
III. ¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS CON RESPECTO A LA TRATA DE PERSONAS?

Obligaciones y derechos son dos caras de la misma moneda. En la mayoría de los casos, las obligaciones derivadas del derecho internacional incumben a los Estados. Sin embargo, si bien el presente folleto informativo se centra específicamente en ese aspecto, es importante tener presente que las personas y las entidades privadas, tales como las empresas, también pueden estar sujetas a obligaciones jurídicas.

A. Fuentes de las obligaciones

Los tratados son la principal fuente de las obligaciones de los Estados con respecto a la trata. Cuando se convierten en partes en un tratado, los Estados contraen obligaciones vinculantes con arreglo al derecho internacional y se comprometen a garantizar que sus leyes, políticas o prácticas nacionales cumplen las exigencias del tratado y están en conformidad con las normas establecidas en él. El cumplimiento de estas obligaciones es exigible en los tribunales y cortes internacionales que tengan la jurisdicción apropiada,

como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y también puede ser exigible en los tribunales nacionales, en función de lo establecido en el derecho interno.

Dado que la trata de personas es una cuestión compleja que puede examinarse desde varias perspectivas diferentes, los tratados pertinentes son numerosos. Por ejemplo, se aplican a la trata de personas los tratados relativos a la esclavitud y el comercio de esclavos, el trabajo forzoso, el trabajo infantil, los derechos de la mujer, los derechos del niño, los trabajadores migrantes y las personas con discapacidad, así como tratados de carácter más general dedicados a los derechos civiles, culturales, económicos, políticos o sociales. Los principales tratados de lucha contra la delincuencia, como la Convención de las Naciones Unidas contra la

Tratados y otros instrumentos de particular interés en relación con la trata de personas

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 (Protocolo sobre la Trata)

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989

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 de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, 2005 (Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos)

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 5), 2000, y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, 2011

Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional, Convención sobre la Prevención y la Lucha contra la Trata de Mujeres y Niños con Fines de Prostitución, 2002

Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también son de interés para la cuestión de la trata de personas, como lo es igualmente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A estos instrumentos se añaden los tratados específica y exclusivamente dedicados a la trata de personas.

Otras fuentes aceptadas del derecho internacional, como la costumbre, los principios generales y las decisiones de los tribunales internacionales, también pueden ser pertinentes para determinar qué se exige exactamente a los Estados en materia de lucha contra la trata. De manera general, se considera que la prohibición de la esclavitud forma parte del derecho internacional *consuetudinario*, que tiene carácter vinculante para todos los Estados, independientemente de si son efectivamente parte en uno o más tratados en los que se prohíba expresamente la esclavitud. Se denominan principios generales del derecho a aquellos que son comunes a los sistemas jurídicos más extendidos, en virtud de lo cual pasan a formar parte del derecho internacional. *Un principio general del derecho* que se aplica a la trata es que no se considerará culpable de un delito a quien se haya visto obligado a cometerlo. *Un ejemplo de sentencia de un tribunal internacional* que contribuyó a establecer el marco jurídico internacional referido a la trata de personas es la dictada en 2009 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*.

Por último, es importante tener en consideración los numerosos instrumentos sobre la trata que, en sentido estricto, no forman parte del derecho. Se trata, entre otros, de: los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas; la directrices sobre la trata de niños emitidas por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), y sobre la trata y el asilo emitidas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); las resoluciones adoptadas por la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos; las determinaciones e informes de los mecanismos internacionales de derechos humanos, como los órganos de tratados y los procedimientos especiales; y los acuerdos sin fuerza de tratado que los países concluyen en relación con cuestiones como la repatriación y la reintegración de las víctimas de la trata.

