobre una base de actividades delictivas, que pueden ampliarse rápidamente para incluir la trata de personas. La debilidad o el mal funcionamiento de los sistemas de justicia penal permiten que los tratantes y sus cómplices operen de manera impune. Las zonas de guerra violentas y en las que no impera la ley a menudo se convierten en origen, tránsito o destino de víctimas de trata. La presencia de militares internacionales o fuerzas de mantenimiento de la paz puede suponer una amenaza más de trata y la explotación asociada, siendo las mujeres y las niñas quienes están particularmente expuestas.

Durante un conflicto armado y después de éste, la trata de personas suele tener un componente de género muy importante. Cuando las víctimas de la trata son niños y hombres adultos,

²²⁸ Este aspecto de la trata de personas ha sido reconocido recientemente por la Asamblea General, que ha pedido a «los gobiernos, la comunidad internacional y todas las demás organizaciones y entidades que se ocupan de situaciones de conflicto o posteriores a un conflicto, desastres o situaciones de emergencia de otro tipo a que aborden el problema del aumento de la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a la trata y la explotación, así como a la violencia basada en el género, conexa» (resolución 63/156 de la Asamblea General, párr. 4).

casi siempre es con el propósito de suministrar combatientes para complementar a las fuerzas en lucha. Las mujeres y los niños son objeto de trata para toda una serie de propósitos entre los que figuran el trabajo forzoso para los ejércitos y grupos armados. La explotación sexual invariablemente forma parte de su explotación. Esa explotación pueden incluir la servidumbre sexual o la esclavitud así como la prostitución militar y el embarazo forzoso²²⁹.

Los factores que generan o aumentan la vulnerabilidad a ese tipo de trata también tienen un importante sesgo de género. El conflicto armado destruye las comunidades como medio tradicional de apoyo. Durante una guerra y en el periodo posterior, las mujeres a menudo quedan atrás. Para asegurar la supervivencia de la familia, quizá se vean obligadas a trasladarse a otro lugar del país o incluso al extranjero, invariablemente en condiciones sumamente peligrosas. Ya se han expuesto las vulnerabilidades especiales de los desplazados internos y los refugiados (véase la parte 2.1, sección 1.4.4). En el presente contexto cabe señalar que las mujeres y los niños constituyen la inmensa mayoría de los desplazados internos y los refugiados después de un conflicto armado. Trasladándose permanentemente, en campamentos de refugiados o en otros albergues temporales, son sumamente vulnerables a la violencia y la explotación, inclusive por medio de la trata de personas.

El derecho internacional y las políticas internacionales requieren medidas para abordar las vulnerabilidades particulares de las personas atrapadas en un conflicto. En la medida en que la situación, su causa o sus consecuencias tengan una dimensión de género, es indispensable velar por que las respuestas incluyan la debida perspectiva de género.

²²⁹ A/61/122/Add.1, párr. 143.

En 2003, el ACNUR publicó *Violencia sexual y por motivos de género en contra de las personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas: Guía para la Prevención y Respuesta*. Esas directrices abordan específicamente las respuestas de los Estados en las situaciones de conflicto y posteriores al conflicto, pues esas circunstancias dan lugar a que un gran número de personas se conviertan en refugiados, regresados y desplazados internos. Para evitar la violencia contra esas personas, las directrices recomiendan lo siguiente: transformar las normas socioculturales (las funciones, responsabilidades, expectativas, limitaciones, oportunidades y privilegios asignados socialmente a las personas de la comunidad en función de su sexo); la reconstrucción de los sistemas de apoyo familiares y comunitarios; la creación de condiciones para mejorar los mecanismos de rendición de cuentas; el diseño de servicios y medios efectivos (registro de todos los refugiados, entrega de documentos de identidad, evitar el hacinamiento), e influir en el marco jurídico formal e informal (capacitar a los trabajadores de la justicia penal, aplicar la legislación de derechos humanos, elaborar las sanciones apropiadas)²³⁰.

5.7. VELAR POR QUE LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA ABORDAR LA VULNERABILIDAD NO MENOSCABEN LOS DERECHOS ESTABLECIDOS

El Principio 3 y las Directrices conexas confirman que las medidas adoptadas para combatir y prevenir la trata de personas no deben menoscabar o afectar negativamente en modo alguno los derechos humanos. Como se ha señalado en el análisis relativo a este principio, su presencia implícitamente reconoce que las medidas adopta-

das en nombre de la respuesta a la trata pueden tener una repercusión adversa en los derechos de toda una serie de personas, entre ellas las víctimas de la trata. Los esfuerzos de los Estados y otros agentes para reducir la vulnerabilidad a la trata de personas pueden correr el riesgo de vulnerar los derechos establecidos. Por ejemplo, los Estados pueden:

- No distinguir entre los niños que son objeto de trata y se encuentran en situación de explotación y los niños que migran por su cuenta o reciben asistencia de otros para encontrar empleos en condiciones de no explotación en los que desean permanecer;
- No distinguir entre las personas que son objeto de trata y las que emigran por razones de trabajo, aunque sea ilegalmente;
- Impedir o poner trabas a que los niños, las mujeres o los miembros de un grupo étnico o racial particular abandonen el hogar o migren en busca de trabajo;
- No dar suficiente reconocimiento y protección a los varones que son víctimas de la trata;
- No prestar la debida atención a todas las formas de trata, o
- Detener a las víctimas de la trata, particularmente mujeres y niños, en contra de las normas de derechos humanos.

El enfoque de la lucha contra la trata basada en los derechos humanos exige que los Estados y otros agentes participen en la respuesta a la vulnerabilidad relacionada con la trata garanticen que sus acciones promueven los derechos humanos de las personas y los grupos que son objeto de sus intervenciones. A este respecto, una orientación importante son las medidas propuestas en el comentario al Principio 3 y las directrices conexas en relación con la prohibición de la discriminación, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a solicitar y recibir asilo en caso de persecución.

²³⁰ ACNUR, *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas* (1° de mayo de 2003), págs. 35 y 40 a 56 [en adelante, *Guía del ACNUR sobre violencia sexual y por motivos de género*].



VÉASE ADEMÁS:

- Trato dispensado a la mujer: parte 1, sección 4.2; parte 2.1, sección 1.4.1; parte 2.2, sección 5.4
- Trato dispensado a los niños: parte 2.1, sección 1.4.2; parte 2.2, sección 5.5; parte 2.3, secciones 10.1 a 10.4
- Trato dispensado a los refugiados, los solicitantes de asilo y los desplazados internos: parte 2.1, secciones 1.4.4 y 3.4



PRINCIPIO 6 Y DIRECTRICES CONEXAS:
**IDENTIFICACIÓN Y LUCHA
CONTRA LA PARTICIPACIÓN
DEL SECTOR PÚBLICO EN LA
TRATA DE PERSONAS**²³¹

Los Estados ejercerán la debida diligencia para detectar y eliminar la participación o complicidad del sector público en la trata de personas. Los funcionarios públicos respecto de los cuales haya sospechas de estar implicados en la trata de personas serán sometidos a investigación y proceso y, de ser condenados, sufrirán las sanciones correspondientes.

6.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

En muchas situaciones de la trata de personas, particularmente cuando ésta es generalizada, grave y difícil de combatir, habrá cierto nivel de participación directa o indirecta de funcionarios públicos. La participación directa se refiere a las situaciones en las que funcionarios públicos son realmente parte del proceso de la trata, por ejemplo, como reclutadores, negociadores o explotadores. Entre los ejemplos de complicidad en la trata por medios menos directos figuran los siguientes:

- Funcionarios de fronteras que aceptan sobornos o incentivos para que permitan el paso de personas que pueden ser objeto de trata;

- Agentes del orden (inclusive personal internacional de mantenimiento de la paz o militar) que aceptan sobornos a cambio de protección frente a la investigación o el enjuiciamiento;
- Inspectores de trabajo o de salud y seguridad que aceptan sobornos para certificar lugares de trabajo peligrosos o ilegales;
- Funcionarios de mantenimiento del orden u otros funcionarios públicos (incluido personal internacional militar o de mantenimiento de la paz) que tienen intereses comerciales en empresas que utilizan los servicios de personas objeto de trata, como burdeles, y
- Funcionarios de justicia penal, incluidos fiscales y jueces, que aceptan sobornos para dar determinado tratamiento a los casos de trata de personas.

La complicidad del sector público en la trata de personas, sea directa o indirecta, menoscaba la confianza en el imperio de la ley y el funcionamiento imparcial del proceso de justicia penal. Impulsa la demanda de mercados ilegales como la trata de personas y facilita los esfuerzos de los grupos delictivos organizados para obstruir la justicia. La complicidad del sector público en la trata de personas agudiza la vulnerabilidad de las víctimas y hace prácticamente imposible el cumplimiento completo de la obligación del

²³¹ La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 8.

Estado de investigar y enjuiciar los casos de trata de personas con la diligencia debida.

El Principio 6 afecta a los Estados y les exige utilizar todos los medios a su alcance que sean razonables para detectar, erradicar, investigar y castigar la participación del sector público en la trata de personas.

6.2. OBLIGACIÓN DE DETECTAR Y ERRADICAR LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TRATA DE PERSONAS

El Principio 6 consta de dos partes. En la primera se reitera el deber del Estado de ejercer la debida diligencia para erradicar la participación del sector público en la trata. La participación del sector público puede, como ya se ha señalado, tener lugar por participación directa de funcionarios en la trata o por complicidad y connivencia en los delitos de agentes no estatales que guardan relación con la trata de personas. La segunda parte del Principio 6, que exige a los Estados que tomen medidas contra los funcionarios públicos respecto de los cuales se sospeche que están implicados directa o indirectamente en la trata de personas, impone obligaciones de procedimiento además de sustantivas. La obligación de investigar a los funcionarios públicos así como a los agentes no estatales sospechosos de participar en la trata de personas se reafirma en el Principio 13 y las directrices conexas.

El Principio 6 está complementado por la Directriz 4. 3, que equipara los delitos cometidos o que entraña la complicidad de funcionarios públicos con «circunstancias agravantes» que justifican la imposición de penas adicionales. Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* también señalan que la complicidad en la trata de personas por funcionarios encargados de mantener el orden obstruye la participación de la víctima en los enjuiciamientos penales y señala que «hay que adoptar resueltas

medidas para que esa participación sea objeto de investigación, procesamiento y sanción» (Directriz 5).

La necesidad de identificar y erradicar la participación del sector público en la trata de personas se acepta de manera generalizada en el derecho y la normativa internacionales. La Convención contra la Delincuencia Organizada, por ejemplo, reconoce el intenso vínculo entre las actividades delictivas organizadas como la trata de personas y la corrupción²³². El artículo 8 de la Convención pide a los Estados que adopten las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito todas las prácticas corruptas en todas sus formas y velen por que sus leyes estén armonizadas con el fin de facilitar la cooperación²³³. Los Estados Partes han de adoptar medidas para promover la integridad y para prevenir y castigar la corrupción de funcionarios públicos. También adoptarán medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación (art. 9 1) y 2)).

Tanto el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos como la Convención de la SAARC reconocen que la complicidad del sector público en la trata de personas supone un delito con agravante que justifica penas relativamente más duras²³⁴.

Muchos documentos de política internacional y regional confirman el vínculo entre la trata de

²³² Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párrs. 163 a 165.

²³³ Véase también *ibíd.*, párrs. 163 a 192.

²³⁴ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 24 c); Convención de la SAARC, art. IV.



personas y la corrupción y la necesidad de que los Estados respondan de manera efectiva²³⁵.

La obligación de investigar los actos u omisiones de funcionarios públicos se reitera en la serie de instrumentos que se refieren a la violencia contra la mujer y se examinan a lo largo del presente *Comentario*²³⁶. La Asamblea General también ha procurado proteger a las personas objeto de trata contra daños ulteriores pidiendo a los gobiernos que penalicen a las personas con autoridad que sean culpables de agredir sexualmente a las personas víctima de trata que se encuentren bajo su custodia²³⁷.

LA CORRUPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El Principio 6 y los tratados que se han citado más arriba son compatibles con el creciente acervo de normas internacionales que pretenden abordar la corrupción de manera más general, en particular las prácticas corruptas que tienen alcance o efecto transnacional. El instrumento más importante a este respecto es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que entró en vigor en 2005. La Convención pretende promover y fortalecer las medidas para combatir la corrupción en los sectores público y privado en los niveles tanto interno como internacional. Representa un amplio consenso interna-

cional sobre lo que se necesita en relación con la prevención y la penalización de la corrupción y en materia de cooperación internacional y recuperación de bienes. Se aplica a todas las formas de corrupción y complicidad relacionadas con la trata de personas que se identifican en la sección 6. *1 supra*. En ese contexto, las disposiciones más importantes de la Convención son las siguientes:

- Los Estados Partes deben tipificar específicamente como delitos relacionados con la corrupción el soborno, la malversación de fondos, el abuso de funciones, el tráfico de influencias y el blanqueo del producto del delito, entre otros (arts. 16 a 19, 23 y 24);
- Los Estados Partes deben tipificar como delito penal la «obstrucción de la justicia», definida como el uso de medios corruptos o coercitivos para obstaculizar la prestación de testimonio o el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley (art. 25)²³⁸;
- Los Estados Partes deben poner en pie toda una serie de medidas preventivas dirigidas a los sectores tanto público como privado. Entre ellas figuran políticas, sistemas, procedimientos e instituciones de lucha contra la corrupción que promueven la participación de la sociedad y reflejan principios básicos del imperio de la ley, la debida gestión de los bienes y los asuntos públicos, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas (cap. II), y
- Los Estados Partes deben cooperar entre sí en todos los aspectos de la lucha contra la corrupción, inclusive la prevención, la investigación y el procesamiento de los infractores. Los países se prestarán entre sí otras formas concretas de asistencia jurídica recíproca en la recopilación

²³⁵ Resoluciones 61/144 (párr. 10) y 59/166 (párr. 9) de la Asamblea General; Declaración de Bruselas, párr. 19; Plan de la UE sobre buenas prácticas, párr. 4 x); Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 1.7); Plan de Acción de Uagadugú, pág. 2; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. II 18).

²³⁶ Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 9; Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, párr. 4 c); Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 124; Documento final de Beijing +5, párr. 13; Convención Interamericana sobre la violencia contra la mujer, art. 7 b).

²³⁷ Resoluciones 61/144 (párr. 7), 59/166 (párr. 8), 57/176 (párr. 8), 55/67 (párr. 6), 52/98 (párr. 4) y 51/66 (párr. 7) de la Asamblea General.

²³⁸ Obsérvese que el artículo 23 de la Convención contra la Delincuencia Organizada también exige la penalización de la obstrucción de la justicia en un contexto que abarque directamente los procedimientos relacionados con los casos de trata de personas.

y transmisión de pruebas para los enjuiciamientos, las extradiciones de infractores y el apoyo a la detección, incautación y confiscación de los productos de la corrupción (cap. IV, en especial arts. 43 y 44).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se basa en parte y refuerza varios acuerdos regionales sobre estas cuestiones, entre ellos la Convención de la UA para prevenir y combatir la corrupción y los delitos conexos; la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales; la Convención Penal del Consejo de Europa contra la corrupción (que penaliza los actos de corrupción); y el Convenio civil del Consejo de Europa sobre la corrupción (que prevé reparación para las víctimas de la corrupción).

6.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DILIGENCIA DEBIDA EN EL CONTEXTO DE LA COMPLICIDAD DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TRATA DE PERSONAS

El Principio 6 confirma que los Estados son responsables de detectar y dar respuesta a los casos de complicidad del sector público en la trata de personas. El *Comentario*, en relación con el Principio 2 y las directrices conexas, ya ha expuesto los puntos fundamentales de la legislación en materia de responsabilidad, confirmando que un Estado será responsable de los actos u omisiones que son: i) atribuibles al Estado, y ii) una infracción de sus obligaciones jurídicas internacionales. Estas cuestiones se examinan en detalle más adelante, haciendo referencia específica a la complicidad del sector público en la trata de personas.

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LA CONDUCTA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El derecho internacional no deja lugar a dudas en cuanto a que la conducta de cualquier órgano del

Estado, como un tribunal o el poder legislativo, siempre se considerará un acto de ese Estado, del que éste es directamente responsable (Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 4)²³⁹. La atribución de responsabilidad por los actos de funcionarios que forman parte de un órgano del Estado (como agentes de policía, fiscales, funcionarios de inmigración) dependerá de si la persona afectada actúa de forma evidente en su capacidad oficial o simulando autoridad. Un aspecto importante es que, a este respecto, no es pertinente que la persona de que se trata haya tenido motivos ulteriores o impropios o esté abusando de la autoridad pública (art. 4, párr. 13). El hecho de que el acto de que se trata no estuviera autorizado o fuera *ultra vires* tampoco es pertinente cuando se trata de determinar si ha de ser caracterizado o no como acto del Estado (art. 7)²⁴⁰. Se trata de dos principios importantes en el contexto que nos ocupa. Los Estados pueden defenderse contra las acusaciones de participación del sector público en la trata de personas señalando que esa participación es contraria a la legislación y las políticas nacionales. Con arreglo a las normas de atribución de responsabilidad, las conductas de personas investidas de autoridad gubernamental serán atribuidas al Estado como actos de ese Estado²⁴¹. Por consiguiente, la

²³⁹ La Corte Internacional de Justicia confirmó que este principio es una norma de derecho internacional consuetudinario (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, ICJ Reports 1999, pág. 87, párr. 62).

²⁴⁰ Obsérvese que esta disposición se aplica tanto a los órganos del Estado como a una persona o entidad facultada para ejercer elementos de la autoridad gubernamental. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que las autoridades del Estado son estrictamente responsables de la conducta de sus subordinados; tienen el derecho de imponer su voluntad y no pueden esgrimir como justificación su incapacidad para hacerla respetar. *Ilascu et al c. Moldova y Rusia* (48787/99) [2004] TEDH 318 (8 de julio de 2004), párr. 319.

²⁴¹ *Petrolane Inc. c. República Islámica del Irán* (1991) 27 Iran-U.S.C.T.R., 64, pág. 92, citado en Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 7, párr.



prohibición nacional de la trata de personas no sería base suficiente para que el Estado pudiera eludir su responsabilidad jurídica internacional por complicidad de sus funcionarios públicos en la trata de personas²⁴².

Por consiguiente, la tarea consiste en distinguir entre conducta «oficial» y «privada». Algunas situaciones serán relativamente claras. Por ejemplo, un funcionario de fronteras acepta dinero a cambio de no interferir en el paso de grupos de mujeres jóvenes acompañadas de un lado a otro de la frontera en circunstancias sospechosas. Sin duda, esa persona está vulnerando la legislación interna y por consiguiente excediendo sus competencias legítimas; sin embargo, es su puesto oficial el que le permite participar en esa conducta. La atribución de la conducta de esa persona al Estado y la consiguiente conclusión de responsabilidad contra el Estado no debería, por tanto, resultar particularmente difícil.

La cuestión de la atribución puede ser más complicada cuando los actos o las omisiones en cuestión parecen ser los de particulares que también son agentes del Estado. Cabe citar como ejemplos un funcionario del gobierno que da empleo a un trabajador doméstico que ha sido objeto de trata para conseguir ese puesto, o un agente del orden que mantiene intereses comerciales privados en un burdel que explota a mujeres víctimas de trata. En esos casos, sería

7. Véase también el caso *Caire*, UNRIAA (1929), págs. 516, 531, citado en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 7, párr. 5.

²⁴² En el caso *Velásquez Rodríguez*, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la decisión de si se había cometido una infracción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no dependía de si se habían contravenido disposiciones del derecho interno o se habían excedido competencias: «[E]s un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno» (párr. 170).

necesario determinar si la conducta es sistemática o recurrente, es decir, que el Estado sabía o debía haber sabido de su existencia y haber adoptado medidas para impedirla (art. 7, párr. 8). En caso afirmativo, debería poderse atribuir esa participación «oficial» al Estado sin más análisis de la conducta en sí.

Si, por otro lado, la conducta pertinente podría describirse mejor como casos aislados de conducta ilícita por parte de personas que son funcionarios, será preciso hacer una distinción entre conductas que, si bien autorizadas, tiene lugar con una autoridad aparente (o «bajo apariencia de autoridad»)²⁴³, y conducta puramente privada. La apariencia de autoridad podría inferirse en el segundo ejemplo del párrafo anterior, al demostrar que es el puesto oficial el que da a esa persona el conocimiento y la protección que le permite operar y mantener una operación ilícita y lucrativa. En otras palabras, la conducta sólo es posible debido a la posición oficial de la persona y el uso de la apariencia de autoridad. Otras pruebas que indiquen atribución podrían incluir, por ejemplo, el uso de vehículos oficiales para transportar a personas objeto de trata, el uso de información policial para evitar redadas o el uso de colegas de los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley para que ofrezcan «protección».

LA NORMA DE DILIGENCIA DEBIDA Y COMPLICIDAD DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TRATA

El Principio 6 exige a los Estados que ejerzan la debida diligencia en la detección y el tratamiento de la complicidad del sector público en la trata. Como se señaló en el análisis correspondiente

²⁴³ Según la Nueva (tercera) formulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (1987), el Estado es responsable de toda violación de sus obligaciones en virtud del derecho internacional que se derive de los actos u omisiones de cualquier órgano, organismo, funcionario, empleado u otro agente de un gobierno o subdivisión política, que actúe en ejercicio de sus atribuciones o revestido de esas atribuciones; American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), secc. 207.

al Principio 2 y las directrices conexas, la norma de diligencia debida se utiliza comúnmente para determinar las obligaciones de los Estados cuando se trata de responder a los actos cometidos por entidades privadas que interfieren con los derechos establecidos. Los principios pertinentes confirman que el hecho de no cumplir esta norma, en lo que se refiere a prevenir un abuso previsto de los derechos humanos por una entidad privada, o de responder de manera efectiva a un abuso de ese tipo, entrañará la responsabilidad del Estado. La diligencia debida también es la norma apropiada en las siguientes situaciones:

- Al evaluar si el Estado ha tomado medidas suficientes para impedir la participación de sus funcionarios en la trata de personas, y
- Al evaluar si el Estado ha cumplido su obligación de detectar, investigar y sancionar la complicidad del sector público en la trata de personas.

El estudio sobre la diligencia debida que se hace en relación con el Principio 2 y las directrices conexas confirmaba que decidir si un Estado está cumpliendo o no la norma de diligencia debida en última instancia se reduce a evaluar si está cumpliendo su obligación de prevenir, respetar y proteger con seriedad los derechos humanos. En el contexto actual, esas obligaciones incluyen prevenir y dar respuesta a la complicidad del sector público en las violaciones de los derechos humanos asociados a la trata de personas. El Comité de Derechos Humanos ha explicado los pasos que deben darse para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos en las que participan funcionarios públicos:

El Comité recomienda que para combatir la impunidad se adopten medidas estrictas a fin de garantizar que todas las alegaciones de violaciones de derechos humanos se investiguen con prontitud e imparcialidad, que los autores de los delitos sean procesados, que

se impongan las penas adecuadas a los condenados en esos casos y que se indemnice de forma apropiada a las víctimas. Hay que velar por que los funcionarios condenados por delitos graves sean apartados permanentemente de sus funciones y que sean suspendidos los que son objeto de investigaciones por haberse formulado acusaciones contra ellos en relación con tales delitos²⁴⁴.

Los siguientes puntos adicionales, basados principalmente en la jurisprudencia, indican otras acciones que tal vez tengan que realizar los Estados para alcanzar la norma de diligencia debida establecida en el Principio 6 :

- Los Estados deben garantizar que el marco jurídico proporcione los medios adecuados para la identificación, investigación y enjuiciamiento de los delitos relacionados con la trata, inclusive los cometidos por funcionarios públicos o con la complicidad de éstos;
- Los Estados deben velar por que la participación de funcionarios públicos en la trata de personas y otros delitos conexos constituya un agravante que lleve consigo penas relativamente más estrictas²⁴⁵;
- Los Estados deben garantizar que existan procedimientos para la investigación efectiva de las denuncias de trata en la que participen o estén implicados funcionarios públicos. Esos procedimientos deben asegurar la rendición de cuentas, mantener la confianza del público y aliviar las inquietudes legítimas. Por consiguiente, la investigación debe comenzar rápidamente y llevarse a cabo de forma expedita. No debe limitarse a ser una mera formalidad, sino ser capaz de llevar a la identificación y la sanción de los culpables. La investigación ha de ser independiente y pública. Deben

²⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Colombia (CCPR/C/79/Add.76, párr. 32).

²⁴⁵ Véase también el análisis de los delitos con agravante en relación con el Principio 15 y las directrices conexas.



existir medidas reales que permitan comprobar la veracidad de las afirmaciones de la víctima u obtener pruebas que las corroboren²⁴⁶, y

- Las víctimas de trata en la que hayan participado o estado implicados funcionarios públicos deben tener a su disposición un mecanismo para determinar la responsabilidad de todo funcionario u órgano público en actos u omisiones pertinentes²⁴⁷. También debe haber un examen independiente y eficaz de las denuncias contra funcionarios públicos²⁴⁸.

²⁴⁶ Estos requisitos de procedimiento se han destilado de un corpus de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Ahmet Ozkan et al. c. Turquía* (21689/93) [2004] TEDH 133 (6 de abril de 2004), párrs. 310 a 314; *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido* (46477/99) [2002] TEDH 303 (14 de marzo de 2002), párrs. 69 a 73; *Asenov et al. c. Bulgaria* (24760/94) [1998] ECHR 98 (28 de octubre de 1998), especialmente párr. 102; y una serie de casos relativos a acciones de las fuerzas de seguridad de Turquía, entre ellos: *Timurtas c. Turquía* (23531/94) [2000] TEDH 222 (13 de junio de 2000), párrs. 87 a 90; *Ertak c. Turquía* (20764/92) [2000] TEDH 193 (9 de mayo de 2000), párrs. 134 y 135; *Çakici c. Turquía* (23657/94) [1999] TEDH 43 (8 de julio de 1999) párrs. 87; *Tanrikulu c. Turquía* (23763/94) [1999] TEDH 55 (8 de julio de 1999), párrs. 101 a 111; *Ergi c. Turquía* (23818/94) [1998] TEDH 59 (28 de julio de 1998), párrs. 82-86; *Tekin c. Turquía* (22496/93) [1998] TEDH 53 (9 de junio de 1998), párr. 62 a 69; *Kurt c. Turquía* (24276/94) [1998] TEDH 44 (25 de mayo de 1998), párrs. 135 a 142; *Selçuk y Asker c. Turquía* (23184/94; 23185/94) [1998] TEDH 36 (24 de abril 1998), párrs. 93 a 98; *Kaya c. Turquía* (22729/93) [1998] TEDH 10 (19 de febrero de 1998), párrs. 86 a 92; *Aksoy c. Turquía* (21987/93) [1996] TEDH 68 (18 de diciembre de 1996), párrs. 95 a 100; y *Mentes et al. c. Turquía* (23186/94) [1997] TEDH 98 (28 de noviembre de 1997), párrs. 89 a 92. Los elementos de una investigación efectiva también han sido confirmados en varios casos de la Comisión/Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos: *Villagrán Morales et al. (Caso de los niños de la calle)*, fallo de 19 de noviembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 63 (1999), especialmente párr. 226; y *Raquel Martín de Meija c. Perú*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.970, Informe N° 5/96 OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 en 157 (1996).

²⁴⁷ *Osman c. Reino Unido*.

²⁴⁸ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, segundo informe sobre el Reino Unido, 16 de junio de

Otros documentos normativos internacionales y regionales sobre la trata de personas ofrecen orientación adicional ilimitada²⁴⁹. A pesar de ello, es necesario seguir trabajando para conocer mejor los factores que ayudarán a determinar si un Estado ha cumplido la norma exigida de diligencia debida en relación con la detección y la respuesta a la participación o complicidad del sector público en la trata de personas.

6.4. PARTICIPACIÓN DE PERSONAL MILITAR, DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ, HUMANITARIO Y OTRO PERSONAL INTERNACIONAL EN LA TRATA DE PERSONAS Y LA EXPLOTACIÓN CONEXA

La participación de personal militar, de mantenimiento de la paz, humanitario y otro personal internacional en la trata de personas y la explotación que lleva asociada está ampliamente documentada. Los estudios sobre este aspecto del fenómeno de la trata confirman que esa participación puede ser tanto directa como indirecta. La asistencia a un establecimiento que utiliza mano de obra víctima de trata es un ejemplo de participación indirecta. La explotación sexual de mujeres y niños por personal internacional es un ejemplo de participación más directa.

La participación de personal internacional en la trata de personas es una cuestión compleja que aún no se conoce a fondo. Indudablemente, una presencia internacional numerosa y predominantemente formada por varones puede, en la práctica, alentar la demanda de bienes y servicios

2000, citado en *The Rights of Non-Citizens: Final report of the Special Rapporteur, Mr. David Weissbrodt, Addendum: Regional Activities* (E/CN.4/Sub.2/2003/23/Add.2, párr. 38).

²⁴⁹ Véase, por ejemplo, la Declaración de Bruselas, que recomienda medidas legislativas y reglamentarias efectivas para combatir la corrupción, el establecimiento de normas de buen gobierno y la elaboración de mecanismos encaminados a detener las prácticas corruptas (párr. 19).

producidos mediante la trata de personas y la explotación, en particular la prostitución. El personal internacional generalmente es destinado a lugares en situación de conflicto o inmediatamente posterior a un conflicto en los que las poblaciones son vulnerables y las instituciones básicas, incluidas las encargadas de hacer cumplir la ley, son frágiles o no existen. Los cambios demográficos relacionados con un conflicto pueden hacer que en la población haya más mujeres que hombres. La ausencia de los hombres de la familia, la destrucción de propiedades o los problemas de acceso a las propiedades, y la insistencia en la rehabilitación de excombatientes pueden contribuir a aumentar la vulnerabilidad de las mujeres en las situaciones de conflicto y después de un conflicto. Además, es posible que el marco jurídico que gobierna la participación, así como la cadena de responsabilidad y de control, no estén claros. La creciente privatización de los conflictos, caracterizada por una participación cada vez mayor de empresas privadas como contratistas y subcontratistas, ha acentuado los problemas de la responsabilidad y el control. Estos diversos factores pueden combinarse para crear un clima de impunidad, un vacío jurídico y de procedimiento en el que el personal internacional que participa en la explotación delictiva y en la trata de personas no es sometido a investigación, detención o enjuiciamiento.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* prestan particular atención a la solución de este vacío en materia de responsabilidad, a definir las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y las organizaciones intergubernamentales y a velar por que las operaciones militares, de mantenimiento de la paz y humanitarias internacionales no se conviertan en refugios seguros para los tratantes y sus cómplices.

La Directriz 10 enumera los pasos que deben adoptar los responsables del personal internacional, particularmente los Estados y las organizaciones intergubernamentales, para prevenir y abordar la participación directa e indirecta en la

trata de personas y la explotación asociada. A continuación se resumen los puntos fundamentales de la Directriz 10, que, en la mayoría de los casos, han sido afirmados e incluso reforzados por informes, recomendaciones, compromisos e iniciativas recientes de las grandes organizaciones intergubernamentales, entre ellas la Asamblea General²⁵⁰, el Consejo de Seguridad²⁵¹, la Organización del Tratado del Atlántico Norte²⁵², y coaliciones de organismos de las Naciones Unidas y entidades privadas dedicados a la labor humanitaria²⁵³.

Capacitación: los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben velar por que los programas de capacitación previos y posteriores al despliegue del personal internacional aborden

²⁵⁰ Véase, por ejemplo, Una completa estrategia para poner término en el futuro a la explotación y el abuso sexuales en las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz (A/59/710). El debate de la Asamblea General sobre este informe, que tuvo lugar en abril de 2005, llevó a la adopción de un conjunto de reformas de las operaciones de mantenimiento de la paz a dos años en materia de explotación y abusos sexuales: resolución 59/300 de la Asamblea General sobre el examen amplio de una estrategia para poner término en el futuro a la explotación y el abuso sexuales en las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz, en la que se respaldaban las recomendaciones del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (A/59/19/Rev.1). En diciembre de 2007, la Asamblea General, en su resolución 62/214, adoptó la Estrategia amplia de las Naciones Unidas sobre la asistencia y el apoyo a las víctimas de la explotación y los abusos sexuales cometidos por personal de las Naciones Unidas y personal asociado.

²⁵¹ Por ejemplo, la resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad sobre la mujer, la paz y la seguridad.

²⁵² *NATO Policy on Combating Human Trafficking*, adoptada el 29 de junio de 2004. Véase también Keith J. Allred, «Combating human trafficking», *NATO Review* (2006, edición del tercer trimestre).

²⁵³ *Statement of Commitment on Eliminating Sexual Exploitation and Abuse by UN and Non-UN Personnel*, adoptada en diciembre de 2006 por 22 organismos de las Naciones Unidas y 24 entidades no pertenecientes a las Naciones Unidas; puede consultarse en la dirección <http://cdu.unlb.org/Portals/0/PdfFiles/PolicyDocK.pdf>.



adecuadamente la cuestión de la trata de personas y la explotación que ésta lleva asociada y expongan con claridad la norma de conducta esperada. Esa capacitación debe elaborarse dentro de un marco de derechos humanos y debe ser impartida por instructores con experiencia.

Procedimientos de personal: los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben velar por que los procedimientos de contratación, destino y traslado (inclusive de contratistas y subcontratistas privados) sean rigurosos y transparentes. Los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben velar por que su personal no participe o sea cómplice en la trata de personas, ni utilice los servicios de personas en relación con las cuales hay motivos razonables para sospechar que hayan sido objeto de trata²⁵⁴.

Reglamentos y códigos de conducta: los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben elaborar reglamentos y códigos de conducta que establezcan las normas de conducta esperadas; deben exigir a todo el personal internacional que informe sobre cualquier caso de trata de personas o de la explotación asociada de que tengan conocimiento²⁵⁵. Las organizaciones pertinentes deben asumir la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de las normas y los reglamentos, al igual que el personal directivo y de mando²⁵⁶.

²⁵⁴ Obsérvese que todo el personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, sea uniformado o civil, tiene prohibido cometer actos de explotación y abusos sexuales, incluidos el suministro de dinero, empleo, bienes o servicios a cambio de servicios sexuales, tal y como se expone en el Boletín del Secretario General, *Medidas especiales de protección contra la explotación y el abuso sexuales* (ST/SGB/2003/13).

²⁵⁵ Todo el personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, sea civil o uniformado, está obligado a notificar toda inquietud o sospecha de explotación o abuso sexual por parte de un colega. *Ibid.*

²⁵⁶ Este importante aspecto relativo a la responsabilidad de organización, dirección y mando no se incluye en la Directriz 10, pero está explícitamente incluido en A/59/710.

Investigación y enjuiciamiento: los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben establecer mecanismos para la investigación sistemática de la trata de personas y la explotación asociada por parte de personal internacional.

Responsabilidad individual penal disciplinaria y financiera: los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben aplicar de manera uniforme sanciones penales, civiles y administrativas apropiadas a aquellos de los que se demuestre que han participado o sido cómplices en la trata de personas y la explotación conexa.

Privilegios e inmunidades: los privilegios e inmunidades que lleva consigo el puesto de un empleado (como un empleado de una misión diplomática o de una organización intergubernamental) no se invocarán para proteger a esa persona de las sanciones que correspondan a la trata de personas u otros delitos relacionados.

Recientemente se han hecho verdaderos avances, particularmente por las organizaciones y organismos intergubernamentales, en la detección y la respuesta a la trata de personas y otros abusos relacionados por parte de su personal internacional. La disposición de los Estados Miembros que contribuyen a la hora de apoyar la ejecución efectiva de nuevas normas y procedimientos será indispensable para su éxito. También es importante reconocer que no todas las operaciones internacionales se realizan bajo la égida de una organización intergubernamental, cuya consecuencia es que parte del personal sobre el terreno estará fuera del alcance de estas normas y estos procedimientos. Por consiguiente, corresponderá al Estado encargado del control velar por que se disponga de medidas para impedir la participación de su personal en la trata de personas y otras formas de explotación, y detectar y ocuparse de cualquier caso de participación en ellas.

VÉASE ADEMÁS:

- Responsabilidad del Estado y diligencia debida: parte 2.1, secciones 2.1 a 2.4; parte 2.4, sección 13.2
- Penalización de la trata de personas: parte 2.4, secciones 12.1 a 12.3
- Investigación y enjuiciamiento: parte 2.4, secciones 13.1 a 13.4

Parte 2.3

PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS

INTRODUCCIÓN

El enfoque de la trata de personas basado en los derechos humanos exige dar prioridad a la protección y el apoyo a las personas que han sido víctimas de la trata. Los principios y las directrices conexas que se examinan en la presente sección exponen los componentes fundamentales del enfoque basado en derechos de la protección y la asistencia a las víctimas.

Las dificultades que encierra asegurar un trato adecuado y apropiado a las víctimas de la trata son considerables. Por ejemplo, a pesar de su situación de víctimas de actos delictivos y de violaciones de los derechos humanos, muchas personas objeto de trata están implicadas en delitos de algún tipo, si bien en condiciones de coacción. El *Comentario* también detalla las novedades en el derecho y la normativa internacional que indican un rechazo creciente a la práctica de detener o enjuiciar a las personas víctimas de trata por delitos cometidos como consecuencia directa de haber sido víctimas de trata; y un rechazo análogo de la idea de detener sistemáticamente a las víctimas en centros de asistencia social o inmigración.

En los Principios 8 y 9 y sus correspondientes directrices se identifica, de forma más específica,

el derecho de las víctimas de la trata a recibir protección y apoyo, así como asistencia jurídica. El *Comentario* confirma que todas las víctimas, *con independencia de su participación en cualquier proceso legal*, tienen un derecho exigible a recibir apoyo y protección inmediatos. Los Estados que asignan la condición de víctima sólo a aquellas personas que convienen en participar en el proceso de justicia penal no están cumpliendo esta norma internacional. En lo que se refiere a los derechos mínimos, las víctimas tienen derecho legal a que su seguridad física inmediata sea garantizada y a ser protegidas por el Estado de nuevos daños. En la mayoría de los casos, esto exigirá respetar la intimidad de la víctima, en derecho y de hecho. Las víctimas también deben recibir información y consejo legal sobre las opciones que tienen a su alcance, incluidos sus derechos y opciones en calidad de testigos en el sistema de justicia penal del país en el que se encuentran.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* reconocen la posición vulnerable de los niños. El Principio 10 y sus directrices detallan los derechos especiales que por consiguiente se les reconocen y las correspondientes obligaciones de los Estados y otros agentes que se ocupan de los niños víctimas de la trata. El *Comentario* estudia en detalle este aspecto de la protección de las

víctimas, señalando que el interés superior del niño debe primar en todo momento, y que este principio primordial debe estar formalmente integrado en los procedimientos y las directrices del Estado para tratar a los niños víctimas de trata.

El Principio 11 y las directrices relacionadas reconocen la importancia fundamental, para las víctimas y sus derechos, de un regreso en condiciones de seguridad y preferiblemente voluntario. La repatriación forzada, no planificada y sin apoyo de las víctimas de la trata de

personas priva a éstas del acceso a sus derechos y a la reparación que jurídicamente tienen reconocida y puede poner en peligro su seguridad. El *Comentario* examina las cuestiones fundamentales de la repatriación, entre ellas el concepto de regreso seguro y preferiblemente voluntario, el derecho al regreso, las debidas garantías y el principio de no devolución, el derecho a permanecer durante el proceso judicial, la relación entre el regreso y el acceso a la reparación, las alternativas a la repatriación y el apoyo durante la reintegración.

PRINCIPIO 7 Y DIRECTRICES CONEXAS: PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN O ENJUICIAMIENTO POR DELITOS RELACIONADOS CON LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE LA TRATA²⁵⁷

Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas y procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.

7.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

En los países de tránsito y destino, las personas que han sido víctimas de trata a menudo son arrestadas, detenidas, acusadas e incluso juzgadas por actividades ilícitas como la entrada ilegal en el país, el trabajo ilegal o la práctica de la prostitución. Por ejemplo, las personas objeto de trata pueden no disponer de los debidos documentos de migración o trabajo; es posible que sus documentos de identificación estén falsificados o que se les hayan retirado, o que las actividades de explotación que se imponen a una persona víctima de la trata, como la prostitución, la mendicidad u otras sean ilegales en el Estado de destino.

La penalización de las personas víctimas de la trata están muy generalizada, incluso en aquellas situaciones en las que parecería evidente que la

víctima ha participado involuntariamente en el acto ilícito. Esa penalización a menudo va ligada a una indebida identificación de la víctima. En otras palabras, las personas objeto de trata son detenidas y después acusadas no como víctimas de la trata, sino como migrantes irregulares u objeto de tráfico, o trabajadores migrantes sin documentos. Los países de origen a veces penalizan directamente a las víctimas a su regreso, por haber salido de forma ilícita o no autorizada del país. Por último, no es raro que las víctimas de la trata sean detenidas en comisarías, centros de migración, albergues o instalaciones análogas, incluso por períodos sumamente largos.

La penalización y detención de las víctimas de la trata son cuestiones importantes que suelen ir ligadas al hecho de que el Estado penalizador no les reconoce los derechos que les corresponden legalmente con arreglo al derecho nacional e internacional. Por ejemplo, la penalización generalmente tiene como consecuencia la deportación de las víctimas que son extranjeras, lo que les deniega el derecho de acceso a una reparación efectiva²⁵⁸.

²⁵⁷ La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 5.

²⁵⁸ El Comité de Derechos Humanos ha señalado que para las mujeres víctimas de trata que «están sujetas a penas de deportación como resultado de su presencia ilegal en Israel», la pena «impide en realidad que esas mujeres puedan pedir reparación por la violación de sus derechos en virtud del artículo 8 del Pacto»: observaciones finales: Israel (CCPR/C/79/Add.93, párr. 16).

En el estudio que sigue se examinan tres cuestiones: en primer lugar, la condición de las personas víctimas de trata como víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos; en segundo lugar, la penalización de las personas objeto de trata por delitos relacionados con su condición y, en tercer lugar, la detención de personas víctimas de trata por delitos relacionados con su condición, protección o cualquier otro motivo. La cuestión de la detención de las víctimas recibe consideración particular y detallada debido a la prevalencia de esta práctica y sus graves repercusiones para los derechos de las personas objeto de trata, en particular las mujeres y los niños.

7.2. LAS VÍCTIMAS DE TRATA COMO VÍCTIMAS DE DELITOS Y DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Principio 7 no utiliza la expresión «víctima de delito», ni define esa condición. Se basa, no obstante, en el entendimiento de que una persona objeto de trata es víctima de un delito tal y como se ha definido la expresión en el nivel internacional:

[Las víctimas de delitos son] las personas que [...] hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente²⁵⁹.

Las normas internacionales de derechos humanos contenidas en tratados no ofrecen un marco riguroso de protección para los derechos de las

víctimas de delitos²⁶⁰. El único instrumento directamente pertinente en este contexto es una resolución de la Asamblea General, la Declaración de Principios básicos de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 1985. En una disposición de particular pertinencia para la situación de muchas víctimas de la trata de personas, la Declaración señala la importancia decisiva de que una persona sea entendida como víctima de un delito «independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima» (párr. 2).

La Declaración es explícita en cuanto a que las víctimas de delitos deben ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, y a que debe respetarse plenamente su derecho de acceso a la justicia y a mecanismos de reparación. También señala la importancia de que las víctimas tengan acceso a reparación, aspecto que será examinado con más detalle en el contexto del Principio 17 y las directrices correspondientes.

Además de ser víctimas de delitos, las personas objeto de trata son también víctimas de violaciones de los derechos humanos. En el contexto de violaciones sumamente graves (expresión que podría incluir los casos graves de trata de personas), el concepto de víctima ha sido definido en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, como sigue:

[S]e entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colecti-

²⁵⁹ Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resolución 40/34 de la Asamblea General, párr. 1.

²⁶⁰ Una excepción limitada es la contenida en el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, cuyos artículos 8 y 9 se ocupan extensamente de los derechos y los intereses de los niños víctimas de los delitos que recoge ese instrumento.



vamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización²⁶¹.

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones también confirman que una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima (párr. 9). El instrumento confirma además que las víctimas tienen el derecho a ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y que han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su bienestar físico y evitar que sean sometidas a un nuevo trauma (párr. 10), probable consecuencia de la penalización.

7.3. ENJUICIAMIENTO POR DELITOS RELACIONADOS CON LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE LA TRATA

El Principio 7 afirma claramente que las personas objeto de trata no deben ser acusadas ni procesadas por delitos que hayan cometido mientras han sido objeto de trata. Este principio está complementado por la Directriz 2.5, que,

en el contexto de la necesidad de que las personas víctimas de trata sean identificadas rápida y correctamente, pide a los Estados y otros agentes que se cercioren de que «las víctimas de trata no sean procesadas por infracciones de las leyes de inmigración o por actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales».

La Directriz 4.5 también examina la cuestión del procesamiento por los delitos relacionados con la situación de víctimas de trata en relación con la necesidad de un marco jurídico adecuado, y exige a los Estados que sigan cerciorándose «de que la legislación impida que las víctimas de la trata de personas sean procesadas, detenidas o sancionadas por el carácter ilegal de su entrada al país o residencia en él o por las actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales».

El Protocolo sobre la trata de personas no aborda específicamente la cuestión del procesamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de la trata. No obstante, el órgano creado para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo ha afirmado recientemente: «[L]os Estados parte deberían [...] [e]studiar, de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales»²⁶².

La evolución que ha tenido lugar desde la adopción del Protocolo es una indicación más de que la norma establecida en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* está recibiendo un apoyo creciente. El artículo 26 del

²⁶¹ Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, resolución 60/147 de la Asamblea General, párr. 8.

²⁶² Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo sobre la trata de personas celebrada en Viena los días 14 y 15 de abril de 2009 (CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 12).

Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico:

Prever [...] la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello²⁶³.

Esta disposición es más estricta que la que contienen los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, pues sólo impediría la sanción de una persona objeto de trata por un delito relacionado con su situación, no su detención, enjuiciamiento o condena. No obstante, siendo la primera, y por ahora la única, norma contenida en un tratado que se refiere a delitos relacionados con la condición de víctima, no cabe duda de que representa un paso adelante en el reconocimiento de la necesidad de impedir la penalización de las víctimas.

En cuanto a las normas no contenidas en tratados, el principio de no penalización por delitos relacionados con la condición de víctima de la trata se ve apoyado en varias resoluciones de las Naciones Unidas²⁶⁴ e informes del Secretario

General²⁶⁵, así como instrumentos regionales²⁶⁶ y otros documentos normativos²⁶⁷. También ha

esta cuestión. Véase, por ejemplo, la resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos, que en el párrafo 3 insta a los gobiernos a «tomar todas las medidas apropiadas para que las víctimas de la trata no resulten penalizadas a causa de su situación y no vuelvan a convertirse en víctimas como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades gubernamentales, teniendo presente que son víctimas de la explotación», así como las resoluciones 2004/45 (párr. 6) y 1998/30 (párr. 3) de la Comisión de Derechos Humanos.

²⁶³ Véase, por ejemplo, A/63/215, que alude al «principio de exención de responsabilidad» y afirma que «[h]abría que amparar a las víctimas para que no vuelvan a serlo e impedir que sean juzgadas por migración ilegal o por violación de las leyes laborales u otras leyes» (párr. 62).

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, la Declaración de Bruselas, párr. 13; el Plan de Acción de Uagadugú; las Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. IV 5); Esfuerzos hemisféricos para combatir la trata de personas: recomendaciones y conclusiones de la primera reunión de autoridades nacionales en material de trata de personas, cuarta sesión plenaria de la OEA, 6 de junio de 2006, AG/RES. 2256 (XXXVI-O/06), IV 7); Memorando de Entendimiento entre Camboya y Tailandia, art. 7; Declaración de la OSCE sobre la trata de personas, adoptada en Oporto, 2002, secc. II; OSCE, decisión N° 1 adoptada en la Reunión del Consejo Ministerial en Viena sobre el fortalecimiento de los esfuerzos de la OSCE para luchar contra la trata de seres humanos, MC(8).DEC/1, 2000, párr. 9.

²⁶⁵ Véase, por ejemplo, el Informe final de Beijing +5, párr. 70 c), que afirma que los gobiernos deberían considerar la posibilidad de que la justicia no persiga a las víctimas de la trata por entrar o permanecer en un país ilegalmente, «teniendo en cuenta que son víctimas de una explotación». La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing pide al Estado, en su párrafo 124 I) que cree mecanismos institucionales, o refuerce los existentes, a fin de que las mujeres y las niñas puedan dar parte de los actos de violencia «sin temor a castigos o represalias». Véase también el Taller regional sobre trata de seres humanos e instituciones nacionales de derechos humanos: cooperación para poner fin a la impunidad de los tratantes y garantizar la justicia para las personas víctimas de la trata: Declaración Final y Plan de Acción, Sydney, 20 a 23 de noviembre de 2005, preámbulo; la resolución de la Asociación de Abogadas Europeas sobre la trata de seres humanos en relación con un futuro Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, Asamblea General de la Asociación de Abogadas Europeas, Helsinki, 8 de junio de 2003, 3; Directrices de la ASEAN para especialistas, secc. 1.C.2.

²⁶³ Véase también el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párrs. 272 a 274.

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, la resolución 63/156 de la Asamblea General, en cuyo párrafo 12 se «[i]nsta a los gobiernos a tomar todas las medidas apropiadas para que no se penalice a las víctimas de la trata a causa de su situación y para que no vuelvan a convertirse en víctimas a raíz de medidas adoptadas por autoridades gubernamentales, y alienta a los gobiernos a impedir, dentro de su marco jurídico y con arreglo a sus políticas nacionales, que las víctimas de la trata de personas sean enjuiciadas por motivo de su entrada o residencia ilegal». Otras referencias de la Asamblea General sobre esta cuestión pueden encontrarse en las resoluciones 61/144 (párr. 18), 59/166 (párrs. 8 y 18), 57/176 (párr. 8), 55/67 (párrs. 6 y 13), 52/98 (párr. 4) y 51/66 (párr. 7). El Consejo de Derechos Humanos y su antecesor, la Comisión de Derechos Humanos, también han abordado



sido reconocido repetidas veces por el Comité de los Derechos del Niño²⁶⁸ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁶⁹ en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes.

Es importante señalar que el principio de no penalización refleja principios básicos comunes a todos los ordenamientos jurídicos importantes en relación con la responsabilidad y la rendición de cuentas por los delitos penales. No tiene por objeto dar inmunidad general a las víctimas de la trata de personas que puedan cometer otros delitos no relacionados con su situación con el nivel necesario de intención criminal. Por ejemplo, si una persona víctima de la trata participa en un acto delictivo como el robo, la violencia o incluso la trata de personas²⁷⁰, estaría sometida

²⁶⁸ Véanse, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Kenya (CRC/C/KEN/CO/2, párr. 66); Nepal (CRC/C/15/Add.261, párr. 89); Antigua y Barbuda (CRC/C/15/Add.247, párr. 65); Armenia (CRC/C/15/Add.225, párr. 65). En cuanto al Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, el Comité ha mantenido de forma clara y sistemática la posición de que los niños víctimas de delitos previstos en el Protocolo facultativo no deben ser penalizados ni sancionados y que deben adoptarse todas las medidas posibles para evitar su estigmatización y su marginación social. Véanse, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: República de Corea (CRC/C/OPSC/KOR/CO/1, párrs. 40 y 41); Estados Unidos (CRC/C/OPSC/USA/CO/1, párrs. 36 y 37); Chile (CRC/C/OPSC/CHL/CO/1, párrs. 29 y 30); Bangladesh (CRC/C/OPSC/BGD/CO/1, párrs. 32 y 33); Sudán (CRC/C/OPSC/SDN/CO/1, párrs. 29 y 30); Islandia (CRC/C/OPSC/ISL/CO/1, párrs. 13 y 14).

²⁶⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Líbano (CEDAW/C/LBN/CO/3, párrs. 28 y 29); Singapur (CEDAW/C/SGP/CO/3, párrs. 21 y 22); Islas Cook (CEDAW/C/COK/CO/1, párrs. 26); República Árabe Siria (CEDAW/C/SYR/CO/1, párrs. 18 y 19); Pakistán (CEDAW/C/PAK/CO/3, párrs. 30 y 31); Viet Nam (CEDAW/C/VNM/CO/6, párrs. 18 y 19); Uzbekistán (CEDAW/C/UZB/CO/3, párr. 25); Malasia (CEDAW/C/MYS/CO/2, párr. 23); Camboya (CEDAW/C/KHM/CO/3, párrs. 19 y 20);

²⁷⁰ No es raro que algunas personas que han sido víctimas de trata más adelante se impliquen en operaciones de esta

al procedimiento penal normal con la debida atención a las defensas legítimas disponibles²⁷¹. En el caso de un niño víctima de trata implicado en un delito, es particularmente importante prestar la debida atención a la gama completa de derechos que le asisten.

7.4. DETENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA²⁷²

Como se ha señalado en la introducción de la presente sección, las víctimas de la trata de personas a menudo son detenidas. En este contexto, el término «detención» se utiliza de conformidad con su significado aceptado en el derecho internacional: la condición de «toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito»²⁷³. Por consiguiente, puede abarcar una amplia gama de situaciones en las que las víctimas de la trata son retenidas en prisiones, comisarías, centros de detención de inmigrantes, albergues, establecimientos para menores y hospitales. En el contexto de la trata, la detención se produce con mayor frecuencia en las siguientes circunstancias:

- Cuando la víctima no ha sido correctamente identificada y es detenida en calidad de inmigrante irregular o no documentado pendiente de deportación;

índole (por ejemplo, como reclutadores).

²⁷¹ Anne Gallagher y Paul Holmes, «Developing an effective criminal justice response to human trafficking: lessons from the front line», *International Criminal Justice Review*, vol. 18, N° 3, pág. 318.

²⁷² La presente sección se basa en Gallagher y Pearson, *loc. cit.*

²⁷³ Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, resolución 43/173 de la Asamblea General, anexo.

- Cuando la víctima ha sido identificada correctamente pero no está dispuesta o no es capaz de cooperar en las investigaciones penales (o su cooperación no se considera útil) y es enviada a un centro de detención para inmigrantes pendiente de deportación;
- Cuando la víctima, identificada correcta o incorrectamente, es detenida de resultas de su participación en actividades ilícitas como la prostitución o el trabajo no autorizado;
- Cuando la víctima ha sido identificada correctamente y es alojada en un albergue u otro establecimiento social del que no se le permite la salida. Entre las justificaciones más comunes ofrecidas por esta forma de detención figuran la necesidad de dar alojamiento y apoyo, la necesidad de proteger a las víctimas de daños ulteriores y la necesidad de asegurarse la cooperación de la víctima en la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* son explícitos respecto de que la detención de las víctimas de la trata es inapropiada e (implícitamente) ilegal. Con arreglo a esos principios, los Estados deben velar por que las personas víctimas de trata no sean, en ninguna circunstancia, retenidas en centros de detención para inmigrantes o bajo otras formas de custodia (Directrices 2.6 y 6.1).

Ni el Protocolo sobre la trata de personas ni el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos se refieren específicamente a la detención de las víctimas de la trata. Así pues, es importante examinar si el derecho internacional de los derechos humanos ofrece orientación adicional a este respecto. Es evidente que la condición de las personas objeto de trata como víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos es importante. Si una víctima de la trata es caracterizada de uno de esos dos modos, su detención constituiría una clara infracción de las obligaciones de los Estados respecto de las víctimas de delitos y de

graves violaciones de los derechos humanos. Hay dos importantes derechos humanos que también guardan relación directa: el derecho a la libertad de circulación y la prohibición de la detención arbitraria. Estos derechos se examinan con más detalle a continuación.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

El derecho a la libertad de circulación se examina en relación con el Principio 3 y las directrices correspondientes en el contexto de la obligación que tienen los Estados de velar por que las medidas adoptadas para hacer frente a la trata de personas no interfieran con los derechos establecidos. Esta sección debe leerse junto con ese examen, que ofrece detalles adicionales sobre este importante derecho.

A modo de resumen, es importante observar que la libertad de circulación es un derecho humano fundamental protegido por los principales tratados internacionales y regionales de derechos humanos. La única referencia directa a la libertad de circulación en el contexto específico de la trata de personas figura en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*:

[Los Estados deberían considerar la posibilidad de] proteger el derecho de todas las personas a la libertad de desplazamiento y asegurarse de que las medidas contra la trata de personas no lo vulneren (Directriz 1.5).

El análisis correspondiente al Principio 3 y las directrices conexas que, para las personas objeto de trata que se encuentra legalmente dentro del país pertinente, la detención en cualquier tipo de instalación pública o privada en general violaría su derecho a la libertad de circulación. No es tan clara la situación de las personas víctimas de trata que se encuentran ilegalmente dentro del país, ya que los Estados pueden con mayor facilidad alegar justificaciones relacionadas con excepciones permisibles como razones de orden público, seguridad nacional o salud pública.



Esas justificaciones deben ser estudiadas en relación con el fondo. Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 27, las restricciones de ese derecho «deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias [...] y deben ser compatibles con todos los demás derechos»²⁷⁴.

EL DERECHO A LA LIBERTAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA DETENCIÓN ARBITRARIA

La norma jurídica internacional en relación con la libertad y la prohibición de la detención arbitraria está recogida en el artículo 9 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta²⁷⁵.

El derecho a la libertad no es absoluto. El derecho internacional reconoce que los Estados deben poder conservar la capacidad de utilizar medidas que priven a las personas de su libertad. El hecho de la privación de libertad se convierte en problemático en el derecho internacional sólo cuando es ilícito y arbitrario. Los Estados deben asegurarse de definir con precisión aquellos casos en los que la privación de libertad es admisible. El principio de *legalidad* se vulnera cuando alguien es detenido por motivos que no están claramente establecidos en una ley interna o son contrarios a esa ley²⁷⁶.

²⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 27, párr. 11.

²⁷⁵ Pueden encontrarse disposiciones análogas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 5 1); la Carta Africana, art. 6; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.

²⁷⁶ Nowak, *op. cit.*, págs. 211 y 224. Obsérvese que la prohibición de la privación de libertad ilícita o arbitraria también está recogida en otros importantes instrumentos

No basta con que la legislación nacional permita la detención de las víctimas de la trata de personas. La *prohibición de la arbitrariedad* exige tanto que la ley no sea arbitraria como que no se aplique de manera arbitraria. El término «arbitrario» se refiere a elementos de injusticia, imprevisibilidad, irrazonabilidad, capricho y falta de proporcionalidad, así como al principio consuetudinario de las debidas garantías en el proceso judicial²⁷⁷. La privación de libertad prevista en la ley no debe ser manifiestamente desproporcionada, injusta o impredecible. La forma en que se adopta la decisión de privar a alguien de su libertad debe ser susceptible de ser considerada apropiada y proporcional en las circunstancias del caso. Es importante que una detención que no haya sido arbitraria inicialmente pueda convertirse en arbitraria si se prolonga en el tiempo sin la debida justificación²⁷⁸. Tanto para el Comité de Derechos Humanos como para el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, el órgano que se ocupa exclusivamente de esta cuestión, el hecho de mantener a los inmigrantes

de derechos humanos, entre ellos, por ejemplo, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad («los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás [...] no se vean privados de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad» (art. 14.1)). El mismo artículo exige que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a «garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos».

²⁷⁷ *Ibid.*, pág. 225. El Comité de Derechos Humanos ha observado que la detención no sólo debe estar autorizada por la ley, sino que también debe ser razonable y necesaria en todas las circunstancias del caso y ser un medio proporcionado para alcanzar un fin legítimo: *Van Alphen c. Países Bajos*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 305/1988, párr. 5.8; *A. c. Australia*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993, párr. 9.2.

²⁷⁸ Nowak, *op. cit.*, pág. 225.

bajo custodia administrativa prolongada sin posibilidad de recurso administrativo o judicial puede constituir detención arbitraria²⁷⁹. Las Directrices del ACNUR sobre la detención de solicitantes de asilo establecen una presunción contraria a la detención y el requisito de que se estudien en primer lugar otros medios para conseguir resultados lícitos (como la identificación o la protección de las víctimas, entre otros)²⁸⁰.

Por último, el derecho internacional exige a los Estados que se aseguren de que existan las necesarias garantías procesales para identificar y dar respuesta a las situaciones de privación de libertad ilícita o arbitraria. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos especifica varias de esas garantías procesales, entre ellas el derecho de toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida sobre la legalidad de su prisión (art. 9 4)), así como el derecho efectivo a obtener reparación en caso de que haya sido oficialmente detenida o presa (art. 9 5)).

Según este análisis, resulta evidente que la detención de las víctimas de la trata en cárceles, comisarías, establecimientos de detención de inmigrantes, centros sociales o albergues puede constituir privación ilícita de libertad y viola la prohibición de la detención arbitraria. El riesgo de que la detención sea caracterizada como ilícita o arbitraria es particularmente elevado si puede demostrarse que esa detención:

- No está específicamente prevista en la ley o se impone de forma contraria a ésta;
- Está prevista o es impuesta de forma discriminatoria²⁸¹;
- Es impuesta por un período prolongado, indeterminado o indefinido;
- Es injusta, impredecible o desproporcionada;
- No está sometida a revisión judicial o administrativa que confirme su legalidad y que si-gue siendo necesaria en las circunstancias del caso, con la posibilidad de liberación cuando no existan motivos para que continúe.

DETENCIÓN, OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN Y PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO

¿Podría ser la detención necesaria para proteger a las víctimas de nuevos daños? Al estudiar esta cuestión, es importante reconocer que la trata de personas en general sólo es posible y se sostiene mediante el temor, la violencia y la intimidación. A diferencia de muchos otros delitos, la amenaza para la víctima no termina una vez que ha escapado o ha sido rescatada de su situación de explotación. En algunos casos, particularmente cuando la víctima está en contacto con el sistema de justicia penal, la libertad posterior a una situación de trata incluso puede agudizar el riesgo para la seguridad y el bienestar de esa persona²⁸². También los niños pueden enfrentarse a riesgos añadidos.

²⁷⁹ Comisión de Derechos Humanos, resolución 1997/50 sobre la cuestión de la detención arbitraria; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, de deliberación N° 5, situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo (E/CN.4/2000/4, anexo II).

²⁸⁰ ACNUR, Directrices revisadas sobre criterios aplicables y estándares relativos a la detención de solicitantes de asilo (febrero de 1999); pueden consultarse en la dirección <http://www.unhcr.org/refworld>.

²⁸¹ Los motivos de esa discriminación ilícita incluirían los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedades, nacimiento u otra condición, teniendo en cuenta las potenciales limitaciones a los derechos de los no ciudadanos que se han esbozado en la parte 2, sección 1.3. Obsérvese que la detención considerada discriminatoria por razones de discapacidad contravendría, en ausencia de una justificación adecuada, el artículo 14 de la Convención sobre la discapacidad.

²⁸² Véase además UNODC, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.08.V.14), págs. 224 a 240.



La obligación de los Estados de proteger a las víctimas de la trata no debe cumplirse de manera que vulnere otros derechos. A este respecto, conviene señalar que la práctica de la detención de las víctimas a menudo está muy sesgada en relación con el género. Por ejemplo, la inmensa mayoría de las personas objeto de trata retenidas en albergues sociales son mujeres. Una razón para ello es que es más probable que las mujeres y las niñas sean identificadas por los canales oficiales como víctimas de trata y, por consiguiente, tienen más probabilidades que los hombres y los niños de ingresar en los sistemas de protección tanto formales como informales. Los hombres víctimas de trata normalmente son indebidamente identificados como migrantes irregulares, trasladados a centros de detención de inmigrantes y finalmente deportados. Incluso cuando son debidamente identificados como objeto de trata de personas, los varones adultos a menudo no pueden optar por recibir alojamiento y protección, sea público o privado.

A menudo los argumentos que se aducen en favor de la detención de las víctimas, particularmente en albergues o centros sociales, también tienen un gran sesgo de género. Como se ha señalado, la protección frente a un daño mayor es una de las justificaciones que se citan más comúnmente para detener a personas víctimas de trata contra su voluntad. De forma generalizada, se considera que las mujeres víctimas de trata necesitan esta protección mucho más que los hombres en la misma situación. Las mujeres, tanto adultas como menores, también son percibidas como menos competentes para adoptar decisiones acerca de su propia seguridad.

Como se ha señalado en el comentario sobre el Principio 1 y las directrices conexas, la igualdad de trato y la no discriminación por motivos de sexo es un derecho humano fundamental, firmemente reconocido en los principales instrumentos

internacionales y regionales²⁸³. En el contexto actual, si se determina que una situación de detención de víctimas: i) afecta negativamente a los derechos de la persona de que se trata, y ii) está dirigida mayoritariamente y afecta sobre todo a las mujeres y las niñas, debería ser suficiente para respaldar una denuncia de discriminación ilícita por motivos de sexo. Además, como se acaba de señalar, la conclusión de que las leyes o las prácticas de detención discriminan ilícitamente contra las mujeres y las niñas también bastaría para apoyar una denuncia de privación de libertad ilícita o detención arbitraria.

LA SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE TRATA DETENIDOS

En relación con la cuestión de la detención en albergues, es importante reconocer algunas diferencias fundamentales entre los niños y los adultos. Un rasgo crítico de la vulnerabilidad de los niños reside en su falta de poder pleno, tanto de hecho como de derecho²⁸⁴. Esa situación a menudo se ve agravada por la ausencia de los padres o de un tutor legal que pueda actuar siguiendo el interés superior del niño. Esa ausencia es típica en los casos de trata, dado que la separación deliberada de sus padres o tutores es una estrategia común para facilitar la explotación. En algunos casos, los padres o los cuidadores son o han sido cómplices en la trata del niño. Puesto que los niños son más vulnerables que los adultos, la obligación de protegerles de nuevos daños tendrá diferentes repercusiones en lo que a ellos atañe. La liberación prematura de un niño de un albergue u otro lugar de atención seguro, sin una evaluación individual de cada caso (incluida la valoración del riesgo) podría poner gravemente en peligro al niño y exponerle a nuevos daños, inclusive a ser nuevamente objeto de trata.

²⁸³ Véase además parte 1, sección 4.2 *supra*.

²⁸⁴ Este aspecto se reconoce en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula el derecho del niño «a las medidas de protección que su condición de menor requiere» (art. 24).

Por estas razones, las leyes, los principios y las directrices pertinentes hacen hincapié en la importancia de garantizar que se designe al niño un tutor legal que pueda actuar teniendo en cuenta su interés superior a lo largo de todo el proceso hasta que se encuentre y aplique una solución duradera²⁸⁵. Entre las tareas típicas de un tutor figurarían garantizar que el interés superior del niño se mantenga como la consideración primordial en todas las acciones y decisiones adoptadas respecto del niño²⁸⁶; garantizar la prestación de toda la asistencia, el apoyo y la protección necesarios; estar presente durante toda interacción con las autoridades de justicia penal; facilitar la derivación a los servicios apropiados, y ayudar en la búsqueda y la aplicación de una solución duradera²⁸⁷.

²⁸⁵ *Principios y Directrices sobre la trata de personas*; Directrices del UNICEF, especialmente la sección 4.1. Mientras que el Protocolo sobre la trata de personas no se manifiesta este respecto, en el comentario correspondiente se alienta a los Estados Partes a examinar la posibilidad de designar, tan pronto como el niño víctima de la trata sea identificado, un tutor que lo acompañe durante todo el proceso hasta que se haya encontrado y aplicado una solución duradera que tenga presente el interés superior del niño. En la medida de lo posible, la misma persona será asignada al niño víctima a lo largo de todo el proceso: Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 65 a); El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes en su artículo 10 4) que dispongan la representación de un niño identificado como víctima de la trata de personas por «un tutor legal, organización o autoridad, *que actuará teniendo presente el interés superior de ese niño*» (cursivas añadidas). El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general N° 6, afirmó que «el nombramiento de un tutor competente lo antes posible [...] constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia» y recomendó que los Estados designen un tutor en cuanto se identifique a un niño no acompañado por separado de sus padres (párr. 21).

²⁸⁶ El principio del «interés superior del niño» es una doctrina jurídica aceptada en muchos países que ha sido consagrada en el derecho internacional mediante el artículo 3 1) de la Convención sobre los Derechos del niño.

²⁸⁷ Directrices del UNICEF, secc. 4.2; véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6, párr. 33.

Estas consideraciones añadidas no detraen del hecho de que los niños que son internados en un lugar seguro deben ser considerados «detenidos» a los fines de asegurar sus derechos y las obligaciones del Estado hacia ellos. Las normas jurídicas internacionales acerca de la detención de los niños son muy rigurosas y están gobernadas por el principio general del respeto por el interés superior del niño. El rigor de las normas sobre detención de menores refleja el reconocimiento del hecho de que los menores detenidos son sumamente vulnerables al abuso, la victimización y la vulneración de sus derechos. Según lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, ningún niño ha de ser privado de su libertad de manera ilícita o arbitraria (art. 37 b)). Esta prohibición va más allá de la detención penal, para incluir la privación de libertad basada en el bienestar, la salud o la protección del niño. Por consiguiente, guarda relación directa con la situación de los niños víctimas de trata que están detenidos en albergues o centros para menores²⁸⁸. El derecho internacional exige que toda forma de detención de menores sea conforme con la ley, se utilice sólo como medida de último recurso y se imponga durante el período más corto o que sea apropiado²⁸⁹.

²⁸⁸ En las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113 de la Asamblea General, párr. 11 b), se define la privación de libertad como toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. Obsérvese que el Comité de los Derechos del Niño ha rechazado explícitamente la detención de niños necesitados de protección, al considerar que la privación de libertad de los niños que han sido abandonados o víctimas de abusos es equivalente a un castigo para un menor que ha sido víctima de un delito, y no para los autores del delito. Véase además Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores.

²⁸⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 b); Reglas para la protección de los menores privados de libertad, párr. 2; Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6, párr. 61. Véanse también



Además de estipular las circunstancias en las que un niño puede ser detenido, el derecho internacional impone condiciones a la forma que adopta esa detención. Una vez más, el principio fundamental es el respeto del interés superior del niño, incluido el respeto a su humanidad y su dignidad humana²⁹⁰. A continuación se citan algunas normas más detalladas:

- El derecho de los niños detenidos a estar separados de los adultos detenidos, a menos que se considere que ello no redundaría en su mejor interés²⁹¹;
- El derecho del niño detenido a mantener contacto con su familia mediante correspondencia y visitas (salvo en circunstancias excepcionales)²⁹²;
- El derecho del niño detenido a tener acceso rápido a asistencia jurídica y otra asistencia apropiada²⁹³;
- El derecho del niño detenido a interponer recurso contra la legalidad de su privación de libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una decisión rápida al respecto²⁹⁴;

- Apoyo para la recuperación física y psicológica y la reintegración social del niño víctima en un entorno que promueva su salud, su autoestima y su dignidad²⁹⁵;
- El derecho del niño que está recibiendo atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento que se le administra y todas las demás circunstancias relativas a su situación²⁹⁶;
- Cada caso en el que haya un niño privado de su libertad debe ser tratado de manera rápida y sin innecesarias demoras²⁹⁷.

Este análisis confirma la necesidad de velar por que las decisiones que afectan al bienestar y la protección del niño deben hacerse caso por caso y con miras a proteger el interés superior de cada uno de los niños. La detención sistemática de los niños víctimas de trata en establecimientos sociales o albergues no puede justificarse legalmente sobre la base de la protección, el interés superior o ningún otro principio citado en la presente sección.

CONCLUSIONES SOBRE LA DETENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Al evaluar la legalidad de la detención de las víctimas es importante establecer una distinción entre la *detención sistemática*, aplicada generalmente y como cuestión de política, derecho o práctica, y la *detención caso por caso*. El análisis anterior confirma que la detención sistemática de víctimas o presuntas víctimas de trata de personas en establecimientos públicos de detención o centros públicos o privados vulnera varios principios

las observaciones finales del Comité: Países Bajos (CRC/C/15/Add.227, párr. 54); Canadá (CRC/C/15/Add.215, párr. 47).

²⁹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 c).

²⁹¹ *Ibid.*; Reglas para la protección de los menores privados de libertad, párr. 29; Reglas de Beijing, párr. 13.4; Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6, párr. 63.

²⁹² Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 c); Reglas para la protección de los menores privados de libertad, párr. 59; Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6, párr. 63.

²⁹³ Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 8; Directrices del UNICEF, seccs. 3.2 y 3.3; Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6, párr. 63.

²⁹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 d). Véase también Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Canadá (CRC/C/15/Add.215, párr. 47).

²⁹⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39; Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 9 3); Directrices del UNICEF, seccs. 7.1 y 9.1. Véase también Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Nepal (CRC/C/15/Add.261, párr. 96); Myanmar (CRC/C/15/Add.237, párr. 73); Armenia (CRC/C/15/Add.225, párr. 67).

²⁹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 25.

²⁹⁷ Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 8 1) g); Directrices del UNICEF, secc. 2.7.

fundamentales del derecho internacional y debe ser considerada ilícita *prima facie*. En algunas circunstancias, la detención sistemática de las víctimas de la trata viola el derecho a la libertad de circulación y, en la mayoría de las circunstancias, si no en todas, infringe las prohibiciones de privación ilícita de libertad y de detención arbitraria. El derecho internacional prohíbe de manera absoluta la detención discriminatoria de las víctimas, incluida la detención vinculada al sexo de la víctima. La práctica de la detención sistemática de mujeres y niñas en albergues, por ejemplo, es claramente discriminatoria y por consiguiente ilícita. La detención sistemática de niños objeto de trata también es directamente contraria al derecho internacional y no puede justificarse en circunstancia alguna.

Un Estado puede, siguiendo un criterio caso por caso, ser capaz de argumentar con éxito la detención de víctimas aludiendo, por ejemplo, a imperativos de la justicia penal, exigencias del orden público o necesidades de la seguridad de las víctimas. Los principios internacionalmente aceptados de *necesidad, legalidad y proporcionalidad* deben utilizarse para valorar la legalidad de esos argumentos. La aplicación de esos principios, con toda probabilidad, servirían como base para una detención lícita sólo en las situaciones en que la detención se practica como último recurso y en respuesta a amenazas creíbles y específicas contra la seguridad de una víctima concreta. Incluso cuando esas pruebas básicas se satisfacen, debe existir una gama de protecciones que velen por que los derechos de la persona detenida sean respetados y protegidos. Esas medidas incluirían, entre otras, la supervisión judicial de la situación para determinar su viabilidad y sus necesidades sostenidas, y el derecho exigible de recurrir contra el hecho de la detención.

El derecho internacional requiere justificaciones y protecciones especiales en todos los casos de detención de niños. La autoridad responsable debe ser capaz de demostrar que la detención

persigue el interés superior del niño. También debe poder demostrar, en relación con todos y cada uno de los casos, que no existe ninguna alternativa razonable a la detención del menor. Las protecciones específicas, incluida la supervisión judicial administrativa y el derecho de recurso, deben mantenerse en todas las situaciones en las que el hecho de la detención puede justificarse legalmente.

La inacción del Estado en la prevención de la detención ilícita de víctimas por entidades públicas o privadas invoca la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado (véase el análisis relacionado con los Principios 2, 6 y 13 y las directrices correspondientes). Las víctimas pueden tener derecho a reparación, inclusive indemnizaciones, por una detención ilícita. La cuestión de la reparación se examina con mayor detalle en relación con el Principio 17 y las directrices conexas.

7.5. NOTA SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A REPRESENTANTES DIPLOMÁTICOS Y AL APOYO DE ÉSTOS

En la Directriz 6.3 se pide a los Estados y otros agentes que se cercioren «de que se informe a las víctimas de la trata de personas que tienen derecho a ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad». Recomienda que el personal de embajadas y consulados reciba formación adecuada para que atienda las necesidades de información y asistencia de las víctimas de trata.

Como se ha señalado a lo largo de esta sección, la penalización de las víctimas de la trata de personas, inclusive por delitos relacionados con su condición, sigue estando muy generalizada en todas las partes del mundo. El derecho de acceso y apoyo por parte de embajadas y consulados es especialmente importante para las personas objeto de trata que han sido arrestadas, detenidas o acusadas del delito. Con arreglo a la Convención



de Viena sobre Relaciones Consulares, los Estados Partes tienen el deber de ayudar a los no ciudadanos que han sido detenidos a ponerse en contacto con los funcionarios consulares de su país de ciudadanía. En particular:

[s]i el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado (art. 36 1) b)).

La Corte Internacional de Justicia ha examinado en tres ocasiones recientes las repercusiones de este párrafo desde la perspectiva de los derechos individuales²⁹⁸. En el caso *LaGrand*, la Corte afirmó que la Convención de Viena crea un derecho individual a ciertas formas de asistencia consular y no simplemente regula los derechos y deberes de los Estados Partes²⁹⁹. De acuerdo con las disposi-

ciones de este instrumento y sobre la base de este fallo, las personas objeto de trata que han sido arrestadas o detenidas por el país de destino por cualquier razón tienen el derecho a ser informadas de la asistencia consular de su país de ciudadanía y a solicitarla y recibirla. La Convención sobre los trabajadores migratorios también especifica que, cuando se detiene a un trabajador migrante, el personal consular o diplomático de su Estado de origen será informado sin demora acerca del arresto y de los motivos de éste³⁰⁰.

La Directriz 6.3 reconoce implícitamente que un apoyo consular eficaz requiere que el personal consular esté bien informado y comprometido. Es especialmente importante que los funcionarios consulares comprendan el fenómeno de la trata de personas y la forma en que afecta a sus nacionales. Los funcionarios consulares también deben estar al tanto de los derechos de las víctimas de la trata, incluido su derecho a no ser detenidas de forma arbitraria. La no prestación de asistencia consular a la que tiene derecho una persona supone una infracción del derecho internacional que conlleva la responsabilidad jurídica internacional del Estado infractor³⁰¹.

VÉASE ADEMÁS:

- Derecho a reparación: parte 2.4, secciones 17.1 a 17.6
- Detención de niños víctimas de la trata de personas: parte 2.3, sección 10.4
- Libertad de circulación: parte 2.1, sección 3.3

²⁹⁸ Casos *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América)*, solicitud de indicación de medidas provisionales, *ICJ Reports 1998*, pág. 248; *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, Fondo, *ICJ Reports 2001*, pág. 466; *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, Fondo, *ICJ Reports 2004*, pág. 12. Véase también *El derecho a la información sobre la asistencia consultiva en el marco de las garantías del debido proceso legal (Opinión Consultiva) (Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Gobierno de Estados Unidos Mexicanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-16/99 (1997).

²⁹⁹ Caso *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, Fondo, *ICJ Reports 2001*, pág. 466, resumido en Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Progress report of the Special Rapporteur, Mr David*

Weissbrodt, on the rights of non-citizens - United Nations activities (E/CN.4/Sub.2/2002/25/Add.1, párr. 71).

³⁰⁰ Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 16 7) a).

³⁰¹ Véanse los casos *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América)*; *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*; *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*. Véase también John Quigley, «The law of State responsibility and the right to consular access», *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 11 (2003), pág. 39.



PRINCIPIO 8 Y DIRECTRICES CONEXAS: PROTECCIÓN Y APOYO A LAS VÍCTIMAS³⁰²

Los Estados velarán por proteger a las víctimas de la trata de personas de mayor explotación o mayores daños y por que tengan acceso a atención física y psicológica adecuada. La protección y la asistencia no estarán subordinadas a que las víctimas de la trata de personas puedan o quieran cooperar en un procedimiento judicial.

8.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Las víctimas que se liberan de sus tratantes a menudo se encuentran en una situación de gran inseguridad y vulnerabilidad. Pueden encontrarse físicamente heridas así como física y emocionalmente traumatizadas. Pueden sentir temor a las represalias. Es probable que tengan pocos o ningún medio de subsistencia.

El Principio 8 exige al Estado, en primer lugar y sobre todo, que se asegure de que la víctima sea protegida de mayor explotación o mayores daños por parte de los que ya han explotado a esa persona o de cualquier otra persona. También se exige al Estado que proporcione a la víctima atención física y psicológica adecuada para

atender al menos las necesidades inmediatas. Esos requisitos confirman y amplían la obligación del Estado de salvaguardar los derechos humanos de las personas objeto de trata (véase el Principio 1 y las directrices conexas) y de actuar con la debida diligencia para garantizar su seguridad y protección contra nuevos abusos (véase el Principio 2 y las directrices correspondientes). Un aspecto importante es que la prestación de esa atención se considera un derecho no negociable de la víctima, derecho que debe ser reconocido y aplicado con independencia de la capacidad o la voluntad de esa persona para cooperar con las autoridades de la justicia penal en la investigación o el enjuiciamiento de los tratantes.

El Principio 8 hace recaer explícitamente la responsabilidad de proteger y asistir a las víctimas en el Estado. Esa responsabilidad se hace efectiva cuando el Estado sabe o debería saber que una persona que se encuentra en su jurisdicción es víctima de trata. El principio es aplicable a cualquier país en cuyo territorio pueda encontrarse una víctima. Se aplica a todas las personas víctimas de trata, sea nacional o transnacional.

El Principio 8 reconoce que el daño experimentado por las víctimas de la trata de personas no

³⁰² La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 5.

cesa necesariamente cuando tienen conocimiento de él las autoridades nacionales. La corrupción y la complicidad de funcionarios públicos pueden dar lugar a una continuación de la situación de explotación o a la aparición de una nueva. El daño ya provocado a las víctimas puede verse agravado si no se les presta apoyo médico y de otro tipo, o si se vincula la prestación de esos servicios a una obligación de cooperar que las víctimas tal vez no estén dispuestas o sean incapaces de cumplir.

La presente sección considera en primer lugar la obligación de los Estados de separar la protección y el apoyo de la cooperación de las víctimas. Después se examina la cuestión de la protección frente a nuevos daños: ¿qué significa esto en el contexto de la trata de personas? ¿Cuál es el carácter exacto de las obligaciones de protección de los Estados? A continuación se examinan los requisitos establecidos en el Principio 8 de que los Estados deben prestar protección y apoyo a las víctimas. En el examen se considera si existe una obligación jurídica a este respecto y, en caso afirmativo, qué entraña esa obligación en la práctica.

8.2. LA PROTECCIÓN Y EL APOYO A LAS VÍCTIMAS, INDEPENDIEMENTE DE SU COOPERACIÓN

Vincular la asistencia y la protección a la cooperación con los organismos nacionales de justicia penal es una práctica que tiene lugar en todas las regiones del mundo. Los marcos jurídicos y reglamentarios de muchos países condicionan explícitamente cualquier forma de apoyo a la cooperación. En algunos de esos países, el hecho de que una víctima esté dispuesta a cooperar es insuficiente; las autoridades pertinentes deben determinar además la calidad y la utilidad de esa cooperación. Incluso en los escasos países donde la asistencia incondicional está garantizada por la ley, las víctimas aún tienden a ser

presionadas para que faciliten información y testimonio³⁰³.

Este planteamiento hace surgir numerosos problemas. Como se detalla en otro lugar del presente *Comentario*, las víctimas de la trata de personas tienen el derecho legal de recibir asistencia acorde a su condición de víctimas de delitos y víctimas de violaciones de los derechos humanos (véase el examen correspondiente al Principio 7 y las directrices correspondientes). Los Estados tienen la correspondiente obligación de prestar esa asistencia. Imponer condiciones a la prestación de asistencia supone pasar por alto el carácter jurídico tanto del derecho como de la obligación.

Otros problemas tienen un carácter más práctico. Vincular el apoyo a las víctimas a la cooperación refleja la importancia ampliamente reconocida de la información y el testimonio de las víctimas para conseguir acusaciones formales contra los tratantes. Sin embargo, una víctima obligada a prestar testimonio probablemente no sea un testigo sólido, especialmente en el probable caso de que esta persona siga padeciendo un trauma físico o psicológico o tema las represalias. Cabe esperar que la asistencia condicional agudice los altos niveles de desconfianza que tal vez existan ya entre las víctimas y los agentes encargados de hacer cumplir la ley. La condicionalidad de la asistencia también puede servir para disminuir la credibilidad de la víctima, lo que se evitaría si todas las víctimas identificadas recibieran un grado equiparable de asistencia y apoyo.

Separar la protección y el apoyo de la cooperación de las víctimas es un pilar fundamental del enfoque de derechos humanos en la trata de personas. El requisito de que la protección y el apoyo no estén condicionados a la capacidad o la volun-

³⁰³ Véanse, por ejemplo, los estudios de casos en *Global Alliance against Trafficking in Women, Collateral Damage: the Impact of Anti-Trafficking Measures on Human Rights around the World* (2007).



tad de una persona objeto de trata a cooperar en los procedimientos legales contra sus explotadores se refleja una y otra vez a lo largo de los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*. En relación con el alojamiento de las víctimas, por ejemplo, la Directriz 6.1 afirma que ese alojamiento «no debe estar subordinado a que las víctimas estén dispuestas a rendir testimonio en un proceso penal».

El Protocolo sobre la trata de personas no hace alusión específica alguna a esta cuestión. Las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo, en cambio, afirman que el apoyo y la protección no se condicionarán a la capacidad o la voluntad de la víctima de cooperar en procedimientos penales (párr. 62). En la nota 23, la Guía cita los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* para apoyar esa afirmación. Más recientemente, el órgano establecido para formular recomendaciones acerca de la aplicación efectiva del Protocolo ha afirmado también que los Estados Partes deben garantizar que las víctimas reciban apoyo y protección inmediatos, con independencia de su participación en el proceso de justicia penal³⁰⁴.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos es más explícito en cuanto a la necesidad de separar la protección del apoyo de la cooperación en los procesos legales. Los Estados Partes en el Convenio:

adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no quede subordinada a su voluntad de actuar como testigo (art. 12 6)).

El Informe Explicativo del Convenio confirma que los redactores pretendieron que esta disposición se refiriese tanto a las investigaciones como a los procesos penales (párr. 168). Sin embargo, el Informe también destaca el hecho de que en la legislación de muchos países es obligatorio dar pruebas si éstas se exigen. En esas circunstancias,

no sería posible apoyarse en la disposición citada, o en las disposiciones que ordenen un «período de reflexión y recuperación» (véase la sección 8.6 *infra*) si la víctima se niega a actuar como testigo cuando esté legalmente obligada a hacerlo (párrs. 170 y 176).

Mientras que la práctica de los Estados aún lleva cierto retraso, la posición adoptada por el Convenio Europeo sobre la trata de personas es una prueba incipiente de la tendencia hacia el reconocimiento de la necesidad de desvincular la protección y el apoyo a las víctimas de la cooperación de éstas, en particular durante el período que sigue inmediatamente a la identificación, es decir, cuando previsiblemente las víctimas son más vulnerables. Varios órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados, incluido el Comité contra la Tortura, han señalado la importancia de prestar asistencia exclusivamente sobre la base de la necesidad³⁰⁵; otros también han expresado su preocupación ante el hecho de que se subordine la concesión de permisos de residencia a la cooperación de las víctimas³⁰⁶.

³⁰⁵ Por ejemplo, en sus observaciones finales de 2008 sobre el informe de Australia, el Comité contra la Tortura pidió que el Estado Parte «adoptase medidas efectivas para prevenir y sancionar la trata de personas y prestara servicios de recuperación a las víctimas con arreglo a la necesidad, *con independencia de que colaboren con los investigadores*» (cursivas añadidas) (CAT/C/AUS/CO/1, párr. 32). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus observaciones finales sobre el informe de los Países Bajos, pidió al Estado Parte «que disponga la prórroga de visados de protección temporales y proporcione servicios de reintegración y apoyo para todas las víctimas de la trata, incluso las que no pueden o no quieren cooperar en la investigación y el procesamiento de los traficantes» (CEDAW/C/NLD/CO/4, párr. 24).

³⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Bélgica (CCPR/CO/81/BEL, párr. 15); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Francia (CEDAW/C/FRA/CO/6, párrs. 30 y 31); Australia (CEDAW/C/AUL/CO/5, párr. 21). Véase también A/63/215: «Las medidas de protección y apoyo a las víctimas, comprendida la concesión de permisos de residencia o de estancia, no deberían estar supeditadas a condiciones ni depender de la capacidad o la voluntad de la víctima para colaborar en la investigación o en el procesamiento de los tratantes» (párr. 62).

³⁰⁴ A/63/215, anexo I, párr. 12.

La aceptación creciente de la importancia de un «período de reflexión y recuperación», durante el cual se ofrece a la víctima el espacio, la asistencia, la información y el apoyo que se permitirán tomar una decisión informada sobre lo que debe hacer a continuación, da nuevas pruebas del valor que tiene distinguir la asistencia inmediata de la decisión de la víctima de cooperar. Este concepto se examina en mayor detalle en la sección 8.6 *infra*.

8.3. PROTECCIÓN FRENTE A DAÑOS MAYORES

El delito de trata de personas sólo es posible y se mantiene porque en él se practican elevados niveles de violencia e intimidación. A diferencia de muchos otros delitos, la amenaza para la víctima no termina una vez que ha escapado o ha sido rescatada de una situación delictiva. En algunos casos, por ejemplo en aquellas situaciones en las que la víctima está en contacto con el sistema de justicia penal, la libertad de una situación de trata en realidad puede aumentar los riesgos para la seguridad y el bienestar de esa persona, como ya se ha dicho. Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* aluden específicamente (en el Principio 8) a la responsabilidad de los Estados de «proteger a las víctimas de la trata de personas de mayor explotación y mayores daños» (véase también el Principio 2), así como a la necesidad de que los Estados y otros agentes se aseguren de que las personas objeto de trata sean efectivamente protegidas de daños, amenazas o intimidación por parte de los tratantes y personas asociadas a ellos.

¿Qué dicen los principales tratados acerca de la protección frente a mayores daños? El Protocolo sobre la trata de personas exige a todos los Estados Partes que se esfuercen «por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio» (art. 6 5)). Mientras que esta disposi-

ción se ve limitada por el carácter no vinculante de la obligación y la referencia concreta a la seguridad física, no obstante obliga a los Estados Partes a adoptar al menos algunas medidas que supongan un «esfuerzo» por proteger la seguridad³⁰⁷. Es importante señalar que las disposiciones del Protocolo a este respecto complementan las disposiciones más estrictas en relación con la protección de las víctimas que figuran en su instrumento principal, la Convención contra la Delincuencia Organizada. Las disposiciones pertinentes de la Convención exigen a los Estados Partes que protejan a los testigos contra eventuales actos de represalia o intimidación (art. 24). También exigen que los Estados Partes adopten las medidas apropiadas dentro de sus posibilidades, «para prestar asistencia y protección a las víctimas de [la trata], en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación» (art. 25) (Directriz 6.6).

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos contiene una obligación general para los Estados Partes para que tengan en cuenta «de forma adecuada las necesidades en materia de seguridad y protección de las víctimas» (art. 12 2))³⁰⁸. Este requisito se ve complementado por una disposición detallada en la que se exponen las medidas concretas que deben aplicarse para proporcionar a las víctimas y otros (incluidos los testigos y los organismos de apoyo a las víctimas) una «protección efectiva y adecuada» frente a las posibles represalias o intimidaciones, especialmente durante las investigaciones y acciones judiciales contra los autores, o con posterioridad a las mismas (art. 28). El Protocolo facultativo relativo a la venta de niños también contiene disposiciones específicas

³⁰⁷ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 59.

³⁰⁸ Obsérvese que esta disposición también se aplica a las víctimas que sólo han sido identificadas como tales a título provisional: art. 10 2).



sobre la protección frente a mayores daños que se aplicarían a ciertos niños víctimas de trata (art. 8 1) f) y 5)).

En el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado recientemente la cuestión de la protección en relación con los casos de trata de personas tanto reales como potenciales. El Tribunal afirmó que para que una obligación positiva de adoptar medidas operativas [como la de protección] surjan en el contexto de un caso particular, es preciso demostrar que las autoridades del Estado conocían, o debían haber conocido, las circunstancias que den lugar a una sospecha creíble de que una persona identificada había estado o estaba en peligro real e inmediato de ser objeto de trata o explotación en el sentido del artículo 3 a) del Protocolo de Palermo y del artículo 4 a) del Convenio sobre la lucha contra la trata de personas. En el caso de que la respuesta sea afirmativa, se estará produciendo una violación del artículo 4 del Convenio respecto de la cual las autoridades no toman medidas apropiadas en el ámbito de sus facultades para sacar a esa persona de dicha situación o dicho riesgo (párr. 286).

Varios instrumentos y documentos no vinculantes apoyan la obligación de proteger a las víctimas de la trata de personas frente a daños mayores. Diversas resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos) han pedido a los gobiernos que garanticen la «protección» de las víctimas de la trata³⁰⁹ y, más recientemente,

³⁰⁹ Consejo de Derechos Humanos, resolución 7/29 sobre los derechos del niño, párr. 36 («Exhorta a todos los Estados a que [...] atiendan efectivamente a las necesidades de las víctimas de la trata [...] incluidas su seguridad y protección»); resolución 61/144 de la Asamblea General, párr. 19 («Invita a los gobiernos a que adopten medidas para que en los procedimientos de justicia penal y en los programas de protección de testigos se tengan muy en cuenta la situación particular de las mujeres y las niñas que son víctimas de la trata [...] y a que velen por que

han definido la obligación de prestar esa protección³¹⁰. El Comité de Derechos Humanos ha hecho repetidos llamamientos en relación con la protección de las víctimas para que éstas puedan prestar testimonio contra los autores de delitos de trata de personas³¹¹.

El contenido preciso de la obligación de proteger de daños mayores dependerá de las circunstancias de cada caso. La norma de la diligencia debida, examinada en diversos lugares del presente *Comentario*, sin duda exigirá que los Estados adopten medidas razonables con ese fin. En la mayoría de las situaciones, una protección razonable frente al daño exigirá una acción positiva e inmediata por parte del Estado de trasladar a la persona objeto de trata fuera del lugar de explotación a un lugar seguro. También es probable que la protección frente a daños mayores exija prestar atención a las necesidades médicas inmediatas de la víctima.

[durante el proceso de justicia penal] tengan acceso a [...] protección»); Comisión de Derechos Humanos, resolución 2005/44 sobre los derechos del niño, párr. 32; resolución 59/166 de la Asamblea General, párr. 17; resolución 2004/45 de la Comisión de Derechos Humanos, Trata de mujeres y niñas, párr. 10 («Exhorta a los gobiernos a que tipifiquen como delito la trata de personas [...] velando al propio tiempo por que se proporcione protección y asistencia a las víctimas de la trata»), y resolución 58/137 de la Asamblea General, párr. 6 («Invita asimismo a los Estados Miembros a que [...] adopten medidas para [...] proporcionar asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas») y párr. 7 («Invita además a los Estados Miembros a que, cuando proceda, elaboren directrices para la protección de las víctimas de la trata antes, durante y después de las actuaciones penales»).

³¹⁰ Véase, por ejemplo, la resolución 61/180 de la Asamblea General, preámbulo («los Estados Miembros tienen la obligación de ofrecer protección a las víctimas»).

³¹¹ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Kosovo (Serbia) (CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 16); Brasil (CCPR/C/BRA/CO/2, párr. 15); Eslovenia (CCPR/CO/84/SVN, párr. 11); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 21); Kenya (CCPR/CO/83/KEN, párr. 25); Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 15); Serbia y Montenegro (CCPR/CO81/SEMO, párr. 16); Letonia (CCPR/CO/79/LVA, párr. 12); Federación de Rusia (CCPR/CO/79/RUS, párr. 10); Eslovaquia (CCPR/CO/78/SVK, párr. 10).

Tal vez sea preciso llevar a cabo una evaluación del riesgo para determinar si las víctimas están particularmente expuestas a la intimidación o las represalias. La evaluación del riesgo debe tener en cuenta el perfil particular de la persona objeto de trata y también debe ser apropiada a la situación. Por ejemplo, la naturaleza y el grado de cualquier riesgo que corre una persona objeto de trata puede cambiar si esa persona decide ponerse en contacto con un agente de la ley, participa como testigo en un juicio penal o se niega a hablar o a actuar como testigo, por ejemplo. Las medidas destinadas a proteger a las víctimas de daños mayores deben utilizarse sólo con consentimiento de su beneficiario³¹².

Los fines de la protección también cambiarán según la etapa en la que surja esta cuestión. La obligación inmediata de proteger de daños mayores guarda relación, naturalmente, con la víctima. No obstante, una vez que intervienen los organismos de justicia penal, la obligación se extenderá naturalmente a otros que podrían sufrir daños o ser objeto de intimidación por los tratantes y sus cómplices. Además de las víctimas, esa lista podría incluir a los informantes, los testigos, los proveedores de servicios de apoyo a las víctimas de la trata y los miembros de la familia³¹³.

Por último, es importante reconocer que los agentes del Estado pueden ser fuente de nuevos daños a una víctima de la trata. Un ejemplo de esos daños son las agresiones sexuales a las personas detenidas que han sido víctimas de trata por par-

te de agentes del orden. La Asamblea General ha reconocido recientemente este fenómeno y ha pedido a los Estados que sancionen a las personas con autoridad que sean culpables de agredir sexualmente a las víctimas de trata que se encuentren bajo su custodia³¹⁴.

La cuestión de la protección frente a daños mayores se examina con mayor detalle en el presente *Comentario* en el contexto de la repatriación de las víctimas de la trata (véase la sección 11.2) y los menores víctimas de trata (véase la sección 10.4).

8.4. INTIMIDAD Y PROTECCIÓN FRENTE A DAÑOS MAYORES

La protección frente a daños mayores está inextricablemente vinculada a la protección de la intimidad de la persona objeto de la trata. Si no se protege la intimidad puede aumentar el peligro de intimidación y represalia. Puede provocar humillación y daño a las víctimas y poner en peligro su recuperación. Además, debido a la vergüenza y la estigmatización que a menudo lleva asociada la trata de personas, tanto para la víctima como para su familia, es indispensable proteger la intimidad de las víctimas con el fin de preservar sus oportunidades de reintegración social en su país de origen o en el país de acogida³¹⁵.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* abordan esta cuestión vinculándola directamente a la necesidad de velar por que las personas víctimas de trata sean protegidas de sus explotadores:

no debería revelarse en público la identidad de las víctimas de la trata de personas y habría que respetar y proteger su privacidad en toda la medida de lo posible, teniendo en cuenta al

³¹² Mientras que el Protocolo sobre la trata de personas no es específico a este respecto, el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos afirma explícitamente que el consentimiento respecto de las medidas de protección es indispensable salvo en circunstancias extremas como una emergencia en la que la víctima es físicamente incapaz de dar su consentimiento: Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 289.

³¹³ Véase, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 28.

³¹⁴ Resolución 63/156 de la Asamblea General, párr. 11.

³¹⁵ Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 138.



mismo tiempo el derecho de los acusados a un juicio imparcial (Directriz 6, párr. 6)³¹⁶.

El Protocolo sobre la trata de personas exige que los Estados Partes protejan la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas «cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno» (art. 6). El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos establece la obligación general de proteger «la vida privada y la identidad de las víctimas», y establece medidas específicas para alcanzar ese objetivo, entre ellas el establecimiento de normas para el almacenamiento de datos de carácter personal y la garantía de que los medios de comunicación respeten la intimidad y la identidad de las víctimas (art. 11). La norma es más estricta cuando se trata de niños. La Convención de la SAARC también especifica que las autoridades judiciales deben proteger la confidencialidad de los niños y mujeres víctimas de la trata cuando juzguen delitos de trata de personas (art. V). La cuestión de la intimidad en el contexto particular de los niños víctimas de trata se examina con mayor detalle en relación con el Principio 10 y las directrices conexas.

Estas disposiciones indican sin lugar a dudas que la protección de la intimidad debe extenderse a todas las personas víctimas de trata, a menos que haya motivos razonables que justifiquen la interferencia con su intimidad. Las justificaciones razonables deben tener en cuenta los derechos de las personas acusadas a un juicio imparcial³¹⁷. La posibilidad de un conflicto entre

³¹⁶ La Directriz 6 también reconoce los importantes obstáculos prácticos a que se enfrentan los organismos encargados de hacer cumplir la ley en la protección de la intimidad de las víctimas: «Habría que advertir plenamente y con antelación a las víctimas de la trata de personas de las dificultades que entraña proteger su identidad y no habría que dejar que se formaran expectativas falsas o poco realistas en cuanto a las posibilidades de los agentes del orden a este respecto».

³¹⁷ *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 6.6; Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 54.

el derecho de la víctima a la intimidad y el derecho de las personas acusadas a un juicio imparcial se examina detalladamente más adelante (Principio 13 y directrices correspondientes).

8.5. ATENCIÓN Y APOYO FÍSICO Y PSICOLÓGICO

Según el Principio 8, los Estados deben velar por que las víctimas de la trata *tengan acceso a atención física y psicológica adecuada*. El Principio está complementado por varias directrices que se centran en elementos concretos de esa atención y ese apoyo. Las Directrices 6.1 y 6.2, por ejemplo, piden a los Estados y otros agentes que se cercioren, en asociación con las ONG, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a «alojamiento seguro y adecuado» y a «atención primaria de salud y a atención psicológica».

El Principio 8 y las Directrices antes citadas deben leerse teniendo en cuenta el principio superior que sitúa la protección de los derechos humanos en el centro de toda medida adoptada para prevenir y poner fin a la trata de personas. Este planteamiento exige que los Estados velen por que los derechos de las personas víctimas de la trata sean protegidos y respetados. En el contexto que nos ocupa, el derecho al máximo grado posible de salud física y mental³¹⁸ y el derecho a alimentos, vestido y vivienda

³¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 12; Convención sobre los trabajadores migratorios, art. 28; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 e) iv); Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho a la salud de todas las personas, incluidos los grupos especialmente vulnerables como los solicitantes de asilo y los inmigrantes ilegales: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

apropiados³¹⁹ son especialmente pertinentes. También es importante tener presente que ciertas víctimas de la trata pueden tener derechos especiales relacionados con su condición. Por ejemplo, tal y como se examina con mayor detalle más adelante en relación con el Principio 10 y las directrices correspondientes, los Estados tienen obligaciones concretas añadidas en materia de atención y apoyo a los niños víctimas de la trata. La prohibición de la discriminación por motivos de sexo es especialmente pertinente cuando se estudia el acceso al apoyo y la asistencia. Las mujeres víctimas de trata son víctimas de la violencia por razones de género y por tanto tienen derecho a acceder al apoyo y la asistencia por este motivo, además de por su condición de víctimas de la trata³²⁰. Las personas con discapacidad que son víctimas de la trata también tendrán derecho a un nivel de protección y de apoyo que reconozca su discapacidad³²¹.

³¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 e) iii); Protocolo sobre la trata de personas, art. 6 3) a); Convención sobre los Refugiados, art. 21; Protocolo sobre los derechos de la mujer en África, arts. 15 y 16; Convención de la SAARC, art. IX 3); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 24 f) iii); Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 125 a).

³²⁰ Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 24 b): «[D]ebe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados». Véase también el art. 4 g) de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que prevé asistencia especializada para las mujeres objeto de violencia, como «servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y [...] demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica». Véanse también la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párrs. 99, 106, 107, 122, 125 y 130; y Documento Final de Beijing +5, párr. 97 c).

³²¹ Véase en general la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La naturaleza de la obligación de los Estados de proporcionar atención y apoyo a las víctimas de la trata también está inextricablemente ligada a su condición de víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos. Esa condición, como ya se ha señalado, da a esas víctimas el derecho a ser tratadas con humanidad y con respeto a su dignidad y sus derechos humanos, así como a beneficiarse de medidas que velen por su bienestar e impidan que vuelvan a convertirse en víctimas³²². De manera más específica, las víctimas de delitos tienen derecho a recibir «la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos»³²³.

Los principales tratados relacionados con la trata de personas establecen diversas normas en relación con la atención y el apoyo a las víctimas. El Protocolo sobre la trata de personas exige que los Estados Partes examinen la posibilidad de:

aplicar medidas destinadas a prevenir la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de: a) alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material, y d) oportunidades de empleo, educación y capacitación. (art. 6 3)).

Las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo señalan que esas medidas de apoyo

³²² Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparación, párr. 10.

³²³ Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, párr. 14.



tienen por objeto reducir el sufrimiento y los daños causados a las víctimas y ayudar en su recuperación y rehabilitación. Señala además que, si bien no son obligatorias, la aplicación de esas disposiciones puede acarrear importantes beneficios, por ejemplo, aumentando la probabilidad de que las víctimas cooperen en las investigaciones y las actuaciones penales, y previniendo mayores daños, como que vuelvan a ser víctimas de la trata. Aunque esos requisitos no son vinculantes, los Estados Partes deben estudiar la posibilidad de aplicarlos y se les insta a hacerlo en la mayor medida posible, dentro de las limitaciones de recursos, entre otras (párr. 62).

Los requisitos del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos en lo que atañe al apoyo y la asistencia a las víctimas son mucho más estrictos que los del Protocolo. Reflejan cabalmente la prioridad que asignan a esta cuestión los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*. Los Estados Partes en el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos deben proporcionar a todas las víctimas que se encuentren dentro de sus respectivos territorios una serie de mecanismos diseñados para ayudar a las víctimas en su recuperación física, psicológica y social. Esa asistencia también debe extenderse a las personas que han sido provisionalmente identificadas como víctimas y, lo que es fundamental, no pueden reservarse exclusivamente a aquellas que han convenido en actuar como testigos (arts. 10 2) y 12 6)). Debe incluir, como mínimo, alojamiento adecuado y seguro, apoyo psicológico y asistencia material en el nivel de subsistencia, acceso a tratamiento médico de urgencia, servicios de traducción e interpretación, asesoramiento e información, asistencia con los procedimientos judiciales y, en el caso de los niños, acceso a la educación (art. 12 1)). Se prevén disposiciones añadidas para las víctimas que se encuentran legalmente en el territorio del Estado Parte (art. 12 3) y 4)). La Convención de la SAARC pide a los Estados Partes que creen hogares y albergues de protección para la rehabilitación de las víctimas y que dispongan lo necesario para que las

víctimas cuenten con asesoramiento jurídico, atención psicológica y asistencia sanitaria (art. IX 3)).

Los acuerdos y declaraciones normativas de rango regional sin fuerza jurídica obligatoria afirman la importancia de velar por que las víctimas de la trata de personas reciban apoyo y asistencia. En Europa, esos documentos incluyen el Plan de la UE sobre mejores prácticas³²⁴, la Opinión de octubre de 2005 del Grupo de Expertos de la Comisión Europea³²⁵, la Opinión de mayo de 2004 del Grupo de Expertos de la Comisión Europea³²⁶, el Plan de Acción de la OSCE³²⁷ y la Declaración de Bruselas³²⁸. En África, incluyen el Plan de Acción de Uagadugú³²⁹, la Declaración sobre la Trata de Personas de la CEDEAO³³⁰ y el Plan de Acción Inicial de la CEDEAO³³¹. En América Latina, incluyen las Recomendaciones de la OEA sobre la Trata de Personas³³² y la resolución 2348 de la Asamblea General de la OEA³³³. En Asia, el Memorando de Entendimiento

³²⁴ Plan de la UE sobre mejores prácticas, párr. 4 vii).

³²⁵ Grupo de Expertos en la trata de seres humanos de la Comisión Europea, Opinión de 11 de octubre de 2005 en relación con la conferencia «Tackling human trafficking: Policy and best practices in Europe» y la documentación conexas, 2.

³²⁶ Grupo de Expertos sobre trata de seres humanos de la Comisión Europea, Opinión de 18 de mayo de 2004 sobre el período de reflexión y el permiso de residencia para las víctimas de la trata de seres humanos, párr. 3.

³²⁷ Plan de Acción de la OSCE, secc. V.

³²⁸ Declaración de Bruselas, párr. 13.

³²⁹ Plan de Acción de Uagadugú, págs. 1 y 2.

³³⁰ Declaración de la CEDEAO sobre la Trata de Personas, párr. 4 y 5.

³³¹ Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, págs. 4 y 5.

³³² Recomendaciones de la OEA sobre la Trata de Personas, secc. IV 1) y 2).