Estas variadas fuentes de “derecho no vinculante” no imponen obligaciones directamente a los Estados, ni confieren derechos a personas o grupos. Por consiguiente, en interés de la integridad del derecho internacional, es importante que no se les atribuya más peso jurídico que el que en realidad tienen. No obstante, algunos instrumentos del derecho no vinculante pueden tener cabida en el marco jurídico internacional, por ejemplo porque ayudan a detectar o confirmar una cierta tendencia jurídica, o incluso contribuyen

al desarrollo del derecho internacional consuetudinario en relación con un aspecto concreto de la trata de personas. El derecho no vinculante también puede ayudar a atender la sustancia de normas jurídicas más generales que se establecen en tratados. Por ejemplo, el Protocolo sobre la Trata exige a los Estados que adopten medidas para proporcionar a las víctimas de la trata acceso a una reparación. Fuentes de derecho no vinculante tales como los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, así como los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, constituyen un recurso fundamental para determinar qué medidas han de adoptar los Estados para cumplir esta obligación concreta.

Algunos instrumentos importantes que, sin ser tratados, resultan de interés en relación con la trata de personas

Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas (Principios y Directrices Recomendados)

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 Interponer Recursos y Obtener Reparaciones)

Directrices del UNICEF 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

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 (Directrices del ACNUR sobre la Trata)

B. Naturaleza de la responsabilidad de los Estados de hacer frente a la trata

¿Hasta qué punto son los Estados responsables del daño causado por la trata de personas? Esta es una pregunta importante porque su respuesta determinará qué medidas se exigen a los Estados para prevenir la trata de personas o para hacerle frente. En ocasiones, los Estados se resisten a aceptar la responsabilidad jurídica de la trata y las violaciones de los derechos humanos asociadas a ella. Pueden argumentar, por ejemplo que el daño principal ha sido infligido por delincuentes y no por el Estado propiamente dicho. También pueden alegar haber hecho todo lo posible por prevenir el daño.

Aunque determinar la responsabilidad de los Estados puede resultar difícil debido a la compleja naturaleza de la trata de personas y del marco jurídico asociado a ella, en términos muy generales los Estados serán responsables por aquellos actos u omisiones propios que incumplan las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluido el derecho de los derechos humanos. Además, de manera general, los Estados 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 esos casos, la fuente de responsabilidad no es el acto en sí sino el hecho de que el Estado no haya adoptado medidas de prevención o respuesta acordes con la norma exigida, habitualmente dimanante de un tratado.

C. La obligación de identificar, proteger y apoyar a las víctimas de la trata

A lo largo del último decenio se han logrado grandes avances en la aclaración del derecho de las víctimas de la trata a recibir protección y apoyo, así como en la aclaración de las correspondientes obligaciones de los Estados. Si bien aún quedan cuestiones por dirimir, hay un acuerdo general en torno a varias obligaciones fundamentales, todas ellas basadas en el deber general de, en primer lugar, identificar a las víctimas de la trata. Algunas de dichas obligaciones son: ofrecer protección y apoyo inmediatos, proporcionar asistencia jurídica, incluida una autorización de residencia temporal, y no penalizar a las víctimas.

Identificación de las víctimas

A menudo no se llega a identificar a las víctimas de la trata, por lo que estas pasan a ser simplemente invisibles. Cuando despiertan la atención de las instituciones oficiales, puede que se las identifique erradamente como migrantes ilegales u objeto de tráfico ilícito. Esto es significativo porque, como se explica en los Principios y Directrices Recomendados “[d]e no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos” (directriz 2). Si no se identifica a una víctima de la trata, o si se la identifica incorrectamente como un delincuente o un migrante irregular u objeto de tráfico ilícito, ello afectará directamente a la capacidad de esa persona de disfrutar de los derechos que le corresponden. En pocas palabras, si no se identifica a las víctimas de la trata rápida y correctamente, cualquier derecho que se les conceda es ilusorio.

La obligación de identificar a las víctimas de la trata está implícita en todos los instrumentos jurídicos que contienen disposiciones sobre la prestación de protección y apoyo a las víctimas. Los Principios y Directrices Recomendados

señalan una serie de medidas prácticas que deben adoptarse para que las víctimas de la trata sean identificadas de manera rápida y correcta. Entre estas medidas figura la elaboración de instrumentos documentales de identificación, como directrices y procedimientos que puedan utilizarse como ayuda a la identificación, y la capacitación de los funcionarios competentes (como los policías, los guardias fronterizos, los funcionarios de inmigración y demás intervenientes en la detección, retención, recepción y procesamiento de los migrantes irregulares) para que sepan identificar correctamente y aplicar acertadamente las directrices y procedimientos acordados.