³³³ OEA, Esfuerzos de Cooperación Hemisférica para Combatir la Trata de Personas y II Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas, adoptado en la cuarta sesión plenaria, 5 de junio de 2007, AG/RES. 2348 (XXXVII O/07), preámbulo, párr. 1.

de la COMMIT sobre la cooperación contra la trata de personas en la subregión del Gran Mekong obliga a los Estados a proporcionar a todas las víctimas de trata alojamiento y un apropiado apoyo físico, psicosocial, jurídico, educativo y de salud³³⁴. El Memorando de Entendimiento entre los Gobiernos de Tailandia y Camboya exige a las partes que proporcionen a los niños y mujeres víctimas de la trata, y a su familia inmediata, en su caso, un alojamiento seguro, atención de salud, acceso a asistencia jurídica y otras ayudas necesarias para su protección (art. 9)³³⁵.

Algunas resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos piden que se preste atención física y psicológica a las víctimas de la trata³³⁶. Varios órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados han recomendado que se preste atención y apoyo físico y psicológico, en concreto programas de rehabilitación³³⁷ y

reintegración³³⁸; atención médica³³⁹; asesoramiento psicológico³⁴⁰; centros de crisis y líneas telefónicas especiales³⁴¹, y casas y albergues seguros³⁴². La Relatora Especial sobre la trata de personas se ha referido repetidas veces al Principio 8 en sus comunicaciones a los Estados³⁴³.

PRESTACIÓN DE ATENCIÓN Y APOYO SIN COACCIÓN

El enfoque de derechos humanos exige prestar atención y apoyo de manera informada y no coercitiva. Por ejemplo, las víctimas de la trata deben recibir información acerca de sus derechos de modo que puedan adoptar una decisión informada. Como ya se ha dicho, el apoyo y la atención no pueden supeditarse a la cooperación con las autoridades de justicia penal. Las víctimas también deben tener la posibilidad de rechazar la atención y el apoyo. No deben ser obligadas a aceptar o recibir asistencia.

³³⁴ Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párrs. 17 y 18.

³³⁵ El Memorando de Entendimiento entre los Gobiernos de Tailandia y la República Democrática Popular Lao exige a las partes que presten asistencia jurídica, atención sanitaria y otras medidas precisas para proteger a las víctimas y sus familias: Memorando de Entendimiento Tailandia-República Democrática Popular Lao, art. 8.

³³⁶ Resolución 7/29 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 36; resoluciones 61/180 (párr. 9), 61/144 (párrs. 15 y 17), 59/166 (párrs. 13 y 15) y 58/137 (párr. 6) de la Asamblea General, y resoluciones 2005/44 (párr. 32) y 2004/45 (párr. 2) de la Comisión de Derechos Humanos.

³³⁷ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: República Checa (CCPR/C/CZE/CO/2, párr. 12); Eslovenia (CCPR/CO/84/SVN, párr. 11); Federación de Rusia (CCPR/CO/79/RUS, párr. 10); Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Nepal (CRC/C/15/Add.261, párr. 89); Myanmar (CRC/C/15/Add.237, párr. 73); Armenia (CRC/C/15/Add.225, párr. 67); Comité contra la Tortura, observaciones finales: Indonesia (CAT/C/IDN/CO/2, párr. 20); ex República Yugoslava de Macedonia (CAT/C/MKD/CO/5, párr. 22); Estonia (CAT/C/EST/CO/4, párr. 18); Letonia (CAT/C/LVA/CO/2, párr. 21); Ucrania (CAT/C/UKR/CO/5, párrs. 14 y 24); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Bolivia (CEDAW/C/BOL/CO/4, párr. 28); Paraguay

(CEDAW/C/PAR/CC/3-5, párr. 29).

³³⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Brasil (CEDAW/C/BRA/CO/6, párr. 24); Filipinas (CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 20); China (CEDAW/C/CHN/CO/6, párr. 20).

³³⁹ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Kosovo (Serbia) (CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 16); Comité contra la Tortura, observaciones finales: Indonesia (CAT/C/IDN/CO/2, párr. 20); Ucrania (CAT/C/UKR/CO/5, párrs. 14 y 24); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Irlanda (CEDAW/C/IRL/CO/4-5, párr. 31).

³⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Kosovo (Serbia) (CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 16); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Irlanda (CEDAW/C/IRL/CO/4-5, párr. 31).

³⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Armenia (CRC/C/15/Add.225, párr. 67).

³⁴² Comité contra la Tortura, observaciones finales: Japón (CAT/C/JPN/CO/1, párr. 8); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Irlanda (CEDAW/C/IRL/CO/4-5, párr. 31).

³⁴³ E/CN.4/2006/62/Add.1, párrs. 21 (Camboya), 50 (India), 66 (Israel) y 76 (República Popular Democrática de Corea).



Esta posición está respaldada por la Directriz 6.2 que afirma, en relación con la atención de salud y el asesoramiento psicológico, que «no debe exigirse a las víctimas de la trata de personas que acepten esa atención o asistencia ni obligarlas a hacerse análisis para determinar si padecen enfermedades, incluido el VIH/SIDA». El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos va aún más allá: exige, en relación con todas las medidas de asistencia previstas en el instrumento, que los Estados Partes se cercioren de que los servicios pertinentes «se presten desde una base de consenso e información, que tenga en cuenta de forma adecuada las necesidades específicas de las personas en situación vulnerable y los derechos de los niños en materia de alojamiento, educación y atención sanitaria adecuados» (art. 12 7)). El Informe Explicativo del Convenio alude específicamente a la cuestión de las pruebas médicas y señala que las víctimas deben tener la oportunidad de prestar su acuerdo para la detección de enfermedades como el VIH/SIDA para que las pruebas sean lícitas (párr. 171).

En su Observación general N° 3 (2003), el Comité de los Derechos del Niño afirmó que los Estados «deben en toda circunstancia abstenerse de imponer pruebas de detección del VIH/SIDA a los niños y velar por su protección contra esas medidas. Aunque la etapa de desarrollo en que se halle el niño o la niña determinará si se requiere su consentimiento directamente o el de su padre o madre, o tutor, los Estados Partes deben velar [...] por que, antes de que se lleve a cabo ninguna prueba de detección del VIH [...] se sopesen los riesgos y las ventajas de dicha prueba para que se pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa» (párr. 23). La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer también ha recomendado que sólo se realicen las pruebas de detección del VIH si así lo solicita la persona interesada³⁴⁴. El principio

de no coacción también está respaldado por la Declaración de Bruselas, que prohíbe la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH/SIDA y recomienda que la prestación de apoyo se realice de forma consensuada y plenamente informada (párr. 13).

Es importante observar que en este ámbito, como en otros, las circunstancias del caso pueden exigir que se sopesen distintos derechos y responsabilidades. En el caso de los niños víctimas de la trata, por ejemplo, la aplicación del principio del interés superior del niño (examinado con más detalle en relación con el Principio 10 y las directrices conexas) puede exigir la prestación de servicios como alojamiento y tratamiento médico sin consentimiento previo.

8.6. PERÍODOS DE REFLEXIÓN Y RECUPERACIÓN

Cada vez más Estados están estudiando la posibilidad de ofrecer un «período de reflexión» a las víctimas de la trata, proporcionarles tiempo y espacio para decidir acerca de sus opciones, incluso la de si van a cooperar con los organismos de justicia penal en el enjuiciamiento de sus explotadores. Aunque el concepto del período de reflexión ha surgido con posterioridad a los *Principios y Directrices*, esta innovación a todas luces supone un avance para alcanzar su objetivo de velar por que las personas objeto de trata estén en condiciones de adoptar una decisión libre e informada sobre la posibilidad de cooperar, sin la presión de que la asistencia esté supeditada a que lo hagan.

El concepto de reflexión y recuperación surgió en Europa occidental. Fue el objeto de una Directiva de la UE de abril de 2004 y se incorporó al derecho internacional por conducto del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos. En el modelo europeo, se concede a las víctimas que se encuentran irregularmente en un Estado (y las

³⁴⁴ E/CN.4/2000/68, párr. 116 c).

que razonablemente pueden ser consideradas presuntas víctimas) un período de gracia, denominado «de reflexión», que les permite recuperarse y escapar a la influencia de los tratantes, de modo que puedan tomar una decisión informada sobre si cooperan con los organismos de justicia penal en la investigación y enjuiciamiento de sus explotadores. Según el Informe Explicativo del Convenio, la convalecencia de las víctimas entraña, por ejemplo, la curación de lesiones y la convalecencia después de padecer agresiones físicas, junto con la recuperación de un grado mínimo de estabilidad psicológica (párr. 173). Es importante señalar que la concesión del período de reflexión con arreglo al Convenio Europeo no está supeditada a la futura cooperación con las autoridades de justicia penal.

El período de reflexión debe estar ordenado por la ley y durar al menos 30 días. Durante ese tiempo, las víctimas y presuntas víctimas no deben ser expulsadas del territorio del Estado Parte y tienen derecho a las medidas de protección, asistencia y apoyo previstas en el Convenio. Hay, no obstante, varias salvedades importantes. El período de reflexión puede ser denegado o interrumpido por motivos de orden público o si se concluye que la condición de víctima se ha solicitado indebidamente. Además, la concesión de un período de reflexión no puede servir como argumento para que la persona se niegue a prestar testimonio si estuviera legalmente obligada a ello por orden judicial³⁴⁵.

Mientras que los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* no se refieren explícitamente a un período de recuperación y reflexión, su espíritu, y en particular su especial atención a la protección de las víctimas y a la participación informada y consensuada en las actuaciones judiciales, apoyan plenamente este importante y nuevo mecanismo. También se observan indicios alentadores de que el concepto del período de reflexión y recuperación se está aceptando de forma cada vez más generalizada en los niveles tanto nacional como internacional³⁴⁶.

VÉASE ADEMÁS:

- Protección y repatriación: parte 2.3, sección 11.2
- Protección de los niños, intimidad: parte 2.3, sección 10.4

³⁴⁵ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 13 1) y 3) e Informe Explicativo del Convenio, párr. 176.

³⁴⁶ Véase, por ejemplo, «Improving the coordination of efforts against trafficking in persons: Background paper of the Secretary-General», transmitido por el Secretario General al Presidente de la Asamblea General el 5 de mayor de 2009, pág. 41; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Dinamarca (CEDAW/C/DEN/CO/6, párrs. 22 y 23); Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Japón (CCPR/C/JPN/CO/5, párr. 23).



PRINCIPIO 9 Y DIRECTRICES CONEXAS: **ASISTENCIA JURÍDICA, PROTECCIÓN Y PERMISOS DE RESIDENCIA TEMPORALES**³⁴⁷

Se proporcionará asistencia jurídica y de otra índole a las víctimas de la trata de personas mientras duran las acciones penales, civiles o de otra índole contra los presuntos tratantes. Los Estados darán protección y concederán permisos de residencia temporal a las víctimas y los testigos mientras duren los procedimientos judiciales.

9.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

El Principio 9 se centra en la asistencia jurídica y de otro tipo que debe prestarse a las personas víctimas de trata respecto de cualquier acción penal, civil o de otra índole contra los tratantes. La hipótesis que subyace en este Principio es que las personas víctimas de la trata tienen un papel muy importante que desempeñar, así como un interés legítimo, en los procedimientos judiciales contra sus explotadores. Sobre esta base, deben hacerse todos los esfuerzos por garantizar que las víctimas puedan participar en los procedimientos judiciales de manera libre, segura y plenamente informada.

La participación de las víctimas en los procedimientos judiciales puede adoptar distintas for-

mas. Las personas que han sido objeto de trata pueden aportar pruebas contra sus explotadores, sea por escrito o en persona, como parte del juicio. También puede pedírseles que presten declaración en calidad de víctimas acerca de las repercusiones del delito, que podría formar parte de una audiencia destinada al pronunciamiento de sentencia³⁴⁸. En los procedimientos civiles contra sus explotadores, las personas víctimas de la trata pueden ser demandantes o testigos. Incluso la víctima de la trata que no desee o no tenga capacidad para prestar testimonio sigue teniendo un interés legítimo en los procedimientos judiciales pertinentes, interés que es preciso atender.

El Principio 9 reconoce que las víctimas que toman parte o pueden tomar parte en los procedimientos legales tienen necesidades y vulnerabilidades especiales que deben atenderse. Las obligaciones que se derivan de ello son complementarias a las obligaciones de protección, asistencia y apoyo para las víctimas de la trata y se han examinado en detalle en relación con el Principio 8. Es importante destacar que factores como la edad y el género pueden tener un efecto significativo en el carácter y el grado

³⁴⁷ La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 5.

³⁴⁸ Esta posibilidad está prevista en las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 56.

tanto de la necesidad como de la vulnerabilidad de una víctima particular. Por consiguiente, deben tenerse en cuenta al valorar la respuesta que se requiere³⁴⁹. El Principio 9 se aplica a todas las víctimas de la trata de personas respecto de las cuales se han iniciado acciones judiciales o está previsto que se inicien. Afecta a cualquier Estado en el que se emprendan acciones judiciales contra presuntos tratantes, y se dirige a los funcionarios e instituciones del Estado, así como a proveedores de servicios no estatales.

La primera cuestión que plantea el Principio 9, que se examina en detalle a continuación, se refiere al requisito general de que las víctimas de la trata reciban información y asistencia sobre los procedimientos judiciales a fin de garantizar su participación efectiva. A continuación se examinan las necesidades especiales de las víctimas que actúan en calidad de testigos, en particular en las actuaciones penales. Por último, esta sección examina la condición jurídica de las víctimas a lo largo de los procedimientos contra los tratantes. Una persona que ha sido víctima de trata a través de una frontera internacional probablemente se encuentre en situación irregular en cuanto a los requisitos de inmigración. Si no existen disposiciones especiales que prevean su estancia, esto podría significar que las personas víctimas de la trata fueran deportadas antes de poder participar en las acciones penales contra sus explotadores. También podría impedir que las víctimas tuvieran acceso a su derecho a una reparación efectiva mediante actuaciones civiles, legales o administrativas. Su situación irregular puede ser aducida por los Estados para justificar la detención de víctimas durante los procedimientos judiciales, práctica que ha sido rechazada en la sección 7.4 *supra* por ser incompatible con las normas de derechos humanos aceptadas internacionalmente. En este contexto, se estudia la opción de los permisos de residencia temporales como medio para regularizar la situación de

una víctima mientras duren los procedimientos judiciales.

9.2. INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y ASISTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES CONTRA LOS TRATANTES

El Principio 9 confirma que las personas objeto de trata tienen un papel legítimo que desempeñar en las actuaciones penales y civiles contra sus explotadores: es decir, que tienen derecho a ser oídas y a ser informadas. También confirma que las personas víctimas de la trata tienen derecho a recurrir al sistema judicial para velar por que sus intereses sean defendidos y sus derechos respetados. El Principio 9 da expresión a la opinión de que las víctimas de violaciones de los derechos humanos «deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación»³⁵⁰.

El Principio 9 confirma el derecho de las víctimas de la trata a recibir asistencia jurídica y de otro tipo mientras duren los procedimientos penales contra sus explotadores. Esta disposición se ve suplementada por varias directrices que también se aplican al período anterior o posterior al juicio. La Directriz 4.8 pide a los Estados que consideren la posibilidad de:

Establecer disposiciones efectivas para que las víctimas de trata de personas reciban asistencia e información jurídicas en un idioma que entiendan, así como asistencia social adecuada y suficiente para atender a sus necesidades inmediatas. Los Estados deben cerciorarse de que el derecho a esa

³⁴⁹ Véase el Protocolo sobre la trata de personas, art. 6 4).

³⁵⁰ Caso *Villagrán Morales y otros («Niños de la calle»)*, sentencia de 19 noviembre 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 63 (1999), párr. 227.



información, asistencia y apoyo inmediato no sea discrecional sino que esté a disposición de todos los que hayan sido identificados como víctimas de trata de personas.

La Directriz 6.5 reitera que las personas víctimas de trata deben recibir asistencia letrada o de otra índole en relación con las acciones penales, civiles o de otro tipo contra los tratantes o quienes las hayan explotado. También señala que debe darse a las víctimas información en un idioma que entiendan.

El Protocolo sobre la trata de personas requiere que se proporcione a las personas víctimas de la trata información sobre los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes (art. 6 2) a)). De hecho, el Protocolo va incluso más allá que los *Principios y Directrices* a este respecto al determinar una obligación de los Estados de prestar asistencia encaminada a permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas se presenten y examinen en las etapas adecuadas de sus actuaciones penales contra los delincuentes (art. 6 2) b)). Ambas disposiciones son obligatorias y se hacen eco de una disposición análoga contenida en la Convención contra la Delincuencia Organizada (art. 25 3)). El Protocolo reconoce que el derecho de las víctimas a estar presentes y dar a conocer sus opiniones durante los procedimientos judiciales se ve perjudicado por una repatriación prematura. Por consiguiente, exige a los Estados Partes de destino que garanticen, entre otras cosas, «que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata» (art. 8 2)). Esta cuestión se examina en mayor detalle más adelante en relación con los permisos de residencia temporales y, respecto del Principio 11 y las directrices correspondientes, en el contexto de la obligación de garantizar un regreso seguro y preferiblemente voluntario.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, que también exige que todo regreso se realice teniendo debidamente en cuenta el estado de los procedimientos judiciales (art. 16 2)), establece una serie de disposiciones de asistencia a las víctimas relacionadas con el proceso judicial, incluida la obligación de los Estados Partes de velar por que las víctimas reciban asesoramiento e información en lo relativo a los derechos que les reconoce la ley en un idioma que puedan comprender (art. 12 1) d) y e)).

La Convención de la SAARC exige a los Estados Miembros que proporcionen asistencia letrada a las mujeres y los niños víctimas de la trata de personas con fines de explotación sexual (art. 5).

Entre los instrumentos no vinculantes, puede encontrarse respaldo al derecho de las personas víctimas de trata a información y asistencia jurídica en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. El párrafo 6 incluye medidas como mantener a las víctimas informadas en cuanto al alcance, el desarrollo cronológico y el estado de las actuaciones y de la forma en que se ha resuelto su caso, además de prestar a las víctimas la debida asistencia. Una importante resolución de la Asamblea General sobre medidas de justicia penal para eliminar la violencia contra la mujer también exhorta a los Estados a que «faciliten información a las mujeres que hayan sido víctimas de violencia sobre sus derechos y el modo de hacerlos valer, sobre la forma de participar en un proceso penal y sobre la preparación, el desarrollo y la clausura de un proceso»³⁵¹.

Otras resoluciones de la Asamblea General³⁵² y de la Comisión de Derechos Humanos/Consejo

³⁵¹ Resolución 52/86, anexo, párr. 10 a).

³⁵² Resoluciones 61/144 (párr. 15), 59/166 (párr. 13) y 58/137 (párr. 6).

de Derechos Humanos³⁵³, así como observaciones finales de órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados³⁵⁴, han recomendado también la prestación de asistencia jurídica a las víctimas de la trata de personas.

En resumen, las víctimas deben contar con una oportunidad real de estudiar sus opciones legales. Esto exige, como mínimo, que reciban información en un formato y de una manera que les permita tomar una decisión informada. En el caso de que las víctimas estén tomando parte o apoyen de algún otro modo cualquier forma de acción legal, tienen derecho a desempeñar un papel significativo en ese proceso.

9.3. NECESIDADES PARTICULARES DE PROTECCIÓN Y APOYO DE LAS VÍCTIMAS QUE ACTÚAN COMO TESTIGOS³⁵⁵

Las víctimas tienen un papel decisivo que desempeñar en el enjuiciamiento penal de los tratantes y sus cómplices. De hecho, como se señala a lo largo del presente *Comentario*, las investigaciones y las actuaciones judiciales suelen ser difíciles y en ocasiones imposibles sin la cooperación y el testimonio de las víctimas. Si bien la participación de las víctimas en los enjuiciamientos está llena de peligros y riesgos, es importante reconocer que las personas que han sido objeto de trata son la principal fuente de las pruebas necesarias para garantizar la condena de los tratantes por los grandes abusos físicos,

sexuales y psicológicos que típicamente infligen a sus víctimas. Por consiguiente, es indispensable que los Estados trabajen para llegar a una situación en la que las víctimas de la trata sean suficientemente informadas y reciban el apoyo adecuado para que las que lo deseen participen de manera efectiva y segura en el enjuiciamiento de sus explotadores.

Las víctimas de la trata a menudo no desean colaborar en las investigaciones penales por miedo a sufrir daños, sea ellas mismas o sus familiares. Los *Principios y Directrices* exigen a los Estados que garanticen que las medidas de protección para los testigos estén previstas en la ley (Directriz 4.10). La Directriz 5.8 contiene más detalle y pide a los Estados que consideren la posibilidad de:

Tomar las disposiciones adecuadas para proteger a cada una de las víctimas de la trata de personas en el curso de la investigación y el proceso y, posteriormente, cuando su seguridad lo haga necesario. Un programa adecuado de protección puede consistir en algunos de los siguientes elementos o en todos ellos: determinación de un lugar seguro en el país de destino, acceso a asesoramiento jurídico independiente, protección de la identidad en el curso de los procesos judiciales, determinación de las opciones para permanecer en el país, ser reasentado o ser repatriado.

En muchos casos, el Estado que emprende las actuaciones judiciales no puede de modo realista proporcionar a las víctimas el nivel de protección que necesitan o desean, por falta de competencias, de recursos o de ambos. Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* advierten de la necesidad de velar por que las víctimas comprendan plenamente los límites de la protección y de no dejar que sean convencidas para que cooperen mediante promesas falsas o poco realistas en cuanto a su seguridad y la de sus familias (Directriz 6.6). Al

³⁵³ Comisión de Derechos Humanos, resoluciones 2004/49 (párr. 4) y 2004/45 (párr. 20).

³⁵⁴ Comité contra la Tortura, observaciones finales: Indonesia (CAT/C/IDN/CO/2, párr. 20); Ucrania (CAT/C/UKR/CO/5, párr. 14); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Líbano (CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 29); Austria (CEDAW/C/AUT/CO/6, párr. 26).

³⁵⁵ Puede encontrarse más información a este respecto en Gallagher y Holmes, *loc. cit.*



mismo tiempo, como se señala en el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance para proporcionar o garantizar de alguna manera una protección efectiva para las víctimas que estén cooperando en las investigaciones penales³⁵⁶. El órgano establecido para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo sobre la trata de personas ha afirmado recientemente que en relación con la protección de las víctimas en calidad de testigos, los Estados Partes deben prever medidas para la protección de las víctimas, inclusive proporcionarles un alojamiento temporal seguro y mecanismos de protección de testigos,

³⁵⁶ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 28; Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 24. Obsérvese que las personas víctimas de la trata tienen el derecho, en virtud de su condición de víctimas de delitos, a medidas que garanticen su seguridad y su protección frente a la intimidación y las represalias (Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, párr. 6 d).

cuando proceda³⁵⁷. Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han afirmado reiteradamente la necesidad de que los Estados presten apoyo y protección a los testigos para que puedan prestar testimonio contra los autores de actos de trata de personas³⁵⁸.

La protección de las víctimas que son testigos a menudo tiene un importante componente de género. Las mujeres que han sido víctimas pueden

³⁵⁷ A/63/215, anexo I, párr. 14.

³⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Kosovo (Serbia) (CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 16); Brasil (CCPR/C/BRA/CO/2, párr. 15); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 21); Eslovenia (CCPR/CO/84/SVN, párr. 11); Kenya (CCPR/CO/83/KEN, párr. 25); Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 15); Serbia y Montenegro (CCPR/CO/81/SEMO, párr. 16); Letonia (CCPR/CO/79/LVA, párr. 12); Federación de Rusia (CCPR/CO/79/RUS, párr. 10); Eslovaquia (CCPR/CO/78/SVK, párr. 10); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Líbano (CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 29); Singapur (CEDAW/C/SGP/CO/3, párr. 22); Bosnia y Herzegovina (CEDAW/C/BIH/CO/3, párr. 28); Malasia (CEDAW/C/MYS/CO/2, párr. 24).

Recuadro 10: Las personas víctimas de trata como víctimas de delito y como testigos

Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (párr. 6).

necesitar protección en un nivel diferente y de distinto modo que los varones en la misma situación³⁵⁹. Los menores que han sido víctimas y actúan como testigos también tienen necesidades muy especiales. Esas necesidades se examinan en detalle en la sección 10.4.

El apoyo y la protección a los testigos debe extenderse al propio proceso judicial. La Directriz 6.4 insiste en la necesidad de que los Estados y otros se cercioren de que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de trata de personas no redunden en desmedro de sus derechos, su dignidad ni su bienestar físico o psicológico. Un aspecto importante de todo ello es la protección de la intimidad de la víctima. Es comprensible que las víctimas de trata se resistan a prestar testimonio si ello significa ser identificadas por los medios de comunicación o presentarse en un tribunal público, a menudo a la vista de su explotador, y hablar sobre experiencias personales traumáticas. Esto puede ser especialmente difícil para las mujeres y las niñas que han sufrido violencia sexual y de otro tipo a manos de sus explotadores. Como se ha señalado, las víctimas también pueden correr un verdadero peligro de represalias e intimidación. Es fundamental que los sistemas de justicia penal nacionales encuentren maneras de prestar asistencia a las víctimas de la trata para que puedan participar de manera segura y útil en los procesos judiciales. Entre las medidas potencialmente útiles que se han propuesto como alternativa al testimonio directo con el fin de proteger la identidad, la intimidad y la dignidad de un testigo figuran el uso de vídeos, audiencias a puerta cerrada, ocultación de los

testigos, audiencias preliminares aceleradas y la prestación de asesoramiento letrado gratuito. Cuando se elaboran sistemas y procesos para alentar la participación de las víctimas en los procesos judiciales, es fundamental tener bien presentes los derechos de las personas acusadas que deben ser respetados para garantizar que tengan un juicio imparcial. Esos derechos son amplios e incluyen los siguientes: el derecho a ser informados sin demora y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ellos, y su derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo³⁶⁰. Tal y como se señala en los *Principios y Directrices*, y en el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, esta es una consideración especialmente importante que debe sopesarse cuando se pretende proteger el derecho de la víctima a la intimidad³⁶¹.

9.4. DERECHO A PERMANECER EN EL PAÍS DURANTE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El Principio 9 articula el derecho de las personas víctimas de trata a permanecer en el país durante los procedimientos judiciales contra los tratantes y propone la concesión de permisos de residencia temporal a las víctimas para este propósito. El Principio 9 se ve complementado por la Directriz 4.7, que pide a los Estados que consideren la posibilidad de:

Dar protección legal a las víctimas de trata de personas que acepten voluntariamente cooperar

³⁵⁹ La resolución 52/86 de la Asamblea General sobre medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer exhorta a los Estados a asegurarse de tomar medidas de justicia penal para garantizar la seguridad de las víctimas, incluida la protección contra la intimidación y las represalias y a adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos durante la celebración del proceso y a raíz del mismo (anexo, párrs. 8 c) y 9 h)).

³⁶⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 3).

³⁶¹ *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 6.6; Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párrs. 299 a 303.



con los agentes del orden y *proteger su derecho a permanecer lícitamente en el país de destino mientras duren las actuaciones judiciales del caso* (cursivas añadidas).

Como se ha señalado, el Protocolo sobre la trata de personas obliga a los países de destino a devolver a las víctimas a sus países de origen «teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata» (art. 8 2)). Esta disposición debe entenderse teniendo en cuenta la obligación más amplia de velar por que las víctimas cuenten con la oportunidad de participar tal y como establece la Convención contra la Delincuencia Organizada (art. 25 3)), así como la obligación específica contenida en el Protocolo de proporcionar a las víctimas la oportunidad de presentar sus opiniones y preocupaciones (art. 6 2)).

El derecho a permanecer en el país durante los procedimientos judiciales a menudo se vincula a disposiciones más generales relativas a la concesión de permisos de residencia para las víctimas de la trata de personas. En el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, por ejemplo, la necesidad de la estancia «a causa de su cooperación con las autoridades competentes para los fines de la investigación o de las acciones penales» es una de las dos justificaciones que se ofrecen a los Estados para conceder un permiso de residencia a las víctimas (art. 14 1))³⁶². Estas cuestiones se examinan a continuación.

9.5. PERMISOS DE RESIDENCIA TEMPORALES O PERMANENTES

Como se ha señalado, las víctimas de la trata de

personas que se encuentran irregularmente en un país afrontan peligros y vulnerabilidades especiales de resultas de su situación irregular o por carecer de documentos. Tal vez no puedan acceder a fuentes básicas de subsistencia y apoyo, como vivienda y oportunidades de trabajo. Pueden ser vulnerables a nuevas situaciones de explotación, así como a la intimidación y las represalias. Están expuestas a que se les impida participar de manera efectiva y útil en los procedimientos judiciales contra los tratantes. A menos que se regularice su situación, las víctimas también están expuestas a ser detenidas en centros de inmigración o albergues. Además, están expuestas a ser deportadas en cualquier momento.

El Protocolo sobre la trata de personas alienta a los Estados a estudiar la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan que las víctimas de la trata de personas permanezcan en su territorio de forma temporal o permanente, en los casos apropiados (art. 7). Las amplias disposiciones de los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* que se examinan a lo largo de la presente sección apoyan de modo inequívoco las medidas diseñadas para eliminar las vulnerabilidades que antes se han expuesto mediante la regularización temporal de la situación de una víctima. Puede regularizarse la situación de las víctimas de la trata por varias razones y de distintos modos, entre ellos:

- Mediante la concesión de un *período de reflexión y recuperación* durante el que se les presta apoyo sin condiciones con el fin de proporcionarles tiempo y espacio para tomar una decisión acerca de sus opciones, incluida la de cooperar con los organismos de justicia penal en el enjuiciamiento de sus explotadores;
- Mediante la concesión de un *permiso de residencia temporal vinculado a las actuaciones (normalmente penales) contra los tratantes*; esos permisos suelen requerir la cooperación

³⁶² La otra justificación que contiene el artículo 14 1) es que «la autoridad competente considera que su estancia es necesaria a causa de su situación personal».

de las víctimas y expirar una vez terminados los procedimientos judiciales, y

- Mediante la concesión de un permiso de *residencia temporal por motivos sociales o humanitarios* que puede estar relacionado, por ejemplo, con el respeto del principio de no devolución, la incapacidad para garantizar un regreso en condiciones de seguridad o el riesgo de que la víctima sea nuevamente sometida a trata.

Cuando haya que tomar una decisión sobre la concesión del derecho a residencia temporal a las víctimas, deben tenerse en cuenta los siguientes principios y obligaciones importantes, señalados en distintos momentos a lo largo del presente *Comentario*:

- El derecho de las víctimas a participar en los procedimientos judiciales contra los tratantes (Principio 9 y directrices conexas);
- El derecho de las víctimas a recibir protección frente a daños mayores (Principio 8 y directrices conexas);
- El derecho de las víctimas a tener acceso a reparación efectiva (Principio 17 y directrices conexas);
- La obligación de los Estados de no devolver a las víctimas cuando se encuentran en grave riesgo de sufrir daños, inclusive por intimidación, represalias o nuevos actos de trata (Principio 11 y directrices conexas), y
- Los derechos especiales de los niños víctimas de la trata, incluida la obligación de tener plenamente en cuenta el interés superior del niño (Principio 10 y directrices conexas).

VÉASE ADEMÁS:

- Protección frente a daños mayores: parte 2.3, secciones 8.1 a 8.6
- Intereses especiales de los niños: parte 2.3, secciones 10.3 y 10.4
- Repatriación, protección y derecho a permanecer en el país: parte 2.3, sección 11.2
- Derecho a reparación: parte 2.4, secciones 17.1 a 17.6

PRINCIPIO 10 Y DIRECTRICES CONEXAS: **DERECHOS Y NECESIDADES ESPECIALES DE LOS NIÑOS**³⁶³

Los niños que sean víctimas de trata de personas serán identificados como tales. Sus intereses constituirán la consideración primordial en todo momento. Se proporcionará asistencia y protección adecuadas a los niños víctimas de trata de personas. Se tendrán plenamente en cuenta su vulnerabilidad, sus derechos y sus necesidades especiales.

10.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Los niños están naturalmente incluidos en las normas y reglas examinadas a lo largo del presente *Comentario*. El Principio 10, no obstante, exige medidas especiales para los niños víctimas de la trata. El encabezamiento de la Directriz 8, que también se ocupa de esta cuestión, explica por qué son tan importantes las medidas especiales:

El daño físico, psicológico y psicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hace necesario un tratamiento separado del previsto para los adultos víctimas de trata de personas en las leyes, las normas, los programas y la acción. Los mejores intereses

del niño deben constituir una consideración primordial en todas las medidas relativas a las víctimas de trata de niños, sean adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos. Las víctimas de la trata de niños deben recibir asistencia y protección adecuadas y hay que tener plenamente en cuenta sus derechos y necesidades especiales.

Otra importante fuente de vulnerabilidad para los niños reside en su falta de plena personalidad jurídica tanto de hecho como ante la ley. Como se señala en la parte 2.3, sección 7.4 *supra*, esa falta de poder a menudo se ve agravada por la ausencia de los padres o de un tutor legal que pueda actuar teniendo en cuenta el interés superior del niño. Muchas de las medidas de atención y protección que se esbozan en la presente sección, desde dar prioridad al interés superior del niño hasta la designación de tutores legales, están diseñadas para abordar las particulares vulnerabilidades a que se enfrentan los niños no acompañados que son víctimas de trata.

El Principio 10 recoge la distinción entre trata de niños y de adultos reconocida en el derecho

³⁶³ La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 5.

internacional³⁶⁴. Se dirige a los Estados y otros agentes públicos y privados que podrán participar en la identificación, el trato, la protección, la repatriación y la rehabilitación de las víctimas de trata de personas y en la prevención de la trata de niños. El Principio 10 se ve respaldado además por el Protocolo sobre la trata de personas, que exige a los Estados Partes tener en cuenta, al estudiar medidas para asistir y proteger a las víctimas de la trata, las necesidades especiales de los niños (art. 6 4)).

A continuación se determinan y examinan en detalle los diversos componentes de la obligación de proporcionar un trato especial a los niños víctimas de la trata.

10.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE TRATA

El Principio 10 es claro respecto de que «[l]os niños que sean víctimas de trata de personas serán identificados como tales». La Directriz 8.2 exige a los Estados y otros agentes que consideren la posibilidad «de establecer procedimientos para la rápida identificación de las víctimas de trata de niños». En otros lugares, los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* explican por qué es importante el proceso de identificación y por qué es obligatorio identificar correcta y puntualmente a las víctimas, incluidos los niños:

De no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de que esa identificación sea posible y se lleve a cabo (Directriz 2).

Si un niño víctima de trata no es identificado en absoluto, o es incorrectamente identificado como delincuente o como migrante irregular u objeto

de tráfico, esto influirá directamente en su capacidad para acceder a los derechos que le corresponden. Ello se debe a que la identificación desencadena una amplia gama de obligaciones en material de asistencia, apoyo y protección por parte del Estado. Al igual que en el caso de los adultos, la no identificación rápida y exacta de los niños víctimas de trata hace que cualquier derecho reconocido a los niños sea meramente teórico e ilusorio³⁶⁵.

Una cuestión conexas e igualmente importante es la referida a la definición de la trata de niños. Como se señala en la parte 1 del presente *Comentario*, la definición jurídica internacional de la trata de niños es distinta de la de la trata de adultos. El delito de la trata de niños requiere sólo un acto (traslado, venta, recepción, entre otros) realizado con el propósito de someterlos a explotación: no es necesario demostrar ningún «medio», como el engaño, la coacción o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. El resultado es que debería ser más fácil establecer un delito relacionado con la trata de personas contra un niño. El hecho de no identificar a un niño víctima de trata como tal tiene el efecto de anular esta importante distinción, lo que supone un obstáculo para la satisfactoria investigación y enjuiciamiento de los delitos relacionados con la trata de niños. También podría llevar a una acusación, un fallo o una pena incorrectos, por ejemplo cuando la trata de niños es un delito con agravante³⁶⁶.

Hay dos cuestiones clave asociadas a la identificación de los niños víctimas de trata. La primera guarda relación con la presunción de la edad. La segunda se refiere a las leyes, los sistemas y los procedimientos que deben estar en pie para

³⁶⁴ Véase la parte 1, seccs. 3.1 y 3.2.

³⁶⁵ Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 131.

³⁶⁶ Véase el examen de los delitos con agravante más adelante, en relación con el Principio 15 y las directrices correspondientes.



garantizar que pueda tener lugar una identificación correcta y oportuna.

PRESUNCIÓN DE LA EDAD Y PRESUNCIÓN DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA

No todas las víctimas de la trata de niños lo parecerán. Es posible que aparenten 18 años o más. Es posible que sus pasaportes hayan sido destruidos o se les hayan arrebatado. Es posible que lleven documentos de identidad falsos en los que consta una edad incorrecta. Puede suceder que los niños víctimas de trata mientan acerca de su edad porque sus explotadores así se los han pedido. Tal vez mientan porque tengan miedo a ser trasladados a un centro o enviados de nuevo a casa. Del mismo modo que el hecho de no identificar correctamente a cualquier víctima de la trata lleva a una vulneración de los derechos de la persona afectada, el hecho de tratar a un niño víctima de la trata como a un adulto impide que el niño disfrute de los derechos que tiene reconocidos en el derecho internacional y nacional.

Aunque los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* no se pronuncian directamente a este respecto, sí parece haber una aceptación reciente de la presunción de edad en el caso de los niños. Con arreglo a esa presunción, una víctima que *podría* ser un menor es tratada como tal hasta que se decida lo contrario. Las pruebas para la aparición de esa presunción pueden encontrarse en las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo sobre la trata de personas, que disponen que en el caso de que la edad de una víctima sea incierta y haya razones para creer que la víctima es un menor, un Estado Parte puede, en la medida en que lo permita su legislación interna, tratar a la víctima como si fuera menor, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño hasta que su edad sea verificada (párr. 65). Esta posición está reflejada también en el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, que exige a los Estados Partes que presuman que la víctima es un menor si hay motivos para creerlo y si su edad es incierta (art. 10 3)). El Informe Explicativo del Convenio

confirma que la persona de la que se supone que es un menor víctima de la trata ha de recibir protección especial de conformidad con sus derechos definidos, en particular, en la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 136).

Las Directrices del UNICEF afirman que cuando la edad de la víctima es incierta y existen motivos para creer que se trata de un menor, se presumirá que la víctima es un menor. A expensas de la verificación de la edad de la víctima, debe ser tratada como un menor y deben concedérsele todas las medidas de protección estipuladas en esas Directrices (secc. 3.2).

La presunción de la edad está vinculada a la presunción de la condición: un niño que *podría* ser víctima de trata debe ser considerado una víctima a menos o hasta que se determine otra cosa. La orientación pertinente en materia de mejores prácticas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en la UE, por ejemplo, afirma que en cualquier caso en el que haya *cualquier motivo* para sospechar que un menor es víctima de trata, *se supondrá* que ese menor es víctima de trata de menores y recibirá el trato correspondiente a la espera de que se verifiquen los hechos del caso³⁶⁷.

REQUISITOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE LA TRATA

La identificación de las víctimas de la trata es, como se ha señalado anteriormente en el contexto del Principio 1 y las directrices correspondientes, una ciencia complicada e inexacta. La presunción de la edad sirve para eliminar las dificultades especiales o añadidas que de otro modo complicarían la identificación de las víctimas que son menores. No obstante, la situación particular de los niños requiere medidas especiales que

³⁶⁷ Organización Internacional para las Migraciones, *Identification and Protection Schemes for Victims of Trafficking in Persons in Europe: Tools and Best Practices*, Bruselas, 2005, pág. 30.

garanticen la identificación rápida y precisa de los que han sido objeto de trata. La Directriz 8.2 exige a los Estados y otros agentes que establezcan procedimientos para la rápida identificación de las víctimas de trata de niños.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes que velen por que en la identificación de las víctimas, incluidos los menores, intervenga personal formado y cualificado. Exige además que las diferentes autoridades implicadas colaboren entre sí, así como con las organizaciones que cumplen funciones de apoyo, con el fin de que sea posible identificar a las víctimas en un proceso que tenga en cuenta la situación específica de las mujeres y de los niños víctimas (art. 10 1)).

La solicitud que se hace en la Directriz 8.2 de que se apliquen procedimientos especiales de identificación en el caso de los niños tiene reflejo en las Directrices del UNICEF, que hacen hincapié en la importancia fundamental de que los distintos organismos trabajen conjuntamente y compartan información. Las medidas activas de identificación establecidas en ese documento incluyen las siguientes:

- Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para establecer procedimientos efectivos para la rápida identificación de las víctimas de la trata de niños, incluidos procedimientos para identificar a los niños víctimas en los puertos de entrada y otros lugares;
- Deben hacerse esfuerzos para coordinar el intercambio de información entre los organismos y las personas pertinentes para garantizar que los niños sean identificados y reciban asistencia lo antes posible, y
- Las autoridades encargadas del bienestar social, la salud o la educación deben ponerse en contacto con la autoridad pertinente en materia de aplicación de la ley cuando exista conocimiento o sospecha de que un niño está siendo objeto de explotación o trata o está expuesto a serlo.

El Comité de los Derechos del Niño ha pedido a los Estados que intensifiquen sus esfuerzos por identificar la trata de niños, aunque no a los niños objeto de trata propiamente dichos³⁶⁸. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios ha afirmado la importancia de identificar a las víctimas de la trata (de todas las edades)³⁶⁹.

10.3. EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS SUPERIOR» DEL NIÑO

El Principio 10, al igual que la Directriz 8, afirma claramente que el interés superior de los niños víctimas de la trata debe ser la consideración primordial en todas las decisiones con medidas que les afecten. El principio del «interés superior del niño» es una doctrina jurídica aceptada en muchos países, que ha quedado consagrada en el derecho internacional mediante la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3 1)). En la Directriz 8 se utiliza la expresión «los mejores intereses del niño»³⁷⁰. Muchos otros instrumentos de derechos humanos de rango internacional y regional han adoptado e incorporado este principio³⁷¹.

³⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Malasia (CRC/C/MYS/CO/1, párr. 96); Jordania (CRC/C/JOR/CO/3, párr. 93); Omán (CRC/C/OMN/CO/2, párr. 66); Letonia (CRC/C/LVA/CO/2, párr. 59); Azerbaiyán (CRC/C/AZE/CO/2, párr. 66); Lituania (CRC/C/LTU/CO/2, párr. 67); China (CRC/C/CHN/CO/2, párr. 88); Mongolia (CRC/C/15/Add.264, párr. 65); Angola (CRC/C/15/Add.246, párr. 67); Eslovenia (CRC/C/15/Add.230, párr. 63).

³⁶⁹ Comité sobre los Trabajadores Migratorios, observaciones finales: Bolivia (CMW/C/BOL/CO/1, párr. 42) («El Comité alienta al Estado Parte a crear mecanismos que faciliten la detección de grupos vulnerables de migrantes, como los solicitantes de asilo y las víctimas de la trata»).

³⁷⁰ Obsérvese que el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños exige en su artículo 8 3) que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el Protocolo, el interés superior del niño sea «la consideración primordial a que se atienda».

³⁷¹ Véase, por ejemplo, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, art. IV; Convención sobre la



En su Observación general N° 6 (2005), el Comité de los Derechos del Niño examinó la aplicación del principio del «interés superior del niño» en el contexto de los niños no acompañados o separados de su familia (grupo que probablemente incluye a niños víctimas de la trata). En el caso de un niño desplazado, «el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento. En todos esos momentos, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del menor no acompañado o separado, se documentará la determinación del interés superior.» Esa determinación exige «una evaluación clara y a fondo de la identidad de[l niño] y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección [...] [El] proceso de evaluación inicial [...] debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género». A continuación, el Comité afirma que «[d] ecisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia [...] Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.» El principio también exige que, cuando las autoridades hayan internado al menor en un establecimiento, «el Estado reconoce el derecho del menor a ‘un examen periódico’ del tratamiento» (párrs. 19 a 22).

El principio del interés superior del menor está consagrado en varios instrumentos jurídicos y normativos relativos específicamente a la trata de personas, incluido el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos (art. 10 4) c), sobre localización de la fami-

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 5 b); Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 1; Convención de la SAARC sobre el bienestar del niño, art. III 4).

lia). La Convención de la SAARC exige a los Estados Partes que respeten el interés superior del niño como principio de importancia primordial y que respeten este principio en todas las actuaciones que se refieran a los niños (art. III). Mientras que el Protocolo sobre la trata no alude específicamente al principio, éste queda identificado como la norma apropiada en las Guías Legislativas en lo que atañe a las decisiones en materia de búsqueda de la familia y reunificación y repatriación de los niños³⁷². El órgano establecido para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo también ha afirmado que los Estados Partes deben velar por que las respuestas a la trata de niños en todos los niveles se basen siempre en el interés superior del menor³⁷³. Las Directrices del UNICEF identifican el interés superior del niño como principio general que debe tenerse en cuenta en todas las etapas de la atención y protección de los niños víctimas de la trata en los países de destino, tránsito y origen (secc. 2.2).

El principio también ha sido repetidas veces respaldado en el contexto de la trata de personas en resoluciones del Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos)³⁷⁴.

¿Qué significa dar prioridad al interés superior del niño? En el contexto de la trata de personas, los elementos siguientes, extrapolados en

³⁷² Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párrs. 66 y 67.

³⁷³ CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 13 h).

³⁷⁴ El Consejo de Derechos Humanos, en su resolución 7/29 (párr. 36 e)), y la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2005/44 (párr. 32 e)), piden a los Estados que «[a] tiendan efectivamente a las necesidades de las víctimas de la trata de niños [...] incluidas su seguridad y protección, su recuperación física y psicológica y su plena reintegración en su familia y en la sociedad, teniendo presente el interés superior del niño»; la Comisión, en sus resoluciones 2004/48 (párr. 37 d)) y 2003/86 (párr. 36 d)), pide a los Estados que «[i]mpuniquen como delito y castiguen efectivamente todas las formas de [...] trata de niños [...] garantizando al mismo tiempo que, en el trato de los niños víctimas de estas prácticas en el sistema de justicia penal, el interés superior del niño sea una consideración primordial».

general de la Convención sobre los Derechos del Niño, pueden servir como orientación:

- En el caso de medidas y decisiones que afectan a un niño en particular, deben tenerse en cuenta los mejores intereses de ese niño;
- Los mejores intereses del niño son disfrutar de los derechos y libertades que le reconoce el derecho internacional y que se establecen en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ejemplo, sus mejores intereses radican en mantener contacto con ambos padres en la mayoría de las circunstancias (art. 9 3)), y tener acceso a la educación (art. 28) y a la atención de salud (art. 24);
- El menor capaz de opinar acerca de sus mejores intereses debe ser capaz de expresar su opinión libremente y ésta debe ser tenida en cuenta (art. 12). No obstante, la actuación siguiendo el interés superior del niño en ocasiones puede exigir que sus deseos sean desatendidos;
- Los padres son los que tienen la responsabilidad primordial en cuanto a la adopción de decisiones en nombre de sus hijos (arts. 5 y 18 1)); no obstante, si no consideran primordial el interés superior del niño, por ejemplo siendo ellos mismos cómplices en la trata de ese niño, el Estado puede intervenir para proteger los intereses del menor (véase el artículo 9 1), por ejemplo), y
- Como afirma el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general N° 6, los Estados no deben anteponer otras consideraciones, como las relacionadas con el control de la inmigración o el orden público, al interés superior de un niño víctima de trata.

10.4. PROTECCIÓN Y APOYO PARA LOS NIÑOS OBJETO DE TRATA

El Principio 10 exige que los niños víctimas de la trata reciban asistencia y protección adecuadas, teniendo plenamente en cuenta su vulnerabilidad,

sus derechos y sus necesidades especiales. De conformidad con el supuesto antes esbozado, todas las personas identificadas o razonablemente consideradas menores de 18 años tienen derecho a este mayor nivel de protección y apoyo³⁷⁵.

Una asistencia y una protección adecuadas incluirían medidas de apoyo inmediatas como seguridad, alimentos y alojamiento seguro además de acceso a asistencia sanitaria, asesoramiento psicológico y servicios sociales³⁷⁶. Los servicios prestados deben ser apropiados para la edad del niño y para cualquier necesidad especial, así como para su sexo y su identidad étnica o cultural. Toda la asistencia y el apoyo que se preste a los niños debe ser dado por profesionales competentes y adiestrados³⁷⁷.

³⁷⁵ El Principio 10 encuentra una fuente autorizada en la Convención sobre los Derechos del Niño, que afirma que «[l]os niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado» (art. 20 1)). Véase también la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, art. XXV.

³⁷⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados Partes que adopten «todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica» de todo niño víctima de abandono, explotación, abuso o tortura (art. 39). El Comité de los Derechos del Niño ha hecho repetidos llamamientos a los Estados para que faciliten a los niños víctimas de trata atención sanitaria, asistencia psicológica, servicios de rehabilitación y reintegración social: observaciones finales: Kenya (CRC/C/KEN/CO/2, párr. 66 c)); Antigua y Barbuda (CRC/C/15/Add.247, párr. 65 e)); Myanmar (CRC/C/15/Add.237, párr. 70); Países Bajos (CRC/C/15/Add.227, párr. 57 d)); Canadá (CRC/C/15/Add.215, párr. 53); Armenia (CRC/C/15/Add.225, párr. 67 b)).

³⁷⁷ La Directriz 8.10 exige a los Estados y otros agentes que consideren «adoptar medidas para impartir capacitación adecuada y apropiada, especialmente legal y psicológica, a quienes trabajen con víctimas de la trata de niños». Las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos piden a los Estados Partes que estudien la posibilidad de establecer prácticas especiales de contratación y programas de capacitación para garantizar que las personas responsables de la atención y protección de los niños víctimas comprendan sus



En este contexto, cabe destacar los siguientes principios que se aplican a todas las personas víctimas de la trata:

- Un niño víctima de trata no debe ser sancionado en modo alguno. No debe ser objeto de enjuiciamiento por ningún delito relacionado con su situación³⁷⁸;

necesidades y tengan en cuenta las cuestiones de género, y posean las competencias necesarias tanto para ayudar a los niños como para velar por que sus derechos sean protegidos (parte 2, párr. 65 c)). Este requisito se repite en las Directrices del UNICEF, secc. 7.1. El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado que los Estados capaciten a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los trabajadores sociales y los fiscales sobre la forma de recibir, vigilar, investigar y enjuiciar los casos de forma que se tengan en cuenta las necesidades del niño y se respete su privacidad; observaciones finales: Kenya (CRC/C/KEN/CO/2, párr. 66 h)); Kirguistán (CRC/C/15/Add.244, párr. 62 c)). Varias resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General también han recomendado que la capacitación tenga en cuenta las cuestiones particulares de la infancia: resoluciones 61/144 (párr. 25) y 59/166 (párr. 24) de la Asamblea General, y resolución 2004/45 (párr. 23) de la Comisión de Derechos Humanos.

³⁷⁸ La Directriz 8.3 pide a los Estados y otros agentes que se cercioren «de que las víctimas de la trata de niños no sean objeto de procedimiento o de acciones penales o delitos relacionados con su situación como tales». Las Directrices del UNICEF parecen ser más amplias a este respecto, pues afirman que la participación de niños víctimas de trata en actividades delictivas no redundará en menoscabo de su condición tanto de menor como de víctima, ni de sus derechos conexos a una protección especial. Respecto de la cuestión de la no penalización por delitos relacionados con su condición en general, véanse las fuentes autorizadas citadas en la sección 7.3 *supra*. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general N° 6, afirmó que «al articular los principios aplicables a los menores no acompañados o separados de su familia, en especial los que son víctimas de la trata y la explotación, los Estados velarán por que esos niños no sean considerados delincuentes por el solo hecho de haber entrado o encontrarse ilegalmente en el país» (párr. 62). El Comité ha hecho hincapié repetidas veces en la no penalización de los niños víctimas de la trata en sus observaciones finales relacionadas tanto con la Convención como con el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Véanse también, por ejemplo, las recomendaciones adoptadas en la reunión del Grupo de

- Un niño víctima de trata nunca debe ser internado en un establecimiento de detención, como una comisaría, una prisión o un centro especial de detención para menores. Toda decisión relacionada con la detención de un niño debe hacerse caso por caso y teniendo

Trabajo sobre la trata de personas celebrada en Viena los días 14 y 15 abril 2009 (CTOC/COP/WG.4/2009/2); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 26; Informe Explicativo del Convenio Europeo, párrs. 272 a 274; Véanse por ejemplo, la resolución 63/156 de la Asamblea General, párr. 12, en la que se «[i]nsta a los gobiernos a tomar todas las medidas apropiadas para que no se penalice a las víctimas de la trata a causa de su situación y para que no vuelvan a convertirse en víctimas a raíz de medidas adoptadas por autoridades gubernamentales, y alienta a los gobiernos a impedir, dentro de su marco jurídico y con arreglo a sus políticas nacionales, que las víctimas de la trata de personas sean enjuiciadas por motivo de su entrada o residencia ilegal». Véanse otras referencias anteriores de la Asamblea General a esta cuestión: resoluciones 61/144 (párr. 18), 59/166 (párrs. 8 y 18), 57/176 (párr. 8), 55/67 (párrs. 6 y 13), 52/98 (párr. 4) y 51/66 (párr. 7). La Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos también han abordado esta cuestión. Véase, por ejemplo, Consejo de Derechos Humanos, resolución 11/3, párr. 3 (en la que se insta a los Estados a «[i]omar todas las medidas apropiadas para que las víctimas de la trata no resulten penalizadas a causa de su situación y no vuelvan a convertirse en víctimas como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades gubernamentales, teniendo presente que son víctimas de la explotación») y Comisión de Derechos Humanos, resoluciones 2004/45 (párr. 6) y 1998/30 (párr. 3). Véase también A/63/215, párr. 62 («el principio de exención de responsabilidad penal»; «habría que amparar a las víctimas para que no vuelvan a serlo e impedir que sean juzgadas por migración ilegal o por violación de las leyes laborales u otras leyes»). Véanse también la Declaración de Bruselas, párr. 13; el Plan de Acción de Uagadugú; las Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. IV 5); Esfuerzos hemisféricos para combatir la trata de personas: conclusiones y recomendaciones de la primera reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas, aprobado en la cuarta sesión plenaria de la OEA celebrada el 6 junio 2006, AG/RES. 2256 (XXXVI-O/06), IV 7); Memorando de Entendimiento entre Camboya y Tailandia, art. 7; Declaración de la OSCE sobre la trata de seres humanos adoptada en Oporto, 2002, secc. II; OSCE, Decisión N° 1 del Consejo Ministerial de Viena (Decisión sobre el fortalecimiento de los esfuerzos de la OSCE para luchar contra la trata de seres humanos), MC 8).DEC/1, 2000, párr. 9.

plenamente en cuenta el principio del interés superior del menor. Toda detención de un niño víctima de la trata debe, en todos los casos, tener la mínima duración posible y estar sometida a supervisión y revisión independientes³⁷⁹.

- La atención y el apoyo que se proporcionan a los niños víctimas de la trata deben considerarse un derecho. Nunca debe supeditarse a la cooperación del niño con los organismos de justicia penal³⁸⁰, y
- No debe obligarse a los niños víctimas de trata a recibir atención y protección, ni siquiera asistencia médica o pruebas médicas, a menos que pueda demostrarse, caso por caso, que ello redunde en el mejor interés de ese niño³⁸¹.

La Directriz 8, complementada por otras disposiciones de los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, proporciona importante información sobre lo que constituye asistencia y apoyo «apropiados». Los tratados internacionales y otros instrumentos normativos fundamentales de derechos humanos ofrecen orientación añadida. A continuación se exponen aspectos o componentes básicos de la obligación de apoyar y proteger a los niños víctimas de la trata y a los niños expuestos a ella.

NO DISCRIMINACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA

Todo niño bajo la jurisdicción o control de un Estado tiene derecho a recibir atención y protección en igualdad de condiciones con los demás.

³⁷⁹ Véanse las fuentes autorizadas citadas en la sección 7.4 *supra*. Véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6: «En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no deberá privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. [...] Cuando la privación de libertad esté excepcionalmente justificada [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda» (párr. 61). El Comité ha reflejado esa posición en sus observaciones finales: Países Bajos (CRC/C/15/Add.227, párr. 54 d); y Canadá (CRC/C/15/Add.215, párr. 47 c).

³⁸⁰ Véanse las fuentes autorizadas citadas en la sección 8.2.

³⁸¹ Véanse las fuentes autorizadas citadas en la sección 8.5.

Esto significa que los niños víctimas de la trata que no sean nacionales del país deben disfrutar de los mismos derechos que los niños nacionales o residentes. Al igual que su raza, su sexo, su idioma, su religión o su origen étnico o social, su nacionalidad no debe influir negativamente en sus derechos y libertades³⁸².

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y RESPETO DE LA OPINIÓN DEL NIÑO

La Directriz 8.6 exige a los Estados que velen por que el niño que es capaz de formar su propia opinión «tenga el derecho de expresarla libremente en todas las cuestiones que le afecten, especialmente respecto de las decisiones acerca de su posible regreso a su familia y ponderar debidamente esas opiniones de conformidad con la edad y la madurez del niño». Este requisito, en el que se respeten y sopesen debidamente las opiniones del niño, se deriva directamente de una obligación establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12)³⁸³.

Las opiniones del niño que hay que tener en cuenta deben estar respaldadas por una información adecuada y exacta. Las Directrices del UNICEF subrayan la importancia de velar por que los niños víctimas de trata reciban información sobre, por ejemplo, su situación, sus derechos, los servicios disponibles y el proceso de reunificación familiar o repatriación (secc. 2.5). Hay otros requisitos en materia de información respecto de los niños que son o pueden actuar como testigos en procedimientos penales. Esos requisitos se destacan en los encabezamientos correspondientes más adelante.

DERECHO A LA INTIMIDAD

Si bien todas las personas víctimas de trata tienen derecho a la intimidad, este derecho es un aspecto particularmente importante a la hora de

³⁸² Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.

³⁸³ Véase también la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, art. 4 2).



dar a los niños víctimas la atención, el apoyo y la protección a los que tienen derecho legalmente. No proteger la intimidad de esos niños puede incrementar el peligro de intimidación y represalias. También puede, como se ha señalado en el comentario del Principio 8 y las directrices conexas, provocar humillación y daño a los niños y poner en riesgo su recuperación. La Directriz 8.9 alienta a los Estados y otros agentes a proteger, según corresponda, la intimidad y la identidad de los niños víctimas de trata y a adoptar medidas para evitar la difusión de información que pueda conducir a su identificación.

El Protocolo sobre la trata de personas se centra en la intimidad y la protección de la identidad en el contexto particular de los procedimientos penales (art. 6 1)). El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, por otro lado, adopta una perspectiva mucho más amplia, reconociendo que la protección de la vida privada es indispensable no sólo para garantizar la seguridad de las víctimas sino también para preservar sus oportunidades de reintegración social en el país de origen o el país de acogida³⁸⁴. El Convenio reconoce que sería particularmente nocivo que la identidad de los niños víctimas de trata fuera revelada por los medios de comunicación o por otros medios³⁸⁵ y exige a los Estados Partes que:

[adopten] medidas dirigidas a garantizar que la identidad, o los elementos que permitan la identificación, de un niño víctima de trata no se hagan públicos, ya sea en los medios de comunicación o por otro medio, salvo circunstancias excepcionales, cuando se trate de permitir la localización de miembros de la familia del niño o de garantizar por otro medio su bienestar y su protección (art. 11 2)).

³⁸⁴ Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 138.

³⁸⁵ *Ibid.*, párr. 142.

De manera más general, la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la interferencia arbitraria e ilícita con la privacidad de un niño (art. 16). Su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños contiene una disposición análoga (art. 8 1) e)). En su Observación general N° 4 (2003), el Comité de los Derechos del Niño dio más detalles acerca de esta disposición³⁸⁶. Alienta a los Estados Partes a respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad incluso en lo que hace al asesoramiento y las consultas sobre cuestiones de salud. En su Observación general N° 6, el Comité reafirmó el derecho del niño a la intimidad en el contexto de los niños separados de su familia o no acompañados (párr. 29). El Comité ha recomendado que los agentes del orden, los trabajadores sociales y los fiscales reciban capacitación para tratar a las víctimas de una forma que tenga en cuenta su condición de niños y que respete su intimidad³⁸⁷. Además, las Directrices relativas a la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos especifican que debe respetarse la intimidad de estos niños como cuestión de importancia primordial³⁸⁸.

La cuestión de la intimidad se examina con más detalle en el contexto de las medidas destinadas a apoyar a los niños víctimas de la trata que están participando en procedimientos legales contra los tratantes.

NOMBRAMIENTO DE UN TUTOR

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* no se refieren directamente al nombramiento de un tutor para proteger los derechos y los intereses de los niños víctimas de la trata.

³⁸⁶ Observación general N° 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 11).

³⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Kenya (CRC/C/KEN/CO/2, párr. 66); Kirguistán (CRC/C/15/Add.244, párr. 61).

³⁸⁸ Consejo Económico y Social, resolución 2005/20, anexo, párr. 26.

No obstante, esto puede considerarse un medio práctico importante para la consecución de los objetivos del Principio 10 respecto de los niños víctimas de la trata. Mientras que el Protocolo sobre la trata de personas tampoco se manifiesta a este respecto, las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo alientan a los Estados Partes a:

Designar, tan pronto como se identifique al niño, un curador que acompañe a éste durante todo el proceso hasta que se haya encontrado y aplicado una solución duradera que responda a los intereses esenciales del menor. En la medida de lo posible, la misma persona se ocupará del niño durante todo el proceso (párr. 65 a)).

Según el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, los Estados Partes dispondrán que el niño identificado como víctima sea representado por una tutela legal, una organización o una autoridad *encargada de actuar con arreglo a su interés superior* (art. 10 4) a), cursiva añadida). El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general N° 6 afirmó que «el nombramiento de un tutor competente [...] constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia» (párr. 21) y recomendó que tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor (párr. 33). Las Directrices del UNICEF ofrecen información detallada sobre las funciones y responsabilidades de la tutela en el contexto de las necesidades especiales de los niños víctimas de la trata (secc. 4). Entre las tareas típicas figurarían garantizar que el interés superior del niño sea la consideración primordial en todas las medidas o decisiones adoptadas respecto del niño; cerciorarse de que se le presta toda la asistencia, el apoyo y la protección necesarios; estar presente durante cualquier relación con las autoridades de la justicia penal; facilitar la derivación a los

servicios apropiados, y ayudar en la búsqueda y aplicación de una solución duradera³⁸⁹.

LOS NIÑOS VÍCTIMAS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* confirman que todas las víctimas, incluidos los niños, tienen un papel legítimo que desempeñar en las actuaciones penales o civiles contra sus explotadores: que tienen el derecho a ser escuchados, a disponer de información y a que se los mantenga informados. También confirman que las personas objeto de trata, tanto niños como adultos, tienen derecho a recurrir al sistema judicial para asegurarse de que sus propios intereses son protegidos y sus derechos respetados³⁹⁰.

Es importante, no obstante, tener en cuenta la precaria posición de los niños víctimas de la trata en el sistema de justicia penal. Esa misma inquietud es particularmente grave en el caso de los niños a los que se pide o exige que participen en la investigación y el enjuiciamiento de sus explotadores. Los niños testigos son especialmente vulnerables a la intimidación y las represalias de los tratantes. También sus familias pueden estar expuestas a graves riesgos. Además de los aspectos de la seguridad y la protección, la participación en los procedimientos judiciales también puede suponer un trauma para el niño víctima de la trata, lo cual puede comprometer o retrasar considerablemente su recuperación. En todos los casos, a la hora de determinar si un niño víctima de la trata debe participar en los procesos judiciales y, en su caso, la naturaleza y el alcance de esa participación, será importante que las autoridades competentes tengan en cuenta el mejor interés de cada niño caso por caso. Como ya se ha señalado, también deben tenerse presentes las opiniones del niño.

³⁸⁹ Para más detalles sobre los deberes de un tutor, véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6, párr. 33.

³⁹⁰ Pueden encontrarse más fuentes y referencias en la sección 9.2 *supra*.



En la Directriz 8.8 se pide a los Estados y otras instancias que examinen la posibilidad de adoptar «las medidas necesarias para proteger [...] a las víctimas de la trata de niños en todas las etapas de los procesos penales contra los presuntos autores y en los procedimientos para obtener una indemnización». Mientras que el Protocolo sobre la trata de personas no se refiere específicamente a esta cuestión, las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo son incluso más detalladas que la Directriz 8.8, pues piden a los Estados Partes que:

[Velen] por que, durante la investigación, así como, de ser posible, en el curso del enjuiciamiento y de las audiencias del proceso, se evite todo contacto entre el niño víctima y el presunto delincuente. A menos que sea contrario a sus intereses esenciales, el niño que es víctima tiene derecho a ser informado cabalmente acerca de los problemas de seguridad y los procedimientos criminales antes de decidir si va a prestar testimonio o no en el curso de esos procedimientos. Durante las actuaciones judiciales, debe insistirse vigorosamente en el derecho a las salvaguardias legales y a una protección eficaz en favor de los niños que actúan como testigos. A los niños víctimas que consienten en prestar testimonio deben aplicarse medidas especiales de protección para garantizar su seguridad (párr. 65 b)).

Las medidas para prestar asistencia a los niños víctimas de la trata a fin de que participen de manera segura y útil en los procesos judiciales deben comprender las siguientes:

- Proporcionar al niño que es víctima información completa sobre las cuestiones jurídicas y de seguridad;
- Concederle un período de «reflexión y recuperación» antes de que el niño adopte decisión alguna acerca de su participación en los procedimientos penales;
- Dar prioridad a la reunificación familiar y el regreso sobre los procedimientos penales cuando esa reunificación o ese regreso constituya el interés superior del niño;
- Proporcionar al niño que actúa como testigo representación legal y servicios de interpretación;
- Evitar el contacto directo entre el niño testigo y el acusado durante todas las etapas de una investigación y un enjuiciamiento penal, y
- Disponer alternativas al testimonio directo, como vídeo, audiencias a puerta cerrada y ocultación de los testigos, que protejan la identidad, la intimidad y la dignidad del niño testigo, asegurando al mismo tiempo el respeto en todo momento de los derechos de los acusados a un juicio imparcial³⁹¹.

SOLUCIONES DURADERAS: LOCALIZACIÓN DE LA FAMILIA Y REUNIFICACIÓN FAMILIAR

La Directriz 8.4 aborda la cuestión particular de la localización de la familia en relación con los niños víctimas de la trata que no están acompañados:

En los casos en que los niños no estén acompañados de familiares o tutores, [los Estados y otras entidades deberían considerar] adoptar medidas para identificar y localizar a familiares. Tras proceder a una evaluación del riesgo y consultar con el niño, habría que tomar medidas para facilitar la reunión de las víctimas de trata de niños con sus familias cuando se considere que ello redunde en su beneficio.

Esta Directriz encuentra su eco en las Guías Legislativas del Protocolo sobre la trata de personas, que exigen que las autoridades competentes adopten «todas las medidas necesarias para descubrir, identificar y localizar a los miembros de su familia y facilitar la reunión del niño víctima con sus familiares siempre que ello favorezca los intereses esenciales de éste» (párr. 66).

³⁹¹ Véase además Directrices del UNICEF, secc. 10; Directrices relativas a la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige de forma análoga a los Estados Partes, tras la identificación de un niño no acompañado como víctima de la trata, que realicen «todos los esfuerzos necesarios para encontrar a su familia, cuando se trate del interés superior del menor» (art. 10 4) c). Es importante que las decisiones acerca de la reunificación familiar den la debida consideración a las opiniones del niño de conformidad con su edad y madurez³⁹².

Especialmente en el caso de los niños más pequeños, la reunificación familiar es a menudo un elemento importante en la garantía de su «interés superior». El derecho internacional, por consiguiente, exige a los Estados que se ocupen de las solicitudes de reunificación familiar «de manera positiva, humanitaria y expeditiva»³⁹³. Las grandes demoras en la localización de la familia pueden hacer que los niños estén retenidos en albergues u otros centros de detención durante períodos inaceptablemente largos, lo que supone una vulneración directa de sus derechos humanos.

SOLUCIONES DURADERAS: REPATRIACIÓN DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE LA TRATA

La cuestión de la repatriación se examina en detalle a continuación. El Principio 11 es el que se aplica a este respecto, pues fija una norma de «repatriación en condiciones de seguridad (y en la medida de lo posible voluntaria)». El Principio 11 también señala que se ofrecerá a las personas víctimas de trata alternativas jurídicas a la repatriación en los casos en que sea razonable llegar a la conclusión de que ella constituiría un grave riesgo para su seguridad o la de sus familiares.

Mientras que estas disposiciones se aplican por igual a adultos y a menores víctimas de la trata,

³⁹² *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 8.6.

³⁹³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 10 1).

los *Principios y Directrices*, junto con la mayoría de los otros instrumentos pertinentes, reconocen la necesidad de atención especial en relación con las decisiones sobre la repatriación de los niños que han sido víctimas de trata. El artículo 16 7) del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, por ejemplo, es inequívoco en cuanto a que «[l]os niños víctimas no serán repatriados a un Estado en el que, tras una valoración de los riesgos y de la seguridad, se compruebe que el retorno no contribuye al interés superior del niño».

La Directriz 8.5 pide a los Estados y otras entidades que velen por que se establezcan «disposiciones adecuadas de atención que respeten» los derechos y la dignidad del niño víctima de trata «en los casos en que el regreso del niño a su familia en condiciones de seguridad no sea posible o no redunde en su beneficio». Como se señala tanto en el Convenio Europeo (art. 16 7)) como en las Directrices del UNICEF (seccs. 8.2 y 9.2), toda determinación a este respecto deberá hacerse sobre la base de una evaluación completa de los riesgos. El propósito de esa evaluación debe ser velar por que no se adopte decisión alguna que ponga al niño en una situación de riesgo previsible.

En su Observación general N° 6 (párr. 84), el Comité de los Derechos del Niño recomendó que se tuvieran en cuenta los siguientes factores al determinar si la repatriación de un niño no acompañado o separado de su familia redundaría en el mejor interés del niño:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país;
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;



- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden;
- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;
- El derecho del menor a «preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares» (art. 8);
- La «conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño» y se preste atención «a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (art. 20).

Las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo sobre la trata de personas se expresan de forma muy específica en cuanto a la necesidad de atención especial en la repatriación de los niños víctimas de trata:

En los casos en que intervengan niños víctimas, los legisladores tal vez deseen estudiar la posibilidad de no repatriar a esos niños a menos que hacerlo corresponda a sus intereses esenciales y que, con anterioridad al regreso, una persona idónea, como uno de los padres, otro familiar u otro cuidador adulto, o algún organismo gubernamental o institución de asistencia a la infancia en el país de origen esté en condiciones de ocuparse de él y haya aceptado hacerse cargo de la custodia del niño y prestarle los cuidados y la protección indispensables. Las autoridades [...] competentes [...] serán responsables de determinar si la repatriación de un niño víctima es o no es segura y velar por que la operación se lleve a cabo de manera digna y responda a los intereses esenciales del niño (párr. 66). En los casos en que la repatriación sea voluntaria o responda a los intereses esenciales del niño, se alentará a los Estados Parte a velar por que el niño regrese a su país de origen de manera rápida y segura (párr. 67).

La importancia de la cooperación y la colaboración entre países de origen y de destino en

relación con la repatriación en condiciones de seguridad de los niños víctimas de la trata se señala en las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo (párr. 67) así como en las Directrices del UNICEF (secc. 9.2).

SOLUCIONES DURADERAS: INTEGRACIÓN LOCAL O REASENTAMIENTO EN UN TERCER PAÍS

Como ya se ha señalado, el Principio 11 destaca la necesidad de encontrar alternativas jurídicas a la repatriación, cuando ésta sea necesaria, debido a los riesgos para la seguridad del niño víctima de la trata o de su familia. En la Directriz 8.5 se aborda específicamente la cuestión en los casos en que el regreso en condiciones de seguridad no es posible o no redundaría en beneficio del niño. En esos casos, los Estados y otras instancias deben asegurar que se establecen «disposiciones adecuadas de atención que respeten sus derechos y su dignidad»³⁹⁴. Las Directrices del UNICEF ofrecen importante información sobre los elementos clave de las disposiciones de atención a largo plazo, haciendo hincapié en el acceso a la atención de salud, el apoyo psicosocial, los servicios sociales y la educación (secc. 9.1). También definen los aspectos críticos a la hora de asegurar el reasentamiento en condiciones de seguridad en un tercer país del niño víctima de la trata, cuando ésta es la opción preferible (secc. 9.3). En su Observación general N° 6, el Comité de los Derechos del Niño identificó la integración en el país de acogida, la adopción internacional y el reasentamiento en un tercer país como alternativas a la repatriación y esbozó las consideraciones que había que tener en cuenta en esos casos (párrs. 89 a 94).

³⁹⁴ Mientras que el Protocolo sobre la trata de personas no aborda directamente la situación de los niños que no pueden regresar en condiciones de seguridad, las Guías Legislativas correspondientes señalan que: «En las situaciones en que el regreso seguro del niño a su familia o a su país de origen no resulte posible o no corresponda a sus intereses esenciales, las autoridades de bienestar social deberán adoptar disposiciones [...] para garantizar una protección efectiva del niño y la salvaguardia de sus derechos humanos» (parte 2, párr. 67, cursivas añadidas).

VÉASE ADEMÁS:

- Prevención de la trata de niños: parte 2.2, sección 5.5
- Derecho a reparación: parte 2.4, secciones 17.1 a 17.6
- Derecho de las víctimas a la intimidad: parte 2.3, sección 8.4
- Repatriación de las víctimas: parte 2.3, sección 11.2
- Participación de las víctimas en los procedimientos judiciales: parte 2.3, sección 9.2

PRINCIPIO 11 Y DIRECTRICES CONEXAS: **REGRESO VOLUNTARIO Y EN CONDICIONES DE SEGURIDAD**³⁹⁵

Tanto el Estado receptor como el Estado de origen garantizarán a las víctimas de la trata de personas la repatriación en condiciones de seguridad (en la medida de lo posible voluntaria) y les ofrecerán alternativas jurídicas a la repatriación en los casos en que sea razonable llegar a la conclusión de que ella constituiría un grave riesgo para su seguridad o la de sus familias.

11.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Además de ser arrestadas y detenidas, las personas víctimas de la trata son a menudo deportadas de los países de tránsito y destino. La deportación al país de origen o a un tercer país puede tener graves consecuencias para las víctimas: pueden verse sometidas a sanciones por las autoridades nacionales por abandonar el país sin autorización u otros supuestos delitos; pueden enfrentarse al aislamiento social o la estigmatización y ser rechazadas por sus familias y comunidades; pueden ser objeto de actos de violencia e intimidación por parte de los tratantes, en particular si han cooperado con los organismos de justicia penal o tienen deudas que no pueden reembolsar. Las víctimas de trata

que son repatriados a la fuerza, particularmente sin medidas de apoyo para la reintegración, están sumamente expuestas a ser nuevamente víctimas de trata.

En algunos casos, el país autor de la deportación ni siquiera trata de ocultar el hecho de que las personas que está deportando han sido en realidad víctimas de trata. En muchos otros, no obstante, la incorrecta identificación de las víctimas es la que sirve como tapadera para políticas y prácticas de deportación automática. Esta situación subraya la importancia decisiva de una identificación rápida y exacta de las víctimas como primera línea de defensa para las personas objeto de trata y de sus derechos. La cuestión de la identificación ya se ha examinado con mayor detalle en relación con el Principio 1 y las directrices correspondientes (principios de aplicación general) y con el Principio 10 y sus directrices (la situación especial de los niños).

El Principio 11 pretende proteger a las personas que han sido víctimas de la trata de una deportación forzosa en la medida de lo posible y de una repatriación en la que no existan condiciones de seguridad. Está complementado por varias directrices, entre ellas la Directriz 4.6 (protección frente a la deportación sumaria o la repatriación cuando ésta ponga en peligro la seguridad de la

³⁹⁵ La presente sección está basada en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 6.

persona víctima de trata); la Directriz 4.7 (protección del derecho a permanecer lícitamente en el país de destino mientras duren las actuaciones judiciales); la Directriz 6.7 (repatriación y otras opciones), y la Directriz 6.8 (apoyo a la reintegración). Otros principios y directrices, que se refieren a cuestiones relacionadas, como el derecho a la reparación o las medidas especiales para los niños, también vienen al caso. El Principio 3 y la Directriz 1, que confirman que las medidas adoptadas para combatir y prevenir la trata de personas no deben menoscabar o afectar negativamente en modo alguno los derechos humanos, como la prohibición de la discriminación por motivos de sexo y los derechos protegidos por el derecho internacional de los refugiados, también son sumamente importantes en el contexto de la repatriación.

El Principio 11 y los principios y directrices que lo apoyan se dirigen primordialmente a los Estados, porque son éstos los que controlan la mayoría de los aspectos de la repatriación, si bien se reconoce que las ONG desempeñan un importante papel en aspectos fundamentales del proceso de repatriación, particularmente la reintegración. La norma básica del regreso seguro y preferiblemente voluntario debe ser garantizada por el Estado de destino y el Estado de origen. Los países de destino son claramente fundamentales para la aplicación efectiva de la norma, pues es en ellos donde se toman las decisiones clave acerca del momento y la forma que debe adoptar la repatriación, y si ésta tiene lugar. Además, como ya se ha señalado, la calidad de los procedimientos de identificación de las víctimas que existan en un país de destino es decisiva para garantizar que se toman decisiones correctas acerca de la repatriación de las víctimas. Los países de origen también tienen un papel muy importante, particularmente en relación con la identificación y la localización de las familias, la evaluación de los riesgos, la expedición de los documentos necesarios y la garantía de una reintegración segura y satisfactoria. También pueden intervenir terceros países si el reasentamiento fuera de los países de destino y origen es la opción preferida.

11.2. ASPECTOS BÁSICOS EN MATERIA DE REPATRIACIÓN

A continuación se exponen aspectos fundamentales de la repatriación que se plantean en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*.

REGRESO SEGURO Y PREFERIBLEMENTE VOLUNTARIO

El Principio 11 articula una norma de regreso seguro y preferiblemente voluntario. Se ve complementado, a este respecto, por la Directriz 6.7, en la que se reitera la misma norma, y la Directriz 4.6, que pide a los Estados que se aseguren de incorporar en la legislación contra la trata de personas disposiciones para proteger a las víctimas, que comprendan la protección respecto de la deportación sumaria o la repatriación cuando haya motivos razonables para llegar a la conclusión de que la deportación o repatriación constituiría un gran riesgo de seguridad para la víctima de la trata o su familia.

Los principales tratados relativos a la trata de personas confirman y, en algunos casos, amplían esas protecciones. Las disposiciones pertinentes del Protocolo sobre la trata de personas incluyen las siguientes:

- La obligación de los países de destino de llevar a cabo la repatriación «teniendo debidamente en cuenta la seguridad de [la] persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal [relacionado]» (art. 8 2));
- La obligación de los países de destino de velar por que la repatriación se realice «preferentemente de forma voluntaria» (art. 8 2));
- La obligación de los países de origen de aceptar la repatriación de las víctimas de la trata de personas que sean nacionales o residentes en ellos sin demora indebida y teniendo debidamente en cuenta su seguridad (art. 8 1));
- La obligación de los países de origen de cooperar en la repatriación de una víctima, inclusive mediante la verificación de la nacionalidad o



condición de residente de esa persona (art. 8 3)), y la expedición de los documentos de viaje que sean necesarios (art. 8 4)), y

- La obligación de todos los Estados Partes de «proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización» (art. 9 1) b)).

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos vincula explícitamente la repatriación con los derechos y la dignidad. Entre sus disposiciones pertinentes figuran las siguientes:

- La obligación de los países de destino de tramitar el retorno «dentro del respeto de los derechos humanos, la seguridad y la dignidad» de la víctima, y del estado de los procedimientos judiciales conexos (art. 16 2));
- La obligación de los países de destino de garantizar que ese retorno sea «preferiblemente voluntario» (art. 16 2));
- La obligación de no repatriar a los niños víctimas de la trata si «tras una valoración de los riesgos y de la seguridad, se comprueba que el retorno no contribuye al interés superior del niño» (art. 16 7))³⁹⁶;
- La obligación de los países de origen de facilitar y aceptar la repatriación de una víctima de trata que sea nacional o residente «con la debida consideración de los derechos, la seguridad y la dignidad» de la víctima y sin retrasos injustificados (art. 16 1)), y
- La obligación de los países de origen de cooperar en la repatriación de una víctima, inclusive mediante la verificación de su nacionalidad o residencia (art. 16 3)), y la expedición de los documentos de viaje necesarios (art. 16 4)).

La norma del retorno seguro y preferiblemente voluntario y muchas de las garantías conexas que se han expuesto están recogidas en documentos nor-

mativos internacionales y regionales³⁹⁷ así como en documentos de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados³⁹⁸ y otros mecanismos de derechos humanos³⁹⁹.

³⁹⁷ Específicamente sobre el regreso voluntario, véase: Plan de Acción de la OSCE, secc. V 7.1); Declaración de Bruselas, párr. 14. En cuanto a otras medidas destinadas a garantizar la seguridad de la víctima, de permitir que permanezca en el país de destino para proteger su seguridad, o de dar la debida consideración al estado de las actuaciones judiciales, véase también el Plan de Acción de Uagadugú, págs. 4, 5 y 7; Declaración de la CEDEAO sobre la trata de personas, párr. 6; Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, págs. 3 y 4, párr. 7 a 9; Plan de mejores prácticas de la UE, párr. 5 iii) y anexo 6, objetivo 2; Plan de Acción de la OSCE, seccs. V 5.1), 5.2), 7.2) y 7.3); Grupo de Expertos en trata de seres humanos de la Comisión Europea, Opinión de 11 octubre 2005 en relación con la conferencia «Tackling Human Trafficking: Policy and best practices in Europe» y la documentación conexas, 2; Grupo de Expertos en trata de seres humanos de la Comisión Europea, Opinión de 18 mayo 2004 sobre el período de reflexión y el permiso de residencia para las víctimas de la trata de seres humanos, párrs. 3 y 5; OEA, Esfuerzos hemisféricos para combatir la trata de personas: II Reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas, aprobada en la cuarta sesión plenaria, 5 de junio de 2007, AG/RES. 2348 (XXXVII O/07), párr. 3 b); Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, seccs. V 3), 4) y 5); Memorando de Entendimiento entre Camboya y Tailandia, art. 16; Memorando de Entendimiento entre Tailandia y la República Democrática Popular Lao, arts. 14 y 15.

³⁹⁸ El Comité de Derechos Humanos ha afirmado repetidamente que las personas no deben ser repatriadas a lugares en los que afrontan un riesgo real de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes: Georgia (CCPR/C/GEO/CO/3, párr. 7); Jamahiriya Árabe Libia (CCPR/C/LBY/CO/4, párr. 18); Sudán (CCPR/C/SDN/CO/3, párr. 24); Ucrania (CCPR/C/UKR/CO/6, párr. 9); Canadá (CCPR/C/CAN/CO/5, párr. 15); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 17); observaciones finales: Uzbekistán (CCPR/CO/83/UZB, párr. 12). En 1996, en sus observaciones sobre el trato dado por Alemania a los refugiados procedentes de Bosnia y Herzegovina, el Comité acogió favorablemente las seguridades dadas por Alemania de que serían repatriados primordialmente de forma voluntaria (CCPR/C/79/Add.73, párr. 10).

³⁹⁹ La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2004/49, instó a los gobiernos a «velar por [el] regreso [de las víctimas] al país de origen en condiciones dignas» (párr. 4). En su informe de 2008 al Consejo de Derechos

³⁹⁶ En la sección 10.4 *supra* se examinan de forma pormenorizada las distintas cuestiones que rodean a la repatriación de los niños víctimas de trata.

La obligación de procurar un retorno seguro y, en la medida de lo posible, voluntario implica que el Estado autor de la repatriación (en condiciones ideales, con la asistencia y el apoyo del Estado receptor) debe realizar evaluaciones del riesgo previas a la repatriación⁴⁰⁰. Esas evaluaciones deben hacerse de preferencia con carácter individual y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. La forma en que una persona ha sido objeto de trata, en la medida en que ha cooperado en el enjuiciamiento de sus explotadores, el hecho de que hayan contraído deudas o no con sus tratantes, su edad, su género y su situación familiar, y la capacidad del país de repatriación de prestar protección efectiva son importantes factores que deben tenerse en cuenta para saber si es posible un regreso en condiciones de seguridad. Las decisiones relativas al regreso no deben basarse en informes no verificables o excesivamente generalizados producidos por los gobiernos, órganos intergubernamentales u ONG.

La importancia de una evaluación del riesgo previa a la repatriación ha sido destacada particularmente en el caso de los niños. En su Observación general N° 6, el Comité de los Derechos del Niño especificó que la repatriación no debe tener lugar cuando haya un «riesgo razonable» de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño. El Comité recomendó que la decisión de repatriar debe tener en cuenta «la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso» (párr. 84).

(Continuación de la nota 399)

Humanos, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes pidió a los Estados que no escatimasen «ningún esfuerzo para [...] proporcionar asistencia a los migrantes irregulares para que retornen sanos y salvos» (A/HRC/7/12, párr. 71).

⁴⁰⁰ En el caso de los niños víctimas de trata, la evaluación de los riesgos es obligatoria con arreglo al Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 16 7); también aluden a ella las Directrices del UNICEF, secc. 8.2.

DERECHO A REGRESAR

Todas las víctimas de la trata, tanto niños como adultos, que no son residentes del país en el que se encuentran tienen derecho a regresar a su país de origen⁴⁰¹. Este derecho impone la obligación al país de origen de recibir a sus nacionales que regresan sin demoras indebidas o injustificadas⁴⁰². En el caso de la trata de personas, para el Estado de origen esto probablemente suponga realizar comprobaciones a fin de verificar si la víctima es nacional del país o titular de un derecho de residencia permanente⁴⁰³ y, en caso afirmativo, de cerciorarse de que esa persona está en posesión de los documentos necesarios para viajar y para volver a entrar en su territorio⁴⁰⁴.

El derecho a regresar también impone al país de destino la obligación de permitir que las víctimas que deseen regresar lo hagan, también en este caso sin demoras indebidas o injustificadas. La detención de personas víctimas de trata en albergues, cárceles o centros para inmigrantes

⁴⁰¹ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 2): «*Toda persona tiene derecho [...] a regresar a su país*»; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 4): «*Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*». Pueden encontrarse disposiciones análogas en los principales instrumentos regionales de derechos humanos: Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 3 2); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22 5); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 12 2).

⁴⁰² Protocolo sobre la trata de personas, art. 8 3); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 16 1).

⁴⁰³ Obsérvese que de conformidad con el artículo 8 1) del Protocolo sobre la trata de personas, el regreso debe ser facilitado y aceptado en relación con todas las víctimas que sean nacionales o *que tuvieran el derecho de residencia permanente en el momento de entrada en el país receptor*. Esto significa que la persona objeto de trata que tuviera derecho de residencia permanente en el país de origen pero lo perdiera ulteriormente podría ser repatriada con arreglo a esta disposición.

⁴⁰⁴ Protocolo sobre la trata de personas, art. 8 4); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 16 3) y 4).



es una de las maneras en que puede interferirse con el derecho a regresar⁴⁰⁵. Otra es obligar a las víctimas a permanecer mientras dura un largo procedimiento penal. En casos individuales, el Estado que impide el regreso debe ser capaz de demostrar que sus medidas están de acuerdo con la ley y no son arbitrarias o injustificadas⁴⁰⁶. En cuanto a los niños víctimas de trata, la obligación de tener presente el interés superior del niño (véase la sección 10.3 *supra*) también será una consideración primordial a la hora de proteger este importante derecho.

GARANTÍAS PROCESALES Y PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

El retorno de las personas objeto de trata no puede operar de tal modo que se vulneren sus derechos establecidos (véase el examen del Principio 3 y las directrices conexas). Un aspecto importante de esta protección guarda relación con el derecho a las garantías procesales. La repatriación que no es voluntaria en la práctica constituye una expulsión de un Estado. Las normas internacionales de derechos humanos rechazan la expulsión arbitraria y son claras respecto de que cualquier extranjero que se encuentre legalmente dentro del país sólo puede ser expulsado de conformidad con la ley⁴⁰⁷. Un extranjero que se encuentre legalmente en un país tiene derecho a exponer los motivos por los que no debe ser expulsado y esos motivos deben ser examinados por la autoridad competente⁴⁰⁸. Respecto de las personas víctimas de trata que

no se encuentran legalmente en el país, las garantías sustantivas y de procedimiento contra la expulsión son mucho menos claras y los Estados en general conservan un grado considerable de discrecionalidad a la hora de decidir si expulsar a inmigrantes ilegales y cuándo hacerlo⁴⁰⁹. No obstante, una de las protecciones más importantes, potencialmente aplicable a todos los no ciudadanos, se basa en el principio de no devolución. De conformidad con este principio, los Estados no pueden devolver a una persona a un país en el que exista grave riesgo de que sea sometido a persecución o abusos. El principio de no devolución, presentado en el contexto del Principio 3 y las directrices conexas, está bien establecido en el derecho internacional, y la importancia de proteger este principio en el contexto de las medidas encaminadas a combatir la trata de personas también se acepta de forma generalizada. Los órganos de derechos humanos

⁴⁰⁵ Sobre la cuestión de la detención, véase también la parte 2.3, secc. 7.4 *supra*.

⁴⁰⁶ Véase el análisis de esta norma en el contexto de la detención de las víctimas en *ibíd*.

⁴⁰⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13. Para un examen amplio de la legislación pertinente, véase la labor reciente de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de extranjeros; los informes principales pueden consultarse en la dirección http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_12.htm.

⁴⁰⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13.

⁴⁰⁹ Los Estados Partes en la Convención sobre los trabajadores migratorios, por ejemplo, deben atenerse a una norma más estricta en cuanto a la expulsión de no nacionales: Convención sobre los trabajadores migratorios, arts. 22 y 67. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que «sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos» (Caso *Migrantes indocumentados*, párr. 119). Así, los Estados pueden aplicar sus leyes de inmigración y exigir la salida de los migrantes indocumentados, incluidas las personas víctimas de trata. No obstante, esas medidas «deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana»: *ibíd*. La Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos ha adoptado un enfoque similar, afirmando que no desea poner en tela de juicio el derecho de ningún Estado a emprender acciones judiciales contra los inmigrantes ilegales y deportados a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Opina, no obstante, que es inaceptable deportar a personas sin darles la posibilidad de recurrir ante los tribunales nacionales competentes: *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Liges des Droits de l'Homme y otros c. Angola*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Com. N° 159/96 (1997), párr. 20.

creados en virtud de tratados⁴¹⁰ y los tribunales regionales de derechos humanos⁴¹¹ han confirmado que el regreso que pone a una persona en riesgo de ser torturada o sometida a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contraviene el derecho internacional. La prohibición de la devolución ha sido ampliada por los tribunales y órganos de derechos humanos a ciertas situaciones en las que el temor de persecución emana de agentes no estatales y el Estado pertinente no tiene capacidad para proporcionar protección apropiada o efectiva⁴¹².

⁴¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 20 (1992) sobre la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, párr. 9. Véase también Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Jamahiriya Árabe Libia (CCPR/C/LBY/CO/4, párr. 18); Georgia (CCPR/C/GEO/CO/3, párr. 7); Sudán (CCPR/C/SDN/CO/3, párr. 24); Canadá (CCPR/C/CAN/CO/5, párr. 15); Ucrania (CCPR/C/UKR/CO/6, párr. 9); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 17); Uzbekistán (CCPR/CO/83/UZB, párr. 12).

⁴¹¹ Véase, por ejemplo, *Soering c. Reino Unido* (14038/88) [1989] TEDH 14 (7 de julio de 1989) (extradición con riesgo de tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes); *Cruz Varas y otros c. Suecia* (15576/89) [1991] TEDH 26 (20 de marzo de 1991) (extiende esos principios a la deportación); *Saadi c. Italia* (37201/06) [2008] TEDH 179 (28 de febrero de 2008) (requisito de que el riesgo real de malos tratos no sea una mera posibilidad; el riesgo de malos tratos no se sopesa con las razones de la expulsión; evaluación del riesgo en función de hechos conocidos o que debían haber sido conocidos en el momento de la expulsión). Véase también *D c. Reino Unido* (30240/96) [1997] TEDH 25 (2 de mayo de 1997), en el que el Tribunal concluyó que la infracción fue por omisión potencial más que por acción positiva ante el Estado receptor pues la persona, en caso de ser devuelta, dejaría de poder recibir un tratamiento médico que le mantenía en vida.

⁴¹² Véase, por ejemplo, *Salah Seekh c. Países Bajos* (1948/04) [2007] TEDH 36 (11 de enero de 2007), párr. 137; *HLR c. Francia* (24573/94) [1997] TEDH 23 (29 de abril de 1997), párr. 40. En *HLR c. Francia*, el demandante recurría su deportación a Colombia por temor a las amenazas supuestamente formuladas contra él por traficantes de drogas en el país. El Tribunal afirmó que cuando el peligro emana de personas que no son funcionarios públicos, sigue habiendo una potencial infracción del artículo 3 cuando el riesgo es real y las autoridades del Estado no pueden ofrecer una protección

DERECHO A PERMANECER DURANTE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El Principio 9 establece el derecho de las personas víctimas de trata a permanecer en el país mientras duren los procedimientos judiciales contra los tratantes. Complementa el Principio la Directriz 4.7, que pide a los Estados que consideren la posibilidad de «[d]ar protección legal a las víctimas de trata de personas que acepten voluntariamente cooperar con los agentes del orden y proteger su derecho a permanecer lícitamente en el país de destino mientras duren las actuaciones judiciales del caso». El derecho a permanecer durante las actuaciones judiciales está confirmada en los tratados. El Protocolo sobre la trata de personas obliga a los países de destino a llevar a cabo el regreso «teniendo debidamente en cuenta [...] el estado de cualquier procedimiento legal relacionado» (art. 8 2))⁴¹³. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos obliga a los Estados Partes que son países de destino a realizar el retorno con la debida consideración «del estado de los procedimientos judiciales vinculados» (art. 16 2)).

Por consiguiente, los Estados deben tener cuidado de velar por que el regreso de las personas víctimas de trata no ponga en peligro el inicio o la terminación satisfactoria de los posibles procedimientos penales en los que participe la

apropiada. El Comité contra la Tortura también ha concluido que en circunstancias excepcionales no debería haber regreso cuando el temor a la tortura al regresar se deba a las acciones de entidades no estatales. Véase por ejemplo *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, Comunicación N° 120/1998, párr. 6.5 (agentes no estatales que están ejerciendo poderes gubernamentales *de facto*).

⁴¹³ Como se ha señalado en la parte 2.3, secc. 9.2 *supra*, esta disposición debe entenderse a la luz de la obligación más amplia de velar por que las víctimas tengan la oportunidad de participar en los procedimientos judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención contra la Delincuencia Organizada (art. 25 3)), así como la obligación específica contenida en el Protocolo de proporcionar a las víctimas la oportunidad de exponer sus opiniones (art. 6 2)).



víctima. Esos procedimientos incluyen, tal y como se señala a continuación y, con mayor detalle, en el contexto del Principio 17 y las directrices correspondientes, los relacionados con las indemnizaciones. Como mínimo, debe haber un aplazamiento de la deportación, acompañada por una regularización temporal de la situación legal hasta que la víctima haya podido participar en los procedimientos judiciales pertinentes.

ACCESO A VÍAS DE REPARACIÓN

Todas las personas víctimas de trata tienen un derecho legal reconocido internacionalmente a tener acceso a una reparación justa y suficiente. La presencia de la persona objeto de trata en el país en el que se solicita reparación a menudo es un requisito práctico, y en ocasiones jurídico, para que esa persona consiga medidas de reparación. En algunos países, la acción civil por daños no puede iniciarse hasta que hayan concluido las actuaciones penales. La repatriación que no tiene en cuenta el derecho de la víctima a reparación inevitablemente obstruirá el ejercicio libre y efectivo de ese derecho⁴¹⁴. La Directriz 9.3 destaca la importancia de las disposiciones que permiten que las víctimas de trata «permanezcan en condiciones de seguridad en el país en que se interponga el recurso mientras dure el procedimiento penal, civil o administrativo».

La cuestión de la reparación se examina en detalle en relación con el Principio 17 y las directrices correspondientes.

ALTERNATIVAS A LA REPATRIACIÓN

En algunos casos, la repatriación de la víctima a su país de origen, incluso a largo plazo, no es la

alternativa preferible. Ello puede deberse a que persisten problemas de seguridad pública y personal. También puede ser por consideraciones humanitarias relacionadas, por ejemplo, con la salud de la víctima o los vínculos y relaciones que ha establecido en el país de destino. En los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* se hace hincapié en garantizar la seguridad de la víctima. El Principio 11 identifica específicamente la necesidad de «alternativas jurídicas a la repatriación» en situaciones en las que el regreso plantearía riesgos inaceptables para la víctima o su familia. La Directriz 6.7 pide a los Estados que estudien alternativas a la repatriación, como la residencia en el país de destino o el reasentamiento en un tercer país cuando las circunstancias así lo requieran.

El Protocolo sobre la trata de personas no aborda específicamente las alternativas a la repatriación salvo en referencias indirectas en el instrumento principal (art. 24) a ciertas formas de protección de testigos, incluida la relocalización. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos adopta un enfoque diferente. Reconociendo la posibilidad de conceder visados temporales e incluso la residencia permanente, este tratado no supone automáticamente que la repatriación sea resultado inmediato o incluso último de un acto de trata. Se alienta a los Estados Partes a proporcionar a las víctimas permisos de residencia cuando su estancia sea necesaria debido a su situación personal o «a causa de su cooperación con las autoridades competentes para los fines de la investigación o de las acciones penales» (art. 14 1)). Las Directrices del UNICEF identifican la integración tanto local como en terceros países como opciones apropiadas para una solución duradera en los casos en los que el regreso al país de origen no redunde en el mejor interés del niño (secc. 9). En su Observación general N° 6 el Comité de los Derechos del Niño también ha afirmado que «la repatriación no debe tener lugar cuando haya un 'riesgo razonable' de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño» (párr. 84). También recomienda como alternativas

⁴¹⁴ El Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos señala que es indispensable que las víctimas que están presentes ilegalmente en el país sean informadas de su derecho en cuanto a la posibilidad de obtener un permiso de residencia en virtud del artículo 14 del Convenio, pues les resultaría muy difícil obtener reparación si no pudiesen permanecer en el país donde tienen lugar las actuaciones judiciales (párr. 192).

la integración local, la adopción internacional o el reasentamiento en un tercer país (párrs. 89 a 94).

11.3. REINTEGRACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El apoyo a la reintegración es un aspecto crítico de una repatriación segura. Las víctimas de la trata que reciben apoyo para la reintegración tienen muchas menos probabilidades de volver a ser víctimas. También pueden, según la naturaleza y la calidad del apoyo prestado, ser menos vulnerables a la intimidación, las represalias, el aislamiento social y la estigmatización. El apoyo a la reintegración es un derecho de las personas que han sido objeto de trata en virtud de su condición de víctimas de delitos y de violaciones a los derechos humanos. Debe ir acompañado del respeto por los derechos de las personas repatriadas, incluido su derecho a la intimidad y a no ser objeto de discriminación.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* respaldan el apoyo a la repatriación cuando ésta se hace en condiciones de seguridad y preferiblemente de forma voluntaria y, en el caso de los niños, siguiendo el interés superior de éstos. La Directriz 6.8 pide a los Estados y a otros agentes que aseguren, en colaboración con las ONG, que:

[l]as víctimas de la trata de personas que regresan a sus países de origen [reciban] la asistencia y el apoyo necesarios a los efectos de su bienestar, de facilitar su integración social y de prevenir que sean objeto nuevamente de trata de personas. Habría que adoptar medidas para proporcionar a las víctimas de la trata de personas que regresan a sus países atención médica y psicológica, vivienda y servicios de enseñanza y empleo adecuados.

Esta directriz tiene amplio apoyo en los instrumentos regionales. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes:

[que adopten] las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para poner en marcha programas de repatriación [...] [que] tenderán a evitar que la víctima pueda volver a serlo. Las Partes deberán realizar todos los esfuerzos necesarios para favorecer la reinserción de las víctimas en la sociedad del Estado de retorno, incluida la reinserción en el sistema educativo y el mercado de trabajo, en particular mediante la adquisición y la mejora de competencias profesionales. En lo que se refiere a los niños, estos programas deberían incluir el derecho a la educación, así como medidas destinadas a garantizarles el beneficio de una tutela o una acogida adecuados por parte de sus familias o de estructuras de acogida adecuada (art.16 5)).

Además, el Convenio exige a los Estados Partes que adopten las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de información sobre las instancias que pudieran ayudarlas en los países a los que estas víctimas retornan o son repatriadas (art. 16 6)). La Convención de la SAARC define una serie de medidas de rehabilitación como asesoramiento jurídico, asesoramiento psicosocial, capacitación para el empleo y atención de salud (art. IX 3)). La necesidad de una repatriación que evite que las víctimas vuelvan a serlo también se destaca en importantes instrumentos normativos de rango internacional y regional⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Directrices del UNICEF, sección 9.2.1; Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párr. 21. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en su párrafo 124 d) pide a los Estados que elaboren estrategias que garanticen que las víctimas de la violencia contra la mujer no vuelvan a serlo mediante leyes o prácticas judiciales o de otra índole que tengan en cuenta las cuestiones de género. El Documento Final de Beijing +5, párr. 97 c), dirigido a los gobiernos y las organizaciones regionales e internacionales, propone medidas para facilitar el regreso de las personas víctimas de trata a su Estado de origen y apoyar su reinserción en éste. La Asamblea General ha instado a los Estados «a que apoyen las medidas prácticas de carácter amplio que adopte la comunidad internacional para ayudar a las mujeres y los niños víctimas de la trata



Una reintegración satisfactoria exige la cooperación entre los países que efectúan la repatriación y los que reciben a los repatriados. La Directriz 11.11 pide a los Estados que intercambien información y experiencias acerca de la ejecución de programas de asistencia, retorno e integración con miras a que surtan los mayores efectos y tengan la mayor eficacia. La Directriz 11.12 pide a los Estados que alienten y faciliten la cooperación entre las ONG y otras organizaciones de la sociedad civil en los países de origen, tránsito y destino, haciendo particular hincapié en la prestación de apoyo y asistencia a las víctimas

transnacional a regresar a sus hogares y reintegrarse a sus sociedades locales» en sus resoluciones 51/66 (párr. 8) y 50/167 (párr. 5). Véase también el Plan de Acción de Uagadugú, págs. 4 y 5; Declaración de la CEDEAO sobre la trata de personas, párrs. 6 y 8; Plan de la UE sobre mejores prácticas, anexo 7, objetivo 1; Grupo de expertos en trata de seres humanos de la Comisión Europea, Opinión de 11 octubre de 2005 en relación con la conferencia «Tackling Human Trafficking: Policy and best practices in Europe» y su documentación conexas, 2; Grupo de expertos en trata de seres humanos de la Comisión Europea, Opinión de 18 mayo de 2004 sobre el período de reflexión y permiso de residencia para las víctimas de la trata de seres humanos, párr. 3; Plan de Acción de la OSCE, seccs. III 8 1), V 4 4); Declaración de Bruselas, párr. 15; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. IV 1); Memorando de Entendimiento entre Tailandia y la República Democrática Popular Lao, arts. 16 y 17; Memorando de Entendimiento entre Camboya y Tailandia, arts. 18 y 19.

de la trata de personas que sean repatriadas. La importancia de la cooperación entre países para asegurar una repatriación satisfactoria y con apoyo de las víctimas de la trata se reconoce en varios tratados regionales pertinentes⁴¹⁶, así como en importantes documentos normativos internacionales y regionales⁴¹⁷.

VÉASE ADEMÁS:

- Identificación de las víctimas: parte 2.1, sección 1.5, y de los niños víctimas de la trata: parte 2.3, sección 10.2
- Participación de las víctimas en los procedimientos judiciales: parte 2.3, sección 9.2
- Derecho a reparación: parte 2.4, secciones 17.1 a 17.6
- Interés superior del niño: parte 2.3, sección 10.3
- No devolución: parte 2.1, sección 3.4

⁴¹⁶ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 16 6); Convención de la SAARC, preámbulo, art. II.

⁴¹⁷ Véase, por ejemplo, Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párrs. 20 y 21; Plan de Acción de Uagadugú; Plan de la UE sobre mejores prácticas, párr. 5 i), anexo 6, objetivo 1; Plan de Acción de la OSCE, secc. VI 3); Declaración de Bruselas, párrs. 4, 13 y 15.

Parte 2.4

PENALIZACIÓN, SANCIÓN Y REPARACIÓN

INTRODUCCIÓN

La última parte de los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* se ocupa de los aspectos de la respuesta de la justicia penal a la trata. Las disposiciones detalladas de esta sección confirman la importancia decisiva de una respuesta de justicia penal eficaz como uno de los elementos de un enfoque más amplio y basado en los derechos de este fenómeno. Una respuesta de justicia penal a la trata de personas que dé prioridad a los derechos y procure tanto poner fin a la impunidad de los tratantes como asegurar la justicia para las víctimas debe ocupar el lugar que le corresponde como componente decisivo de cualquier solución duradera a la trata de personas.

Mediante las novedades jurídicas y normativas que se detallan en la presente sección, la comunidad internacional ha confirmado varios importantes «marcadores» de una respuesta de justicia penal eficaz a la trata de personas. Se conviene, por ejemplo, en que la trata de personas en todas sus formas debe ser tipificada como delito; que los tratantes deben ser investigados, enjuiciados y castigados; que sus bienes deben ser confiscados, y, en los casos de trata internacional de personas, que la colaboración jurídica

y operacional entre países debe esforzarse por garantizar que no haya lugares seguros para los tratantes. Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* añaden una importante dimensión de derechos humanos a este respecto haciendo hincapié, por ejemplo, en los derechos de los sospechosos y en los requisitos de un juicio imparcial, así como en la necesidad de velar por que las víctimas de la trata puedan recurrir al sistema judicial para obtener reparación por el daño que se les ha causado.

El Principio 12 y las directrices correspondientes abordan la obligación de tipificar como delito la trata de personas. Como se señala en el presente *Comentario*, un sólido marco jurídico nacional en relación con la trata de personas, basado en las disposiciones pertinentes del derecho internacional, constituye los cimientos y el andamiaje para una respuesta nacional correcta y apropiada a la trata de personas. La forma en que los Estados cumplen su obligación de tipificar la trata como delito tendrá importantes consecuencias para los efectos y la eficacia de su respuesta global. Por ejemplo, el Principio 12 y las directrices conexas piden a los Estados que vayan más allá de la penalización de la trata de personas para incluir «delitos constitutivos o conexos» como la servidumbre por deudas, los trabajos forzados, el trabajo infantil y los matrimonios forzados.

En su examen del Principio 13 y las directrices conexas, el *Comentario* aborda el requisito de que los Estados den efecto a sus leyes penales mediante una investigación, un enjuiciamiento y una resolución judicial eficaces. Se apoya en el análisis previo de la responsabilidad del Estado y la diligencia debida (en los Principios 2 y 6 y las directrices correspondientes) analizando la norma de diligencia debida en este contexto. A continuación, pasa a examinar varias cuestiones concretas relativas a la investigación, el enjuiciamiento y la solución judicial de casos relacionados con la trata de personas, la capacitación y la organización, los derechos de los sospechosos y las cuestiones de igualdad, no discriminación y género.

El Principio 14 y las directrices correspondientes reconocen que el delito de la trata a menudo tiene carácter transnacional tanto en sí mismo como por sus efectos. Es, por tanto, fundamental velar por que la movilidad internacional de los delincuentes no les permita evadir el enjuiciamiento refugiándose en otros países, y que los Estados sean capaces de cooperar para garantizar que las pruebas y la información necesarias para un enjuiciamiento satisfactorio puedan pasar de un país a otro. Aquí el *Comentario* examina la legislación, la política y la práctica de la extradición, la asistencia jurídica mutua y la cooperación operacional oficiosa como instrumentos de la cooperación internacional para poner fin a la impunidad de los tratantes y garantizar la justicia para las víctimas.