Prestación de protección y apoyo inmediatos

Las víctimas que consiguen liberarse de sus tratantes a menudo se encuentran en una situación de gran inseguridad y vulnerabilidad. Es posible que estén heridas, sufran traumatismos o estén emocionalmente traumatizadas. Puede que tengan miedo a las represalias. Es probable que tengan pocos o ningún medio de subsistencia. Lamentablemente, el daño sufrido por las víctimas de la trata de personas no cesa necesariamente cuando las autoridades toman conocimiento del caso. El maltrato a manos de funcionarios públicos puede dar lugar a que la situación de explotación continúe o aparezcan nuevas formas de explotación. El daño ya provocado a las víctimas puede verse agravado si no se les presta asistencia médica y otros tipos de ayuda, o si la prestación se supedita a una obligación de cooperar que las víctimas tal vez no quieran o puedan cumplir.

El Estado donde se encuentra la víctima es responsable de prestarle protección y apoyo inmediatos. Esta responsabilidad se hace efectiva cuando el Estado sabe, o debería saber, que una persona que se encuentra en su jurisdicción es víctima de la trata. El principio es aplicable a cualquier país en cuyo territorio se encuentre la víctima, y es válido para todas las personas objeto de trata, sea esta nacional o transnacional.

La obligación primera y más inmediata del Estado es proteger a las víctimas de la trata frente a una nueva explotación y frente a daños mayores, a manos de quienes ya las han explotado o de cualquier otra persona. Las consecuencias prácticas de esta obligación dependerán de las circunstancias de cada caso. Desde luego, la norma de la diligencia debida, que se aborda en diversas partes del presente folleto informativo, exige a los Estados que adopten medidas razonables con este fin. En la mayor parte de las situaciones, la protección razonable frente al daño requiere:

- Sacar a la persona objeto de trata del lugar de explotación y llevarla a un lugar seguro;

- Atender las necesidades médicas inmediatas de la víctima;
- Evaluar si la víctima está en especial peligro de sufrir actos de intimidación o represalia.

Si bien la obligación inmediata de proteger de daños mayores guarda relación, naturalmente, con la víctima, esta obligación podrá extenderse a otros que puedan sufrir daños o ser objeto de intimidación por los tratantes

La obligación de apartar de una situación de riesgo de daño

En una sentencia reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que si las autoridades del Estado conocían, o debían haber conocido, la existencia de un riesgo de trata de personas, se producirá una violación de los derechos de la persona en situación de riesgo si el Estado no adopta las medidas apropiadas en el ámbito de sus facultades para apartar a la persona de esa situación.

Fuente: *Rantsev c. Chipre y Rusia*, Demanda N° 25965/04, sentencia de 7 de enero de 2010, párr. 286.

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 y los familiares de estas.

El derecho a la intimidad es un aspecto importante de la protección de las víctimas frente a daños mayores. Si no se protege la intimidad de las víctimas estas pueden verse expuestas a un mayor peligro de intimidación y represalia, sufrir humillaciones y daños físicos y ver amenazada su recuperación. Las principales disposiciones sobre

el derecho a la intimidad de las víctimas de la trata se exponen en el recuadro que figura a continuación. Estas disposiciones confirman que la protección de la intimidad debe extenderse a todas las víctimas de la trata, salvo que haya motivos razonables que justifiquen una injerencia en su intimidad, como serían las consideraciones vinculadas al derecho de los acusados a un juicio justo.

El Estado en el que se encuentre la persona objeto de trata también debe proporcionar a esa persona una atención física y psicológica adecuada para atender al menos sus necesidades inmediatas. Un aspecto importante es que, de manera general, la prestación de esa atención se considera *un derecho no negociable de la víctima*, el cual debe ser reconocido y aplicado con independencia de la capacidad o la voluntad del titular para cooperar con las autoridades de la justicia penal. Cada vez está más aceptado que esta separación entre la prestación de protección y apoyo a las víctimas y la cooperación de estas es un elemento fundamental del enfoque basado en los derechos humanos que se ha de aplicar a la trata.

El alcance y la naturaleza de la obligación de los Estados de prestar atención y apoyo a las víctimas de la trata dependerán de numerosos factores, pues la base jurídica de dicho apoyo es muy amplia. Por ejemplo, el Protocolo sobre la Trata establece una serie de medidas de ayuda que los Estados deben "considerar la posibilidad" de aplicar (art. 6). El Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos detalla un conjunto de medidas muy específicas de carácter obligatorio (arts. 10 a 17). El derecho de los derechos humanos es otra fuente importante de obligaciones en este ámbito. Por ejemplo, si la víctima de la trata es un niño, la norma general por la que se han de guiar las decisiones que tengan que ver con la prestación de apoyo (véanse los párrafos anteriores) debe ser la del "interés superior del niño". De conformidad con los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, las personas objeto de trata, en su calidad de víctimas de delitos y violaciones de los derechos humanos, deben ser tratadas con humanidad y respeto a su dignidad y sus derechos humanos, y tienen derecho a que se adopten medidas que velen por su bienestar e impidan que vuelvan a convertirse en víctimas (párr. 10).

El derecho a la intimidad

"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."

Principios y Directrices Recomendados, directriz 6

Los Estados partes deben proteger la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata "[c]uando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno".

Protocolo sobre la Trata, artículo 6

Cada Estado "protegerá la vida privada y la identidad de las víctimas".

Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos, artículo 11

Apoyo no coercitivo

En lo que respecta a la atención de la salud y la atención psicológica, "[n]o 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".

Principios y Directrices Recomendados, directriz 6

En cuanto a todas las medidas de asistencia previstas en el Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos, se exige a los Estados partes que se aseguren de que los servicios en cuestión "se prestan sobre una base consensual e informada, teniendo debidamente en cuenta las necesidades específicas de las personas en situación vulnerable y los derechos de los menores en materia de alojamiento, educación y asistencia sanitaria adecuada".

Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos, artículo 12

El enfoque de derechos humanos exige prestar atención y apoyo de manera informada y no coercitiva. Por ejemplo, se debe informar a las víctimas de la trata acerca de sus derechos de modo que puedan adoptar una decisión informada sobre qué hacer. 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 se las puede obligar a aceptar o recibir asistencia.

Asistencia jurídica y participación de las víctimas

Las víctimas de la trata tienen un papel muy importante que desempeñar, así como un interés legítimo, en las actuaciones judiciales iniciadas contra sus explotadores. El enfoque de derechos humanos que ha de aplicarse a la trata exige que se haga todo lo posible para que las víctimas puedan participar en las actuaciones judiciales de manera libre, segura y plenamente informada. La participación de las víctimas en los procedimientos judiciales puede adoptar distintas formas. Las personas que han sido objeto de trata pueden testificar en un juicio contra sus explotadores, ya sea por escrito o en persona. También se les puede pedir que declaren en calidad de víctimas sobre las repercusiones del delito, y su declaración puede formar parte de una vista celebrada para dictar sentencia. En los procesos iniciados contra sus explotadores por la vía civil, las víctimas de la trata podrán ser demandantes o testigos. Incluso las víctimas de la trata que no deseen testificar, o no puedan hacerlo, siguen teniendo un interés legítimo en las actuaciones judiciales.

Las víctimas que participan o podrían participar en las actuaciones judiciales tienen necesidades y vulnerabilidades especiales que deben atenderse. Las obligaciones que se derivan de ello son complementarias a las de protección, asistencia y apoyo que deben prestarse a las víctimas de la trata y de las que ya se ha hablado. Por ejemplo:

- Las víctimas de la trata deben recibir asistencia jurídica y de otra índole en relación con cualquier actuación judicial o administrativa, en un idioma que entiendan. Uno de los fines ha de ser mantener a las víctimas informadas del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de su resultado.
- Las víctimas de la trata tienen derecho a estar presentes y a expresar su punto de vista durante toda actuación judicial.