La cuestión de la penalización de la trata de personas se estudia en relación con el Principio 15 y las directrices correspondientes. El *Comentario* afirma que la norma jurídica aplicable es la de la efectividad y proporcionalidad y, al analizar el contenido de esta norma, señala el peligro de

que entrañan las sanciones desproporcionadas respecto del daño provocado o las penas excesivamente estrictas o rígidas. También se examina en este contexto el concepto de los delitos con circunstancias agravantes.

La trata de personas es un delito que produce grandes beneficios; la localización, aprehensión y confiscación del producto de ese delito se está convirtiendo en una parte cada vez más importante de una respuesta de justicia penal eficaz. En su examen del Principio 16 y las directrices conexas, el *Comentario* examina la obligación de aprehender y confiscar los bienes y la necesidad de la cooperación internacional a este respecto. En esta sección se examinan también en detalle las repercusiones jurídicas y normativas de la utilización de bienes confiscados para apoyar a las víctimas de la trata.

En cuanto víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos, las personas objeto de trata tienen el derecho legal de acceso a una reparación efectiva. Los Estados tienen la correspondiente obligación de garantizar ese acceso. El Principio 17 y las directrices conexas afirman esos derechos y obligaciones y ofrecen importante orientación tanto en cuanto al contenido como a la aplicación. Esta cuestión se examina de forma pormenorizada, centrándose en el derecho general a una reparación que prevé el derecho internacional, el derecho a reparación en el contexto de la violencia contra la mujer, y el derecho a reparación en el contexto particular de la trata de personas. Después se examina la noción de «suficiente y apropiada», junto con otros factores, como el acceso a la información y el apoyo, que son indispensables para que las víctimas puedan disfrutar de su derecho a obtener reparación.

PRINCIPIO 12 Y DIRECTRICES CONEXAS: PENALIZACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS⁴¹⁸

Los Estados adoptarán las debidas medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delitos penales la trata de personas, los actos que la constituyen y las conductas afines.

12.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

La trata de personas es un delito además de una violación de los derechos humanos. La penalización de la trata es un importantísimo paso adelante para poner fin a la impunidad de los tratantes. También es un componente indispensable de una respuesta amplia a escala nacional e internacional⁴¹⁹. Los Estados que no penalizan

plenamente la trata de personas están incumpliendo su obligación de proteger a las víctimas y de prevenir la trata en el futuro. Tampoco están ofreciendo las estructuras necesarias dentro de las cuales los organismos oficiales pueden investigar, enjuiciar y resolver judicialmente los casos de trata de personas con arreglo a la norma de la diligencia debida⁴²⁰.

El Principio 12 exige a los Estados que tipifiquen como delitos penales la trata de personas, los actos que la constituyen y las conductas afines. Deriva directamente de la disposición en materia de penalización del Protocolo sobre la trata de personas (art. 5), que ha sido descrita como fundamental y «obligación ineludible de todos los Estados Parte en [ese instrumento]»⁴²¹. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos contiene una disposición análoga (art. 18). La Convención de la SAARC también exige la penalización de la trata y los delitos conexos según están definidos en ese instrumento

⁴¹⁸ La presente sección está basada en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 7.

⁴¹⁹ Las Naciones Unidas han señalado que el requisito internacional de penalizar la trata de personas, introducido en el derecho internacional por conducto del Protocolo sobre la trata de personas, «se concebía como un elemento de una contraestrategia global que también comprendería la prestación de apoyo y asistencia a las víctimas y centraría la lucha contra la trata en los esfuerzos de más vasto alcance contra la delincuencia organizada transnacional» (Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo sobre la trata de personas, párr. 35). El Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos señala además la necesidad de armonizar la legislación nacional como forma de evitar

la preferencia delictiva por la comisión de delitos en un Estado Parte en el que previamente las normas eran menos estrictas (párr. 216).

⁴²⁰ Véase además el análisis de los Principios 2, 6 y 13 y directrices conexas.

⁴²¹ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 36.

(art. III)⁴²². Puede inferirse un requisito de penalización de la trata de mujeres de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴²³ y uno equivalente en relación con los niños en la Convención sobre los Derechos del Niño⁴²⁴. El Protocolo facultativo relativo a la venta de niños exige que se tipifiquen varios delitos que están directamente asociados a la trata de personas (art. 3).

Varios instrumentos normativos internacionales y regionales^{425, 426} confirman la importancia de la obligación de tipificar la trata de personas como delito. Los órganos internacionales de derechos humanos creados en virtud de tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas también han definido la penalización como una obligación y como elemento indispensable para

dar una respuesta nacional eficaz a la trata de personas⁴²⁷.

A continuación se identifican y analizan los elementos clave de la obligación de penalizar la trata de personas. También se examina la cuestión de la jurisdicción penal, que intersecciona con las obligaciones relacionadas con la extradición y la cooperación internacional (examinadas en relación con el Principio 14 y las directrices correspondientes).

12.2. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA OBLIGACIÓN DE PENALIZAR

La obligación de penalizar la trata de personas tiene varios elementos fundamentales.

LA PENALIZACIÓN CON INDEPENDENCIA DE CUALQUIER DELITO TRANSNACIONAL O DE LA PARTICIPACIÓN DE UN GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO

La obligación central e ineludible de todos los Estados Partes en el Protocolo es la de tipificar como delito la trata de personas en sus ordenamientos jurídicos internos⁴²⁸. El instrumento originario del Protocolo, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, exige que el delito de la trata de personas esté tipificado en el derecho interno de todos los Estados Partes *independientemente de su carácter trans-*

⁴²² Obsérvese que el alcance de esta disposición se ve limitado por el hecho de que la Convención se aplica sólo a la trata de niños y mujeres con fines de prostitución.

⁴²³ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 6, exige a los Estados que adopten «todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres». El artículo 2 expone la obligación de los Estados de utilizar medidas legislativas y de otro tipo para alcanzar la realización de los derechos consagrados en la Convención.

⁴²⁴ El artículo 35 exige a los Estados que tomen «todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños». Los artículos 34 y 36 contienen disposiciones generales que piden a los Estados que protejan a los niños de la explotación sexual y de todas las demás formas de explotación.

⁴²⁵ Resolución 7/29 del Consejo de Derechos Humanos (párr. 36 a)); resoluciones 61/144 (párr. 7), 59/166 (párr. 8) y 58/137 (párr. 4 a)) de la Asamblea General, y resoluciones 2005/44 (párr. 32 a)) y 2004/45 (párr. 10) de la Comisión de Derechos Humanos.

⁴²⁶ Plan de la UE de mejores prácticas, párr. 3 iii); Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 1); Declaración de Bruselas, párr. 16; Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, pág. 2, párr. 4; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. I 3); Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párr. 7.

⁴²⁷ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Barbados (CCPR/C/BRB/CO/3, párr. 8); Kenya (CCPR/CO/83/KEN, párr. 25); Federación de Rusia (CCPR/CO/79/RUS, párr. 10); Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Antigua y Barbuda (CRC/C/15/Add.247, párr. 67); Comité contra la Tortura, observaciones finales: Sudáfrica (CAT/C/ZAF/CO/1, párr. 24); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Líbano (CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 29); E/CN.4/2006/62/Add.1, párr. 90.

⁴²⁸ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párrs. 269 y 270.



nacional o de la participación de un grupo delictivo organizado⁴²⁹.

APLICACIÓN DE LA DEFINICIÓN INTERNACIONAL

La obligación establecida en el Principio 12 exige que los Estados penalicen la trata tal y como está definida en el derecho internacional. Las Guías Legislativas para la aplicación del Protocolo sobre la trata de personas (el instrumento legal que establece la definición internacionalmente acordada) señalan que la definición tenía la finalidad de «servir de base a la tipificación en el derecho interno de delitos que fuesen suficientemente análogos como para reforzar una cooperación internacional eficiente en la investigación y seguimiento de los casos» (párr. 35). Entre los aspectos pertinentes de la definición legal internacional figuran los siguientes:

- La trata tiene lugar con un amplio abanico de propósitos que no se limitan, por ejemplo, a la explotación sexual;
- Son objeto de la trata mujeres, hombres y niños;
- Los elementos del delito de trata de niños son distintos de los del delito de trata de adultos;
- No es preciso que una persona haya sido explotada para que haya trata de personas; basta con que haya estado sometida a uno de los actos definitorios, por uno de los medios de la definición (en el caso de los adultos), con el

⁴²⁹ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 34 2). Véanse también las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párrs. 18 y 19. Véase también Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º, Adición, Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (A/55/383/Add.1, párr. 59). Para más detalles sobre este aspecto de la obligación de tipificación como delito, véase Gallagher, «Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground?», págs. 812 a 814.

- propósito de explotarla⁴³⁰;
- El consentimiento de la víctima no altera la responsabilidad penal del delincuente, y
- El delito debe haber sido cometido de manera intencional para que haya responsabilidad penal.

Las Directrices 3.1 y 4.1 ponen de relieve la importancia de que los Estados apliquen la definición de trata acordada internacionalmente.

COMPLICIDAD Y RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE TRATA DE PERSONAS

La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen sólo responsabilidad penal individual para los autores de esos delitos. El derecho internacional es claro en cuanto a que la responsabilidad debe extenderse a las personas jurídicas además de a las personas físicas. La organización, dirección o complicidad en la comisión del delito de trata de personas, o la tentativa de comisión de ese delito, también deben ser tipificadas como delito⁴³¹.

La naturaleza del fenómeno de la trata de personas hace especialmente importante que la responsabilidad por los delitos pertinentes se extienda a las personas tanto físicas como jurídicas. Las personas jurídicas, en este contexto, pueden incluir empresas comerciales y firmas que operan en muy distintos sectores como el turismo, el entretenimiento la hostelería, la contratación de trabajadores, la adopción o la prestación de servicios médicos⁴³². Las

⁴³⁰ *Ibid.*, párr. 33; Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 225.

⁴³¹ Véase Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 5; Protocolo contra la trata de personas, art. 5 2); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 21; Convención de la SAARC, art. III.

⁴³² Obsérvese que, en virtud del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, los Estados Partes deben asegurarse de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones tipificadas en aplicación del Convenio, cuando sean cometidas en su nombre por cualquier persona física que actúe, bien individualmente, bien como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza

(Continúa en la página siguiente)

empresas de transporte, como las líneas aéreas, son otro grupo importante de personas jurídicas cuya complicidad y responsabilidad potenciales se señalan específicamente en el Protocolo sobre la trata de personas (art. 11 3) y 4)). En la Directriz 4.2 se pide a los Estados que consideren la posibilidad de promulgar legislación en que se establezca la responsabilidad administrativa, civil y penal de las personas jurídicas, además de las personas naturales. Este requisito se ve confirmado por los tratados internacionales⁴³³.

PENALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS CONEXAS

El Principio 12 requiere la tipificación como delitos penales de los actos constitutivos⁴³⁴ y las conductas o delitos conexos. Los *Principios y Directrices* afirman que las conductas o delitos conexos incluyen los «propósitos» de la trata establecidos en la definición que contiene el Protocolo sobre la trata de personas: «explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre» (nota 3)⁴³⁵.

(Continuación de la nota 432)

poderes de dirección en su seno (art. 22). El Informe Explicativo del Convenio señala que puede asignarse esa responsabilidad si es posible demostrar que no se adoptaron medidas apropiadas y razonables para impedir a los empleados o agentes participar en actividades delictivas en nombre de la entidad (párr. 249).

⁴³³ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 10; Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 22.

⁴³⁴ Conforme se usan en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, las expresiones «actos constitutivos» y «delitos constitutivos» tienen el mismo significado que «trata de personas» tal y como se define en el artículo 3 del Protocolo sobre la trata de personas (*Principios y Directrices sobre la trata de personas*, nota 2).

⁴³⁵ La falta de referencia a la extracción de órganos en esta lista probablemente no tiene importancia, dado el carácter abierto de la lista y la referencia concreta al artículo 3 a) del Protocolo sobre la trata de personas, que sí contiene esa referencia.

La Directriz 4.1 afirma que «[h]abría que tipificar también todas las prácticas comprendidas en la definición de trata de personas, como la servidumbre por deudas, los trabajos forzados y la prostitución forzada». El concepto de delitos conexos abarcaría la violación, la agresión física y sexual, la privación ilícita de libertad y otros actos que son características comunes de las situaciones de trata de personas.

Con su defensa de la penalización de las conductas conexas, el Principio 12 y la Directriz 4.1 van más allá de los estrictos requisitos de la obligación internacionalmente aceptada de tipificar como delito la trata de personas⁴³⁶. Esto se explica, además de estar conforme con él, por el explícito enfoque de derechos humanos que contienen los *Principios y Directrices*. En esencia, el Principio 12 pide la penalización de las violaciones de las normas de derechos humanos más directamente asociadas a la trata de personas. La lista definitiva incluiría no solamente la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, sino también la servidumbre por deudas, las peores formas de trabajo infantil y el matrimonio forzoso. Una lista ampliada también podría incluir la violencia contra la mujer, las violaciones de los derechos de los trabajadores migrantes y las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Al menos en relación con el primer grupo, formado por derechos reconocidos en el derecho consuetudinario y por consiguiente aplicable a todos los Estados en todas las situaciones, el hecho de no tipificar como delito (y, ulteriormente, investigar

⁴³⁶ El requisito de penalizar los delitos afines no está apoyado ni por el Protocolo sobre la trata de personas ni por el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos. Sus comentarios respectivos son explícitos respecto de que la obligación de tipificar como delito guarda relación con los actos constitutivos tomados en conjunto y no con los elementos individuales (Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo sobre la trata de personas, párr. 33; Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 224).



y enjuiciar) supondría un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de hacer respetar efectivamente el derecho correspondiente.

La penalización de una gama más amplia de delitos también tiene una dimensión práctica, como parte de una estrategia nacional amplia para combatir la trata de personas. Desde la perspectiva de la justicia penal, la definición de la trata de personas es compleja y los distintos elementos del delito a menudo son difíciles de demostrar. Estudios recientes han indicado que quizá sea más fácil investigar y enjuiciar delitos más establecidos y mejor conocidos como la servidumbre por deudas, la agresión sexual o el trabajo forzoso, en lugar del complejo delito de la trata de personas, que requiere cuantiosos recursos⁴³⁷. Esta conclusión ha sido confirmada por las principales organizaciones intergubernamentales que trabajan en este ámbito, todas las cuales alientan a los Estados a apoyarse en los delitos conexos para conseguir el enjuiciamiento de los tratantes⁴³⁸. Naturalmente, los Estados y otros agentes deben mantenerse alertas para garantizar que la utilización de otros delitos tenga como resultado el reforzamiento, y no el menoscabo, de la eficacia global de la respuesta de justicia penal, inclusive su capacidad para hacer llegar la justicia a las víctimas.

La expresión «conductas afines» o «conexas» en ocasiones se utiliza también para referirse a acciones que facilitan la comisión de un delito de trata de personas, como la producción de documentos de viaje fraudulentos para permitirlos. Los tratados internacionales en general exigen la tipificación como delito de esas «conductas afines»⁴³⁹.

⁴³⁷ Gallagher y Holmes, *loc. cit.*

⁴³⁸ *Ibíd.*

⁴³⁹ Véase, por ejemplo, Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 20.

UTILIZACIÓN DE DELITOS CONEXOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE CASOS DE TRATA DE PERSONAS

Los Estados pueden utilizar los delitos conexos (como la violación, las agresiones sexuales, las agresiones físicas, la servidumbre por deudas, la esclavitud, incluso el blanqueo de dinero y la corrupción) para conseguir condenar a los tratantes. Este enfoque puede resultar particularmente útil en aquellos países donde:

- Aún no existe el delito penal específico de la trata de personas;
- Las penas que se imponen a la trata de personas no reflejan suficientemente la naturaleza del delito, o
- Las pruebas disponibles en un caso concreto no bastan para apoyar una acción penal por trata de personas, pero sí pueden ser suficientes para emprender esa acción por conductas conexas.

El enjuiciamiento por delitos conexos en lugar de por trata de personas puede ser atractivo a corto plazo, pero a largo plazo tiene varias consecuencias potencialmente importantes que es preciso tener en cuenta. Por ejemplo, una acusación de trata de personas puede permitir que las víctimas tengan acceso a servicios de apoyo, protección y asistencia que de otro modo no estarían a su alcance. Como ya se ha señalado, esos servicios de apoyo pueden incluir la posibilidad de un período de reflexión y de la concesión de un permiso de residencia temporal, incluso permanente, en el país de destino.

PENALIZACIÓN DEL USO DE LOS SERVICIOS DE UNA VÍCTIMA DE LA TRATA DE PERSONAS

¿Exigen los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* que los Estados sancionen a los que utilizan o se benefician de algún modo de los servicios de las víctimas de la trata? Por ejemplo, ¿debe una persona (o una empresa) que adquiere bienes producidos por trabajadores objeto de trata tener responsabilidad penal? ¿Debe considerarse que el cliente de una persona víctima de

trata para la prostitución tiene responsabilidad penal? ¿Debe el propietario de un negocio que utiliza trabajadores víctimas de trata tener responsabilidad penal? ¿Supone alguna diferencia que el individuo haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de la trata?

Esta cuestión ya se ha abordado en el contexto del examen de las estrategias encaminadas a reducir la demanda (Principio 4 y directrices correspondientes), por lo que sólo se resumirán los aspectos pertinentes. Ni los *Principios* y *Directrices* ni el Protocolo sobre la trata de personas se pronuncian directamente sobre si el uso de los servicios de víctimas de la trata debe ser tipificado como delito. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes que estudien la posibilidad de conferir el carácter de infracción penal a la utilización de los servicios de una persona con conocimiento de que es víctima de la trata (art. 19)⁴⁴⁰. El Informe Explicativo del Convenio hace hincapié en su estrecho margen de aplicación: para ser castigado con arreglo a esta disposición, el usuario debe tener conocimiento de que la persona es víctima de la trata (párr. 234).

Sin duda, cada vez se reconoce de forma más generalizada que los «usuarios» finales de los servicios de las víctimas de trata son una parte decisiva del problema y deben tener algún tipo de responsabilidad. Si esta perspectiva se generalizase más, tal vez fuera posible argumentar que el hecho de no penalizar un eslabón indispensable de la cadena de la trata equivale a no

⁴⁴⁰ Obsérvese que la Convención de la SAARC, concluida varios años antes que el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, se refiere indirectamente a la responsabilidad de los usuarios finales al exigir a los Estados Partes que prevean el castigo de cualquier persona que tenga, mantenga o dirija, o financie o participe con conocimiento en la financiación de un lugar utilizado para los fines de la trata de personas [para la prostitución] y que con conocimiento alquile o preste un edificio u otro lugar o parte de él para los fines de la trata [para la prostitución] (art. III 2)).

cumplir plenamente la obligación más amplia de la tipificación como delito.

12.3. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Las normas relativas al ejercicio de la jurisdicción penal, que forman parte del derecho internacional consuetudinario, son un aspecto importante de la obligación de tipificación como delito. Esas normas definen las circunstancias en las que un Estado debe ejercer su competencia en materia de justicia penal en una situación concreta. Son más complicadas en el caso de la trata de personas que en muchos otros delitos, pues aquélla a menudo entraña la comisión de múltiples delitos en dos o más países. Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* no hacen referencia directa a las cuestiones de la jurisdicción penal. No obstante, éste es claramente un aspecto importante de su interés más amplio por el fomento de la elaboración de leyes, estructuras y procedimientos que contribuyan a acabar con la impunidad de los tratantes y asegurar la justicia para las víctimas.

Las normas jurídicas internacionales sobre la competencia en las situaciones de trata de personas se exponen en los principales tratados internacionales y regionales. Su objetivo es reducir o eliminar los paraísos jurisdiccionales para los tratantes velando por que todos los elementos del delito puedan ser castigados dondequiera que se cometan⁴⁴¹. Otro aspecto de interés es velar por que existan mecanismos de coordinación para los casos en los que más de un país tenga motivos para afirmar su competencia⁴⁴². Las principales normas derivadas de los grandes instrumentos sobre la trata de personas son las siguientes:

⁴⁴¹ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párr. 210.

⁴⁴² *Ibid.*



- El Estado *está obligado* a ejercer su jurisdicción sobre los delitos relacionados con la trata de personas cuando se cometan en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes⁴⁴³ (principio de territorialidad);
- El Estado *puede* ejercer su jurisdicción sobre los delitos relacionados con la trata de personas cuando se cometan fuera de su territorio contra uno de sus nacionales⁴⁴⁴ (principio de la personalidad pasiva);
- El Estado *puede* ejercer su jurisdicción sobre delitos de trata de personas cuando esos delitos sean cometidos fuera de su territorio jurisdiccional por uno de sus nacionales⁴⁴⁵ (principio de la personalidad activa);
- El Estado *puede* ejercer su jurisdicción sobre delitos de trata de personas cuando esos delitos sean cometidos fuera de su jurisdicción territorial pero con miras a la comisión de un delito grave y de blanqueo de dinero dentro de su territorio⁴⁴⁶;
- El Estado *debe* establecer su jurisdicción por delitos relacionados con la trata cuando el autor esté presente en su territorio y el Estado no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales o por cualquier otro motivo⁴⁴⁷ (principio de «extradición o enjuiciamiento»)⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 15 1); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 31 1) a) a c).

⁴⁴⁴ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 15 2) a); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 31 1) e).

⁴⁴⁵ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 15 2) b); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 31 1) d).

⁴⁴⁶ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 15 2) c).

⁴⁴⁷ Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 15 3) y 4); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 31 3).

⁴⁴⁸ Esta norma se examina de manera más detallada en la parte 2.4, sección 14.3 *infra*.

En general, los tratados conexos, como los que se ocupan de la explotación de niños y de la trata de niños para la adopción, reiteran estas normas⁴⁴⁹. La importancia de eliminar los vacíos jurisdiccionales también ha sido subrayada por organizaciones intergubernamentales y otros órganos normativos⁴⁵⁰.

Como ya se ha señalado, es posible que más de un país esté en condiciones de ejercer su competencia respecto de determinado caso de trata de personas, o incluso respecto de los mismos autores. Esta situación se llama «jurisdicción concurrente». Las consultas y la cooperación son importantes desde el principio con el fin de coordinar las medidas y, más específicamente, para determinar la jurisdicción más apropiada para

⁴⁴⁹ Véase, por ejemplo, el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 4 (competencia sobre los acusados de la venta de niños, la prostitución infantil o la pornografía infantil por el Estado territorial; el Estado de registro del pabellón de un buque o una aeronave en el que se cometieron los delitos; el Estado del que la víctima es nacional o en el que reside habitualmente; el Estado del que el presunto autor es nacional, y el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente. El mismo artículo exige que el Estado haga efectiva su jurisdicción respecto de los delitos pertinentes «cuando el presunto delincuente sea hallado en [el territorio de ese Estado] y no sea extraditado a otro Estado Parte en razón de haber sido cometido el delito por uno de sus nacionales»). Véase también Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 9 (territorialidad; residencia habitual de la víctima; presencia del presunto autor en el territorio; presencia de la víctima en el territorio).

⁴⁵⁰ La Asamblea General, por ejemplo, también ha pedido a los gobiernos que penalicen a todos los infractores involucrados en actividades de trata de personas, sean nacionales o extranjeros, por conducto de las autoridades nacionales competentes, sea en el país de origen o en el país en el que se comete el abuso. Véanse las resoluciones 61/144 (párr. 7), 59/166 (párr. 8), 57/176 (párr. 8), 55/67 (párr. 6), 52/98 (párr. 4) y 51/66 (párr. 7) de la Asamblea General. Las Directrices de la ASEAN, en la sección 2.B.2, señalan que siempre que sea posible deben adjuntarse disposiciones en materia extraterritorial a la legislación y las normas conexas sobre trata de personas como medida adicional para eliminar los paraísos jurisdiccionales para los tratantes.

entender de determinado caso⁴⁵¹. En algunos casos, lo más eficaz será que un solo Estado enjuicie a todos los delincuentes, y en otros quizá sea preferible que un Estado enjuicie a algunos de los participantes y otro o más Estados a los demás. Habrá que tener en consideración cuestiones como la nacionalidad, la localización de los testigos, el marco jurídico apropiado, la disponibilidad de recursos y la localización del delincuente cuando es detenido⁴⁵². La Convención contra la Delincuencia Organizada dispone que cuando intervienen varias jurisdicciones, los Estados Partes deben estudiar la posibilidad de

⁴⁵¹ Esas consultas están previstas en el artículo 15.5) de la Convención contra la Delincuencia Organizada y en el artículo 31.4) del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos.

⁴⁵² Estas cuestiones se examinan con más detalle en Pauline David, Fiona David y Anne Gallagher, *International Legal Cooperation in Trafficking in Persons Cases* (ASEAN, UNODC, Cooperación regional en Asia para prevenir la trata de personas, de próxima publicación) [en adelante, Manual de la ASEAN-UNODC-ARCPPT].

remitir el caso a la jurisdicción más conveniente, «cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia» y «con miras a concentrar las actuaciones del proceso» (art. 21)⁴⁵³.

VÉASE ADEMÁS:

- Responsabilidad del Estado y diligencia debida: parte 2.1, secciones 2.1 a 2.4; parte 2.2, sección 6.3; parte 2.4, sección 13.2
- Extradición y asistencia jurídica mutua: parte 2.4, secciones 14.1 a 14.4
- Demanda de trata de personas: parte 2.2, secciones 4.1 a 4.4

⁴⁵³ En la sección 2.C.3, las Directrices de la ASEAN reiteran este requisito, afirmando que «en los casos transnacionales apropiados en que los tratantes podrían ser enjuiciados en dos o más Estados, pueden estudiarse medios alternativos en los niveles internacional, regional o bilateral para evaluar y coordinar los procedimientos penales y, cuando proceda, estudiar la posibilidad de transferir los procedimientos penales al Estado más apropiado en interés de la debida administración de justicia».

PRINCIPIO 13 Y DIRECTRICES CONEXAS: INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y RESOLUCIÓN JUDICIAL⁴⁵⁴

Los Estados procederán a investigar, procesar y fallar efectivamente los casos de trata de personas con inclusión de sus actos constitutivos y las conductas afines, con prescindencia de que sean cometidos o no por agentes de gobierno.

13.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

El Principio 13 aborda el grave problema de la cultura generalizada de impunidad de los que intervienen en la trata de personas y la explotación asociada. Los tratantes y sus cómplices raras veces son detenidos, investigados, enjuiciados o condenados. Como se ha señalado a lo largo del presente *Comentario*, las víctimas de la trata raras veces son identificadas y con demasiada frecuencia son consideradas delinquentes. A pesar de que ello sea la clave para un enjuiciamiento satisfactorio, las personas objeto de trata raras veces son incorporadas al proceso de justicia penal en calidad de víctimas.

El Principio 13 exige que todos los Estados apliquen su legislación penal investigando

debidamente las acusaciones de trata, procesando a aquellos contra los que existan pruebas suficientes y llevándolos a juicio. Complementa el Principio 2, que declara de forma inequívoca que «los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para [...] investigar y procesar a quienes la cometen» [la trata]. También son pertinentes el Principio 6 (investigación de acusaciones de participación de funcionarios del Estado en actividades de trata) y el Principio 12 (penalización de la trata en la legislación interna). La alusión a los actos constitutivos y las conductas afines que hace el Principio 13 lleva su aplicación más allá de la trata para incluir otros delitos como la explotación sexual, los trabajos o servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a ésta y la servidumbre, la servidumbre por deudas, las peores formas de trabajo infantil y el matrimonio forzado⁴⁵⁵. El Principio 13 confirma que la obligación de diligencia debida del Estado se extiende a la investigación y el enjuiciamiento de las alegaciones de trata de personas contra funcionarios públicos y agentes no estatales.

Los tratados internacionales pertinentes no exigen específicamente a los Estados Partes que

⁴⁵⁴ La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 7. Para un análisis de cuestiones prácticas relacionadas con la investigación, el enjuiciamiento y la resolución judicial de casos de trata de personas, véase Gallagher y Holmes, *loc. cit.*

⁴⁵⁵ Véase el análisis de este aspecto en el contexto del Principio 12 y las directrices conexas.

investiguen y enjuicien los casos de trata de personas. *Combatir la trata*, no obstante, es uno de los propósitos fundamentales de los tres grandes tratados especializados en la trata de personas⁴⁵⁶. Además, la investigación y el procesamiento de los delitos establecidos en el Protocolo sobre la trata de personas están expresamente incluidos en el ámbito de su aplicación (art. 4), mientras que la Convención de la SAARC y el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos incluyen disposiciones detalladas relativas a los procedimientos penales en la investigación y el enjuiciamiento de delitos de trata de personas⁴⁵⁷.

13.2. APLICACIÓN DE LA NORMA DE DILIGENCIA DEBIDA

El Principio 13, tomado junto con el Principio 2, hace responsable a los Estados de investigar, enjuiciar y resolver judicialmente los casos de trata de personas con la diligencia debida. En relación con el Principio 2 se demostró que la norma de diligencia debida, en lo que se refiere a la investigación y el enjuiciamiento, está bien establecida en los casos de violaciones de los derechos humanos. También confirma que la norma impone a los Estados el *deber positivo* de garantizar la eficacia de su legislación penal mediante una investigación y un enjuiciamiento efectivos⁴⁵⁸. El deber de investigar y enjuiciar es aplicable cuando hay

⁴⁵⁶ Protocolo sobre la trata de personas, art. 2 a); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 1 l) a); Convención de la SAARC, art. II.

⁴⁵⁷ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, cap. V; Convención de la SAARC, arts. III a VIII.

⁴⁵⁸ Véanse los casos *Velásquez Rodríguez*, párrs. 173 a 177; *Osman c. Reino Unido*, párr. 115; *Akkoç c. Turquía*, párr. 77; *SERAC y CESR c. Nigeria*, párr. 46; *Fernandes c. Brasil*, párrs. 56 y 57; *M.C. c. Bulgaria*, párrs. 150 a 153; *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 99 (2003), párr. 110; *Finucane c. Reino Unido* (29178/95) [2003] TEDH (1° de julio de 2003), párr. 67.

una acusación de violación por funcionarios del Estado y cuando el presunto autor es un agente no estatal⁴⁵⁹. En el último caso, el Estado será responsable, con arreglo al derecho internacional, si falta gravemente a su deber de investigar los abusos privados de derechos (ayudando con ello a su comisión) y a castigar a los responsables⁴⁶⁰. La norma de diligencia debida ha sido reconocida por la comunidad internacional en relación con la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los casos de trata de personas⁴⁶¹.

¿Cómo se mide si un Estado asume con seriedad su obligación de investigar y enjuiciar los casos de trata de personas? En general, los peores casos serán los más fáciles de decidir. Lo más probable es que un Estado que no penaliza la trata, que no investiga *ningún* caso de trata de personas, que no protege a *ninguna* víctima ni enjuicia a *ningún* autor cuando se dispone de pruebas fiables de la existencia de un problema de trata, no pase la prueba de la diligencia debida. En casos menos evidentes, es necesario evaluar si las medidas adoptadas demuestran un compromiso serio por parte del Estado a la hora de investigar y enjuiciar la trata de personas.

⁴⁵⁹ Casos *Velásquez Rodríguez*, párrs. 173 a 177; *Osman c. Reino Unido*, párr. 115; *Fernandes c. Brasil*, párrs. 56 y 57; *M.C. c. Bulgaria*, párrs. 150 a 153; *Sánchez c. Honduras*, párr. 142; *Calvelli y Ciglio c. Italia* (32967/96) [2002] TEDH (17 de enero de 2002), párrs. 48 a 51.

⁴⁶⁰ Caso *Velásquez Rodríguez*, párrs. 166 y 173 a 177.

⁴⁶¹ Véanse, por ejemplo, las resoluciones 63/156, preámbulo («los Estados están obligados a actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar la trata de personas y castigar a los responsables, así como a rescatar a las víctimas y tomar medidas para protegerlas, y que con el incumplimiento de esa obligación se viola y menoscaba o anula el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las víctimas»), y 61/180 de la Asamblea General, preámbulo («los Estados Miembros tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar ese delito y asegurar que quienes lo cometan no queden impunes»).



La decisión de si un Estado ha asumido seriamente su obligación de investigar y enjuiciar los casos de trata de personas exige examinar múltiples factores que van mucho más allá del Principio 13. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha propuesto los siguientes indicios de una investigación efectiva que, aunque no se han elaborado en el contexto específico de la trata de personas, suponen una orientación sumamente útil:

- La independencia de los investigadores;
- Si la investigación es capaz de llegar a una determinación de si el acto ilícito fue cometido y a la identificación y el castigo de los responsables;
- Si se adoptan medidas razonables para asegurar las pruebas relativas al incidente;
- La diligencia de las investigaciones, y
- Si existe un elemento suficiente de escrutinio público de la investigación o de sus resultados⁴⁶².

En un caso reciente (*Rantsev c. Chipre y Rusia*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó esta cuestión en el contexto particular de la trata de personas. El Tribunal identificó la obligación de los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de investigar los casos de trata de personas. La necesidad de que esas investigaciones sean completas y efectivas, abarcando todos los aspectos de las acusaciones de trata, desde el reclutamiento hasta la explotación, era indiscutible (párr. 307). El Tribunal señaló que esa obligación positiva incumbe a todos los Estados potencialmente implicados en la trata de seres humanos (los Estados de origen, de tránsito y de destino (párr. 289)) y que se habían producido violaciones a ese respecto tanto por la Federación de Rusia (Estado de origen) como por Chipre (Estado de destino). Afirmó que los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias y estén a su alcance para conseguir las pruebas pertinentes, se encuentren o no en el territorio del Estado

que realiza la investigación (párr. 241) y que, además de la obligación de investigar de manera interna los acontecimientos que ocurren en sus propios territorios, los Estados miembros también están sujetos a la obligación, en los casos de trata transfronteriza, de cooperar de forma efectiva con las autoridades competentes de otros Estados interesados en la investigación de acontecimientos que han tenido lugar fuera de sus territorios (párr. 289). El Tribunal afirmó también que para que una investigación sea efectiva, ha de ser independiente de los implicados en los hechos. También ha de ser capaz de conducir a la identificación y el castigo de los responsables; esa obligación no se refiere a los resultados sino a los medios. En todos los casos está implícito el requisito de prontitud y celeridad razonables, pero cuando exista la posibilidad de sustraer a la víctima de la situación, la investigación debe llevarse a cabo con carácter de urgencia. La víctima o los parientes cercanos deben participar en el procedimiento en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses legítimos (párr. 288).

Al igual que la cuestión objetiva de lo que el Estado hizo (o no hizo) de hecho en relación con una situación determinada, también son pertinentes los aspectos del mandato, la organización y la capacidad. Desde esta perspectiva, otras preguntas que cabría formular serían las siguientes:

- ¿Existe un marco legislativo adecuado dentro del cual el sistema de justicia penal puede funcionar efectivamente en relación con este tipo de casos?
- ¿Se han dado a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las atribuciones necesarias para investigar el delito?
- ¿Poseen esos organismos la capacidad técnica necesaria y tienen acceso a los recursos precisos?
- ¿Están organizados de tal modo que se garantice que las investigaciones puedan realizarse y de hecho se realicen?

⁴⁶² *Finucane c. Reino Unido*, párrs. 68 a 71.

Al evaluar la medida en que un Estado ha cumplido la norma de diligencia debida, es indispensable recordar que la trata de personas es un delito que depende en gran medida de la cooperación de las víctimas. Si se impide o no se alienta a las víctimas a que presenten denuncias, ello repercutirá directamente en la capacidad del sistema de justicia penal para investigar y enjuiciar los casos de trata de personas. En este contexto es importante cerciorarse de la facilidad o la dificultad que encuentran las víctimas para presentar denuncias ante la policía. ¿Está previsto que reciban protección y apoyo, o bien son consideradas delinquentes y deportadas? ¿Existen incentivos reales para que las víctimas cooperen (por ejemplo, la concesión de permisos de residencia a corto plazo o de períodos de reflexión para que puedan adoptar una decisión informada en materia de cooperación)? ¿Hasta qué punto son activos los organismos encargados de hacer cumplir la ley en la investigación de los casos de trata de personas? ¿Se basa la policía simplemente en las denuncias de las víctimas, o realmente emprende un proceso de investigación por su cuenta?⁴⁶³

⁴⁶³ Obsérvese que el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige específicamente a los Estados Partes que comprueben «que las investigaciones o las acciones judiciales relativas a los delitos tipificados con arreglo al [...] Convenio no estén subordinadas a la declaración o a la acusación procedente de una víctima, al menos cuando el delito haya sido cometido, en su totalidad o en parte, en su territorio» (art. 27 1)). Véase también *Sánchez c. Honduras*: una investigación «[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios» (cursivas añadidas) (párr. 144); *Finucane c. Reino Unido* las autoridades deben actuar de oficio en cuanto la cuestión haya llegado a su conocimiento. No pueden dejar a la iniciativa de los familiares próximos la presentación de una denuncia formal ni la asunción de la responsabilidad por la realización de cualquier acción de investigación (párr. 67). Obsérvese que el Consejo de Derechos Humanos ha instado recientemente a los Estados a tipificar como delito la trata de personas «sin que la participación de las víctimas o la presentación de acusaciones por parte de éstas sea una condición previa para el enjuiciamiento de los traficantes» (resolución 11/3, párr. 3 b)).

¿Qué sucede en niveles superiores de la jerarquía de la justicia penal? Cuando la policía está haciendo su trabajo e investigando casos de trata de personas, ¿los fiscales o los jueces se toman esos casos con seriedad? ¿Comprenden debidamente el delito de la trata de personas, y tienen capacidad para aplicar el marco jurídico nacional? ¿Existe una cooperación auténtica y eficaz entre los diversos organismos de justicia penal a este respecto, o se ven los enjuiciamientos obstaculizados por otras prioridades, corrupción o falta de eficacia? ¿Hasta qué punto el sistema de justicia penal garantiza juicios libres e imparciales, que incluyan el respeto de los derechos de los sospechosos?

Por último, ¿es siquiera posible saber lo que está sucediendo? En muchos países, los datos de la justicia penal sobre la trata no existen, no están disponibles o tienen graves carencias en materia de calidad o de fiabilidad. Los Estados deben ser capaces de producir los datos necesarios sobre investigaciones, detenciones, enjuiciamientos y condenas en los delitos de trata de personas y otros conexos, lo que confirmará o pondrá en tela de juicio su cumplimiento de la norma de la diligencia debida.

En la sección siguiente se examinan varias de estas cuestiones con mayor detalle.

13.3. CUESTIONES RELATIVAS A LA INVESTIGACIÓN, EL ENJUICIAMIENTO Y LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS CASOS DE TRATA DE PERSONAS

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* establecen varias cuestiones y planteamientos que guardan pertinencia directa con la aplicación de la norma de la diligencia debida en relación con la investigación, el enjuiciamiento y la solución judicial de los casos de trata de personas. Éstos se examinan en detalle a continuación. Otros aspectos decisivos, incluidos los que tienen pertinencia particular para los



derechos de las víctimas, se examinan en otros lugares del presente *Comentario*. Entre ellos figuran la protección y el apoyo a las víctimas que actúan como testigos (Principio 9 y directrices conexas), la protección y el apoyo para los niños víctimas que actúan como testigos (Principio 10 y directrices conexas), la no penalización y no detención (Principio 7 y directrices conexas), el derecho de las víctimas a tomar parte en los procesos judiciales (Principio 9 y directrices conexas), el derecho de las víctimas a permanecer durante los procesos judiciales (Principios 9 y 11 y directrices conexas), y el acceso a vías de recurso (Principio 17 y directrices conexas).

CAPACITACIÓN, EMPODERAMIENTO Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE JUSTICIA PENAL

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* reconocen la importancia de aumentar la capacidad de los organismos de justicia penal como medida preventiva (Directriz 7.8). Una respuesta a cargo de personal de justicia penal capacitado, con las atribuciones necesarias y los debidos recursos es un importantísimo elemento disuasorio para los tratantes, pues aumenta los riesgos y los costos asociados a sus actividades. Este elemento preventivo es un aspecto importante del Principio 13 y se examina con más detalle en relación con los Principios 5 y 6 y sus directrices correspondientes.

Una respuesta eficaz de la justicia penal a la trata de personas requiere funcionarios capacitados y competentes. Esto se reconoce en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* en la Directriz 5.2 y se ve reforzado en los instrumentos internacionales⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Protocolo sobre la trata de personas, art. 10 2) («Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según proceda. Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata,

y regionales⁴⁶⁵ pertinentes sobre la trata de personas. La necesidad de capacitación también ha sido ampliamente reconocida por la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos/Consejo de Derechos Humanos y

enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil»). El órgano establecido para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo afirma lo siguiente: «los Estados Parte deberían capacitar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que ocupan puestos de primera línea [...], los soldados que participan en misiones de mantenimiento de la paz, los funcionarios consulares, las autoridades judiciales, los encargados de prestar servicios médicos y los asistentes sociales, [...] a fin de permitir que las autoridades nacionales den una respuesta eficaz a la trata de personas, sobre todo identificando a las víctimas de ese delito» (CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 9).

⁴⁶⁵ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 29 3) («Las Partes dispensarán formación a los agentes responsables de la prevención de la lucha contra la trata de seres humanos y la prevención de la misma, o reforzarán su formación, incluyendo formación sobre los derechos de la persona. Esta formación podrá adaptarse a los diferentes servicios y se centrará, en su caso, sobre los métodos utilizados para impedir la trata, perseguir a sus autores y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas contra los traficantes»); Convención de la SAARC, art. VIII 2) (Los Estados Partes en la Convención sensibilizarán a sus instituciones de aplicación de la ley y al poder judicial respecto de los delitos tratados en la Convención y otros factores conexos que alientan la trata de mujeres y niños). Obsérvese también el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 10 1) (sobre la necesidad de verificar que las autoridades competentes disponen de personal formado y cualificado para la prevención de la trata de seres humanos y la lucha contra la misma y para la identificación y el apoyo a las víctimas); Consejo de Derechos Humanos, resolución 11/3 sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, párr. 3. Véanse también referencias a la capacitación en las resoluciones 63/156 (párr. 18), 61/180 (párr. 7), 61/144 (párr. 24), 59/166 (párr. 23) y 58/137 (párr. 5 b)) de la Asamblea General; resolución 2004/45 (párr. 23) de la Comisión de Derechos Humanos y Directrices del UNICEF, directriz 3.11.

en los organismos especializados⁴⁶⁶, así como por los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados y los mecanismos y procedimientos especiales⁴⁶⁷. Los documentos normativos regionales también han destacado la importancia de la capacitación⁴⁶⁸.

Los aspectos fundamentales de una capacitación eficaz de los funcionarios de justicia penal, tal y como se identifican en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* y en otros lugares, son los siguientes:

- Debe darse capacitación a los funcionarios que participan en la identificación, la investigación, el enjuiciamiento y la resolución judicial de los casos de trata, con inclusión de funcionarios especializados y de primera línea

⁴⁶⁶ Resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos sobre trata de personas, especialmente mujeres y niños (párr. 3). Véanse también referencias a la capacitación en las resoluciones 63/156 (párr. 18), 61/180 (párr. 7), 61/144 (párr. 24), 59/166 (párr. 23) y 58/137 (para. 5 b)) de la Asamblea General, en la resolución 2004/45 (párr. 23) de la Comisión de Derechos Humanos, y en las Directrices del UNICEF (directriz 3.11).

⁴⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 12); Bosnia y Herzegovina (CCPR/C/BIH/CO/1, párr. 16); Filipinas (CCPR/CO/79/PHL, párr. 13); Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales: Kenya (CRC/C/KEN/CO/2, párr. 66 h)); Kirguistán (CRC/C/15/Add.244, párr. 62 c)); Países Bajos (CRC/C/15/Add.227, párr. 57 c)); Comité contra la Tortura, observaciones finales: Letonia (CAT/C/LVA/CO/2, párr. 21); Estonia (CAT/C/EST/CO/4, párr. 18); Japón (CAT/C/JPN/CO/1, párr. 25); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Mozambique (CEDAW/C/MOZ/CO/2, párr. 32); Italia (CEDAW/C/ITA/CC/4-5, párr. 32); Austria (CEDAW/C/AUT/CO/6, párr. 26); *Şahide Goekce (fallecido) c. Austria*, Comunicación N° 5/2005, párr. 12.3); E/CN.4/2006/62/Add.2, párrs. 80, 82 y 86; E/CN.4/2000/68, párr. 122 a).

⁴⁶⁸ Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 5); Declaración de Bruselas, párr. 9; Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, págs. 7 y 8, párrs. 1 a 3; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. II 9), 13); Memorando de Entendimiento de la COMMIT, párr. 8; Directrices de la ASEAN, parte 1.B.

en la aplicación de la ley, funcionarios de inmigración, fiscales y jueces;

- La capacitación debe adoptar un enfoque de derechos humanos. Debe procurar sensibilizar a los participantes respecto de las necesidades de las personas objeto de trata, en particular de las mujeres y los niños;
- La capacitación debe intentar dar a los funcionarios de justicia penal las competencias técnicas que necesitan para identificar, investigar, enjuiciar y resolver judicialmente los casos de trata de personas;
- La capacitación debe intentar también reforzar la capacidad de los funcionarios de justicia penal para proteger a las víctimas y respetar y promover sus derechos;
- La capacitación debe alentar la cooperación entre los organismos de justicia penal y los organismos no gubernamentales, especialmente los que trabajan para apoyar a las víctimas de la trata;
- Debe estudiarse la posibilidad de hacer participar a organismos no gubernamentales pertinentes en esa capacitación, como medio de aumentar su pertinencia y su eficacia, y
- Debe evaluarse la calidad de la capacitación. Tras la capacitación, hay que supervisar el desempeño de los agentes formados y evaluar el impacto que ha tenido aquella.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* reconocen que, además de recibir capacitación en competencias y sensibilización, los funcionarios y organismos de justicia penal deben ser organizados, dotados de atribuciones y financiados de tal modo que puedan responder de manera apropiada y eficaz al delito de la trata de personas⁴⁶⁹. La posición que adoptan

⁴⁶⁹ La Directriz 5.3 pide a los Estados que doten a los agentes del orden de facultades y técnicas de investigación adecuadas para hacer posible la investigación y el procesamiento efectivos de los presuntos tratantes. La Directriz 5.4 recomienda a los Estados que estudien la posibilidad de establecer unidades especiales de lucha contra la trata de personas (integradas por



a este respecto los *Principios y Directrices* se ve confirmada por las normas contenidas en los tratados sobre la cuestión⁴⁷⁰ y está respaldada de manera considerable en otros instrumentos⁴⁷¹. Los principales puntos de acuerdo son los siguientes:

- Una capacidad exclusiva y especializada de investigación es un componente indispensable para que la justicia penal pueda dar una respuesta efectiva. Las autoridades especializadas deben tener el mandato de supervisar o

mujeres y hombres) a fin de promover la competencia y la profesionalidad.

⁴⁷⁰ Por ejemplo, Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 20 (técnicas de investigación especiales); Protocolo sobre la trata de personas, art. 10 (intercambio de información y capacitación); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 29 (autoridades especializadas y órganos coordinadores); Convención de la SAARC, art. VIII 1) («Los Estados Partes proporcionarán medios, capacitación y asistencia suficientes a sus autoridades respectivas para que puedan realizar con eficacia estudios, investigaciones y procesamiento de delitos previstos en la Convención»).

⁴⁷¹ Véase, por ejemplo, *Directrices de la ASEAN para especialistas*, parte 1.B.1, según las cuales una capacidad de investigación especializada dentro de las fuerzas policiales nacionales es decisiva para que la respuesta de la justicia penal a la trata de personas sea enérgica y eficaz; Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 2.2) (unidades especiales contra la trata de personas); Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, pág. 7, párr. 1 (unidades especiales, en el marco de las estructuras existentes de las fuerzas del orden, con el mandato específico de elaborar y dirigir actividades operacionales para combatir la trata de personas). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha elogiado a varios Estados por el establecimiento de unidades especializadas en la trata de personas dentro de las fuerzas del orden: observaciones finales: Luxemburgo (CEDAW/C/LUX/CO/5, párr. 31); Kenya (CEDAW/C/KEN/CO/6, párr. 29). De forma más general, la Comisión de Derechos Humanos ha invitado a los gobiernos a que consideren la necesidad de «elaborar estrategias amplias contra la trata y de asignar más recursos y coordinar mejor los programas y las actividades para hacer frente al problema de la trata de personas» (resolución 2004/45, párr. 5).

asesorar en todas las investigaciones de casos de trata que se realicen en el país. Deben asignárseles y deben disfrutar de las atribuciones legales y de procedimiento necesarias para realizar investigaciones de casos de trata utilizando toda la gama de técnicas de investigación disponibles. La capacidad de las autoridades especializadas debe contar con la necesaria independencia, capacidad, recursos y perfil de género para realizar su trabajo⁴⁷²;

- Debe estudiarse la posibilidad de especializar otras funciones como el enjuiciamiento y la resolución judicial de los casos de trata de personas en la medida en que lo exija el volumen de casos⁴⁷³;
- Es indispensable la coordinación entre los diversos organismos de justicia penal (por ejemplo, entre organismos policiales de primera línea y departamentos especializados en investigación, o entre éstos y organismos de enjuiciamiento). Esa coordinación debe abarcar tanto las políticas como la acción.

⁴⁷² Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 29; *Directrices de la ASEAN para especialistas*, directriz B.1; Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), *Trafficking in Human Beings - Best Practice Guidance Manual for Investigators* (2007), cap. 2/7; Gallagher y Holmes, *loc. cit.*, págs. 323 a 326.

⁴⁷³ Las *Directrices de la ASEAN* proponen la especialización de las funciones tanto en materia de procedimiento como de adjudicación: directriz 1.B.2 (los organismos encargados del procesamiento deben desarrollar una capacidad especializada para la respuesta. Debe adiestrarse a un número de fiscales, apropiado para el volumen de casos actual y previsto, y encargarles la preparación de los casos de trata de personas y otros enjuiciamientos conexos), directriz 1.B.5 (Será preciso preparar y designar a un número de jueces, apropiado para el volumen de casos actual y previsto, para que se encarguen de la gestión y resolución de los juicios de casos relacionados con la trata de personas). La Declaración de Bruselas recomienda el establecimiento de equipos especializados y conjuntos de investigadores y fiscales que se ocupen de las investigaciones (véase párr. 17). Véase también Gallagher y Holmes, *loc. cit.*, párrs. 328 y 336.

Puede exigir el establecimiento de órganos de coordinación⁴⁷⁴;

- Los organismos de justicia penal especializados que se ocupen de casos de trata de personas deben colaborar estrechamente con los organismos de apoyo a las víctimas, incluidas ONG, para garantizar el respeto de los derechos de las víctimas y para que éstas reciban la protección y el apoyo que necesitan⁴⁷⁵.
- Deben existir medidas legislativas o de otro tipo para garantizar que los procedimientos judiciales protejan la intimidad y la seguridad de las víctimas hasta el punto en que ello sea compatible con el derecho a un juicio imparcial. En los procedimientos judiciales debe darse la máxima prioridad a los derechos y las necesidades de los niños víctimas de la trata⁴⁷⁶.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA RESPUESTA DE LA JUSTICIA PENAL

Las normas contenidas en tratados internacionales y regionales destacan la importancia de garantizar la integración de una perspectiva

⁴⁷⁴ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 29 2). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha elogiado repetidas veces a los Estados que han establecido grupos nacionales encargados de coordinar las medidas de lucha contra la trata en sus observaciones finales: Luxemburgo (CEDAW/C/LUX/CO/5, párr. 31); Austria (CEDAW/C/AUT/CO/6, párr. 25); Kazajstán (CEDAW/C/KAZ/CO/2, párr. 6); Georgia (CEDAW/C/GEO/CO/3, párr. 6); Tailandia (CEDAW/C/THA/CO/5, párr. 5).

⁴⁷⁵ Protocolo sobre la trata de personas, arts. 6 3) y 9 3); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 35. La Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos/Consejo de Derechos Humanos han pedido de forma repetida que se estreche la colaboración entre los gobiernos y las ONG para prestar apoyo a las víctimas (véanse las resoluciones 61/144 (párrs. 15 y 17), 59/166 (párr. 13 y 15) y 58/137 (párr. 9) de la Asamblea General; y resolución 2004/45 (párrs. 3, 20 y 23) de la Comisión de Derechos Humanos.

⁴⁷⁶ Véanse *supra* más referencias y citas en relación con el Principio 10 y las directrices conexas.

de género en las respuestas a la trata de personas⁴⁷⁷. Esta necesidad es particularmente aguda en el contexto de las respuestas de la justicia penal. Los hombres y los niños a menudo no reciben la debida atención como víctimas de la trata. En muchos casos, el daño que se les ha causado queda sin notificar, o puede ser que los organismos de justicia penal pueden estar menos dispuestos a investigar y enjuiciar esos casos⁴⁷⁸. Las mujeres y las niñas a menudo son objeto de formas de trata específicas de su sexo y con repercusiones que también pueden ser muy específicas por ese motivo. Muchos sistemas de justicia penal no están bien equipados para hacer frente a esta realidad. Si los organismos nacionales de justicia penal no integran una perspectiva de género en su labor, puede agravarse el daño que sufren las víctimas y hacer que las respuestas sean menos eficaces a la hora de poner fin a la impunidad y garantizar la justicia.

Mientras que la investigación insuficiente de la trata de varones es un problema grave que debe abordarse, la discriminación y los perjuicios conexos en la respuesta de justicia penal a la trata son particularmente evidentes en relación con las mujeres y las niñas. Entre los ejemplos de perjuicios reales o potenciales figuran los siguientes:

- La detención arbitraria de mujeres y niñas víctimas de trata⁴⁷⁹;
- Investigaciones discriminatorias e inapropiadas que penalizan a las mujeres y las niñas, en especial de grupos vulnerables, como las

⁴⁷⁷ Véase, por ejemplo, Protocolo sobre la trata de personas, art. 10 2); Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 17.

⁴⁷⁸ Véase, por ejemplo, Rebecca Surtees, «Trafficked men as unwilling victims», *St Antony's International Review*, vol. 4, N° 1 (2008), pág. 16; Proyecto interinstitucional de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, *Exploitation of Cambodian Men at Sea* (2007).

⁴⁷⁹ Véase el análisis que se hace en relación con el Principio 7 y las directrices conexas.



mujeres migrantes y las prostitutas⁴⁸⁰;

- El no reconocimiento de actos violentos específicos de género, como el abuso sexual, o la falta de prestación o de acceso a apoyo médico, psicológico y psicosocial apropiado⁴⁸¹;

⁴⁸⁰ Los Principios y Directrices sobre la trata de personas ofrecen varios ejemplos de respuestas discriminatorias o inapropiadas de la justicia penal que tendrían un efecto desproporcionado en las mujeres y las niñas. La Directriz 5.5 pide a los Estados que garanticen «que el tratante sea y siga siendo el objeto principal de las estrategias de lucha contra la trata de personas y que la acción coercitiva en la materia no exponga a la víctima al riesgo de ser sancionada por delitos cometidos como consecuencia de su situación». En la Directriz 5.6 se pide a los Estados que pongan en práctica medidas «para que las operaciones de ‘rescate’ no vulneren aún más los derechos y la dignidad de las víctimas de la trata de personas. Esas operaciones [como las incursiones policiales en burdeles y fábricas] deben llevarse a cabo únicamente después de haber establecido procedimientos apropiados y adecuados para atender a las necesidades de las víctimas cuya libertad se obtenga de esa manera».

⁴⁸¹ La Comisión de Derechos Humanos/Consejo de Derechos Humanos ha alentado a los gobiernos a que adopten medidas «que aseguren que en toda la legislación relativa a la lucha contra la trata se tenga en cuenta la perspectiva de género y para que mujeres y niñas vean protegidos sus derechos humanos y queden protegidas de las violaciones que se cometen contra ellos» (Comisión de Derechos Humanos resolución 2004/45, párr. 11). Véase también resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo y párr. 3; resolución 63/156 de la Asamblea General, preámbulo y párrs. 3, 4, 5, 6, 17, 18, 19 y 27; y resolución 8/12 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo y párr. 4. La Asamblea General, en su resolución 58/137, pidió a los Estados que prodigasen «un trato humano a todas las víctimas de la trata teniendo en cuenta su edad, sexo y necesidades especiales» (párr. 6 c)). La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer ha pedido a los gobiernos que velen «por que toda la legislación sobre trata tenga en cuenta la cuestión [relacionada] con el género y proporcione protección a los derechos humanos de la mujer y contra los abusos cometidos concretamente contra la mujer» (E/CN.4/2000/68, párr. 122 g)). Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han pedido de forma reiterada a los Estados que combatan la violencia contra la mujer, en particular la violencia doméstica y los abusos sexuales: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Uzbekistán (CEDAW/C/UZB/CO/3, párr. 10); Italia (CEDAW/C/ITA/CC/4-5, párr. 32); Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Jamahiriya Árabe Libia (CCPR/C/LBY/CO/4, párr. 10); Sudán (CCPR/C/SDN/

- El no reconocimiento de las repercusiones que la pérdida de intimidad y la perspectiva de verse humilladas pueden tener en las mujeres y niñas víctimas durante el proceso de justicia penal⁴⁸²;
- Las entrevistas o interrogatorios a mujeres víctimas de la trata por personas que no han recibido capacitación en métodos que tienen en cuenta las cuestiones de género para obtener o registrar pruebas⁴⁸³;
- Normas de procedimiento y de prueba que, sin argumentos razonables, exigen pruebas de fuerza o restricción⁴⁸⁴, y
- Normas de procedimiento y de prueba que permiten o exigen pruebas de la conducta sexual anterior de la víctima⁴⁸⁵.

CO/3, párr. 14); Zambia (CCPR/C/ZMB/CO/3, párr. 19); Kenya (CCPR/CO/83/KEN, párrs. 11 y 12).

⁴⁸² A/HRC/7/3, párr. 61; Comité contra la Tortura, C.L. c. Suiza, (CAT/C/37/D/262/2005, párr. 8.8).

⁴⁸³ A/HRC/7/3, párr. 61. La Asamblea General, en su resolución 59/166 (párr. 24), y la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2004/45 (párr. 23), han recomendado que la capacitación incorpore cuestiones y perspectivas relacionadas con el género. Véase también OMS, *Recomendaciones éticas y de seguridad de la OMS para entrevistar a mujeres víctimas de la trata de personas* (2003).

⁴⁸⁴ Hoy en día se comprende debidamente que a las víctimas puede privárseles de la libertad y de la libertad de circulación sin detenerlas físicamente, por ejemplo, mediante amenazas, retención de documentos de identificación, entre otros. Obsérvese que la regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba dispone explícitamente que: «a) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar su consentimiento voluntario y libre; [...] c) el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual». Obsérvese que la definición de trata en el Protocolo sobre la trata de personas dispone explícitamente que el consentimiento es irrelevante.

⁴⁸⁵ En los casos de trata de personas, a menudo se utilizan durante las actuaciones penales pruebas de la historia

(Continúa en la página siguiente)

Como se ha señalado a lo largo del presente *Comentario*, los Estados deben asegurarse de que sus respuestas a la trata de personas, inclusive en materia de justicia penal, no discriminen contra ninguna persona por ninguno de los motivos prohibidos, y que esas respuestas no tengan como resultado la violación de ninguno de los demás derechos establecidos⁴⁸⁶.

13.4. DERECHOS DE LOS SOSPECHOSOS Y DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL

La perspectiva de derechos humanos en la respuesta a la trata de personas exige que se respeten y protejan los derechos de todos. La obligación establecida en el Principio 3, en el sentido de que las medidas contra la trata de personas no deben menoscabar los derechos humanos ni la dignidad de ninguna persona, se extiende a los sospechosos (y, por supuesto, a los condenados) del delito de trata de personas.

Los tratantes nunca pueden ser enjuiciados sin tener en cuenta las normas internacionales que gobiernan la administración de justicia. Esas normas garantizan a todas las personas el derecho a ser escuchadas de manera imparcial y pública por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley⁴⁸⁷. Los Estados que no obser-

van esas normas se exponen a comprometer la integridad y la reputación de sus sistemas nacionales de justicia penal. Esas deficiencias también pueden llevar a una erosión del apoyo de la población a la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes.

Naturalmente, los derechos del autor del delito de trata de personas no pueden primar sobre el derecho de una persona a la vida y a la integridad física y mental⁴⁸⁸. En circunstancias especiales, puede ser necesario sopesar los distintos derechos. Por ejemplo, en un juicio que afecta a un grupo delictivo organizado tal vez sea preciso prestar una atención relativamente mayor a los derechos de las víctimas y los intereses de la comunidad en su conjunto. En general, no obstante, los derechos de víctimas y sospechosos no son incompatibles. Como se reconoce en los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* y en otros instrumentos⁴⁸⁹, la protección no puede extenderse a las víctimas a expensas de los derechos fundamentales de los sospechosos.

Los siguientes principios y derechos, consagrados en el derecho internacional⁴⁹⁰, deben ser respetados para velar por que los casos de trata de personas sean enjuiciados y resueltos judicialmente de manera imparcial, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y de justicia penal:

(Continuación de la nota 485)

sexual anterior con la intención de demostrar que la víctima es propensa a la promiscuidad y dio su consentimiento para la actividad sexual. El Relator Especial sobre la tortura ha señalado que la admisión de ese tipo de pruebas agrava el trauma de testificar, ya que puede humillarse a la mujer y obligarla a exponer aspectos de su vida privada que no vienen al caso en el delito que se juzga [A/HRC/7/3, párr. 62]. Obsérvese que la Corte Penal Internacional prohíbe la admisión de pruebas relacionadas con la conducta sexual previa de la víctima (Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 71).

⁴⁸⁶ Véase también el análisis del Principio 3 y las directrices conexas *supra*.

⁴⁸⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 9 y 14; Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 5

y 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7 y 8; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, arts. 6 y 7.

⁴⁸⁸ Esta posición ha sido afirmada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Véase, por ejemplo, *A.T. c. Hungría*, Comunicación N° 2/2003, párr. 9.3; y *Fatma Yildirim (fallecida) c. Austria*, Comunicación N° 6/2005, párr. 12.1.5.

⁴⁸⁹ *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 6.6. La necesidad de velar por que las disposiciones que protegen la identidad o la intimidad de las víctimas no pongan en peligro los derechos de los sospechosos se señala en las Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 2, párr. 54.

⁴⁹⁰ Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.



- Todas las personas deben ser consideradas iguales ante los tribunales;
- Toda persona tiene derecho a ser oída de manera imparcial y pública por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley, y
- Todas las personas acusadas gozan de la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad de conformidad con la ley.

De manera más específica, en la determinación de toda acusación penal, todo acusado tiene los siguientes derechos:

- El derecho a ser informado rápida y detalladamente de la naturaleza y la causa de los cargos que se le imputan;
- El derecho a contar con tiempo y medios apropiados para preparar la defensa, y a comunicarse en privado con un abogado de su elección;
- El derecho a ser juzgado sin demoras indebidas;
- El derecho a ser juzgado en su presencia;
- El derecho a recibir asistencia letrada cuando lo exijan los intereses de la justicia;
- El derecho a interrogar, o a que se interroguen en su nombre, a los testigos de cargo y a que asistan y se interroguen a los testigos a su favor en las mismas condiciones que a los testigos de cargo;
- El derecho a contar con los servicios de un intérprete, en caso necesario, y
- El derecho a no ser obligado a testimoniar en su contra o a declararse culpable.

En el contexto particular de un juicio penal, incumbe tanto al fiscal como al juez velar por que el juicio sea imparcial de acuerdo con las normas internacionales aplicables⁴⁹¹. Deben existir mecanismos de supervisión para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en las instancias de investigación, procesamiento y enjuiciamiento.

VÉASE ADEMÁS:

- Responsabilidad del Estado y diligencia debida: parte 2.1, secciones 2.1 a 2.4; parte 2.2, sección 6.3
- Protección de los derechos humanos en las respuestas a la trata: parte 2.1, secciones 3.1 a 3.5
- Protección y apoyo para las víctimas que actúan como testigos: parte 2.3, sección 9.3
- Protección y apoyo para los niños víctimas que actúan como testigos: parte 2.3, sección 10.4
- No penalización y no detención: parte 2.3, secciones 7.3 y 7.4
- Derecho de las víctimas a participar en los procedimientos judiciales: parte 2.3, sección 9.2
- Derecho de las víctimas a permanecer durante los procedimientos judiciales: parte 2.3, secciones 9.4, 9.5 y 11.2
- Derecho a reparación: parte 2.4, secciones 17.1 a 17.6

⁴⁹¹ Esta responsabilidad se destaca en las Directrices de la ASEAN para especialistas en el apartado 1.F.5.

PRINCIPIO 14 Y DIRECTRICES CONEXAS: EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA⁴⁹²

Los Estados se asegurarán de que la trata de personas, sus actos constitutivos y los delitos conexos constituyan delitos que dan lugar a extradición en virtud del derecho interno y los tratados en la materia. Los Estados cooperarán para cerciorarse de que se apliquen los procedimientos debidos de extradición de conformidad con el derecho internacional.

14.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Es posible que todos los elementos del delito de la trata tengan lugar dentro de las fronteras nacionales y que los autores, las víctimas y las pruebas se encuentren en el mismo país. Lo más habitual, en cambio, es que los casos de trata de personas sean mucho más complicados. Los presuntos autores, las víctimas y las pruebas pueden estar situados en dos o más países. El mismo hecho puede justificar y dar lugar a

investigaciones y procedimientos penales en múltiples jurisdicciones. Los mecanismos de cooperación oficiosos, y los instrumentos legales, la extradición y la asistencia jurídica mutua, son importantes medios para eliminar los lugares de refugio para los tratantes, poniendo fin con ello a los altos niveles de impunidad de que actualmente éstos disfrutan.

El Principio 14 se refiere a la extradición, una de las formas más antiguas de cooperación jurídica internacional en asuntos penales. La extradición es el nombre oficial que se da al proceso por el que un Estado (el Estado requirente) pide a otro (el Estado requerido) que le devuelva a una persona para que se enfrente a cargos penales o sanciones en el primero. Dadas las características del proceso de la trata de personas, los sospechosos que se desea perseguir en un Estado a menudo se encontrarán en otro Estado. Esto puede ser porque son nacionales de ese otro Estado, o porque deliberadamente han tomado medidas para evitar el enjuiciamiento o la condena huyendo a otro Estado. Por consiguiente, muchas veces la extradición es indispensable para enjuiciar con éxito los casos de trata de personas.

La extradición se basa en el principio de que una persona que se encuentra en un Estado,

⁴⁹² La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 7. Para un análisis detallado y práctico de la extradición, la asistencia jurídica mutua y la cooperación oficiosa en el contexto de la trata, véase el Manual ASEAN-UNODC-ARCPPT. Para un examen más general de las principales cuestiones relacionadas con la extradición, véase Clive Nicholls, Clare Montgomery y Julian B. Knowles, *The Law of Extradition and Mutual Assistance*, 2^o ed., 2007.

acusada sobre la base de argumentos fiables de haber cometido delitos graves que pueden ser enjuiciados en otro Estado, debe ser entregada a éste para responder por esos presuntos delitos. Las normas que gobiernan la extradición también intentan imponer salvaguardias, no obstante, para garantizar que la persona cuya extradición se solicita quede protegida de ser entregada en circunstancias en las que pueda recibir un trato injusto o ser objeto de represión en el Estado al que se la extradita⁴⁹³. A este respecto, importa señalar que el proceso de extradición no es el proceso por el que se determina la culpabilidad o la inocencia. Son los tribunales del Estado requirente los que en última instancia determinarán ese extremo.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* también se refieren a otras formas de asistencia entre países en relación con la investigación y el enjuiciamiento de delito de trata de personas. Esas formas de asistencia se dividen en dos tipos: i) asistencia jurídica mutua y ii) cooperación oficiosa.

La asistencia jurídica mutua es el proceso al que recurren los países cuando piden oficialmente a otros países que faciliten información y pruebas para los fines de una investigación o un enjuiciamiento. La asistencia jurídica mutua es un instrumento de cooperación sumamente formal, porque generalmente se utiliza cuando un país pretende obtener pruebas que serán admisibles en un juicio penal. Por este motivo, funciona con arreglo a normas diferentes y mucho más estrictas que las que se aplican a la cooperación menos formal entre organismos o entre entidades policiales.

Entre los tipos más comunes de asistencia jurídica mutua cabe citar la obtención de pruebas o

declaraciones de personas, la localización e identificación de testigos y sospechosos, la entrega de documentos judiciales, la ejecución de registros y confiscaciones, la congelación de bienes, la entrega de originales o copias certificadas de documentos y registros pertinentes, la identificación o localización de los beneficios procedentes del delito, la facilitación de la presentación voluntaria de personas en el Estado requirente, la transferencia de causas, investigaciones o presos, la transferencia de presos para que presten declaración, y los testimonios registrados en vídeo.

La cooperación informal es un instrumento diferente de cooperación penal internacional, menos limitado por normas, al que puede recurrirse además del régimen de asistencia mutua formal. La cooperación oficiosa permite a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los organismos de reglamentación (como las autoridades fiscales y las entidades reguladoras de empresas y de servicios financieros), compartir información y datos directamente con sus homólogos extranjeros sin exigir la presentación de una solicitud oficial de asistencia mutua. En este sentido, la cooperación oficiosa complementa los regímenes de asistencia mutua oficial. Este instrumento de cooperación internacional puede utilizarse antes de que una investigación se haga oficial y de que se inicien los procedimientos judiciales propiamente dichos, por ejemplo, para llevar a cabo actividades de vigilancia o tomar declaración a testigos voluntarios. En circunstancias en las que no se requieren medidas coercitivas, suele ser más rápido, más económico y más sencillo obtener información o datos de manera oficiosa que por los canales de asistencia mutua oficial.

El intercambio de información de esta manera oficiosa puede hacerse en forma de memorandos de entendimiento entre organismos homólogos, redes de oficiales de enlace, intercambio de información con el extranjero de conformidad

⁴⁹³ Knowles c. Gobierno de los Estados Unidos de América [2006] UKPC 38 (Consejo Privado de la Corona del Reino Unido), párr. 12, citado en Nicholls, Montgomery y Knowles, *op. cit.*, pág. 3.



con las leyes nacionales, tratados, y organizaciones regionales e internacionales, como la Interpol, la Europol y la Organización Mundial de Aduanas.

Las normas aplicables a la extradición, la asistencia jurídica mutua y la cooperación oficiosa, así como las cuestiones específicas que plantean, se examinan en más detalle a continuación.

14.2. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR EN LOS CASOS DE TRATA DE PERSONAS

A lo largo de la historia, la extradición se basa en pactos, en la cortesía o la buena voluntad entre jefes de Estado. La base jurídica para la extradición hoy en día es en general la legislación interna o los tratados bilaterales o multilaterales. Las leyes internas cada vez prevén más los casos de extradición en ausencia de acuerdos específicos basados en un tratado, y algunos países ahora recurren a la legislación interna exclusivamente como su base para la extradición. Otros países han adoptado un sistema mixto en el que la extradición se permite tanto sobre la base del tratado como sobre la base de la legislación interna. Con la aparición de cortes y tribunales internacionales que ejercen jurisdicción penal, los tratados también prevén la extradición a estos órganos no estatales⁴⁹⁴.

En otros tiempos, las leyes y tratados en materia de extradición generalmente contenían una lista de los delitos que abarcaban. Las leyes y los tratados más recientes se basan en el principio de la *doble penalidad*, que permite la extradición en relación con un delito si está penalizado tanto en el país requirente como en el país requerido y si las penas previstas se encuentran por encima de un umbral definido, por ejemplo, determinado período de reclusión. El principio de la doble penalidad, que puede tener el efecto

de obstaculizar los enjuiciamientos, constituye otra razón convincente para que los Estados penalicen la trata de personas tal y como está definida en el derecho internacional.

TIPIFICACIÓN DE LA TRATA COMO DELITO EXTRADITABLE

El Principio 14 requiere a los Estados que garanticen que la trata, sus actos constitutivos y los delitos conexos constituyan delitos que den lugar a extradición en virtud del derecho interno y los tratados en la materia. En este contexto, los delitos conexos incluirían la explotación sexual, el trabajo o los servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, la servidumbre por deudas, las peores formas de trabajo infantil y el matrimonio forzoso⁴⁹⁵. El Principio 14 está respaldado por el derecho internacional contenido en tratados. Mientras que el Protocolo sobre la trata de personas no alude a la extradición, su instrumento de base, la Convención contra la Delincuencia Organizada, establece una norma mínima básica al exigir a los Estados que consideren los delitos establecidos de conformidad con el Protocolo (limitados a la trata de personas, delitos relacionados con documentos, entre otros)⁴⁹⁶, delitos que den lugar a extradición con arreglo a su legislación y que velen por que esos delitos sean incluidos como delitos extraditables en todo tratado de extradición vigente y futuro (art. 16). Otros tratados internacionales y regionales

⁴⁹⁵ Véase el análisis de los delitos conexos en el examen del Principio 12 y las directrices correspondientes.

⁴⁹⁶ Obsérvese que la obligación de considerar la trata de personas un delito extraditable se aplicaría sólo a los delitos que constituyan un delito transnacional «grave» con arreglo a la Convención y el Protocolo, en la que intervenga un grupo delictivo organizado (Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párrs. 403 y 414 a 417). No obstante, los Estados Partes pueden aplicar las disposiciones en materia de extradición a otros delitos (como la trata de personas en la que no esté implicado un grupo delictivo organizado) y, en el artículo 16 2), se los alienta a hacerlo.

⁴⁹⁴ Véase Nicholls, Montgomery y Knowles, *op. cit.*

pertinentes también consideran la trata de personas y las conductas conexas delitos que dan lugar a extradición⁴⁹⁷.

En el contexto europeo, la trata de personas y las conductas conexas se incluirían en las categorías de delitos que dan lugar a extradición cubiertos por el Convenio Europeo sobre Extradición⁴⁹⁸. Se han concluido tratados de extradición globales análogos en las Américas y África occidental⁴⁹⁹.

Las políticas internacionales y regionales en materia de trata de personas también están empezando a reconocer la importancia de garantizar que los delitos relacionados con la trata de personas sean considerados delitos que den lugar a extradición⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Convención de la SAARC, art. VII; Convención Interamericana sobre la trata de menores, art. 10; Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 4.

⁴⁹⁸ Véase el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea (adoptado por el Consejo de la UE el 10 de marzo de 1995 para completar el Convenio del Consejo de Europa de Extradición). Obsérvese también la introducción de la orden de detención europea en virtud de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [2002], L 190. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes que impongan penas que puedan dar lugar a extradición (art. 23 1)). En virtud del artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición, darán lugar a la extradición aquellos hechos que ambas partes castiguen con pena privativa de libertad cuya duración sea de un año por lo menos (Informe explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 252).

⁴⁹⁹ Convención Interamericana sobre Extradición, Convención de la CEDEAO sobre Extradición.

⁵⁰⁰ Por ejemplo, las Directrices de la ASEAN para especialistas (parte 1.A.4) alientan a los Estados a que, para garantizar que no haya refugios seguros para los tratantes, extraditen o enjuicien a los presuntos delincuentes; Plan de Acción de la OSCE (recomendación III 1.6): velar por que la trata de personas, sus actos constitutivos y los delitos conexos den lugar a extradición en virtud del derecho interno y de los tratados de

COOPERACIÓN PARA GARANTIZAR UNA EXTRADICIÓN EXPEDITA

La Directriz 11.9 pone de relieve la importancia de que las autoridades del Estado requerido tramiten sin demora indebida las solicitudes de extradición por delitos relativos a la trata de personas. La Convención contra la Delincuencia Organizada también alienta a los Estados a procurar agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes (art. 16 8)). Otros instrumentos normativos específicos de la trata de personas se hacen eco de esta solicitud⁵⁰¹.

Estas disposiciones reflejan la comprensión de que la extradición es en general un proceso sumamente complicado y largo, sometido a numerosos obstáculos y restricciones. A menos que los Estados hagan un esfuerzo positivo por agilizar sus procedimientos de extradición en los casos de trata de personas, es poco probable que este instrumento de la cooperación jurídica internacional contribuya en gran medida a poner fin a la impunidad de los tratantes que atraviesan fronteras para escapar al enjuiciamiento o el castigo por sus delitos.

extradición. La Asamblea General, en su resolución 61/180, invitó a los Estados «a que consideren la posibilidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación a nivel nacional e internacional en materia de extradición, la asistencia jurídica recíproca e intercambio de información de inteligencia de la policía» (párr. 7).

⁵⁰¹ Según las Directrices de la ASEAN para especialistas, por ejemplo, los Estados deben asignar gran prioridad y acelerar las solicitudes relativas a los casos de trata de personas (directriz 2.D.4). De forma más general, la Declaración de Bruselas pide a los Estados, con el fin de acelerar el intercambio de información en las investigaciones penales y la asistencia jurídica mutua, que establezcan contactos directos entre los servicios del orden y las autoridades judiciales (párr. 16). Las Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas piden a los Estados que «instituyan [...] mecanismos expeditos que faciliten el intercambio de información y experiencias, fortalezcan el diálogo político entre países de origen, tránsito y destino hemisférico y extrahemisférico» (secc. V 2)).



TRATO IMPARCIAL Y DERECHOS HUMANOS EN LA EXTRADICIÓN⁵⁰²

En el Principio 14 se pide a los Estados que cooperen para cerciorarse de que se apliquen los procedimientos debidos de extradición de conformidad con el derecho internacional. La importancia de la imparcialidad en el trato y el respeto de los derechos humanos en la extradición queda confirmado por la Convención contra la Delincuencia Organizada⁵⁰³ así como por los tratados de extradición de rango regional⁵⁰⁴. Las normas fundamentales que hay que tener en cuenta cuando se examina la posibilidad de la extradición en los casos de trata de personas comprenden las siguientes:

- Doble penalidad: el requisito de que el delito esté reconocido penalmente tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido⁵⁰⁵;

⁵⁰² Esta sección se basa en el Tratado modelo de extradición, anexo a la resolución 45/116 de la Asamblea General y ulteriormente enmendado por la resolución 52/88. Véase también John Dugard y Christine Van den Wyngaert, «Reconciling extradition with human rights», *American Journal of International Law*, vol. 92, N° 2 (abril de 1998), pág. 187.

⁵⁰³ La Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 16 13], dispone lo siguiente: «En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona [contra la que se haya iniciado un proceso o solicitud de extradición] [...] incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona». Según el artículo 16 14), la Convención no impone la obligación de extraditar «si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones».

⁵⁰⁴ Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Extradición, art. 16 1), dispone: «La persona reclamada gozará en el Estado requerido de todos los derechos y garantías que concede la legislación de dicho Estado». Véase también la Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 5, 14.

⁵⁰⁵ Véase Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 16 1); Convención Europea sobre Extradición,

- Excepción de doble enjuiciamiento por los mismos hechos (*non bis in idem*): el Estado requerido debe rechazar la cooperación si la persona cuya extradición se solicita ha sido absuelta o sancionada en el Estado requerido por la conducta que constituye el delito por el que se solicita la extradición⁵⁰⁶;
- El principio de «especialidad»: el Estado requirente no podrá, sin consentimiento del Estado requerido, enjuiciar o castigar al sospechoso por un delito al que no se hacía referencia en la solicitud de extradición o que se afirma que ha sido cometido antes de que la persona fuera extraditada⁵⁰⁷;
- La norma del delito político: el derecho a negarse a extraditar a una persona porque ha sido acusada o condenada por un delito político⁵⁰⁸;
- La excepción de la nacionalidad: el derecho a negarse a extraditar a una persona que es nacional del Estado requerido (obsérvese, no obstante, la norma de «extraditar o enjuiciar», que se examina más adelante);

art. 2; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 3; Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 3.

⁵⁰⁶ El principio de la excepción de doble enjuiciamiento por los mismos hechos en su sentido clásico de derechos humanos se aplica solamente al doble procesamiento por el mismo delito dentro de la misma jurisdicción. Véase, por ejemplo, *A.P. c. Italia*, Comunicación N° 204/1986 (en la que el Comité de Derechos Humanos observa que la disposición prohíbe el doble procesamiento sólo en relación con un delito ya juzgado en determinado Estado). Sin embargo, en el contexto de la extradición, la prohibición contra el doble procesamiento por el mismo delito puede hacer que se excluya la extradición a pesar de que la sentencia previa se pronunciase en otra jurisdicción distinta de la del Estado requirente; véase Convenio Europeo de Extradición, art. 9; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 4 1); Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 13.

⁵⁰⁷ Véase Convenio Europeo de Extradición, art. 14; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 13; Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 20.

⁵⁰⁸ Véase Convenio Europeo de Extradición, art. 3 1); Convención Interamericana sobre Extradición, art. 4 4); Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 4 1).

- El derecho (o la obligación) de negarse a la extradición porque la solicitud es discriminatoria en sus fines, o si los derechos de la persona cuya extradición se solicita pueden verse vulnerados por uno de los motivos reconocidos, como la raza, el sexo, la confesión religiosa, la nacionalidad, el origen étnico o las opiniones políticas⁵⁰⁹;
- El derecho a denegarse a la extradición basándose en que el delito para el que se solicita acarrea la pena capital (a menos que el Estado requirente facilite garantías de que no impondrá la pena capital o no la ejecutará en caso de que sea impuesta)⁵¹⁰, y
- El derecho (o la obligación) de denegar la extradición porque la persona cuya extradición se solicita sería sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o sufriría la ausencia de las garantías mínimas durante las actuaciones penales⁵¹¹.

14.3. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O ENJUICIAR

Como se ha señalado, los Estados pueden rechazar la extradición por una serie de motivos. Pueden negarse a extraditar a uno de sus nacionales, por ejemplo, si el delito para el que

se solicita la extradición está castigado con la pena de muerte. Aunque se respetan esos derechos, el derecho internacional obliga en cualquier caso a los Estados que niegan la extradición a enjuiciar ciertos delitos. Esta violación del principio de extraditar o enjuiciar/procesar (*aut dedere aut iudicare, o aut dedere aut prosequi*) tiene una larga trayectoria en el derecho internacional, particularmente en el derecho internacional humanitario. Se especifica en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 en la relación con la comisión de graves infracciones de los Convenios⁵¹². La Convención contra la Tortura contiene una obligación análoga⁵¹³, al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁵¹⁴. Cuando se trata de violaciones de las normas de *jus cogens* (incluidas las relacionadas con la esclavitud y el comercio de esclavos), se acepta que la obligación de extraditar o enjuiciar/procesar se aplica a todos los Estados como cuestión de derecho internacional consuetudinario⁵¹⁵. Cuando el acto de trata de personas no entraña violaciones de las normas de

⁵⁰⁹ El argumento autorizado de que esa negativa sería obligatoria en virtud del derecho internacional se encuentra en las disposiciones antidiscriminatorias de todos los grandes tratados de derechos humanos internacionales y regionales. Véase también Convenio Europeo de Extradición, art. 3 2); Convención Interamericana sobre Extradición, art. 4 5); Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 4 2).

⁵¹⁰ Véase Convenio Europeo de Extradición, art. 11; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 9; Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 17 (a menos que la pena capital también sea impuesta en el Estado requerido).

⁵¹¹ La fuente autorizada para afirmar que esa negativa sería obligatoria con arreglo al derecho internacional se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y en la Convención contra la Tortura (art. 3).

⁵¹² Por ejemplo, el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra afirma lo siguiente: «Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes».

⁵¹³ «El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento» (art. 7 1)).

⁵¹⁴ Estatuto de Roma, en particular, parte 2, arts. 5, 8 1), 11, 12, 13, 17 y 19, y Parte 3, art. 26.

⁵¹⁵ M. Cherif Bassiouni y Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, 1995. Véase también Colleen Enache-Brown y Ari Fried, «Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut iudicare* in international law», *McGill Law Journal*, vol. 43 (1998), pág. 613.



jus cogens, la obligación no es consuetudinaria y se aplicará solamente si la imponen los tratados.

La Convención contra la Delincuencia Organizada extiende a los delitos de trata de personas el principio de extraditar o enjuiciar⁵¹⁶. Los Estados Partes en el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos están igualmente obligados a emprender acciones penales si se rechaza una solicitud de extradición por un delito previsto en ese instrumento (art. 31 3))⁵¹⁷. Otros tratados internacionales⁵¹⁸ reiteran la importancia de este principio.

14.4. ASISTENCIA JURÍDICA/JUDICIAL MUTUA

Como ya se ha señalado, el éxito de la investigación y el enjuiciamiento de los casos de trata de personas a menudo depende de la cooperación entre Estados para conseguir pruebas que se encuentran en un país distinto de aquel en el que se va a llevar a cabo la acción judicial. Cuando esa cooperación entraña la aportación de pruebas que necesariamente deben ser admisibles en el tribunal, o se relaciona con resultados que sólo pueden conseguirse por medios coercitivos, en general la cooperación se rige por las estrictas normas de la «asistencia jurídica mutua» establecidas en las leyes internacionales e internas.

⁵¹⁶ Convención contra la Delincuencia Organizada, arts. 15 3) y 16 10). Obsérvese que la norma *aut dedere aut judicare* se limita, en la Convención, a los casos en los que la negativa guarda relación con la nacionalidad del sospechoso.

⁵¹⁷ Obsérvese que la disposición se limita a los casos en los que la negativa guarda relación con la nacionalidad del sospechoso.

⁵¹⁸ Convención de la SAARC, art. VII.4; Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, arts. 4 3) y 5; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 8.

Los sistemas de asistencia jurídica mutua a menudo se establecen en virtud de un tratado bilateral o multilateral que puede referirse a una sola cuestión, como el terrorismo, el blanqueo de dinero o la delincuencia organizada. Un ejemplo es el régimen establecido en la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE. También pueden concluirse tratados con el objeto de fijar un marco general de normas dentro de las cuales dos o más países abordarán las cuestiones de asistencia jurídica mutua. La Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal y la Convención sobre asistencia jurídica mutua entre países afines de la ASEAN son ejemplos de este último enfoque. Los tratados de asistencia jurídica mutua en general recogen lo siguiente: los tipos de asistencia que van a prestarse, los derechos de los Estados requirente y requerido, los derechos de los presuntos delincuentes, y los procedimientos que deben seguirse en la formulación, la recepción y la tramitación de solicitudes.

Los Estados también pueden ocuparse de las cuestiones de asistencia jurídica mutua en su legislación interna. Muchos países han aprobado leyes que los facultan para prestar diversas formas de asistencia a otros Estados sin necesidad de relaciones basadas en tratados. La legislación por lo general prescribe las condiciones previas y el procedimiento para formular, transmitir y ejecutar las solicitudes que se reciben y que se cursan. Algunas leyes designan específicamente qué Estados extranjeros recibirán asistencia; otras disponen que la asistencia se prestará caso por caso.

La Directriz 11.8 de los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* se ocupa de la asistencia jurídica mutua en el contexto de la trata de personas. Pide a los Estados que examinen la posibilidad de «instituir la cooperación judicial entre Estados en las investigaciones y los

procesos judiciales relativos a la trata de personas y delitos conexos, especialmente mediante metodologías comunes de procesamiento e investigaciones conjuntas. La cooperación deberían incluir la asistencia a los efectos de identificar y entrevistar testigos teniendo debidamente en cuenta su seguridad, encontrar, obtener o preservar pruebas y preparar y notificar los documentos judiciales necesarios para obtener pruebas y la comparecencia de testigos, así como asistencia para hacer cumplir los fallos.

La legislación internacional contenida en tratados confirma la importancia de la asistencia jurídica mutua en los casos de trata de personas y otros conexos. La Convención contra la Delincuencia Organizada, como instrumento originario del Protocolo sobre la trata de personas, obliga a los Estados Partes a prestarse entre sí la mayor medida posible de esa asistencia en las investigaciones, el enjuiciamiento y los procedimientos judiciales en relación con los delitos previstos en ese instrumento, incluida la trata de personas. También establece un marco jurídico y de procedimiento detallado para la asistencia jurídica mutua entre los Estados Partes (art. 18). En su artículo VI, la Convención de la SAARC contiene una obligación de asistencia jurídica mutua respecto de los delitos establecidos en ese tratado⁵¹⁹, al igual que el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños (arts. 6 y 10). La importancia de la asistencia jurídica mutua en los casos de trata de personas se reitera en los documentos normativos internacionales y regionales⁵²⁰.

⁵¹⁹ Obsérvese que los redactores del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos decidieron no crear un régimen separado de asistencia jurídica mutua para no duplicar innecesariamente o competir con las amplias normas ya existentes (Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 337).

⁵²⁰ La Asamblea General, en su resolución 61/180, pidió a los Estados que estudiaran la posibilidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación en los planos nacional e internacional en materia de asistencia jurídica mutua, entre otras (véase el párr. 7). Véase también Declaración de Bruselas, párr. 16; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. III 6).

Las garantías en materia de derechos humanos se aplican en igual medida a la asistencia jurídica mutua que a la extradición. Los Estados deben garantizar que ninguna de las condiciones de una solicitud de asistencia jurídica mutua entrañe una vulneración real o potencial de los derechos humanos, en relación tanto con el sujeto de la solicitud como de cualquier otra persona. Los principios de necesidad, proporcionalidad y legalidad que se estudian en otros lugares del presente *Comentario* son pertinentes a este respecto. Particularmente en relación con las medidas coercitivas, es importante velar por que las medidas sean razonables y necesarias teniendo en cuenta las pruebas que se buscan y la gravedad del delito que se investiga. Puede rechazarse la cooperación cuando los Estados solicitantes no respeten los derechos fundamentales y las garantías procesales establecidas en los principales instrumentos de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

14.5. MEDIDAS DE COOPERACIÓN OFICIOSAS

Como ya se ha mencionado, la cooperación oficiosa es un instrumento de cooperación internacional en materia de delitos independiente y menos restringida por normas, a la que se puede recurrir fuera de los sistemas formales de asistencia mutua y que en general sirve como complemento a éstos. En circunstancias en las que no se necesitan medidas coercitivas, suele ser más rápido, económico y sencillo obtener información o datos por esta vía que por los canales oficiales de asistencia mutua. En el contexto de la trata de personas, las medidas de cooperación oficiosa podrían incluir las siguientes:

- La identificación y localización de sospechosos, víctimas y testigos;
- La toma de declaraciones voluntarias de testigos o víctimas;



- La verificación de la información contenida en las declaraciones;
- La comprobación de historiales delictivos;
- La comprobación de suscriptores o servidores de teléfono e Internet;
- La comprobación de archivos de pasaportes y visados, y
- El suministro de registros públicos (por ejemplo, datos sobre domicilio, registros de terrenos, archivos de empresas de telecomunicaciones, registros de matrículas de vehículos o registros de empresas).

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* alientan la cooperación oficiosa en el proceso de justicia penal, haciendo particular hincapié en la cooperación entre las fuerzas encargadas de hacer cumplir la ley. En la Directriz 11.6 se pide a los Estados que consideren la posibilidad de establecer mecanismos para facilitar el intercambio de información acerca de los tratantes y su *modus operandi*. En la Directriz 11.7 se pide que se estudie la posibilidad de establecer procedimientos y protocolos para la realización conjunta de investigaciones proactivas por los agentes del orden de los distintos Estados de que se trate. Las Directrices sugieren que se prevea la transmisión directa de solicitudes de asistencia entre las autoridades locales competentes a fin de que se atienda rápidamente esas solicitudes y de promover el establecimiento de relaciones de cooperación a nivel práctico (Directriz 11.7).

Tanto la Convención contra la Delincuencia Organizada como el Protocolo sobre la trata de personas reconocen el valor de la cooperación entre los cuerpos de policía de distintos Estados. La Convención enumera una lista de objetivos de esa cooperación, entre los que figuran la identificación temprana de los delitos y el intercambio de información y datos (art. 27 1)). Alienta a los Estados Partes a que concluyan acuerdos o mecanismos bilaterales o multilaterales con miras a mejorar la cooperación entre sus organismos encargados de hacer cumplir la ley (art. 27 2)). El Protocolo

destaca la cooperación mediante el intercambio de información con fines como la identificación de víctimas y autores en el tránsito, la verificación de documentos y el acopio proactivo de información (art. 10 1)). El órgano establecido para ofrecer recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo afirma que «[l]os Estados Partes deberían [...] [u]tilizar las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada que faciliten el aprovechamiento de equipos conjuntos de investigación y técnicas de investigación especiales para la investigación de los casos de trata de personas a nivel internacional»⁵²¹. La importancia de la cooperación entre fuerzas del orden en la investigación de los delitos relacionados con la trata de personas ha sido reconocida ampliamente además de en estos dos tratados⁵²².

Tanto los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* como la Convención contra la Delincuencia Organizada alientan las investigaciones conjuntas en los casos de trata de personas⁵²³, una forma de asistencia entre organismos que

⁵²¹ CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 24.

⁵²² Por ejemplo, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en el párrafo 130 c) pide a los Estados que intensifiquen «la cooperación y las medidas concertadas de todas las autoridades e instituciones pertinentes con miras a dismantelar las redes nacionales, regionales e internacionales de traficantes». La Asamblea General, en su resolución 58/137, alentó a los Estados a aplicar la Convención contra la Delincuencia Organizada y el Protocolo sobre la trata de personas y a «fomentar la cooperación en la lucha contra la trata de personas entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley» (párr. 4 b)). La OEA ha recomendado que los Estados miembros establezcan mecanismos expeditos que, entre otras cosas, permitan el intercambio de información entre los países de origen, tránsito y destino, y que se creen redes regionales e internacionales de cooperación para que las autoridades competentes, en particular las autoridades judiciales y policiales, combatan el delito de la trata de personas (Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. V 2)). Véase también Plan de Acción de la OSCE, recomendaciones III 2.5) y 3.

⁵²³ *Principios y Directrices sobre la trata de personas*, Directriz 11.8; Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 19.

permite el intercambio directo de información entre países afectados. Esas investigaciones podrían preverse para un caso que ha de ser juzgado en una sola jurisdicción. También sería un instrumento útil en los casos en los que más de un Estado tiene jurisdicción sobre los delitos de que se trata. Las investigaciones conjuntas pueden llevarse a cabo con carácter bilateral, o pueden coordinarse por medio de un organismo policial de rango internacional o regional (por ejemplo, la Interpol o la Europol), o un organismo de fiscalía de rango regional como Eurojust⁵²⁴. La posibilidad de desplegar equipos coordinados y especializados

de investigadores y fiscales en el nivel regional se ha planteado recientemente en África⁵²⁵, Europa⁵²⁶ y Asia Sudoriental⁵²⁷.

VÉASE ADEMÁS:

- La extradición y la prueba de las sanciones: parte 2, sección 15.1

⁵²⁴ Véase además Gallagher y Holmes, *loc. cit.* La Asamblea General, en su resolución 61/180, invitó a los Estados a proceder al «intercambio de información de inteligencia de la policía [...] teniendo en cuenta los instrumentos de información y comunicación de que dispone la Interpol» (párr. 7). El Consejo de la UE también ha recomendado a los Estados miembros que garanticen «que los servicios policiales hagan participar periódicamente a Europol en el intercambio de información, en las operaciones conjuntas y en los equipos conjuntos de investigación y utilizar las potencialidades de Eurojust para facilitar el enjuiciamiento de los traficantes» (Plan de la UE sobre mejores prácticas, párr. 4 viii).

⁵²⁵ Véase el Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, págs. 7 y 8, párr. 1, que recomienda el establecimiento de unidades de investigación conjuntas con aportación de los organismos gubernamentales encargados del orden, personal y organismos de capacitación del gobierno, la Interpol y otros organismos encargados de hacer cumplir la ley.

⁵²⁶ La Declaración de Bruselas también recomienda el establecimiento de equipos de investigación especializados conjuntos formados por investigadores y fiscales (párr. 17).

⁵²⁷ Directrices de la ASEAN para especialistas, secc. 2.A.1.

PRINCIPIO 15 Y DIRECTRICES CONEXAS: **PENAS EFECTIVAS Y PROPORCIONADAS**⁵²⁸

Se aplicarán penas efectivas y proporcionadas a las personas naturales o jurídicas que sean declaradas culpables de trata de personas o de sus delitos constitutivos o conexos.

15.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

Las penas son un componente indispensable de una respuesta completa a la trata de personas. Las penas que son desproporcionadas respecto del daño causado y los beneficios potenciales derivados de la trata generarán distorsiones que sólo tendrán como resultado menoscabar la eficacia de las respuestas de la justicia penal. La aplicación de penas inadecuadas al delito de trata de personas también pueden disminuir la eficacia de los procedimientos de cooperación internacional, como la extradición, que se inician cuando se alcanza un umbral de gravedad vinculado a la gravedad de las sanciones. A la inversa, unas penas rígidas o excesivamente severas, como la reclusión obligatoria mínima o la pena capital, pueden vulnerar la norma exigida de derechos humanos y justicia penal en algunos casos, por razones que se estudian en más detalle a continuación.

El Principio 15 requiere que se apliquen penas efectivas y proporcionadas a los condenados por trata de personas o por sus delitos constitutivos o conexos, como la explotación sexual, el trabajo o los servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, la servidumbre por deudas, las peores formas de trabajo infantil y el matrimonio forzoso⁵²⁹. Está vinculado y da efecto al Principio 12 y las directrices conexas (que tratan sobre la penalización), y el Principio 13 y sus directrices correspondientes (sobre la investigación y el enjuiciamiento). El Principio 15 se dirige a cualquier Estado que ejerza jurisdicción penal sobre los implicados en la trata de personas.

15.2. LA OBLIGACIÓN DE IMPONER PENAS

La obligación de imponer penas efectivas y proporcionadas, establecida en el Principio 15, se confirma y amplía en la Directriz 4.3, que pide a los Estados que establezcan en su legislación sanciones penales efectivas y proporcionales, con inclusión de penas de reclusión que den lugar a la extradición en el caso de las personas

⁵²⁸ La presente sección se basa en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 7.

⁵²⁹ Véase el análisis de los «delitos conexos» en el Principio 12 y las directrices correspondientes.

naturales⁵³⁰. Esta obligación se confirma en el derecho internacional contenido en tratados. La Convención contra la Delincuencia Organizada, por ejemplo, incluye los siguientes requisitos en relación con los delitos establecidos en el Protocolo sobre la trata de personas⁵³¹:

- Esos delitos deben estar castigados con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de aquéllos, y
- Las atribuciones legales discrecionales en relación con la imposición de penas deben ejercerse de tal modo que sea máxima la eficacia de las medidas de aplicación de la ley y tengan debidamente en cuenta la necesidad de disuadir de la comisión de delitos relacionados con la trata de personas (art. 11).

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige que la trata de personas y otros delitos en él establecidos sean punibles mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluyan penas de reclusión que puedan dar lugar a extradición (art. 23 1))⁵³².

En los casos de trata de personas en que estén implicadas personas jurídicas (como negocios, empresas y organizaciones no lucrativas), tanto la Convención contra la Delincuencia

Organizada (art. 10 4)) como el Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos (art. 23 2)) requieren que esas personas jurídicas sean objeto de sanciones penales o no penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones económicas.

El castigo del delito de trata de personas puede entrañar sanciones distintas de la reclusión o «medidas» dirigidas a personas naturales o personas jurídicas, como empresas. La confiscación de bienes, que se examina más adelante en el contexto del Principio 16 y las directrices conexas, es un ejemplo de medida de ese tipo. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos prevé varias medidas más, entre ellas la clausura de cualquier establecimiento empleado para actividades de trata de seres humanos y la prohibición de que un autor realice la actividad en el curso de la cual tuvo lugar el delito (art. 23 4)). El Informe Explicativo del Convenio señala que esta disposición tiene por objeto permitir que los Estados actúen contra establecimientos que puedan utilizarse para encubrir actividades de trata de personas, como agencias matrimoniales, agencias de empleo, agencias de viajes, hoteles o servicios de acompañantes (párr. 257). También tiene por objeto reducir el riesgo de que se produzcan nuevas víctimas clausurando locales en los que se sabe que se han reclutado o explotado víctimas de la trata, como bares, hoteles, restaurantes o talleres textiles, y prohibir a una persona la realización de actividades de las que se ha servido para la trata de seres humanos (párr. 256). Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* se hacen eco de esta cuestión proponiendo una revisión de las leyes, los controles administrativos y las condiciones relativas a la autorización y el funcionamiento de empresas que puedan servir para encubrir la trata de personas (Directriz 4 2)). En el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó que la prohibición de la trata de personas contenida en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exigía a los Estados partes poner en

⁵³⁰ En cuanto al vínculo entre las sanciones penales y la extradición, véase *supra* el análisis del Principio 14 y las directrices conexas.

⁵³¹ Un Estado que es parte en la Convención contra la Delincuencia Organizada pero no en el Protocolo sobre la trata de personas tendría que establecer que la trata de personas es, con arreglo a su legislación, un «delito grave», tal y como se define en la Convención para que esas disposiciones se aplicasen a los delitos de trata; Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 2 9) b); Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párr. 302.

⁵³² Como se señala en el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, ello exigiría la previsión de penas de privación de libertad de al menos un año (párr. 252).



práctica medidas apropiadas de regulación de las empresas que se utilizan a menudo como tapadera para la trata de seres humanos (párr. 284). El Tribunal también examinó las políticas de inmigración en lo que atañe a la obligación de protección. De forma significativa, concluyó que el régimen de Chipre en materia de visados para artistas extranjeros, en su mayoría mujeres, los hace particularmente vulnerables a la trata y la explotación sexual. Habida cuenta de esas deficiencias, se consideró que el propio régimen de visados violaba la obligación de proporcionar protección práctica y efectiva contra la trata y la explotación (párr. 293).

Los tratados internacionales y regionales sobre cuestiones afines, como la explotación de los niños y de los trabajadores migrantes, definen la obligación de los Estados Partes de sancionar las violaciones de los derechos protegidos por esos instrumentos⁵³³. Respecto de la cuestión particular de la trata de personas, la Asamblea General⁵³⁴ y varios órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados⁵³⁵ han puesto de relieve la im-

portancia de castigar a los implicados en la trata y la explotación de seres humanos. También son pertinentes las disposiciones en materia de sanciones de numerosos instrumentos que se ocupan de la violencia contra la mujer⁵³⁶.

15.3. LA NORMA DE LA PENA «EFECTIVA Y PROPORCIONADA»

El Principio 15 exige penas «efectivas y proporcionadas». La Convención contra la Delincuencia Organizada (y, por extensión, el Protocolo sobre la trata de personas) exigen penas que tengan en cuenta la gravedad del delito y que tengan debidamente en cuenta el factor disuasorio. La norma del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos en relación con las sanciones es que deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Varias fuentes de derecho

Libano (CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 29).

⁵³³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32 c) (explotación económica de los niños); Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 3 3) (venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil). La Convención sobre los trabajadores migratorios exige a los Estados Partes que impongan «sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular» (art. 68 1) c).

⁵³⁴ Resoluciones 61/144 (párr. 3), 59/166 (párr. 4) y 58/137 (párr. 5 a)) (explotación sexual).

⁵³⁵ Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han pedido reiteradamente a los Estados que sancionen a los que participen en la trata de personas, por ejemplo: Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: República Checa (CCPR/C/CZE/CO/2, párr. 12); Eslovenia (CCPR/CO/84/SVN, párr. 11); Tailandia (CCPR/CO/84/THA, párr. 20); Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 15); Comité contra la Tortura, observaciones finales: Italia (CAT/C/ITA/CO/4, párr. 22); Hungría (CAT/C/HUN/CO/4, párr. 21); Tayikistán (CAT/C/TJK/CO/1, párr. 8); Togo (CAT/C/TGO/CO/1, párr. 26); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales:

⁵³⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 2 b); Protocolo sobre los derechos de la mujer en África, art. 4 2) e); Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, art. 4 d) (Los Estados deben «establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia»); Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 124 c) (los Estados deben «introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia») y párr. 130 b) (los Estados deben «fortalecer la legislación vigente [...] con miras a [...] castigar a los autores»); Documento Final Beijing +5, párr. 69 a) (los Estados deben tipificar como delitos todas las formas de violencia contra la mujer), párr. 69 b) (los Estados deben enjuiciar y condenar de forma apropiada a los autores de actos de violencia contra la mujer) y párr. 97 c) (que propone el fortalecimiento de la legislación nacional definiendo mejor el delito de la trata en todos sus elementos y reforzando en consecuencia las sanciones correspondientes); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 24 g), f) i); resolución 52/86 de la Asamblea General, anexo, párr. 9 a) i).

en gestación confirman la tónica general de estas disposiciones⁵³⁷. En general, las sanciones deben ser acordes con el daño provocado y los beneficios obtenidos de la trata y la explotación conexas. En resumidas cuentas, deben ser «claramente superiores a los beneficios del delito»⁵³⁸.

La norma de la pena «efectiva y proporcionada» exige tener en cuenta muchos otros factores. Como se ha señalado, unas sentencias excesivamente leves que no reflejan el daño causado, o los beneficios obtenidos, ponen en peligro la tarea de la justicia penal e incluso pueden menoscabar la eficacia de los procedimientos de cooperación internacional como la extradición. Esas sentencias también perjudican a las víctimas, pues no les ofrecen la protección que merecen. Al mismo tiempo, como ya se ha señalado en relación con las sanciones correspondientes a los delitos de violencia contra la mujer, las penas excesivas y desproporcionadas respecto del daño causado pueden tener la consecuencia involuntaria de reducir el número de denuncias y de condenas⁵³⁹.

Cuando se considera si las sanciones cumplen la norma generalmente aceptada, es importante tener presentes a las múltiples y diversas partes que intervienen. En un caso típico de trata de

personas pueden estar implicados reclutadores y negociadores en calidad de acusados, además de las personas más directamente implicadas en la explotación. Los beneficios que cada parte obtiene de la explotación probablemente sean muy distintos, al igual que su contribución al daño provocado a las víctimas. Puede aducirse, sobre esta base, que unas penas mínimas impuestas por la ley, particularmente si son muy severas, vulneran la norma porque eliminan el grado de discrecionalidad judicial que se necesita para cumplir la norma obligatoria de la pena efectiva y proporcionada⁵⁴⁰. La pena capital también suscita problemas, y no sólo desde la perspectiva de los derechos humanos. Mientras que el derecho internacional aún no rechaza categóricamente la pena de muerte⁵⁴¹, es poco probable que castigar los delitos de trata con esa sanción cumpla la norma de la pena efectiva y proporcionada en todos los casos, habida cuenta de la complejidad del delito de la trata, las inevitables dificultades de las investigaciones y los muy diversos grados de participación de los delincuentes⁵⁴².

15.4. DELITOS CON CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y CONDENAS ANTERIORES

En la Directriz 4.3 se pide a los Estados que consideren, cuando proceda, establecer en su legislación la imposición de penas adicionales a quienes sean declarados culpables de trata de

⁵³⁷ Véanse, por ejemplo, las Directrices de la ASEAN, parte 1.A.2 (las penas que se impongan a los condenados por el delito de trata de personas y otros delitos conexos deberán ser apropiadas para la gravedad del delito y reflejar las circunstancias agravantes). Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados en algunos casos han pedido específicamente a los Estados que se aseguren de que las penas aplicadas son proporcionadas respecto de la gravedad de los actos cometidos: Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 12); Comité contra la Tortura, observaciones finales: Bosnia y Herzegovina (CAT/C/BIH/CO/1, párr. 21); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Marruecos (CEDAW/C/MAR/CO/4, párr. 23).

⁵³⁸ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párr. 262.

⁵³⁹ A/61/122/Add.1, párr. 360.

⁵⁴⁰ Véase además Gallagher y Holmes, *loc. cit.*

⁵⁴¹ Véase en general William Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3a ed., 2002; y Nowak, *op. cit.*, págs. 133 a 153.