En resumen, las víctimas deben contar con una oportunidad real de estudiar sus opciones legales. Esto exige, como mínimo, que reciban información en

Las víctimas de la trata como víctimas de un 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.

Fuente: Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, pár. 6.

un formato y de una manera que les permita tomar una decisión informada. En el caso de que la víctima esté tomando parte en cualquier forma de actuación judicial, o contribuya a ella de algún modo, tiene derecho a desempeñar un papel significativo en ese proceso y a recibir protección y apoyo mientras dure su participación en él.

Permisos de residencia temporal y períodos de reflexión

Las víctimas de la trata que se encuentran ilegalmente en un país se exponen a peligros y vulnerabilidades particulares como consecuencia de su situación jurídica. Por ejemplo, tal vez no puedan acceder a fuentes básicas de subsistencia y apoyo, como vivienda y oportunidades de trabajo. Podrían 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 corren peligro de ser internadas en centros de inmigración o albergues. Además, pueden ser deportadas en cualquier momento.

En la práctica, se ha observado que las víctimas de la trata pueden ver su situación regularizada por varios motivos y de distintos modos, entre ellos:

- La concesión de *un período de reflexión y recuperación* durante el que se les presta apoyo sin condiciones, de modo que dispongan del tiempo y espacio necesarios para tomar una decisión acerca de sus opciones, incluida la de cooperar con los órganos de la justicia penal en el procesamiento de sus explotadores;
- La concesión de *un permiso de residencia temporal vinculado a las actuaciones (normalmente penales) contra los tratantes*; esos permisos suelen requerir la cooperación de la víctima y expirar una vez terminadas las actuaciones judiciales; y
- 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 (del que se habla más adelante), la incapacidad para garantizar un retorno en condiciones de seguridad o el riesgo de que la víctima vuelva a caer en la trata.

Al estudiar si debe concederse a una víctima de la trata el derecho a la residencia temporal deben entrar en consideración los siguientes principios y obligaciones importantes, establecidos en toda una serie de instrumentos internacionales y regionales:

- El derecho de las víctimas a participar en las actuaciones judiciales contra los tratantes y a permanecer en el país mientras duren dichas actuaciones;
- El derecho de las víctimas a recibir protección frente a daños mayores;
- El derecho de las víctimas a tener acceso a una reparación efectiva;
- La obligación de los Estados de no devolver a las víctimas cuando se encuentran en grave riesgo de sufrir daños, entre otras cosas mediante la intimidación, las represalias o nuevos actos de trata; y
- Los derechos especiales de los niños víctimas de la trata, incluida la obligación de tener plenamente en cuenta el interés superior del niño.

No penalización de las víctimas de la trata

En los países de tránsito y destino, las personas que han sido víctimas de la 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, puede que no dispongan de los

debidos documentos de migración o trabajo; es posible que sus documentos de identificación estén falsificados o les hayan sido arrebatados, o que las actividades de explotación que se imponen a la víctima, como la prostitución, la mendicidad u otras sean ilegales en el Estado de destino. La penalización de las 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. Esta 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 ilícito, o trabajadores migrantes sin documentos. Los países de origen a veces penalizan directamente a las víctimas a su retorno, por haber salido del país de forma ilícita o no autorizada.

La penalización y detención de las víctimas de la trata son cuestiones importantes que suelen ir ligadas al hecho concurrente o subsiguiente 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 suele tener como consecuencia la deportación de las víctimas que son extranjeras, con lo cual se les deniega el derecho de acceso a una reparación efectiva.

En la comunidad internacional son cada vez más quienes coinciden en que, según establecen los Principios y Directrices Recomendados, "las víctimas de la trata de personas no [deben ser] procesadas por infracciones de las leyes de inmigración o por actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales" (directriz 2). Por ejemplo, el Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos exige de los Estados partes que, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, "[prevean] la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas" (art. 26). Si bien en el Protocolo sobre la Trata no se aborda específicamente la cuestión del procesamiento por infracciones vinculadas a la condición de víctima de la trata, el órgano establecido para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo ha afirmado que los Estados partes "deberían... estudiar, 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"³. Los órganos de tratados de derechos humanos, además de la

³ CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 12.

Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, han confirmado la importancia del principio de no penalización.

No detención de las víctimas de la trata

No es raro que las víctimas de la trata sean detenidas en establecimientos públicos o privados, incluso por períodos largos. En este contexto, el término “detención” se utiliza en su sentido 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”. 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;
- Cuando la víctima ha sido identificada correctamente pero no desea o no puede cooperar en las investigaciones penales (o su cooperación no se considera útil) y es enviada a un centro de detención para inmigrantes en espera de su deportación;
- Cuando la víctima, identificada correcta o incorrectamente, es detenida como resultado 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 para esta forma de detención figuran la necesidad de dar alojamiento y apoyo, la necesidad de proteger a las víctimas de daños mayores y la necesidad de asegurarse la cooperación de la víctima en la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes.

El derecho y las políticas internacionales respaldan las siguientes conclusiones con respecto a la detención de las víctimas de la trata.

En primer lugar, la detención sistemática siempre será ilícita. Al evaluar la legalidad de la detención de las víctimas es importante establecer una distinción entre *la detención sistemática*, aplicada de forma

general en cumplimiento de la ley o atendiendo a una política o práctica establecida, y *la detención caso por caso*. La detención sistemática de víctimas o presuntas víctimas de la trata en centros públicos de detención o en albergues públicos o privados vulnera varios principios fundamentales del derecho internacional. 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 menores de edad objeto de trata también es directamente contraria al derecho internacional y no puede justificarse en circunstancia alguna.

En segundo lugar, se pueden justificar casos individuales de detención aludiendo a motivos de necesidad, legalidad y proporcionalidad. Un Estado puede justificar satisfactoriamente la detención de víctimas caso por caso aludiendo, por ejemplo, a imperativos de la justicia penal, motivos de orden público o necesidades de seguridad de las víctimas. Para determinar la validez de esos argumentos debe recurrirse a los principios internacionalmente aceptados de *necesidad, legalidad y proporcionalidad*. Con toda probabilidad, respaldarían que la detención es lícita únicamente en las situaciones en que se practique como último recurso y en respuesta a amenazas creíbles y específicas contra la seguridad de la víctima. E incluso así, debe existir toda una serie de medidas de protección 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 comprobar que sigue siendo legal y necesaria y el derecho exigible de impugnar la detención

En tercer lugar, el derecho internacional requiere justificaciones y medidas de protección especiales en todos los casos de detención de niños. La autoridad responsable debe ser capaz de demostrar que la detención obedece al interés superior del niño. También debe poder demostrar, en relación con todos y cada uno de los casos, que no existe ninguna alternativa razonable. Las medidas de protección específicas, incluida la supervisión judicial o administrativa y el derecho a impugnar la detención, deben mantenerse en todas las situaciones en las que el hecho de la detención pueda justificarse legalmente.

Medidas especiales para los niños víctimas de la trata: identificación

El derecho internacional exige que se concedan medidas especiales de protección y apoyo a los niños víctimas de la trata. La naturaleza de tales medidas reflejará los particulares retos que supone la prestación de apoyo y protección a los niños. Por ejemplo, en lo que respecta a la identificación, conviene darse cuenta de que no todos los niños víctimas de la trata lo parecerán. Es posible que aparenten 18 años o más, que sus pasaportes hayan sido destruidos o se les hayan arrebatado. Es posible que lleven documentos de identidad falsos en los que conste una edad incorrecta o que mientan acerca de su edad por indicación de sus explotadores. Tal vez mientan porque tengan miedo a ser trasladados a un centro o enviados de nuevo a casa. Está cada vez más aceptada la noción de *la presunción de edad* cuando se trata de niños. Esto quiere decir que toda víctima que pueda ser menor de edad será tratada como tal mientras no se determine otra cosa. Con esto se eliminan dificultades especiales o adicionales que de otro modo complicarían la identificación de los niños víctimas de la trata.