⁵⁴² Gallagher y Holmes, *loc. cit.* Algunos tratados de extradición especifican que los Estados no concederán la extradición cuando el delito de que se trate sea punible en el Estado solicitante con la pena capital (Convención Interamericana sobre Extradición, art. 9); o, al menos, que los Estados pueden denegar la extradición en esas circunstancias (Convenio Europeo de Extradición, art. 11; Convención sobre Extradición de la CEDEAO, art. 17).



personas con circunstancias agravantes, incluidos los delitos de trata de niños o aquellos cuyos autores o cómplices sean funcionarios del Estado.

Este concepto de delitos con circunstancias agravantes es un aspecto del requisito de proporcionalidad que se ha examinado anteriormente. Acepta que un delito como el de la trata puede agravarse en determinadas circunstancias, en las que debe conllevar una sanción diferente, en principio más estricta. Los delitos con circunstancias agravantes están reconocidos en el derecho pertinente contenido en tratados. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, por ejemplo, exige que, en la determinación de las penas para los delitos relacionados con la trata de personas, se consideren agravantes determinadas circunstancias, entre ellas las siguientes:

- Cuando, de forma deliberada o por negligencia grave, el delito ha puesto en peligro la vida de la víctima;
- Cuando el delito ha sido cometido contra un niño;
- Cuando el delito ha sido cometido por un funcionario público en el desempeño de sus funciones, y
- Cuando el delito ha sido cometido en el marco de una organización delictiva (art. 24).

La Convención de la SAARC también contiene una disposición en materia de circunstancias agravantes respecto de cada uno de los motivos anteriores, así como en relación con la participación del autor en un grupo delictivo organizado o en actividades delictivas organizadas, y la comisión de delitos en una institución o establecimiento de reclusión, educativo o social para menores (art. IV).

Otros instrumentos jurídicos y normativos internacionales y regionales conexos reconocen el concepto de las circunstancias agravantes⁵⁴³;

⁵⁴³ Según las Directrices de la ASEAN para especialistas

las sentencias de los tribunales internacionales ofrecen una importante orientación a este respecto⁵⁴⁴. Los delitos cometidos contra niños y los cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones son los motivos más comúnmente citados para imponer penas relativamente más severas en relación con los delitos de trata de personas y otros delitos comparables⁵⁴⁵.

(parte 1.A.2), las penas que se impongan a los condenados por delitos de trata de personas y delitos conexos deben ser proporcionadas respecto de la gravedad del delito y de modo que reflejen las circunstancias agravantes. La Declaración de Bruselas pide a los Estados que consideren que los delitos de trata que afecten a niños constituyen delitos con agravante que acarreen penas más severas (párr. 16). La OSCE ha recomendado que «la ley deberá prever penas adicionales para toda persona culpable del delito de trata con agravantes, como sería el supuesto de la trata de niños o de todo delito cometido por el titular de un cargo público o con su complicidad» (Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 1.4). Los estatutos de los diversos tribunales penales internacionales exigen que, cuando emitan sus fallos por violaciones del derecho internacional humanitario, tenga en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias particulares del condenado (Estatuto de Roma, art. 78; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 24 2); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23 2)).

⁵⁴⁴ Véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que consideran lo que constituyen factores agravantes (y atenuantes) en delitos internacionales graves como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad: *Fiscal c. Rajic* (Sala de Primera Instancia I), caso N° IT-95-12-S, 8 de mayo de 2006 (sentencia condenatoria), párrs. 97 a 137; *Fiscal c. Plavsic* (Sala de Primera Instancia III), caso N° IT-00-39&40/1-S, 27 de febrero de 2003 (sentencia condenatoria), párrs. 53 a 60; *Fiscal c. Simic* (Sala de Primera Instancia II), caso N° IT-95-9/2, 17 de octubre de 2002 (sentencia condenatoria), párrs. 40 a 43; *Fiscal c. Sikirica et al.* (Sala de Primera Instancia III), caso N° IT-95-8, 13 de noviembre de 2001 (sentencia condenatoria), párr. 109; *Fiscal c. Todorovic* (Sala de Primera Instancia I), caso N° IT-95-9/1, 31 de julio de 2001 (sentencia condenatoria), párrs. 50 a 95; *Fiscal c. Tadic* (Sala de Primera Instancia II), caso N° IT-94-1, 11 de noviembre de 1999 (sentencia condenatoria), párrs. 19 a 24; *Fiscal c. Erdemovic* (Sala de Primera Instancia II), caso N° T-96-22, 5 de marzo de 1998 (sentencia condenatoria), párr. 15.

⁵⁴⁵ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art.

Con frecuencia, las actividades de trata de personas son realizadas a través de fronteras nacionales por organizaciones delictivas cuyos miembros quizá hayan sido juzgados y condenados en más de un país. Mientras que las condenas previas en los tribunales nacionales a menudo se tienen en cuenta a la hora de decidir las penas, las condenas previas en tribunales extranjeros en general no se conocen o no se tienen en cuenta en los fallos. El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos y la Convención de la SAARC reconocen el principio de la *reincidencia internacional* y disponen que las condenas anteriores en otros países, en particular por delitos análogos, pueden tenerse en cuenta a la hora de determinar las penas⁵⁴⁶. Esta disposición se

24 b); Convención de la SAARC, art. IV 1) e); Declaración de Bruselas, párr. 16; Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 1.4).

⁵⁴⁶ Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, art. 25: «Cada Parte adoptará medidas legislativas y de otra índole para prever la posibilidad de tener en cuenta,

refiere a los requisitos tanto de efectividad como de proporcionalidad que se han examinado anteriormente.

VÉASE ADEMÁS:

- Penalización de la trata y los delitos conexos: parte 2.4, sección 12.2
- Investigación y enjuiciamiento de la trata de personas: parte 2.4, secciones 13.2 y 13.3
- Sanción de personas jurídicas y confiscación de bienes: parte 2.4, secciones 16.1 a 16.3

para la apreciación de la pena, las condenas en firme impuestas en otra parte por infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio»; Convención de la SAARC, art. IV: Los Estados Partes velarán por que sus tribunales puedan tener en cuenta las circunstancias que hagan que la comisión de los delitos establecidos en la Convención sea particularmente grave, por ejemplo, una condena previa, en particular por delitos análogos, sea en un Estado miembro o en cualquier otro país.

PRINCIPIO 16 Y DIRECTRICES CONEXAS: DECOMISO Y UTILIZACIÓN DE BIENES⁵⁴⁷

En los casos en que proceda, los Estados congelarán y decomisarán los bienes de personas naturales o jurídicas involucradas en la trata de personas. En la medida de lo posible, los bienes decomisados serán destinados a la asistencia y a indemnizar a las víctimas de la trata.

16.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

La trata de seres humanos es un delito sumamente lucrativo y relativamente libre de riesgos. Los delincuentes que se dedican a la organización y financiación de actividades de trata a menudo se distancian de la participación directa en la actividad propiamente dicha. Esto plantea numerosas dificultades a los investigadores a la hora de acopiar pruebas suficientes contra ellos para conseguir que sean enjuiciados. Incluso cuando son enjuiciados y sancionados, muchos tratantes siguen pudiendo disfrutar de sus ganancias ilícitas para su uso personal o el de sus familias, y para mantener el funcionamiento de sus negocios de trata. Habida cuenta de los grandes

intereses financieros que intervienen y las dificultades que se presentan a la hora de conseguir condenas, es importante adoptar medidas para garantizar que la trata de personas no recompense a sus financiadores, organizadores y beneficiarios.

La recuperación de bienes suele ser un proceso en tres etapas: i) medidas de investigación para localizar los bienes de que se trata; ii) medidas preventivas para inmovilizar los bienes identificados como relacionados con el delito (incautación de bienes, embargo preventivo), y iii) decomiso, restitución y utilización⁵⁴⁸. En el contexto de la trata de personas, una recuperación de bienes efectiva reduce los beneficios e incrementa los riesgos para los delincuentes, lo que sirve como importante elemento disuasorio. Un régimen estricto de decomiso y recuperación también puede servir para respaldar la sanción penal de los traficantes, al proporcionar pruebas que

⁵⁴⁷ La presente sección está basada en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 7. Para un análisis más detallado de la cuestión del decomiso de bienes, en particular en relación con la asistencia jurídica mutua, véase el Manual de la ASEAN-UNODC-ARCPPT.

⁵⁴⁸ Los términos «congelación», «incautación» o «embargo preventivo» en el contexto de la recuperación de bienes están definidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada como «la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente» (art. 2 f)). En el mismo instrumento, se define «decomiso» como «la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente» (art. 2 g)).

pueden apoyar o corroborar un caso de trata de seres humanos, por ejemplo demostrando al tribunal que los ingresos de una persona natural o jurídica exceden con mucho de lo que podrían explicar unas fuentes legítimas.

Los delincuentes que participan en actividades de trata de personas pueden organizar sus negocios de modo que los beneficios obtenidos en un delito se encuentren en un Estado distinto de aquel en el que viven o en el que se comete el delito. El objetivo de garantizar que no existan cobijos seguros para los tratantes debe hacerse extensivo a los bienes que han conseguido explotando a sus víctimas. Los mecanismos de cooperación internacional que permitan a los países dar efecto a órdenes extranjeras de incautación y decomiso de bienes y la colaboración para recuperar bienes derivados de la actividad delictiva son fundamentales para una recuperación de bienes efectiva.

Los bienes y beneficios de la trata de personas pueden incluir propiedades o efectivo, por ejemplo:

- Beneficios procedentes de los servicios y la explotación de la víctima;
- Cantidades abonadas por las víctimas (pasaportes, visados, transporte), por ejemplo, cuando la víctima ha pagado para que se facilite su migración ilegal y a continuación se ha convertido en víctima de la trata;
- Vehículos utilizados para transportar a las víctimas;
- Fábricas, burdeles, embarcaciones o explotaciones agrícolas en las que ha tenido lugar el delito;
- Beneficios de la venta o la reventa de una persona de un tratante a otro, y
- El valor de servicios o sueldos no pagados que de otro modo habrían sido abonados a las personas explotadas.

La base jurídica de un régimen de decomiso y recuperación de bienes puede ser la legislación

nacional, tratados bilaterales o multilaterales o, más comúnmente, una combinación de ambos. En general, los Estados elaboran sus propias leyes nacionales con disposiciones concretas sobre toda una serie de cuestiones como las siguientes: qué «beneficios» pueden ser objeto de decomiso; normas probatorias para las actuaciones penales y civiles; instituciones, instrumentos y órdenes judiciales o legales para obtener información financiera, y procedimientos para la recuperación de beneficios. En lo que se refiere a la cooperación con otros países, la recuperación de beneficios es una modalidad de asistencia jurídica mutua. Así pues, los Estados se basarán en las disposiciones de su legislación interna sobre asistencia jurídica mutua así como en cualquier tratado que pueda existir entre ellos y el Estado cooperante⁵⁴⁹. Las leyes internas en materia de blanqueo de dinero y los tratados de extradición también pueden contener disposiciones sobre cooperación internacional en la recuperación de los beneficios del delito.

Otro aspecto importante es prever cuál es el uso más apropiado de los bienes decomisados. Algunos tratados especifican el destino que debe darse a los fondos y las propiedades confiscados. A menudo los Estados tienen amplios poderes discrecionales a este respecto y regulan la utilización de los beneficios o las propiedades decomisados mediante una combinación de procedimientos administrativos y leyes internas. Esta cuestión se examina con mayor detalle más adelante en la sección 16.3.

16.2. OBLIGACIÓN DE APREHENDER Y DECOMISAR LOS BIENES PROCEDENTES DE LA TRATA DE PERSONAS

Según el Principio 16, los Estados, en los casos en que proceda, congelarán y decomisarán los

⁵⁴⁹ Véase también *supra* el análisis sobre la asistencia jurídica mutua que se hace en relación con el Principio 14 y las directrices conexas.



bienes de personas naturales o jurídicas (como empresas y negocios) involucradas en la trata de personas. El Principio se ve complementado por la Directriz 4.4, en la que se pide a los Estados que consideren la posibilidad de «establecer en la legislación el decomiso de los instrumentos y el producto de la trata de personas y delitos conexos». Como se ha señalado a lo largo del presente *Comentario*, debe entenderse por delitos conexos la explotación sexual, los trabajos o servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, la servidumbre por deudas, las peores formas de trabajo infantil y el matrimonio forzoso⁵⁵⁰.

La Directriz 11.10 se centra en la dimensión de cooperación internacional del decomiso de bienes. Pide a los Estados que «establezcan mecanismos de cooperación para el decomiso del producto de la trata de personas. La cooperación debería incluir la prestación de asistencia para encontrar, detectar, congelar y decomisar bienes relacionados con la trata de personas y actos conexos de explotación».

Las normas a este respecto contenidas en tratados confirman la obligación de los Estados de aprehender y decomisar los bienes obtenidos mediante la trata de personas. La Convención contra la Delincuencia Organizada establece normas y procedimientos detallados para la identificación, localización, el embargo preventivo o la incautación de bienes y el decomiso de los beneficios de delitos definidos, entre ellos la trata de personas (arts. 12 a 14). Los Estados Partes en la Convención y el Protocolo sobre la trata de personas⁵⁵¹ deben adoptar las medidas que sean

⁵⁵⁰ Véase *supra* el examen de los delitos conexos en relación con el Principio 12 y las directrices conexas.

⁵⁵¹ Un Estado que sea parte en la Convención pero no en el Protocolo habría de establecer que, en su ordenamiento jurídico, la trata de personas es un delito grave tal y como lo define la Convención, para que estas disposiciones se apliquen a los delitos de trata; Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 2 9) b); Guías Legislativas

necesarias (en materia tanto legislativa como de procedimiento) para permitir y apoyar el decomiso y la incautación⁵⁵². La Convención también expone varios mecanismos para mejorar la cooperación internacional para fines de decomiso a fin de eliminar las ventajas que suponen para los delincuentes las fronteras nacionales y las diferencias entre ordenamientos jurídicos (art. 13). Los Estados Partes deben cumplir las solicitudes de decomiso que presente otro Estado Parte. Las obligaciones de asistencia jurídica mutua previstas en la Convención, ya examinadas en el contexto del Principio 14 y las Directrices conexas, deben aplicarse en esa cooperación internacional.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos exige a los Estados Partes que adopten «las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para que sea posible la confiscación o de cualquier otra forma la incautación de los instrumentos y productos de las infracciones penales tipificadas [en el Convenio], o de los bienes cuyo valor corresponda a dichos productos» (art. 23 3)). Obsérvese el vínculo entre esta disposición y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.

Los tratados internacionales y regionales sobre cuestiones conexas como la corrupción⁵⁵³ y la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil⁵⁵⁴ imponen a los Estados Partes la obligación de decomisar los beneficios y productos de los delitos correspondientes. En

de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párr. 302.

⁵⁵² Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 12. Véase también Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párrs. 302 a 313.

⁵⁵³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 31; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. XV; Convenio Penal sobre la Corrupción, art. 23; Convención de la Unión Africana sobre la lucha contra la Corrupción, art. 16.

⁵⁵⁴ Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, art. 7.

la cuestión particular de la trata de personas, la Asamblea General ha destacado la importancia del decomiso de bienes⁵⁵⁵, y varias organizaciones regionales también lo han hecho⁵⁵⁶.

16.3. UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DECOMISADOS PARA APOYAR A LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA

El Principio 16 exige a los Estados que consideren la posibilidad de que, en la medida de lo posible, los bienes decomisados sean destinados a dar asistencia e indemnizar a las víctimas de la trata. La Directriz 4.4 es aún más concreta, y pide que se establezca en la legislación el decomiso de los instrumentos y el producto de la trata de personas y delitos conexos y, de ser posible, especifica que «el producto decomisado de la trata de personas sea utilizado en beneficio de las víctimas de ella. Habría que considerar la posibilidad de establecer un fondo de indemnización para esas víctimas y de utilizar los haberes decomisados para financiarlo».

Como ya se ha señalado, los Estados en general regulan la utilización de los bienes confiscados en la legislación nacional y los procedimientos administrativos. La vinculación de la medida de justicia penal, como la confiscación de bienes, al apoyo a las víctimas es un importante paso adelante en la integración de un enfoque de derechos humanos

⁵⁵⁵ Resoluciones 61/144 (párr. 10), 59/166 (párr. 9) y 58/137 (párr. 1).

⁵⁵⁶ Véanse, por ejemplo, las Directrices de la ASEAN para especialistas, parte 1.A.3 (se recomienda que los delitos de trata de personas, junto con los delitos relacionados con ella, sean delitos determinantes respecto de la legislación sobre blanqueo de dinero y las disposiciones en materia de decomiso de bienes) y parte 2.D.6 (debe estudiarse la posibilidad de enmendar la legislación interna para velar por que se adopten medidas para identificar, localizar y proceder al embargo preventivo o la incautación del producto del delito de trata de personas con miras a su posible decomiso). Véase también Declaración de Bruselas, párr. 16; Plan de mejores prácticas de la UE, párr. 4 v); Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 1.5); Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. III 3).

en la trata de personas. Cuenta con un considerable respaldo en el derecho pertinente contenido en tratados. Mientras que la Convención sobre la Delincuencia Organizada no contiene disposiciones obligatorias sobre el destino de los bienes o propiedades decomisados, se exige que los Estados Partes estudien opciones concretas de utilización. La opción prioritaria es la indemnización de las víctimas. De acuerdo con la Convención, al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte, los Estados Partes, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, «darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos» (art. 14 2)).

Las disposiciones del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos a este respecto también son de carácter orientativo más que obligatorio. Los Estados Partes deben garantizar la indemnización de las víctimas «por ejemplo mediante la creación de un fondo para la indemnización de las víctimas o mediante otras medidas o programas destinados a la asistencia e integración sociales de las víctimas, *que podrían financiarse con cargo a los haberes procedentes de las medidas [de decomiso]*» (art. 15 4), cursiva añadida). Los órganos de derechos humanos y los instrumentos normativos regionales ofrecen pruebas añadidas de que cada vez se acepta mejor la idea de que el producto del delito de trata de personas que haya sido decomisado por el Estado debe ser restituido, de una u otra forma, a las víctimas cuya explotación haya hecho posible ese producto⁵⁵⁷. Se ha señalado,

⁵⁵⁷ Véase, por ejemplo, Directrices de la ASEAN para especialistas, parte 1.A.4 (en la medida de lo posible, los bienes decomisados deben utilizarse para financiar tanto las reclamaciones de indemnización de las víctimas y, cuando proceda, otras iniciativas para combatir la trata); Plan de Acción de la OSCE, recomendación III 1.5); E/CN.4/2006/62/Add.2, párr. 78. Véase también la



no obstante, que esas medidas en general no son sostenibles y sólo deben tenerse en consideración como complemento de un programa de apoyo y protección a las víctimas institucionalizado y debidamente financiado⁵⁵⁸. Los elemen-

tos fundamentales de ese programa se examinan en detalle a continuación, en el contexto de un estudio más amplio del derecho a vías de recurso tal y como se establece en el Principio 17 y las directrices conexas.

resolución 40/34 de la Asamblea General, por la que se adopta la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, preámbulo: «[Insta a los Estados] a cooperar con otros Estados, mediante la asistencia judicial y administrativa mutua, en asuntos tales como la búsqueda y el enjuiciamiento de delincuentes, su extradición y la incautación de sus bienes, para destinarlos al resarcimiento de las víctimas.»

⁵⁵⁸ Véase Gallagher y Holmes, *loc. cit.*

VÉASE ADEMÁS:

- Asistencia jurídica mutua: parte 2.4, sección 14.4
- Penalización de la trata de personas y los delitos conexos: parte 2.4, sección 12.2
- Programas de apoyo y protección a las víctimas: parte 2.3, sección 8.5; parte 2.4, sección 17.5

PRINCIPIO 17 Y DIRECTRICES CONEXAS:

ACCESO A VÍAS DE RECURSO⁵⁵⁹

Los Estados se cerciorarán de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a recursos judiciales eficaces y adecuados.

17.1. PROPÓSITO Y CONTEXTO

La reparación de los daños sufridos es un principio jurídico fundamental que constituye no sólo un principio del derecho general sino también un principio del derecho consuetudinario, reconocido y aplicado en todos los ordenamientos jurídicos⁵⁶⁰.

Muchas víctimas de la trata de personas son explotadas con una remuneración muy baja o nula durante mucho tiempo. Quizá hayan sufrido lesiones o adquirido enfermedades que requieren atención médica. Pueden haber contraído deudas de resultas de su condición de víctimas de la

trata. Mientras que las vías de recurso (o, más precisamente, la *reparación*) en los casos de trata siguen siendo muy raras, existe una clara tendencia encaminada a conseguir que esto sea una posibilidad jurídica y práctica. Por ejemplo, algunos países han concedido expresamente a las víctimas de la trata el derecho a emprender acciones privadas contra sus tratantes y han incluido la restitución obligatoria a las víctimas el la trata en las penas impuestas a sus tratantes. En otros países se concede a las víctimas el derecho a emprender acciones civiles contra sus tratantes, con independencia de su nacionalidad o su situación migratoria.

Las vías de recurso confirman la condición de las personas víctimas de la trata como víctimas de delitos y de abusos de los derechos humanos. Son un medio práctico por el cual las víctimas pueden recurrir a la justicia y recibirla.

La reparación está fuertemente vinculada a las normas de responsabilidad. En el contexto de la trata de personas, la obligación de ofrecer vías de recurso y el derecho de acceso a la reparación normalmente surgirá de una de las siguientes maneras, o de ambas:

- Cuando el Estado es responsable de la violación de un derecho humano protegido en

⁵⁵⁹ La presente sección está basada en Gallagher, *International Law of Human Trafficking*, cap. 6. Para un examen más detallado de la teoría de la reparación y el vínculo con la responsabilidad del Estado en el contexto de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, véase Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 1999.

⁵⁶⁰ M. Cherif Bassiouni, «International recognition of victims' rights», *Human Rights Law Review*, vol. 6, N° 2 (2006), pág. 203.

el derecho internacional, sea por costumbre o por un tratado (por ejemplo, la prohibición de la no discriminación, la obligación de penalizar la trata de personas, la obligación de proteger y apoyar a las víctimas), o

- En situaciones en las que el Estado no está directamente implicado en el perjuicio inicial, pero no ha cumplido su obligación de impedir el perjuicio o de responder apropiadamente (por ejemplo, el hecho de no investigar y enjuiciar los casos de trata siguiendo la norma exigida de diligencia debida)⁵⁶¹.

Obsérvese que los agentes no estatales que cometen una violación de los derechos humanos serían responsables a título individual de la reparación a las víctimas⁵⁶². La obligación de los Estados de proporcionar reparación respecto de esas violaciones debe vincularse en general a lo que claramente es un acto internacionalmente ilícito por parte de ese Estado, como el no proteger o no responder, como se ha detallado anteriormente. El deber de un Estado de proporcionar reparación respecto de las violaciones cometidas por agentes no estatales en ausencia de semejante acto claramente ilícito del Estado se ha descrito, en el mejor de los casos, como una «norma incipiente»⁵⁶³.

¿Puede un Estado evitar todo el peso de la reparación por un hecho internacionalmente ilícito aduciendo factores que han contribuido a él u otras causas ajenas a su control? Esta es una importante pregunta, porque los «daños» causados por la trata de personas a menudo son acumulativos, provocados por una combinación de factores, no todos los cuales pueden necesariamente atribuirse al Estado particular al que se responsabiliza de un daño determinado. En algunos

casos, también puede estar implicado un tercer Estado. Por ejemplo, si un Estado de origen no impide que se produzca la trata de personas, esto es una causa que contribuye al daño que padecen las víctimas en el país de destino. Esta realidad, no obstante, sería suficiente para reducir o atenuar la obligación de reparación debida en determinado caso al país de origen o al país de destino⁵⁶⁴. Según la Comisión de Derecho Internacional, a menos que pueda demostrarse que alguna parte del daño causado puede separarse desde el punto de vista causal del atribuido al Estado responsable, éste será responsable de todas las consecuencias, siempre que no sean muy remotas, de su comportamiento ilícito⁵⁶⁵.

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* son explícitos en cuanto a que «las víctimas de la trata de personas, en su calidad de víctimas de infracciones de los derechos humanos, tienen derecho en el plano internacional a recursos adecuados y apropiados» (Directriz 9, encabezamiento). Esta norma se examina más a fondo a continuación haciendo relación tanto con la legislación general en materia de derechos humanos como con las leyes específicas de la trata. También se examina el concepto de «adecuado y apropiado» tal y como se utiliza en este contexto.

⁵⁶¹ Véase además *supra* el extenso análisis de la responsabilidad del Estado en relación con el Principio 2 y las directrices conexas.

⁵⁶² Bassiouni, *op. cit.*, pág. 223.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ En el caso *Canal de Corfú*, por ejemplo, el Reino Unido recuperó en su totalidad la cuantía de su reclamación por daños contra Albania, al no haber advertido este país de la presencia de minas, aunque las minas habían sido colocadas por un tercero (*Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, determinación de la cuantía de la indemnización, *ICJ Reports 1949*, págs. 244 y 250). Del mismo modo, como en el caso *Rehenes en Teherán*, según la Corte Internacional de Justicia un Estado al que se considera responsable de una infracción internacional no puede reducir su obligación de reparar señalando causas concomitantes por parte de una parte privada, como un grupo delictivo organizado (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán)*, fallo, *ICJ Reports 1980*, págs. 29 a 33).

⁵⁶⁵ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, art. 31, párr. 13.



17.2. OBLIGACIÓN DE REPARAR LAS VIOLACIONES DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como señala Bassiouni, «el deber de un Estado de proporcionar un recurso judicial interno a las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidas en su territorio está firmemente arraigado en el derecho internacional»⁵⁶⁶. El presente *Comentario* ha confirmado que la trata entraña invariablemente múltiples violaciones de los derechos humanos que están protegidos en tratados y, en algunos casos, en el derecho internacional consuetudinario.

La mayoría de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos exigen a los Estados que den acceso a reparación por esas violaciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, exige a los Estados Partes que velen por que «toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados [pueda] interponer un recurso efectivo» (art. 2 3))⁵⁶⁷. Puede encontrarse una disposición análoga en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁶⁸ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25). La Carta Africana dispone que toda persona tiene derecho a acudir a los órganos nacionales competentes para solicitar reparación por los actos que violen sus derechos fundamentales (art. 7 1) a)). La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial exige a los Estados que dispongan recursos efectivos y

consagra el derecho de toda persona a solicitar de los tribunales nacionales «satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de [...] discriminación» (art. 6). La Convención contra la Tortura también es explícita en lo que se refiere a garantizar a las víctimas «el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible» (art. 14). En su artículo 39, la Convención sobre los Derechos del Niño incluye una disposición semejante. Las disposiciones de la Convención sobre los trabajadores migratorios en materia de reparación son idénticas a las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 83)⁵⁶⁹. El Estatuto de la Corte Penal Internacional asigna a la Corte amplios poderes para ordenar que las personas condenadas otorguen reparación simbólica o económica a las víctimas (art. 73)⁵⁷⁰.

Cuando el derecho a reparación existe en un tratado, el incumplimiento de la obligación correspondiente se convierte, en sí mismo, en una *violación* añadida e *independiente* de ese instrumento. En el contexto de los derechos humanos, esto puede significar que el Estado será responsable de una serie de violaciones, entre ellas tanto la violación particular que da lugar al derecho a reparación como la infracción del derecho a reparación.

⁵⁶⁶ Bassiouni, *op. cit.*, pág. 213.

⁵⁶⁷ Obsérvese también los artículos 9 5), que reconoce a toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa el derecho efectivo a obtener reparación, y 14 6), que trata sobre la indemnización en caso de error judicial.

⁵⁶⁸ «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional» (art. 13).

⁵⁶⁹ Obsérvese que la Convención también prevé un derecho efectivo a la reparación en lo que se refiere a la detención o la privación de libertad ilícitos (art. 16 9)).

⁵⁷⁰ La propia Corte puede establecer principios relacionados con la reparación y, en algunos casos, puede conceder reparación a las víctimas, o respecto de ellas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación (art. 75). Obsérvese que el Estatuto contiene toda una gama de disposiciones diseñadas para garantizar la justicia a las víctimas, incluidas medidas para facilitar su protección y su participación en las actuaciones. Véanse, por ejemplo, los artículos 43 y 68. Esas disposiciones han quedado ampliadas en el reglamento y las normas de la Corte, así como en su jurisprudencia. Actualmente, la Corte está elaborando una estrategia institucional en relación con las víctimas.

La obligación de proporcionar reparación en caso de violaciones de los derechos humanos puede estar presente incluso cuando no esté específicamente articulada en un tratado. Puede interpretarse esta obligación como, en sí misma, una norma del derecho internacional consuetudinario⁵⁷¹. Entre las pruebas citadas figuran la referencia, en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al derecho de toda persona a «un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley», así como la reiteración del derecho a reparación en numerosos otros instrumentos sin fuerza jurídica obligatoria⁵⁷², la práctica de los Estados⁵⁷³ y las decisiones de cortes y tribunales internacionales⁵⁷⁴. Hay otro enfoque según el cual el deber de un Estado Parte de otorgar reparación por las violaciones puede estar implícito en los tratados de derechos humanos que exigen la aplicación nacional y cuya eficacia depende de la disponibilidad de reparaciones nacionales⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Bassiouni, *op. cit.*

⁵⁷² Por ejemplo, la Declaración de Viena: «Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos».

⁵⁷³ Véase el estudio sobre la práctica de los Estados en Bassiouni, *op. cit.*, págs. 218 a 223.

⁵⁷⁴ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*: «El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, [...] y de asegurar a la víctima una adecuada reparación» (párr. 174).

⁵⁷⁵ Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, pág. 138. También se ha argumentado, en el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que algunos de sus artículos, tomados en su conjunto, constituyen el reconocimiento de ese derecho. Véase también Rebecca Cook, «State responsibility for violations of women's human rights», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 7 (segundo trimestre de 1994), pág. 125.

Hasta hace poco, el único instrumento internacional centrado específicamente en el derecho a reparación era la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 1985. La Declaración afirma que las víctimas del delito, incluidas las víctimas de la trata, deben ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, que tienen derecho a acceder a la justicia y a un trato imparcial, que los procesos judiciales y administrativos deben tener en cuenta las necesidades de las víctimas, y que los responsables de los daños deben indemnizar apropiadamente a la víctima, incluyendo la restitución por parte del Estado cuando pueda ser considerado responsable por el daño causado. Afirma además que, cuando la indemnización no pueda conseguirse en su totalidad del infractor, el Estado debe esforzarse por proporcionar indemnización de otras fuentes cuando la víctima ha sufrido graves daños (o su familia, si la víctima ha fallecido o ha quedado gravemente discapacitada). Se alienta el establecimiento de fondos nacionales de indemnización para las víctimas.

La Declaración de 1985 se ocupaba sólo de las reparaciones para las víctimas de delitos cometidos por agentes no estatales. Las normas en materia de recursos y reparación aplicables a las violaciones de derechos humanos cometidas por Estados o en los que éstos han estado involucrados han quedado recientemente aclaradas con la adopción, en 2005, de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones)⁵⁷⁶. Este instrumento confirma que la obligación ge-

⁵⁷⁶ Para más información sobre este instrumento, véase Redress Trust, *Implementing Victim's Rights: A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation* (2006).



neral de los Estados de garantizar el respeto y la aplicación del derecho de los derechos humanos incluye la obligación de garantizar un acceso igual y efectivo a la justicia y la disponibilidad de recursos. También confirma que el derecho a reparación por graves violaciones de los derechos humanos, que incluiría los casos más graves de trata de personas, incluye el derecho de acceso a la justicia, el derecho a reparación por los daños sufridos y el derecho de acceso a la información relativa a las violaciones y los mecanismos de reparación. Se considera que el acceso a la justicia incluye la protección de la intimidad y la seguridad de las víctimas mientras duren los procedimientos legales, así como medidas destinadas a garantizar que las víctimas realmente puedan ejercer su derecho a reparación.

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones afirman que la finalidad de la reparación es promover la justicia remediando las violaciones. La reparación está, como se ha indicado, vinculada a una responsabilidad: el Estado debe otorgar reparación por los actos u omisiones que puedan atribuírsele. En relación con los actos que no puedan atribuirse al Estado, la responsabilidad de la reparación recae en el autor, y los fallos en este sentido deben ser aplicados de manera efectiva por el Estado. Si no es posible garantizar la reparación para las víctimas de este modo, el propio Estado debe esforzarse por garantizar que la reparación se haga efectiva y se preste otro tipo de asistencia.

Los Principios y directrices básicos confirman que la reparación para las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos debe ser *plena y efectiva*, respetando al mismo tiempo el principio de «apropiada y proporcionada». La reparación abarca los elementos determinados en la sección 17.5, incluidas la restitución, la indemnización y la satisfacción. También se destacan las garantías de no repetición como importante elemento añadido que va por encima y más allá de la víctima particular y se centra,

especialmente, en garantizar la prevención de futuras violaciones.

17.3. DERECHO A REPARACIÓN EN LOS CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

La obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los actos de violencia contra la mujer ha quedado confirmada en varios lugares del presente *Comentario*. Una parte fundamental de esa obligación es el deber jurídico concomitante de proporcionar recursos imparciales y efectivos a las mujeres sometidas a esa violencia. Todos los grandes instrumentos jurídicos y normativos relacionados con la violencia contra la mujer afirman la importancia del acceso a los recursos, entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁵⁷⁷, la Declaración de la Asamblea General sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁵⁷⁸, la Recomendación general N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵⁷⁹ y la Plataforma

⁵⁷⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, art. 7 g) (las mujeres víctimas de violencia deben tener «acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de comprensión justos y eficaces»).

⁵⁷⁸ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, art. 4 d) (los Estados deben proporcionar a las mujeres que sean objeto de violencia «acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos»).

⁵⁷⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19, párr. 24 j) (previsión de procedimientos eficaces de denuncia y reparación, la indemnización inclusive). Véase también la resolución 52/86 de la Asamblea General, anexo, párr. 10 c) (en la que se exhorta a los Estados Miembros a que se cercioren de que las mujeres que hayan sido víctimas de violencia reciban una «reparación rápida y justa» del daño sufrido, incluido el derecho a reclamar restitución o compensación).

de Acción de Beijing⁵⁸⁰. Un importante instrumento no jurídico que se ocupa específicamente de esta cuestión es la Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptada en una reunión regional de activistas y defensores de los derechos de la mujer en 2007⁵⁸¹.

Los diversos elementos que debe abarcar el derecho a reparación, incluida la reparación por los daños sufridos, la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición, se examinan en mayor detalle en la sección 17.5. Mientras que la forma y el alcance de los recursos en el caso de la trata de personas cuando se considera un acto de violencia contra la mujer dependerán de la naturaleza y las circunstancias del delito, el

⁵⁸⁰ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 124 d) (los Estados deben proporcionar a las mujeres víctimas de la violencia (incluidas las víctimas de la trata) «el acceso a remedios justos y eficaces, inclusive la reparación de los daños causados, la indemnización y la curación de las víctimas»); párr. 124 h) (las mujeres víctimas de la violencia deben tener acceso a los sistemas judiciales y a soluciones justas y eficaces para reparar el daño de que han sido objeto, e informarles acerca de su derecho a obtener compensación a través de esos mecanismos). Obsérvese también el Documento Final de Beijing +5, párr. 69 b) (los gobiernos deben adoptar medidas para proporcionar a las víctimas vías de reparación); párr. 98 a) (los gobiernos y las organizaciones internacionales deberían mejorar los conocimientos y la información sobre los medios de reparación disponibles en relación con las violaciones de los derechos humanos de la mujer).

⁵⁸¹ Adoptada en la Reunión Internacional sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparación, celebrada en Nairobi del 19 al 21 de marzo de 2007. La Declaración afirma que las circunstancias particulares en que las mujeres y las niñas son víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos en situaciones de conflicto requieren enfoques especialmente adaptados a sus necesidades, intereses y prioridades. Identifica los principios básicos relacionados con el derecho de las niñas a interponer recursos y obtener reparación, y se centra en el acceso a reparación y a aspectos fundamentales de ésta para las mujeres y las niñas.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha aclarado que la reparación debe ser proporcional al daño físico y mental sufrido y a la gravedad de las violaciones padecidas⁵⁸². Otros mecanismos internacionales de derechos humanos han señalado las cuestiones y preocupaciones particulares que surgirán en relación con los recursos para la violencia contra la mujer⁵⁸³.

17.4. DERECHO A REPARACIÓN EN EL CONTEXTO PARTICULAR DE LA TRATA DE PERSONAS

El Principio 17 identifica la obligación de los Estados de proporcionar a las víctimas de la trata acceso a recursos eficaces y adecuados. La Directriz 9 confirma que esta obligación emana del derecho legal internacional de las personas víctimas de trata, como víctimas de violaciones de derechos humanos, a esos recursos. Como acaba de señalarse, este principio encuentra amplio respaldo en las normas internacionales de derechos humanos contenidas en tratados.

¿Hasta qué punto se afirma, o incluso amplía, el derecho a reparación en los tratados y otros instrumentos jurídicos y no jurídicos que se ocupan específicamente de la trata de personas?

⁵⁸² Comité de Derechos Humanos, *A.T. c. Hungría*, Comunicación N° 2/2003, párr. 9.6 II vi). Obsérvese también el caso *Fernandes c. Brasil* en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó que una víctima de violencia doméstica recibiese una compensación simbólica y real apropiada por la violencia de que había sido objeto, así como por el hecho de que el Estado no ofreciese un remedio rápido y efectivo por la impunidad que caracterizó al caso durante más de 15 años y por hacer imposible, de resultas de esa demora, la institución de actuaciones oportunas de reparación e indemnización en el derecho civil (párr. 61, recomendación 3).

⁵⁸³ Por ejemplo, el Relator Especial sobre la Tortura ha señalado que el estigma es un obstáculo primordial que impide hacer justicia a las víctimas de violencia sexual (A/HRC/7/3, párr. 66).



En una de sus pocas disposiciones obligatorias en materia de apoyo a las víctimas, el Protocolo sobre la trata de personas exige a los Estados Partes que velen por que sus ordenamientos jurídicos internos contengan medidas que ofrezcan a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos⁵⁸⁴. Esta disposición no llega a constituir la obligación de proporcionar indemnización o restitución, pues los Estados sólo han de ofrecer la posibilidad legal de solicitar indemnización⁵⁸⁵. Según las Guías Legislativas, el requisito del Protocolo a este respecto quedaría satisfecho si el Estado estableciese una o más de las tres opciones siguientes: disposiciones que permitan a las víctimas demandar a los infractores por la vía civil; disposiciones que permitan a los tribunales penales reconocer daños penales (pagaderos por los delincuentes) o imponer órdenes de indemnización por restitución a las personas condenadas por delito de trata, o disposiciones que establezcan fondos o mecanismos exclusivos que permitan a las víctimas solicitar indemnización del Estado por daños o perjuicios⁵⁸⁶.

El Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos adopta un enfoque mucho más amplio de la cuestión de la indemnización de las víctimas y

la reparación judicial. En primer lugar, requiere que las víctimas reciban información apropiada, inclusive sobre los procedimientos a que pueden recurrir para obtener indemnización (art. 15 1)), pues las personas no pueden reivindicar sus derechos si nos los conocen⁵⁸⁷. En segundo lugar, las víctimas deben recibir acceso a asistencia letrada (art. 15 2))⁵⁸⁸. Una vez más, esa asistencia a menudo será indispensable para garantizar que el derecho teórico a reparación puede disfrutarse en la práctica. En tercer lugar, el Convenio dispone específicamente que las víctimas tienen derecho a compensación económica de los traficantes condenados tanto por los daños materiales como por su sufrimiento (art. 15 3))⁵⁸⁹. Por último, reconociendo el hecho de que en la práctica un Estado raras veces será capaz de obligar a los tratantes a indemnizar por completo a las víctimas, el Convenio exige a las Partes que adopten medidas para garantizar que las víctimas reciban indemnización. Entre los ejemplos que se dan en el Convenio figuran el establecimiento de un fondo especial o iniciativas encaminadas a la asistencia social o la reintegración de las víctimas (art. 15 4)). Se señala en particular la posibilidad de que los mecanismos de indemnización del Estado sean financiados mediante los productos del delito decomisados⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Protocolo sobre la trata de personas, art. 6 6). Véase también Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 25 2), y Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párrs. 368 a 371, en cuanto al texto y comentario de la disposición equivalente, prácticamente idéntica.

⁵⁸⁵ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párr. 368. Obsérvese que el órgano establecido para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo ha afirmado recientemente que «los Estados Partes deberían estudiar la posibilidad de establecer procedimientos apropiados que permitan a las víctimas obtener indemnización y restitución» (CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 14).

⁵⁸⁶ Guías Legislativas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, parte 1, párr. 60.

⁵⁸⁷ Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, párr. 192. El informe también señala que la información acerca de la posibilidad de obtener un permiso de residencia será sumamente importante para las víctimas que se encuentran ilegalmente en el país, pues a una víctima le resultaría muy difícil obtener reparación si no puede permanecer en el país.

⁵⁸⁸ En cuanto al grado de asistencia requerido y si ello incluye el derecho a asistencia letrada gratuita, véase *ibíd.*, párr. 196.

⁵⁸⁹ Véase también *ibíd.*, párrs. 197 y 198.

⁵⁹⁰ A este respecto, véase también el examen del uso de los bienes decomisados para prestar apoyo a las víctimas de la trata, en el Principio 16 y las directrices conexas.

La obligación de proporcionar vías de recurso efectivas y apropiadas a las víctimas de la trata ha sido confirmada por los órganos de las Naciones Unidas⁵⁹¹, órganos de derechos humanos⁵⁹² y varios instrumentos normativos regionales

⁵⁹¹ Resoluciones 61/144 (párr. 18), 59/166 (párr. 16) y 58/137 (párr. 6 b)) de la Asamblea General, y resolución 2004/45 (párr. 4) de la Comisión de Derechos Humanos.

⁵⁹² Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Japón (CCPR/C/JPN/CO/5, párr. 23); ex República Yugoslava de Macedonia (CCPR/C/MKD/CO/2, párr. 13); Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 12); Paraguay (CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 13); Brasil (CCPR/C/BRA/CO/2, párr. 14). Véase también Comité contra la Tortura, observaciones finales: Costa Rica (CAT/C/CRI/CO/2, párr. 7); Japón (CAT/C/JPN/CO/1, párr. 25); Ucrania (CAT/C/UKR/CO/5, párr. 26); Italia (CAT/C/ITA/CO/4, párr. 24); Bosnia y Herzegovina (CAT/C/BIH/CO/1, párr. 21); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales: Singapur (CEDAW/C/SGP/CO/3, párr. 22). Véanse también los informes siguientes redactados por los Relatores Especiales: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo (A/HRC/10/16, párr. 44); Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, Adición 2: Misión a Bahrein, Omán y Qatar (A/HRC/4/23/Add.2, párr. 89); Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada Consejo de Derechos Humanos: Informe del Relator especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Sr. Juan Miguel Petit, Adición 2: Misión a Ucrania (A/HRC/4/31/Add.2, párr. 75); Los derechos del niño: Informe presentado por el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Juan Miguel Petit, Adición 2: Misión a Albania (E/CN.4/2006/67/Add.2, párr. 119); Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer: Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Yakin Ertürk, Adición 3: Misión a la República Islámica del Irán (E/CN.4/2006/61/Add.3, párr. 72); Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer: Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Yakin Ertürk, Adición 4: Misión a México (E/CN.4/2006/61/Add.4, párr. 69); E/CN.4/2006/62/Add.2, párr. 84; E/CN.4/2005/71, párrs. 14, 33 y 35; E/CN.4/2000/68, párr. 116 ff.

e internacionales⁵⁹³. El Protocolo facultativo relativo a la venta de niños también reconoce esta obligación en el contexto de las situaciones que a menudo entraña la trata de personas (art. 9 4)).

17.5. LA NORMA DE LOS RECURSOS «EFICACES Y ADECUADOS»

El Principio 17 requiere el acceso a recursos «eficaces y adecuados». El análisis anterior ha confirmado la aceptación generalizada de esta norma tanto en el derecho como en las políticas. ¿Qué significa realmente efectivos y apropiados en este contexto? La Directriz 9.1 ofrece cierta orientación a este respecto, al referirse a «recursos justos y adecuados», que pueden ser de índole penal, civil o administrativa que incluyen «los medios para la rehabilitación más completa posible». De forma más general, se acepta que los recursos o la reparación deben ser proporcionales a la gravedad del daño sufrido⁵⁹⁴.

En los párrafos que siguen se define la gama de elementos que en general se necesitan para la reparación de un daño internacional, entre ellos la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Cada elemento se define (utilizando ejemplos extraídos de los Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones, párr. 19 a 23) y a continuación se estudian brevemente en relación con la situación concreta y las necesidades de las personas objeto de la trata.

⁵⁹³ Por ejemplo, Guías de la ASEAN para especialistas, parte 1.A.7 (en la medida de lo posible, el marco jurídico debería permitir que las víctimas soliciten y reciban reparación, incluida la indemnización con cargo a fuentes apropiadas, incluidos los declarados culpables de delitos de trata y otros delitos conexos). Véase también Declaración de Bruselas, párr. 16; Plan de Acción Inicial de la CEDEAO, pág. 3, párr. 6; Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas, secc. IV 8).

⁵⁹⁴ Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones, párr. 15.



La restitución entraña las medidas materiales, judiciales o de otro tipo encaminadas a restablecer la situación que existiría antes de la infracción, en la medida en que ello sea posible. Las medidas efectivas y apropiadas para garantizar la restitución en un caso de trata de personas pueden incluir la liberación de la víctima de su detención impuesta por los tratantes o por el Estado, el reconocimiento de la identidad jurídica y la ciudadanía, la devolución de propiedades, y el regreso en condiciones de seguridad a su lugar de residencia.

La indemnización es la forma más común de reparación, y es la cantidad que se abona por los daños provocados por un acto internacionalmente ilícito en la medida en que ese daño puede evaluarse económicamente y no queda cubierto por la restitución⁵⁹⁵. En el caso de la trata de personas, una indemnización efectiva y apropiada podría incluir la indemnización pagadera por daños físicos o mentales, la pérdida de oportunidades, la pérdida de ganancias, los daños morales, y los costos médicos, legales o de otro tipo sufridos de resultas de la violación. La mera dificultad de cuantificar los daños (por ejemplo, evaluar la pérdida de posición social) no debe utilizarse como argumento para denegar la indemnización⁵⁹⁶.

La rehabilitación es un concepto centrado en la víctima que reconoce la necesidad de garantizar la «restauración» de la condición y posición de la persona que ha padecido una vulneración de sus derechos humanos a los ojos de la ley y de la comunidad en su conjunto. La rehabilitación puede incluir la prestación de atención médica y psicológica así como servicios jurídicos y sociales. El presente *Comentario* ha confirmado que las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos como la trata de personas

inevitablemente necesitarán toda una gama de servicios de apoyo. El elemento de rehabilitación de la reparación impondría al Estado infractor la obligación de prestar esos servicios.

Satisfacción y garantía de no repetición: la satisfacción es una reparación de los perjuicios que no son necesariamente evaluables desde el punto de vista económico pero que pueden abordarse garantizando que las violaciones de los derechos de la víctima son debidamente reconocidos y abordados. La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad (en la medida en que ello no provoque nuevos perjuicios) son ejemplos de reparaciones encaminadas a dar satisfacción a la víctima⁵⁹⁷. Las garantías de no repetición son un importante componente del derecho a reparación en el caso de la trata de personas, debido al peligro de volver a ser víctima y el daño que ello provocaría. El regreso en condiciones de seguridad, el apoyo a la integración y las medidas para impedir ser nuevamente víctima de trata, como los examinados en relación con los Principios 4 a 6 y las directrices conexas serían pertinentes para el cumplimiento de este aspecto de la obligación de reparación, así como lo sería la investigación, el enjuiciamiento y la sanción efectivas de los tratantes. En relación con la trata que afecta a mujeres y niñas, las medidas encaminadas a modificar las prácticas jurídicas, sociales y culturales que mantienen o promueven la tolerancia de esa violencia serían un importante aspecto de la garantía de no repetición⁵⁹⁸.

Tanto la forma como el alcance de las reparaciones necesarias dependerán de la naturaleza y las circunstancias de la infracción así como del

⁵⁹⁷ Bassiouni, *op. cit.*, pág. 270.

⁵⁹⁸ Esta obligación de procurar la modificación de prácticas y tradiciones discriminatorias o perjudiciales por alguna otra razón figura en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, arts. 2 f) y 5 a); Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, art. 7 e), y Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África, arts. 2 2) y 5.

⁵⁹⁵ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, art. 36 1).

⁵⁹⁶ *Ibid.*, art. 36 16).

contenido de la obligación primaria pertinente. En todos los casos, no obstante, la forma o formas deben reflejar la obligación del Estado infractor de eliminar en la medida de lo posible las consecuencias de la infracción y restablecer la situación que existía antes de que sucediera⁵⁹⁹.

17.6. INFORMACIÓN Y OTROS MEDIOS DE ACCEDER A RECURSOS

Los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* señalan que el derecho a vías de recurso no siempre está disponible en la práctica para las personas objeto de trata porque a menudo éstas carecen de información sobre las posibilidades y los procesos necesarios para obtener reparación. El derecho de acceso a recursos efectivos significa que, además de ponerlos a disposición de las víctimas mediante normas civiles o penales, los Estados deben velar por que las víctimas reciban información y asistencia que les permita conseguir realmente la reparación o restitución a la que tienen derecho. Como se ha señalado anteriormente en el contexto del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, las víctimas no pueden reivindicar sus derechos si no los conocen. Los Estados Partes en ese Convenio deben asegurarse de que las víctimas reciban tanto información como asistencia jurídica para conseguir las reparaciones a las que tienen derecho (art. 15 1) y 2)). En los *Principios y Directrices sobre la trata de personas* se establece un requisito análogo⁶⁰⁰.

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones son incluso más detallados y específicos en la definición de las medidas que

⁵⁹⁹ *Factory at Chorzów (Fondo)*, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17, en la pág. 47.

⁶⁰⁰ La Directriz 9.2 pide a los Estados y otros agentes que proporcionen «información y asistencia jurídica y de otra índole para que las víctimas de trata de personas tengan acceso a esos recursos».

han de adoptar los Estados para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos. Entre ellas figuran:

- Dar a conocer información sobre todos los recursos disponibles;
- Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas y protegerlas de actos de intimidación y represalia antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;
- Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que intentan acceder a la justicia, y
- Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos (párr. 12).

En el contexto de la trata de personas, una condición previa añadida e importante para que el derecho a reparación se haga efectivo es la presencia de la víctima en el país en el que se solicita esa reparación. Esto puede ser una cuestión de derecho además de una cuestión práctica. Los *Principios y Directrices* piden a los Estados que dispongan lo necesario para que las víctimas de la trata de personas permanezcan en condiciones de seguridad en el país en que se interponga el recurso mientras dure el procedimiento penal, civil o administrativo (Directriz 9.3)). Este aspecto se señala también en el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos, como corolario natural del derecho a reparación (párr. 192). El derecho de las víctimas a participar en los procedimientos jurídicos (reconocido en el Protocolo sobre la trata de personas y examinado en detalle en relación con el Principio 9 y las directrices conexas) también es pertinente en este contexto.

Aumentar la atención que se presta al decomiso de bienes en el contexto de la trata de personas (Principio 16 y directrices conexas) también debe



ría contribuir a la aplicación de las reclamaciones de indemnización, sean penales o civiles, contra los tratantes. Este es particularmente el caso cuando los Estados siguen las orientaciones internacionales y regionales en materia de política a la hora de velar por que los bienes decomisados se destinen al apoyo y la indemnización de las víctimas⁶⁰¹.

En conclusión, si un Estado está directa o indirectamente implicado en la vulneración del derecho de una persona, ese mismo Estado debe hacer un auténtico esfuerzo por proporcionar a la persona perjudicada algún tipo de reparación o remedio. En el presente contexto ello podría entrañar que el Estado garantice la posibilidad de indemnización y asista activamente a una víctima de la trata de personas a la hora de em-

prender acciones civiles contra un tratante por perjuicios o lucro cesante. También podría significar que el propio Estado debería proporcionar indemnización, particularmente en aquellas situaciones en las que no ha cumplido la norma de diligencia debida para prevenir la trata, y en la investigación y el enjuiciamiento de tratantes o la protección de las víctimas.

VÉASE ADEMÁS:

- Responsabilidad del Estado y diligencia debida: parte 2.1, secciones 2.1 a 2.4; parte 2.2, sección 6.3; parte 2.4, sección 13.2
- Apoyo a las víctimas: parte 2.3, secciones 8.1 a 8.6
- Participación de las víctimas en los procedimientos legales: parte 2.3, sección 9.2
- Decomiso de bienes para indemnización de las víctimas: parte 2.4, sección 16.3

⁶⁰¹ Sobre esta cuestión, véase el examen que se realiza en la parte 2.4, sección 16.3 *supra*.



CUADRO 1: TRATADOS CITADOS EN EL COMENTARIO

TRATADO	TÍTULO ABREVIADO
Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000; entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003	Protocolo sobre la trata de personas
Convenio del Consejo de Europa de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, CETS N° 197; entrada en vigor el 1° de febrero de 2008	Convenio Europeo sobre la trata de seres humanos
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981	
Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990	
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000; entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003	Convención contra la Delincuencia Organizada
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; entrada en vigor el 23 de marzo de 1976	
Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, 1904; entrada en vigor el 18 de julio de 1905	
Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, 1910; abierto a la firma el 4 de mayo de 1910	
Protocolo que modifica el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, firmado en París el 18 de mayo de 1904, y el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas, firmado en París el 4 de mayo de 1904, 1949; entrada en vigor el 4 de mayo de 1949	Protocolo que modifica los Acuerdos de 1904 y 1910
Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, 1921; abierto a la firma el 30 de septiembre de 1921	
Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, 1933; entrada en vigor el 24 de agosto de 1934	

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del cuadro 1)

TRATADO	TÍTULO ABREVIADO
Protocolo que modifica el Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Mujeres y Niños y el Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad, 1947; entrada en vigor el 12 de noviembre de 1947	Protocolo que modifica los Acuerdos de 1921 y 1933
Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 1950; entrada en vigor el 25 de julio de 1951	
Convención de la SAARC sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución, 2002; entrada en vigor el 1° de diciembre de 2005	Convención de la SAARC
Convención sobre la Esclavitud, 1926; entrada en vigor el 9 de marzo de 1927	
Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956; entrada en vigor el 30 de abril de 1957	Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud
Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (N° 29), de la OIT; entrada en vigor el 1° de mayo de 1932	
Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (N° 105), de la OIT; entrada en vigor el 17 de enero de 1959	
Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (N° 182), de la OIT; entrada en vigor el 19 de noviembre de 2000	Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999
Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; entrada en vigor el 23 de marzo de 1976	
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; entrada en vigor el 3 de enero de 1976	
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008; abierto a la firma el 24 de septiembre de 2009	
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999; entrada en vigor el 22 de diciembre de 2000	
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1966; entrada en vigor el 4 de enero de 1969	
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; entrada en vigor el 26 de junio de 1987	Convención contra la Tortura
Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2002; entrada en vigor el 22 de junio de 2006	



TRATADO	TÍTULO ABREVIADO
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000; entrada en vigor el 18 de enero de 2002	Protocolo facultativo relativo a la venta de niños
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y miembros de sus familias, 1990; entrada en vigor el 1° de julio de 2003	Convención sobre los trabajadores migratorios
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006; entrada en vigor el 3 de mayo de 2008	
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006; entrada en vigor el 3 de mayo de 2008	
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; entrada en vigor el 22 de abril de 1954	Convención sobre los Refugiados
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967; entrada en vigor el 4 de octubre de 1967	Protocolo sobre los Refugiados
Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981 OUA Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5, 31 ILM 58 (1992), entrada en vigor el 21 de octubre de 1986	Carta Africana
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 1990 OUA Doc. CAB/LEG/24.9/49; entrada en vigor el 29 de noviembre de 1999	
Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, 2003 OUA Doc. CAB/LEG/66.6; entrada en vigor el 25 de noviembre de 2005	Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África
Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969; entrada en vigor el 18 de julio de 1978	
Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, 1994; entrada en vigor el 15 de agosto de 1997	
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950; entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953; modificado por el Protocolo N° 11; entrada en vigor el 1° de noviembre de 1998	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Carta Social Europea, 1961; entrada en vigor el 26 de febrero de 1965; modificación entrada en vigor el 7 de enero de 1999	Carta Social Europea
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 1994; entrada en vigor el 5 de marzo de 1995	Convención de la OEA sobre la violencia contra la mujer

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del cuadro 1)

TRATADO	TÍTULO ABREVIADO
Convención de la SAARC sobre Arreglos Regionales para la Promoción del Bienestar de la Infancia en el Asia meridional, firmada el 5 de enero de 2002	Convención de la SAARC sobre el bienestar del niño
Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo III; entrada en vigor el 28 de enero de 2004	Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; entrada en vigor el 1° de julio de 2002	Estatuto de Roma
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003; entrada en vigor el 14 de diciembre de 2005	
I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949; entrada en vigor el 21 de octubre de 1950	I Convenio de Ginebra
II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar del 12 de agosto de 1949; entrada en vigor el 21 de octubre de 1950	II Convenio de Ginebra
III Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949; entrada en vigor el 21 de octubre de 1950	III Convenio de Ginebra
IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto 1949; entrada en vigor el 21 de octubre de 1950	IV Convenio de Ginebra
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978	Protocolo Adicional I
Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, adoptado por la resolución 827 del Consejo de Seguridad (1993) y enmendado por la resolución 1166 del Consejo de Seguridad (1998)	
Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994	
Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, anexo al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, firmado el 16 de enero de 2002	
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969; entrada en vigor el 27 de enero de 1980	
Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (N° 97), de la OIT; entrada en vigor el 22 de enero de 1952	Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes (revisado)



TRATADO	TÍTULO ABREVIADO
Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (N° 143), de la OIT; entrada en vigor el 9 de diciembre de 1978	Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)
Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (N° 159), de la OIT; entrada en vigor el 20 de junio de 1985	Convenio de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)
Protocolo adicional n° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ETS N° 46, 1963; entrada en vigor el 2 de mayo de 1968	Protocolo adicional N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos
Protocolo adicional n° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ETS N° 117, 1984; entrada en vigor el 1° de noviembre de 1988	Protocolo adicional N° 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos
Carta de las Naciones Unidas; entrada en vigor el 24 de octubre de 1945	
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; entrada en vigor el 24 de octubre de 1945	
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1961; entrada en vigor el 19 de marzo de 1967	
Convenio Europeo de Extradición, ETS N° 24, 1957; entrada en vigor el 18 de abril de 1960	
Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea	Procedimiento simplificado de extradición de la UE
Convención Interamericana sobre Extradición, 1981; OEA, Serie de Tratados N° 60, 1995; entrada en vigor el 28 de marzo de 1992	
Convenio sobre Extradición de la Comunidad Económica de los Estados Africanos Occidentales, 1994; A/P.1/8/94	Convenio sobre Extradición de la CEDEAO
Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de la OCDE, 1997; entrada en vigor el 15 de febrero de 1999	
Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, OEA, Serie de Tratados N° 75, 1992; entrada en vigor el 14 de abril de 1996	Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal
Convención sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre Países Afines miembros de la ASEAN, 2004	ASEAN MLAT

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del cuadro 1)

TRATADO	TÍTULO ABREVIADO
Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, 1990, ETS N° 141; entrada en vigor el 1° de noviembre de 1999	Convenio sobre el decomiso de los productos del delito
Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996; entrada en vigor el 3 de junio de 1997	
Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, 2003; entrada en vigor el 5 de agosto de 2006	Convención de la UA contra la corrupción
Convenio de derecho penal del Consejo de Europa sobre la corrupción, 1999; ETS N° 173.	
Convenio de derecho civil del Consejo de Europa sobre la corrupción, 1999, ETS N° 174.	



CUADRO 2: OTROS INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS, NO CONTENIDOS EN TRATADOS, CITADOS EN EL COMENTARIO

INSTRUMENTO/DOCUMENTO	TÍTULO ABREVIADO
Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre 1948	
<i>Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas</i> (HR/PUB/02/3)	Principios y Directrices sobre la trata de personas
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985	Reglas de Beijing
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990	Reglas para la protección de los menores privados de libertad
Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005	Principios y directrices básicos sobre el derecho a reparaciones
UNICEF, <i>Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking</i> (2006), disponible en: http://www.unicef.org/ceecis/0610-Unicef_Victims_Guidelines_en.pdf	Directrices del UNICEF
ASEAN, Declaración de la ASEAN sobre la trata de personas, en particular mujeres y niños, aprobada el 29 de noviembre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Países Miembros de la ASEAN en Vientiane	Declaración de la ASEAN sobre la trata de personas
Memorando de entendimiento sobre la cooperación contra la trata de personas en la subregión del Gran Mekong (COMMIT), Yangon, 29 de octubre de 2004	Memorando de Entendimiento de la COMMIT
ASEAN, Directrices sobre respuestas de la justicia penal a la trata de personas – Directrices de la ASEAN para especialistas (Yakarta, 2007)	Directrices de la ASEAN para especialistas

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación del cuadro 2)

Iniciativa Global para la Lucha contra la Trata de Personas – Asia Oriental y el Pacífico, Recomendaciones para una Justicia Penal Efectiva, Recomendaciones adoptadas por los participantes en el Taller Regional de UN.GIFT sobre respuestas de justicia penal a la trata de personas, Bangkok, 2 a 4 de octubre de 2007	Recomendaciones de UN.GIFT
CEDEAO, Declaración A/DC12/12/01 sobre la lucha contra la trata de personas, aprobada en el 25º período de sesiones ordinario de la Autoridad de Jefes de Estado y Gobierno, Dakar, 20 y 21 de diciembre de 2001	Declaración sobre la trata de personas de la CEDEAO
Plan de Acción Inicial de la CEDEAO contra la trata de personas (2002 – 2003), aprobado en el 25º período de sesiones ordinario de la Autoridad de Jefes de Estado y Gobierno, Dakar, 20 y 21 de diciembre de 2001	Plan de Acción Inicial de la CEDEAO
La Unión Europea y los Estados Africanos, Plan de Acción de Uagadugú para combatir la Trata de personas, en particular Mujeres y Niños, aprobado en la Conferencia Ministerial Euroafricana sobre Migración y Desarrollo, 22 y 23 de noviembre de 2006	Plan de Acción de Uagadugú
Declaración de Bruselas sobre la Prevención y Lucha contra la la Trata de Seres Humanos, aprobada en la Conferencia Europea sobre la Prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos, Desafío Global para el Siglo XXI, Bruselas, 18 a 20 de septiembre de 2002	Declaración de Bruselas
Consejo Permanente de la OSCE, Decisión N° 557, Plan de Acción de la OSCE en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, PC.DEC/557, 24 de julio de 2003	Plan de Acción de la OSCE
Consejo de la UE, Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla (2005/C 311/01), [2005] DO C 311/01	Plan de la UE sobre mejores prácticas
OEA, Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Reunión de Autoridades Nacionales sobre Trata de Personas, OEA/Ser. K/XXXIX, aprobadas en la sesión plenaria, 17 de marzo de 2006	Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas
Memorando de Entendimiento entre el Gobierno del Reino de Camboya y el Gobierno del Reino de Tailandia sobre cooperación bilateral para eliminar la trata de niños y mujeres y asistencia a las víctimas de la trata, Siem Reap, 31 de mayo de 2003	Memorando de entendimiento entre Camboya y Tailandia
Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (A/CONF.177/20/Rev.1)	Plataforma de Acción de Beijing
Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, resolución S-23/3 de la Asamblea General, de 16 de noviembre de 2000	Documento Final Beijing+5



Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985	Principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder
Memorando de Entendimiento entre el Gobierno del Reino de Tailandia y el Gobierno de la República Democrática Popular Lao sobre la cooperación en la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2005)	Memorando de entendimiento entre Tailandia y la República Democrática Popular Lao

LISTA DE CASOS JUDICIALES

CASO

Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 4 (1988)

Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 5 (1989)

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. A) N° 18 (2003)

Fiscal c. Kunarac et al. (Sala de Primera Instancia I), caso N° IT-96-23-T y IT-96-23/1-T (22 de febrero de 2001) (sentencia)

Fiscal c. Kunarac et al. (Sala de Apelaciones), caso N° IT-96-23 y IT-96-23/1-A (12 de junio de 2002) (sentencia)

Rantsev c. Chipre y Rusia (25965/04) [2009] TEDH 22 (7 de enero de 2010)

Siliadin c. Francia (73316/01) [2005] TEDH 545 (26 de julio de 2005)

MC c. Bulgaria (39272/98) [2003] TEDH 651 (4 de diciembre de 2003)

Osman c. Reino Unido (23452/84) [1998] TEDH 101 (28 de octubre de 1998)

Akkoç c. Turquía (22947/93;22948/93) [2000] TEDH 458 (10 de octubre de 2000)

Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación N° 155/96 (2002)

Maria Gives Penha Maria Fernandes c. Brasil, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.051, informe N° 54/01, OEA/Ser.L/C./II.111 Doc. 20 rec., en 704 (2000)

Juan Humberto Sánchez c. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 99 (2003)

Fiscal c. Furundzija (Sala de Primera Instancia), caso N° IT-95-17/1-T (10 de diciembre de 1998) (sentencia)

Barar c. Suecia (42367/98), casos y comentario, 3 *European Human Rights Law Review* 330 (1999)

Trato de los nacionales polacos de Danzig (opinión consultiva) 1932, *P.C.I.J., Series A/B*, N° 44, pág. 4

L.K. c. Países Bajos, Comunicación N° 4/1991 (CERD/C/42/D/4/1991)

Şahide Goekce (fallecida) c. Austria, Comunicación N° 5/2005 (CEDAW/C/39/D/5/2005)

Fatma Yildirim (fallecida) c. Austria, Comunicación N° 6/2005 (CEDAW/C/39/D/6/2005)

C.95-02904 (Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá, Decisión de determinación de la condición de refugiado, 26 de noviembre de 1997)

T98-06186 (Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá, Decisión de determinación de la condición de refugiado, 2 de noviembre de 1999)

TA4-16915 (Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá, Decisión de protección de refugiado, 16 de marzo de 2006)

C.01/13868 [2002] RRTA 799 (6 de septiembre de 2002)



N02/43616 [2003] RRTA 290 (31 de marzo de 2003)
C.03/16442 [2004] RRTA 474 (25 de junio de 2004)
<i>Asunto de J-M</i> (número no revelado) (Estados Unidos, Oficina de Asuntos Indígenas, 30 de marzo de 2001)
<i>Finucane c. Reino Unido</i> (29178/95) [2003] TEDH 328 (1° de julio de 2003)
<i>Calvelli y Ciglio c. Italia</i> (32967/96) [2002] TEDH 3 (17 de enero de 2002)
<i>C.L. c. Suiza</i> , CAT/C/37/D/262/2005 (22 de enero de 2007)
<i>Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos)</i> , Solicitud de indicación de medidas provisionales, <i>ICJ Reports 1998</i> , pág. 248
<i>LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)</i> , Fallo, <i>ICJ Reports 2001</i> , pág. 466
<i>Villagrán Morales et al. (caso de los niños de la calle)</i> , sentencia de 19 de noviembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 63 (1999)
<i>Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme et. al. c. Angola</i> , Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación N° 159/96 (1997)
<i>Soering c. Reino Unido</i> (14038/88) [1989] TEDH 14 (7 de julio de 1989)
<i>Cruz Varas et. al. c. Suecia</i> (15576/89) [1991] TEDH 26 (20 de marzo de 1991)
<i>Saadi c. Italia</i> (37201/06) [2008] TEDH 179 (28 de febrero de 2008)
<i>D c. Reino Unido</i> (30240/96) [1997] TEDH 25 (2 de mayo de 1997)
<i>Salah Seekh c. Países Bajos</i> (1948/04) [2007] TEDH 36 (11 de enero de 2007)
<i>HLR c. Francia</i> (24573/94) [1997] TEDH 23 (29 de abril de 1997)
<i>Sadiq Shek Elmi c. Australia</i> , Comunicación N° 120/1998 (CAT/C/22/D/120/1998) 7
<i>Fiscal c. Erdemovic</i> (Sala de Primera Instancia II), caso N° T-96-22, 5 de marzo de 1998 (fallo condenatorio)
<i>Fiscal c. Akayesu</i> (Sala de Primera Instancia I), caso N° ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998 (fallo)
<i>Fiscal c. Tadic</i> (Sala de Primera Instancia I), caso N° ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998 (fallo)
<i>Fiscal c. Todorovic</i> (Sala de Primera Instancia I), caso N° IT-95-9/1, 31 de julio de 2001 (fallo condenatorio)
<i>Fiscal c. Sikirica et al.</i> (Sala de Primera Instancia III), caso N° IT-95-8, 13 de noviembre de 2001 (fallo condenatorio)
<i>Fiscal c. Simic</i> (Sala de Primera Instancia II), caso N° IT-95-9/2, 17 de octubre de 2002 (fallo condenatorio)
<i>Fiscal c. Plavsic</i> (Sala de Primera Instancia III), caso N° IT-00-39&40/1-S, 27 de febrero de 2003 (fallo condenatorio)
<i>Fiscal c. Rajic</i> (Sala de Primera Instancia I), caso N° IT-95-12-S, 8 de mayo de 2006 (fallo condenatorio)

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación de la lista de casos)

Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán), fallo, ICJ Reports 1980, pág. 3

Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta (Nicaragua c. Estados Unidos), competencia y admisibilidad, ICJ Reports 1984, pág. 392

Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fondo, ICJ Reports 1986, pág. 3

Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca; República Federal de Alemania c. Países Bajos), ICJ Reports 1969, pág. 3

Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania) Determinación de la cuantía de la indemnización, ICJ Reports 1949, pág. 244

A.T. c. Hungría, Comunicación N° 2/2003 (CEDAW/C/32/D/2/2003)

Fábrica de Chorzow (fondo), 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17

Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, ICJ Reports 1999, pág. 87

Ilascu y otros c. Moldova y Rusia (48787/99) [2004] TEDH 318 (8 de julio de 2004)

Petrolane Inc. c. República Islámica del Irán (1991) 27 Iran-U.S.C.T.R., 64

Caire (1929), UNRIAA 516

Assenov y otros c. Bulgaria (24760/94) [1998] TEDH 98 (28 de octubre de 1998)

Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido (46477/99) [2002] TEDH 303 (14 de marzo de 2002)

Ahmet Ozkan y otros c. Turquía (21689/93) [2004] TEDH 133 (6 de abril de 2004)

Kaya c. Turquía (22729/93) [1998] TEDH 10 (19 de febrero de 1998)

Ergi c. Turquía (23818/94) [1998] TEDH 59 (28 de julio de 1998)

Çakici c. Turquía (23657/94) [1999] TEDH 43 (8 de julio de 1999)

Tanrikulu c. Turquía (23763/94) [1999] TEDH 55 (8 de julio de 1999)

Ertak c. Turquía (20764/92) [2000] TEDH 193 (9 de mayo de 2000)

Timurtas c. Turquía (23531/94) [2000] TEDH 222 (13 de junio de 2000)

Aksoy c. Turquía (21987/93) [1996] TEDH 68 (18 de diciembre de 1996)

Mentes y otros c. Turquía (23186/94) [1997] TEDH 98 (28 de noviembre de 1997)

Selçuk y Asker c. Turquía (23184/94;23185/94) [1998] TEDH 36 (24 de abril de 1998)

Kurt c. Turquía (24276/94) [1998] TEDH 44 (25 de mayo de 1998)

Tekin c. Turquía (22496/93) [1998] TEDH 53 (9 de junio de 1998)

Raquel Martín de Mejía c. Perú, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 10.970, Informe N° 5/96 OEA/Ser.L/C./II.91 Doc. 7 en 157 (1996)

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-16/99 (1997)



Van Alphen c. Países Bajos, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 305/1988 (CCPR/C/39/D/305/1988)

A. c. Australia, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993 (CCPR/C/59/D/560/1993)



ANEXO

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRATA DE PERSONAS

PRINCIPIOS RECOMENDADOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRATA DE PERSONAS⁶⁰²

LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas.
2. Los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a

⁶⁰² A los efectos de los presentes *Principios y Directrices*, por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Fuente: Protocolo para prevenir, reprimir, y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 3 a)).

quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella.

3. Las medidas contra la trata no redundarán en desmedro de los derechos humanos y la dignidad de las personas, en particular los derechos de las víctimas de ella, ni de los migrantes, las personas internamente desplazadas, los refugiados y quienes soliciten asilo.

PREVENCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS

4. Las estrategias que apunten a prevenir la trata de personas tendrán en cuenta que la demanda es una de sus causas fundamentales.
5. Los Estados y las organizaciones intergubernamentales se asegurarán de tener en cuenta en su acción los factores que aumenten la vulnerabilidad a la trata, entre ellos la desigualdad, la pobreza y la discriminación en todas sus formas.
6. Los Estados ejercerán la debida diligencia para detectar y eliminar la participación o complicidad del sector público en la trata de personas. Los funcionarios públicos respecto de los cuales haya sospechas de estar implicados en la trata de personas serán sometidos a investigación y proceso y, de ser condenados, sufrirán las sanciones correspondientes.

PROTECCIÓN Y ASISTENCIA

7. Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.
 8. Los Estados velarán por proteger a las víctimas de la trata de personas de mayor explotación o mayores daños y por que tengan acceso a atención física y psicológica adecuada. La protección y la asistencia no estarán subordinadas a que las víctimas de la trata de personas puedan o quieran cooperar en un procedimiento judicial.
 9. Se proporcionará asistencia jurídica y de otra índole a las víctimas de la trata de personas mientras duren las acciones penales, civiles o de otra índole contra los presuntos tratantes. Los Estados darán protección y concederán permisos de residencia temporal a las víctimas y los testigos mientras duren los procedimientos judiciales.
 10. Los niños que sean víctimas de trata de personas serán identificados como tales. Sus intereses constituirán la consideración primordial en todo momento. Se proporcionará asistencia y protección adecuadas a los niños víctimas de trata de personas. Se tendrán plenamente en cuenta su vulnerabilidad, sus derechos y sus necesidades especiales.
 11. Tanto el Estado receptor como el Estado de origen garantizarán a las víctimas de la trata de personas la repatriación en condiciones de seguridad (y en la medida de lo posible voluntaria) y les ofrecerán alternativas jurídicas a la repatriación en los casos en que sea razonable llegar a la conclusión de que ella constituiría un grave riesgo para su seguridad o la de sus familias.
- necesarias para tipificar como delitos penales la trata de personas, los actos que la constituyen⁶⁰³ y las conductas afines⁶⁰⁴.
 13. Los Estados procederán a investigar, procesar y fallar efectivamente los casos de trata de personas, con inclusión de sus actos constitutivos y las conductas afines, con prescindencia de que sean cometidos o no por agentes de gobierno.
 14. Los Estados se asegurarán de que la trata de personas, sus actos constitutivos y los delitos conexos constituyan delitos que den lugar a extradición en virtud del derecho interno y los tratados en la materia. Los Estados cooperarán para cerciorarse de que se apliquen los procedimientos debidos de extradición de conformidad con el derecho internacional.
 15. Se aplicarán penas efectivas y proporcionadas a las personas naturales o jurídicas que sean declaradas culpables de trata de personas o de sus delitos constitutivos o conexos.
 16. En los casos en que proceda, los Estados congelarán y decomisarán los bienes de

⁶⁰³ A los efectos de los presentes *Principios y Directrices*, se entenderá que los «actos constitutivos» y los «delitos constitutivos» de la trata de personas consisten en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas mayores de 18 años de edad recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o a otras formas de coacción o engaño, con fines de explotación. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un menor de 18 años de edad constituyen actos constitutivos y delitos constitutivos de la trata de niños. Fuente: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 3 a) y c)).

⁶⁰⁴ A los efectos de los presentes *Principios y Directrices*, se entiende que la conducta y los delitos «relacionados con» la trata consisten en la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre. Fuente: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 3 a)).

PENALIZACIÓN, SANCIÓN Y REPARACIÓN

12. Los Estados adoptarán las debidas medidas legislativas y de otra índole que sean



personas naturales o jurídicas involucradas en la trata de personas. En la medida de lo posible, los bienes decomisados serán destinados a dar asistencia e indemnizar a las víctimas de la trata.

17. Los Estados se cerciorarán de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a recursos judiciales eficaces y adecuados.

DIRECTRICES RECOMENDADAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRATA DE PERSONAS

DIRECTRIZ 1: PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las infracciones de los derechos humanos son a la vez causa y consecuencia de la trata de personas. Por lo tanto, es indispensable que la protección de todos los derechos humanos ocupe un lugar central en las medidas que se adopten para prevenir esa trata y ponerle término. Las medidas para combatir la trata de personas no deben redundar en desmedro de sus derechos humanos y su dignidad y, en particular, de los derechos de quienes han sido víctimas de ella, los migrantes, las personas desplazadas internamente, los refugiados y quienes soliciten asilo.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, deberían considerar la posibilidad de:

1. Tomar disposiciones para cerciorarse de que las medidas adoptadas a fin de prevenir y combatir la trata de personas no redunden en el desmedro de los derechos o la dignidad de las personas, incluidas las que han sido víctimas de ella.
2. Celebrar consultas con órganos judiciales y legislativos, instituciones nacionales de derechos humanos y los sectores que correspondan de la sociedad civil para la preparación, aprobación, puesta en práctica y revisión de leyes, normas y programas de lucha contra la trata de personas.
3. Establecer planes nacionales de acción para poner término a la trata de personas. Este proceso debería aprovecharse para instituir vínculos y alianzas entre las instituciones de gobierno que participen en la lucha contra la trata de personas o la prestación de asistencia a las víctimas de ella y los sectores que corresponda de la sociedad civil.
4. Asegurarse en particular de tener sistemáticamente en cuenta la cuestión de la discriminación por razones de género cuando se propongan medidas de lucha contra la trata de personas a fin de que esas medidas no se apliquen en forma discriminatoria.
5. Proteger el derecho de todas las personas a la libertad de desplazamiento y asegurarse de que las medidas contra la trata de personas no lo vulneren.
6. Cerciorarse de que las leyes, las normas, los programas y las actividades de lucha contra la trata de personas no afecten al derecho de todos, incluidas las víctimas de la trata, de pedir y obtener asilo contra la persecución de conformidad con las normas internacionales sobre los refugiados y mediante, en particular, la aplicación efectiva del principio de no devolución.
7. Establecer mecanismos para supervisar los efectos de las leyes, las normas, los programas y las actividades de lucha contra la trata de personas en los derechos humanos. Habría que considerar la posibilidad de asignar esta función a instituciones nacionales independientes de derechos humanos en los países en que existan. Habría que alentar a las organizaciones no gubernamentales que trabajan con víctimas de la trata de personas a que participaran en la observación y evaluación de los efectos para los derechos humanos de las medidas de lucha contra esa trata.
8. Presentar, en sus informes periódicos a los órganos de las Naciones Unidas que

supervisan los tratados de derechos humanos⁶⁰⁵, información detallada acerca de las medidas que hayan adoptado para prevenir y combatir la trata de personas.

9. Cerciorarse de que los acuerdos de cooperación bilateral, regional e internacional y otras leyes y normas relativas a la trata de personas no afecten a los derechos, las obligaciones o la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho internacional, con inclusión de las normas de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados.
10. Ofrecer asistencia financiera y técnica a los Estados y a los sectores que corresponda de la sociedad civil a los efectos de formular y poner en práctica estrategias de lucha contra la trata de personas sobre la base de los derechos humanos.

DIRECTRIZ 2: IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS Y DE LOS TRATANTES

La trata significa mucho más que el desplazamiento organizado de personas con un fin de lucro. El factor adicional crítico que distingue la trata del contrabando de migrantes es la presencia de fuerza, coacción o engaño en todo el proceso o en alguna etapa de él y con fines de explotación. Si bien los elementos adicionales que distinguen la trata del contrabando de migrantes pueden a veces ser evidentes, en muchos casos es difícil probarlos sin una investigación activa. De no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos. Por lo tanto, los

⁶⁰⁵ Los órganos que supervisan los tratados de derechos humanos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño.

Estados tienen la obligación de que esa identificación sea posible y se lleve a cabo.

Los Estados también están obligados a actuar con la debida diligencia en la identificación de los tratantes⁶⁰⁶, incluidos los que controlan o explotan a las víctimas de la trata de personas.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar la posibilidad de:

1. Establecer directrices y procedimientos para las autoridades y los funcionarios competentes del Estado, tales como los funcionarios de policía, de fronteras o de inmigración y otros que participen en la detección, detención y recepción de migrantes en situación irregular o en la tramitación de sus casos, a fin de permitir la identificación rápida y exacta de las víctimas de trata de personas.
2. Impartir capacitación adecuada a las autoridades y los funcionarios competentes del Estado en la identificación de víctimas de la trata de personas y la aplicación correcta de las directrices y procedimientos a que se hace referencia en el párrafo precedente.
3. Velar por la cooperación entre las autoridades, los funcionarios y las organizaciones no gubernamentales competentes a fin de facilitar la identificación de las víctimas de trata de personas y la asistencia a ellas. Esa cooperación, para que surta los mayores efectos, debe organizarse y ponerse en práctica de manera oficial.
4. Identificar centros de acción adecuados para advertir a los migrantes o posibles migrantes

⁶⁰⁶ La expresión «tratante» a los efectos de los presentes Principios y Directrices, se refiere a quienes se dedican a la captación y el transporte de personas, quienes ejerzan control sobre las víctimas de la trata, quienes las trasladen o mantengan en situaciones de explotación, quienes participen en delitos conexos y quienes obtengan un lucro directo o indirecto de la trata, sus actos constitutivos y los delitos conexos.



- de los posibles peligros y consecuencias de la trata de personas y para recibir información que les permita pedir asistencia si la necesitan.
5. Cerciorarse de que las víctimas de la trata de personas no sean procesadas por infracciones de las leyes de inmigración o por actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales.
 6. Cerciorarse de que las víctimas de trata de personas no sean objeto, en circunstancia alguna, de detención con arreglo a las normas de inmigración ni de ninguna otra forma de detención.
 7. Cerciorarse de que existan procedimientos y procesos para recibir y estudiar las solicitudes de asilo que presenten tanto víctimas de trata como de contrabando de personas y de que se respete y haga valer en todo momento el principio de la no devolución.

DIRECTRIZ 3: INVESTIGACIÓN, ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y DIFUSIÓN

Una estrategia eficaz y realista de lucha contra la trata de personas debe tener como base información, experiencia y análisis fidedignos y al día. Es esencial que todos los que participen en la formulación y aplicación de estas estrategias comprendan claramente las cuestiones en juego y lo sigan haciendo.

Cabe a todos los medios de comunicación un importante papel, proporcionando información exacta de conformidad con los principios de ética profesional, en la tarea de que se cobre cada vez más conciencia pública del fenómeno de la trata de personas.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar la posibilidad de:

1. Adoptar y aplicar sistemáticamente la definición internacionalmente convenida de trata

- de personas que se enuncia en el Protocolo de Palermo⁶⁰⁷.
2. Sistematizar la reunión de información estadística sobre la trata de personas y los desplazamientos conexos (como el contrabando de migrantes) que puedan tener un elemento de trata de personas.
3. Desagregar los datos relativos a las víctimas de la trata de personas según la edad, el género, el origen étnico y otras características pertinentes.
4. Realizar, financiar y recopilar investigaciones de la trata de personas. La investigación debe estar sólidamente fundada en principios éticos que incluyan la conciencia de la necesidad de no volver a traumatizar a las víctimas de la trata. La metodología y las técnicas de interpretación de la investigación deben ser de la más alta calidad.
5. Observar y evaluar la relación entre la intención de las leyes, las normas y las actividades contra la trata de personas y sus efectos reales y, en particular, cerciorarse de establecer una distinción entre las medidas que efectivamente reducen la trata de personas y las que no surten más efecto que

⁶⁰⁷ En el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (el Protocolo de Palermo) se define la trata de personas como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos» (art. 3 a)). El Protocolo agrega que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios precedentemente enunciados (art. 3 c)).

el de traspasar el problema de un lugar o un grupo a otro.

6. Reconocer la importante contribución que los sobrevivientes de la trata de personas pueden aportar, a título estrictamente voluntario, para formular y poner en práctica medidas contra la trata de personas y evaluar sus efectos.
7. Reconocer el papel central que pueden desempeñar las organizaciones no gubernamentales para mejorar la acción de los agentes del orden contra la trata de personas proporcionando a las autoridades competentes información acerca de casos y tendencias de la trata de personas y siempre que se tenga en cuenta la necesidad de salvaguardar la privacidad de las víctimas de ella.

DIRECTRIZ 4: ESTABLECER UN MARCO JURÍDICO ADECUADO

Se ha determinado que la falta de legislación específica o adecuada acerca de la trata de personas a nivel nacional constituye uno de los principales obstáculos en la lucha contra esa trata. Es imperiosa la necesidad de armonizar las definiciones legales, los procedimientos jurídicos y la cooperación judicial en los planos nacional y regional de conformidad con las normas internacionales. El establecimiento de un marco jurídico adecuado que sea compatible con las normas y los instrumentos internacionales en la materia tendrá también un papel importante en la prevención de la trata de personas y la explotación conexas.

Los Estados deberían considerar la posibilidad de:

1. Adoptar legislación nacional o enmendar la existente de conformidad con las normas internacionales de manera que el delito de trata de personas quede definido con precisión en el derecho interno y haya orientación detallada acerca de sus diversos elementos penales. Habrá que tipificar también todas

las prácticas comprendidas en la definición de trata de personas, como la servidumbre por deudas, los trabajos forzados y la prostitución forzada.

2. Promulgar legislación en que se establezca la responsabilidad administrativa, civil y, cuando proceda, penal de las personas jurídicas, además de las personas naturales, por delitos de trata de personas. Revisar la legislación, los controles administrativos y las condiciones vigentes que se refieran a la concesión de autorización y al funcionamiento de empresas que puedan servir para encubrir la trata de personas como, por ejemplo, agencias de matrimonio, de empleo o de viaje, hoteles o servicios de acompañantes.
3. Establecer en la legislación sanciones penales efectivas y proporcionales (con inclusión de penas de reclusión que den lugar a la extradición en el caso de personas naturales). Cuando proceda, la legislación debería establecer la imposición de penas adicionales a quienes sean declarados culpables de trata de personas con circunstancias agravantes, incluidos los delitos de trata de niños o aquellos cuyos autores o cómplices sean funcionarios del Estado.
4. Establecer en la legislación el decomiso de los instrumentos y el producto de la trata de personas y delitos conexos. De ser posible, la legislación debería indicar que el producto decomisado de la trata de personas sea utilizado en beneficio de las víctimas de ella. Habría que considerar la posibilidad de establecer un fondo de indemnización para esas víctimas y de utilizar los haberes decomisados para financiarlo.
5. Cerciorarse de que la legislación impida que las víctimas de la trata de personas sean procesadas, detenidas o sancionadas por el carácter ilegal de su entrada al país o residencia en él o por las actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales.
6. Incorporar en la legislación contra la trata



de personas disposiciones para proteger a las víctimas de ella, que comprendan la protección respecto de la deportación sumaria o la repatriación cuando haya motivos razonables para llegar a la conclusión de que la deportación o repatriación constituiría un gran riesgo de seguridad para la víctima de la trata o su familia.

7. Dar protección legal a las víctimas de trata de personas que acepten voluntariamente cooperar con los agentes del orden y proteger su derecho a permanecer lícitamente en el país de destino mientras duren las actuaciones judiciales del caso.
8. Establecer disposiciones efectivas para que las víctimas de trata de personas reciban asistencia e información jurídicas en un idioma que entiendan, así como asistencia social adecuada y suficiente para atender a sus necesidades inmediatas. Los Estados deben cerciorarse de que el derecho a esa información, asistencia y apoyo inmediato no sea discrecional sino que esté a disposición de todos los que hayan sido identificados como víctimas de trata de personas.
9. Establecer en la legislación el derecho de las víctimas de trata de personas a interponer acciones civiles contra los presuntos traficantes.
10. Garantizar por ley la protección de los testigos.
11. Establecer en la ley sanciones en caso de participación o complicidad del sector público en la trata de personas o actos conexos de explotación.

DIRECTRIZ 5: MEDIOS DE HACER CUMPLIR ADECUADAMENTE LA LEY

Si bien los datos indican que la trata de personas va en aumento en todas las regiones del mundo, pocos tratantes han sido aprehendidos. Al aplicar más eficazmente la ley se creará un desincentivo para el tratante y ello tendrá por lo tanto un efecto directo en la demanda.

Para aplicar adecuadamente la ley a los tratantes se necesita la cooperación de las víctimas de la trata de personas y de otros testigos. En muchos casos, hay personas que no quieren o no pueden denunciar a los tratantes o comparecer como testigos porque no tienen confianza en la policía o en el sistema judicial o porque no hay un mecanismo efectivo para protegerlas. Estos problemas se agravan cuando son fuerzas del orden las que participan o son cómplices en la trata de personas. Hay que adoptar resueltas medidas para que esa participación sea objeto de investigación, procesamiento y sanción. Asimismo hay que hacer que los agentes del orden cobren conciencia del requisito primordial de velar por la seguridad de las víctimas de la trata de personas. Esta responsabilidad incumbe al investigador y no admite excepción.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar la posibilidad de:

1. Hacer que las autoridades y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cobren conciencia de su responsabilidad primaria de velar por la seguridad y el bienestar inmediato de las víctimas de la trata de personas.
2. Impartir a las fuerzas del orden capacitación adecuada en la investigación y el procesamiento de casos de trata de personas. En esa capacitación hay que tener en cuenta las necesidades de las víctimas de la trata de personas, en particular las de las mujeres y los niños, y reconocer la utilidad práctica de incentivos para que las víctimas de la trata de personas y otros denuncien a los tratantes. La participación en esa capacitación de organizaciones no gubernamentales competentes en la materia debe ser considerada una forma de hacerla más pertinente y eficaz.
3. Dotar a los agentes del orden de facultades y técnicas de investigación adecuadas para hacer posible la investigación y el

procesamiento efectivos de los presuntos tratantes. Los Estados deben alentar y apoyar el establecimiento de procedimientos proactivos de investigación en los que no se dependa excesivamente del testimonio de la víctima.

4. Establecer unidades especiales de lucha contra la trata de personas (integradas por mujeres y hombres) a fin de promover la competencia y la profesionalidad.
5. Garantizar que el tratante sea y siga siendo el objeto principal de las estrategias de lucha contra la trata de personas y que la acción coercitiva en la materia no exponga a la víctima al riesgo de ser sancionada por delitos cometidos como consecuencia de su situación.
6. Poner en práctica medidas para que las operaciones de «rescate» no vulneren aún más los derechos y la dignidad de las víctimas de la trata de personas. Esas operaciones deben llevarse a cabo únicamente después de haber establecido procedimientos apropiados y adecuados para atender a las necesidades de las víctimas cuya libertad se obtenga de esa manera.
7. Hacer que la policía, los fiscales, las autoridades de fronteras, inmigración y judiciales y los asistentes sociales y el personal de salud pública cobren conciencia del problema de la trata de personas e impartirles formación especializada para detectar casos de esta trata, combatirla y proteger los derechos de las víctimas.
8. Tomar las disposiciones adecuadas para proteger a cada una de las víctimas de la trata de personas en el curso de la investigación y el proceso y, posteriormente, cuando su seguridad lo haga necesario. Un programa adecuado de protección puede consistir en algunos de los siguientes elementos o en todos ellos: determinación de un lugar seguro en el país de destino, acceso a asesoramiento jurídico independiente, protección de la identidad en el curso de los procesos judiciales, determinación de las opciones

para permanecer en el país, ser reasentado o ser repatriado.

9. Alentar a los agentes del orden a trabajar en colaboración con las organizaciones no gubernamentales a fin de que las víctimas de la trata de personas reciban el apoyo y la asistencia necesarios.

DIRECTRIZ 6: ASISTENCIA Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS

No es posible romper el ciclo de la trata de personas sin prestar atención a los derechos y las necesidades de las víctimas. Hay que dar asistencia y protección adecuadas a todas las víctimas de la trata de personas sin discriminación.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, deberían considerar la posibilidad de:

1. Cerciorarse, en cooperación con las organizaciones no gubernamentales, de que se ofrezca alojamiento seguro y adecuado que atienda a las necesidades de las víctimas de trata de personas. Ello no debe estar subordinado a que las víctimas estén dispuestas a rendir testimonio en un proceso penal. Las víctimas de la trata de personas no deben ser recluidas en centros de detención para inmigrantes, otros centros de detención o refugios para personas sin hogar.
2. Cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y a atención psicológica. No debe exigirse a las víctimas de la trata de personas que acepten esa atención o asistencia ni obligarlas a hacerse análisis para determinar si padecen enfermedades, incluido el VIH/SIDA.
3. Cerciorarse de que se informe a las víctimas de la trata de personas de que tienen derecho a ponerse en contacto con repre-



sentantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad. Hay que impartir al personal de embajadas y consulados formación adecuada para que atienda a las necesidades de información y asistencia de esas víctimas. Estas disposiciones no serían aplicables a las víctimas de la trata de personas que pidieran asilo en el país.

4. Cerciorarse de que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de trata de personas no redunden en desmedro de sus derechos, su dignidad ni su bienestar físico o psicológico.
5. Dar a las víctimas de la trata de personas asistencia letrada o de otra índole en relación con las acciones penales, civiles o de otra índole contra los tratantes o quienes las hayan explotado. Debe darse a las víctimas información en un idioma que entiendan.
6. Proteger efectivamente a las víctimas de la trata de personas de daños, amenazas o actos de intimidación por parte de los tratantes y personas asociadas a ellos. A estos efectos, no debería revelarse en público la identidad de las víctimas de la trata de personas y habría que respetar y proteger su privacidad en toda la medida de lo posible, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho de los acusados a un juicio imparcial. Habría que advertir plenamente y con antelación a las víctimas de la trata de personas de las dificultades que entraña proteger su identidad y no habría que dejar que se formaran expectativas falsas o poco realistas en cuanto a las posibilidades de los agentes del orden a este respecto.
7. Disponer el regreso en condiciones de seguridad y, de ser posible voluntario, de las víctimas de la trata de personas y estudiar la opción de que residan en el país de destino o la de reasentarlos en un tercer país en ciertas circunstancias especiales (para impedir represalias o en casos en que se considere probable que vuelvan a ser objeto de trata, por ejemplo).

8. En colaboración con las organizaciones no gubernamentales, hacer que se proporcione a las víctimas de la trata de personas que regresen a sus países de origen la asistencia y el apoyo necesarios a los efectos de su bienestar, de facilitar su integración social y de prevenir que sean objeto nuevamente de trata de personas. Habría que adoptar medidas para proporcionar a las víctimas de la trata de personas que regresan a sus países atención médica y psicológica, vivienda y servicios de enseñanza y empleo adecuados.

DIRECTRIZ 7: PREVENCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS

Las estrategias que apunten a prevenir la trata de personas deben tener en cuenta que la demanda constituye una causa fundamental. Los Estados y las organizaciones internacionales deben también tener en cuenta los factores que aumentan la vulnerabilidad a la trata de personas, entre ellas la desigualdad, la pobreza y la discriminación y los prejuicios en todas sus formas. Una estrategia eficaz de prevención debe tener como base la experiencia adquirida e información fidedigna.

Los Estados, en colaboración con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y, cuando proceda, aprovechando los programas y las políticas de cooperación para el desarrollo, deberían considerar la posibilidad de:

1. Analizar los factores que crean demanda de servicios de comercio sexual y de trabajo en condiciones de explotación y adoptar firmes medidas legislativas, normativas y de otra índole para hacer frente a estos problemas.
2. Establecer programas que ofrezcan distintas maneras de ganarse la vida, entre ellos educación básica, capacitación y alfabetización, especialmente para mujeres y otros grupos que han estado tradicionalmente en situación de desventaja.

3. Dar mayores oportunidades educacionales a los niños y aumentar la matrícula escolar, especialmente de niñas.
4. Cerciorarse de que los posibles migrantes, especialmente las mujeres, sean debidamente informados de los riesgos de la migración (explotación, servidumbre por deudas y cuestiones de salud y seguridad como la exposición al VIH/SIDA, por ejemplo) así como de las posibilidades existentes de emigrar en forma legal y en condiciones que no sean de explotación.
5. Preparar campañas de información para la población en general con miras a promover una mayor conciencia de los peligros que entraña la trata de personas. En esas campañas hay que dar a conocer las complejas circunstancias que rodean la trata de personas y las razones por las cuales una persona puede adoptar decisiones potencialmente peligrosas en cuanto a la migración.
6. Revisar y modificar las normas que puedan obligar a trabajadores a migrar en condiciones irregulares y vulnerables. Este proceso debería incluir un examen de los efectos que surten para la mujer la legislación represiva o discriminatoria en materia de nacionalidad, propiedad, inmigración, emigración y mano de obra migratoria.
7. Estudiar medios de dar mayores oportunidades para la migración de trabajadores en forma legal y remunerada y en condiciones que no sean de explotación. El fomento de la migración laboral por parte del Estado debe depender de la existencia de los mecanismos de regulación y supervisión para proteger los derechos de los trabajadores migratorios.
8. Dar mayor capacidad, como medida preventiva, a los agentes del orden para detener y enjuiciar a quienes participan en la trata de personas. Para ello hay que cerciorarse de que esos agentes cumplan a su vez las obligaciones que la ley les impone.
9. Adoptar medidas para reducir la vulnerabilidad cerciorándose de que todas las personas puedan obtener certificados en regla de nacimiento, ciudadanía y matrimonio.

DIRECTRIZ 8: MEDIDAS ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN Y LA ASISTENCIA A LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

El daño físico, psicológico y sicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hacen necesario un tratamiento separado del previsto para los adultos víctimas de trata de personas en las leyes, las normas, los programas y la acción. Los mejores intereses del niño deben constituir una consideración primordial en todas las medidas relativas a las víctimas de trata de niños, sean adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos. Las víctimas de la trata de niños deben recibir asistencia y protección adecuadas y hay que tener plenamente en cuenta sus derechos y necesidades especiales.

Los Estados, cuando proceda, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar, además de las medidas indicadas en la directriz 6, las siguientes:

1. Cerciorarse de que las definiciones de trata de niños que se adopten tanto en la legislación como en la política tengan en cuenta su necesidad de salvaguardias y atención especiales, con inclusión de una protección legal adecuada. En particular, y de conformidad con el Protocolo de Palermo, los elementos de engaño, fuerza u otras formas de coacción, etc., no deben formar parte de la definición de la trata cuando la víctima sea un niño.
2. Establecer procedimientos para la rápida identificación de las víctimas de trata de niños.



3. Cerciorarse de que las víctimas de la trata de niños no sean objeto de procedimiento o de acciones penales o delitos relacionados con su situación como tales.
4. En los casos en que los niños no estén acompañados de familiares o tutores, adoptar medidas para identificar y localizar a familiares. Tras proceder a una evaluación del riesgo y consultar con el niño, habría que tomar medidas para facilitar la reunión de las víctimas de trata de niños con sus familias cuando se considere que ello redunde en su beneficio.
5. En los casos en que el regreso del niño a su familia en condiciones de seguridad no sea posible o no redunde en su beneficio, establecer disposiciones adecuadas de atención que respeten sus derechos y su dignidad.
6. En las situaciones a que se hace referencia en los párrafos precedentes, asegurar que el niño que pueda formarse su propia opinión tenga el derecho de expresarla libremente en todas las cuestiones que le afecten, especialmente respecto de las decisiones acerca de su posible regreso a su familia y ponderar debidamente esas opiniones de conformidad con la edad y la madurez del niño.
7. Adoptar programas y normas especializados para proteger y ayudar a las víctimas de trata de niños. Hay que proporcionar a los niños asistencia física, sicosocial, jurídica, educacional, de vivienda y de salud adecuada.
8. Adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas de trata de niños en todas las etapas de los procesos penales contra los presuntos autores y en los procedimientos para obtener una indemnización.
9. Proteger, según proceda, la privacidad y la identidad de las víctimas de trata de niños y tomar medidas para que no se difunda información que pueda servir para identificarlos.
10. Adoptar medidas para impartir capacitación adecuada y apropiada, especialmente legal

y psicológica, a quienes trabajen con víctimas de la trata de niños.

DIRECTRIZ 9: ACCESO A RECURSOS

Las víctimas de la trata de personas, en su calidad de víctimas de infracciones de los derechos humanos, tienen derecho en el plano internacional a recursos adecuados y apropiados. Sin embargo, ese derecho no siempre está efectivamente a su disposición porque suelen carecer de información acerca de las posibilidades y los mecanismos para obtener una reparación, incluida una indemnización, en casos de trata de personas y actos conexos de explotación. Para rectificar este problema habría que proporcionar a las víctimas de trata de personas asistencia jurídica y asistencia material de otra índole para que puedan materializar su derecho a recursos adecuados y apropiados.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar la posibilidad de:

1. Cerciorarse de que las víctimas de la trata de personas tengan y puedan hacer valer su derecho a recursos justos y adecuados, con inclusión de los medios para la rehabilitación más completa posible. Esos recursos podrán ser de índole penal, civil o administrativa.
2. Proporcionar información y asistencia jurídica y de otra índole para que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a esos recursos. Los procedimientos para ello deberán estar claramente explicados en un idioma que puedan entender.
3. Tomar disposiciones para que las víctimas de trata de personas permanezcan en condiciones de seguridad en el país en que se interponga el recurso mientras dure el procedimiento penal, civil o administrativo.

DIRECTRIZ 10: OBLIGACIONES DEL PERSONAL DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ, DE POLICÍA CIVIL, HUMANITARIO Y DIPLOMÁTICO

La participación directa o indirecta de personal de mantenimiento de la paz, consolidación de la paz, policía civil, humanitario o diplomático en la trata de personas plantea problemas especiales. Los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales son responsables por los actos de quienes trabajan bajo su autoridad y tienen por lo tanto la obligación de adoptar medidas eficaces para prevenir que sus nacionales y empleados realicen actividades de trata de personas o actos conexos de explotación. Tienen asimismo la obligación de investigar minuciosamente todas las denuncias de trata de personas o actos conexos de explotación y establecer y aplicar sanciones adecuadas a quienes sean declarados culpables de haber participado en ella.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar la posibilidad de:

1. Cerciorarse de que los programas de capacitación previos y posteriores al despliegue para todo el personal de mantenimiento de la paz, consolidación de la paz, policía civil, humanitario o diplomático tengan debidamente en cuenta la cuestión de la trata de personas y enuncien claramente el comportamiento que se espera de él. La capacitación debe prepararse desde el punto de vista de los derechos humanos y estar a cargo de instructores con experiencia adecuada.
2. Cerciorarse de que los procedimientos de reclutamiento, colocación y traslado (incluso para contratistas y subcontratistas privados) sean estrictos y transparentes.
3. Cerciorarse de que el personal empleado en el contexto de misiones de mantenimiento de la paz, consolidación de la paz, policía civil, humanitarias o diplomáticas no realice actividades de trata de personas o actos conexos de explotación ni utilice los servicios de personas respecto de las cuales haya motivos suficientes para sospechar que puedan haber realizado actividades de trata de personas. Esta obligación comprende también la complicidad en la trata de personas mediante la corrupción o la asociación a una persona o un grupo de personas respecto de los cuales puede haber sospechas razonables de que se dediquen a la trata de personas o a actos conexos de explotación.
4. Formular y aprobar reglamentos y códigos de conducta especiales en que se indiquen las normas de comportamiento previstas y las consecuencias de su incumplimiento.
5. Exigir que todo el personal empleado en el contexto de misiones de mantenimiento de la paz, consolidación de la paz, policía civil, humanitarias o diplomáticas denuncie los casos de trata de personas y actos conexos de explotación que lleguen a su conocimiento.
6. Establecer mecanismos para la investigación sistemática de todas las denuncias de trata de personas y actos conexos de explotación relativas a personas empleadas en el contexto de misiones de mantenimiento de la paz, consolidación de la paz, policía civil, humanitarias o diplomáticas.
7. Imponer sistemáticamente las sanciones penales, civiles y administrativas que procedan al personal respecto del cual se demuestre que ha participado o ha sido cómplice en actividades de trata de personas o actos conexos de explotación. Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían, en los casos en que procediera, imponer sanciones disciplinarias a sus funcionarios respecto de los cuales se determine que han participado en actividades de trata de personas y actos conexos de explotación además y en forma separada de las sanciones penales o de otra índole



que imponga el Estado de que se trate. No se podrán hacer valer los privilegios e inmunidades que tenga un empleado para protegerlo de la imposición de sanciones por delitos graves como la trata de personas y los delitos conexos.

DIRECTRIZ 11: COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE ESTADOS Y REGIONES

La trata de personas es un fenómeno regional y mundial al que no siempre se puede hacer frente eficazmente a nivel nacional; una acción nacional más resuelta puede muchas veces no tener más efecto del que los tratantes trasladen sus operaciones a otro país. Puede haber a la cooperación internacional, multilateral y bilateral un importante papel en la lucha contra la trata de personas y esa cooperación es particularmente importante entre países en que tengan lugar distintas etapas del ciclo de la trata de personas.

Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar la posibilidad de:

1. Aprobar acuerdos bilaterales que apunten a prevenir la trata de personas, proteger los derechos y la dignidad de sus víctimas y promover su bienestar.
2. Ofrecer, bilateralmente o por conducto de organizaciones multilaterales, asistencia técnica y financiera a los Estados y a los sectores de la sociedad civil que corresponda a los efectos de promover la formulación y aplicación de estrategias de lucha contra la trata de personas basadas en los derechos humanos.
3. Preparar tratados regionales y subregionales sobre la trata de personas, utilizando el Protocolo de Palermo y las normas internacionales pertinentes de derechos humanos como base y marco.
4. Aprobar acuerdos de migración laboral que incluyan principios mínimos, modelos de contrato, medios de repatriación, etc., de conformidad con las normas internacionales vigentes. Se insta a los Estados a que hagan cumplir efectivamente todos esos acuerdos a fin de ayudar a eliminar la trata de personas y actos conexos de explotación.
5. Establecer acuerdos de cooperación para facilitar la rápida identificación de las víctimas de trata de personas, con inclusión de la difusión y el intercambio de información acerca de su nacionalidad y lugar de residencia.
6. Establecer mecanismos para facilitar el intercambio de información acerca de los tratantes y su *modus operandi*.
7. Establecer procedimientos y protocolos para la realización conjunta de investigaciones proactivas por los agentes del orden de los distintos Estados de que se trate. Como reconocimiento de la utilidad de los contactos directos, habría que instituir la transmisión directa de solicitudes de asistencia entre las autoridades locales competentes a fin de que se atendiera rápidamente a esas solicitudes y de promover el establecimiento de relaciones de cooperación a nivel práctico.
8. Instituir la cooperación judicial entre Estados en las investigaciones y los procesos judiciales relativos a la trata de personas y delitos conexos, especialmente mediante metodologías comunes de procesamiento e investigaciones conjuntas. La cooperación debería incluir la asistencia a los efectos de identificar y entrevistar testigos teniendo debidamente en cuenta su seguridad, encontrar, obtener o preservar pruebas y preparar y notificar los documentos judiciales necesarios para obtener pruebas y la comparecencia de testigos, así como asistencia para hacer cumplir los fallos.
9. Cerciorarse de que las autoridades del Estado requerido tramiten sin demora indebida las solicitudes de extradición por delitos relativos a la trata de personas.

10. Establecer mecanismos de cooperación para el decomiso del producto de la trata de personas. La cooperación debería incluir la prestación de asistencia para encontrar, detectar, congelar y decomisar bienes relacionados con la trata de personas y actos conexos de explotación.
11. Intercambiar información y experiencias acerca de la ejecución de programas de asistencia, retorno e integración con miras a que surtan los mayores efectos y tengan la mayor eficacia.
12. Alentar y facilitar la cooperación entre las organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones de la sociedad civil en los países de origen, tránsito y destino. Ello reviste particular importancia para prestar apoyo y asistencia a las víctimas de la trata de personas que sean repatriadas.

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE
DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS
COMENTARIO
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

Palais des Nations
CH 1211 Ginebra 10 – Suiza
Teléfono: +41.22.917 90 00
Fax: +41.22.917 90 08
www.ohchr.org



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