La presunción de la edad está vinculada a la presunción de la condición: un niño que *podría* ser víctima de la trata debe ser considerado una víctima hasta que se determine otra cosa.

En cuanto a las leyes, sistemas y procedimientos que deben establecerse para garantizar la identificación rápida y correcta de los niños víctimas de la trata, las Directrices del UNICEF ofrecen importantes orientaciones:

- Los Estados deben 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;
- Debe llevarse a cabo una labor de intercambio de información entre los organismos y las personas competentes 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 competente en materia de aplicación de la ley cuando exista conocimiento o sospecha de que un niño es objeto de explotación o trata o corre peligro de serlo.

Identificación de niños víctimas: presunción de edad

"Cuando la edad de la víctima sea incierta y haya motivos para creer que se trata de un niño, el Estado parte podrá, en la medida que lo permita su derecho interno, considerar a la víctima como un niño con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño, hasta que se determine su edad."

Guía legislativa para la aplicación 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, párrafo 65

Los Estados deben presumir que la víctima es un menor si hay motivos para creer que lo es y si su edad es incierta. 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.

Convenio Europeo sobre la Trata, artículo 10, e *Informe explicativo del Consejo de Europa sobre el Convenio*, párrafo 136

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. Mientras no se verifique su edad, la víctima debe ser tratada como un menor y deben concedérsele todas las medidas de protección estipuladas.

Directrices del UNICEF, directriz 3.2

Medidas especiales para las víctimas de la trata de niños: protección y apoyo

El derecho internacional afirma claramente que el interés superior de los niños víctimas de la trata debe ser la consideración primordial en todas las decisiones o medidas que les afecten. Los Principios y Directrices Recomendados establecen que las víctimas de la trata deben recibir asistencia y protección adecuadas y que hay que tener plenamente en cuenta sus derechos y necesidades especiales (directriz 8). De conformidad con las presunciones descritas en los párrafos anteriores, todas las personas a las que se haya identificado como víctimas de la trata menores de 18 años, o a las que se les suponga razonablemente la condición de víctima menor de edad, tienen derecho a ese mayor nivel de protección y apoyo.

Entre las medidas apropiadas de asistencia y protección figuran la prestación de apoyo inmediato, como el establecimiento de condiciones de seguridad, el suministro de alimentos y el alojamiento en lugar seguro, además de acceso a atención de la salud, asesoramiento psicológico y servicios sociales prestados por profesionales debidamente capacitados. Los servicios prestados deben ser apropiados para la edad del niño, sus necesidades especiales, su sexo y su identidad étnica o cultural.

Principios y derechos fundamentales relacionados con la protección y el apoyo a los niños víctimas de la trata

- Los niños víctimas de la trata no deben ser penalizados en modo alguno ni correr el riesgo de ser procesados por cualesquiera delitos relacionados con su situación.
- Los niños víctimas de la trata nunca deben ser internados en dependencias penitenciarias ni de detención, como los calabozos de la policía, la cárcel o los centros especiales de detención de menores. Toda decisión relacionada con la detención de un niño debe hacerse caso por caso y atendiendo a su interés superior. 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 independientes.
- La prestación de atención y apoyo es un derecho de los niños víctimas de la trata. Nunca debe supeditarse a la cooperación del niño con las autoridades de la justicia penal.
- No debe obligarse a los niños víctimas de la trata a recibir atención y protección, ni siquiera en el caso de la asistencia de la salud o las pruebas médicas, a menos que pueda demostrarse, caso por caso, que ello redunda en el mejor interés del niño en cuestión.
- Todo niño bajo la jurisdicción o control de un Estado tiene derecho a recibir atención y protección en igualdad de condiciones con los demás. 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.
- Deben respetarse y sopesarse debidamente las opiniones de los niños víctimas de la trata, a quienes además se debe informar de su situación y sus derechos.
- No deben producirse injerencias arbitrarias en la intimidad del niño. Los Estados deben velar por que no se hagan públicos, salvo en circunstancias excepcionales, ni la identidad de los niños víctimas de la trata ni datos que permitan su identificación.
- Los Estados deben disponer lo necesario para que los niños identificados como víctimas de la trata (o a los que se suponga tal condición) sean representados por un tutor legal o por una organización o autoridad, entre otras cosas para cerciorarse de que el interés superior del niño es siempre la consideración primordial en todas las medidas y decisiones y de que se les presta toda la asistencia, el apoyo y la protección que necesiten; para que estén presentes en cualquier relación con las autoridades de la justicia penal, para facilitar la derivación a los servicios apropiados y para ayudar en la búsqueda y puesta en práctica de una solución duradera.
- Deben establecerse medidas para que los niños participen auténticamente y en condiciones de seguridad en los procesos judiciales. Estas medidas pueden ser la regularización de su situación jurídica, el suministro de información, la

asistencia y la representación jurídicas, y la adopción de disposiciones para minimizar todo trauma que la participación en las actuaciones les pueda causar, por ejemplo ofreciéndoles alternativas al testimonio directo.

Fuentes: Convención sobre los Derechos del Niño, Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos, Principios y Directrices Recomendados y Directrices del UNICEF.

D. Obligaciones relacionadas con el retorno de las víctimas de la trata de personas

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 ser sancionadas por las autoridades nacionales por abandonar el país sin autorización u otros supuestos delitos; pueden sufrir el aislamiento social o la estigmatización y ser rechazadas por sus familias y su entorno; pueden ser objeto de actos de violencia e intimidación a manos de los tratantes, especialmente si han cooperado con las autoridades de la justicia penal o tienen deudas que no pueden reembolsar. Las víctimas que son repatriadas por la fuerza, y en especial si no se les ofrecen medidas de apoyo a la reintegración, se exponen a un importante riesgo de ser nuevamente víctimas de la trata.

Retorno en condiciones de seguridad y preferiblemente voluntario

El derecho internacional propugna que se aplique a las víctimas de la trata la norma del "retorno en condiciones de seguridad y preferiblemente voluntario", complementada con una serie de importantes obligaciones adicionales que incumben a los países de origen y de destino.

La obligación de procurar un retorno seguro y, en la medida de lo posible, voluntario implica que el Estado que va a repatriar a la víctima debe proceder antes a una evaluación del riesgo. Esto es especialmente importante cuando se trata de niños. La evaluación del riesgo debe efectuarse de preferencia con carácter individual y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Al determinar si es posible un retorno en condiciones de seguridad hay que tener en cuenta una serie de factores importantes: la forma de trata que ha sufrido la persona, la medida en que esta ha cooperado en el enjuiciamiento de sus explotadores, el hecho de tenga deudas o no con sus tratantes, su edad, su sexo y su situación familiar, y la capacidad del país de repatriación de protegerla efectivamente. Es muy importante que las decisiones relativas al retorno no se basen en informes de situación

Disposiciones convencionales sobre el retorno de las víctimas de la trata

- Los Estados partes deben llevar a cabo la repatriación “teniendo debidamente en cuenta la seguridad de [la] persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado” (*Protocolo sobre la Trata*) o “teniendo debidamente en cuenta los derechos, la seguridad y la dignidad de esa persona y el estado de cualquier procedimiento judicial relacionado” (*Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos*).
- Los países de destino deben velar por que el retorno sea “preferiblemente voluntario” (*Protocolo sobre la Trata*, *Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos*).
- Los países de origen deben aceptar el retorno de las víctimas de la trata que sean nacionales o residentes en ellos “sin demora indebida o injustificada” y “teniendo debidamente en cuenta [la] seguridad [de la víctima]” (*Protocolo sobre la Trata*) o de facilitar y aceptar el retorno de las víctimas de la trata que sea nacionales o residentes teniendo debidamente en cuenta “los derechos, la seguridad y la dignidad” de esas personas “sin demora injustificada o irrazonable” (*Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos*).
- Los Estados de origen debe cooperar en la repatriación, entre otras cosas comprobando la nacionalidad o condición de residente de la víctima y expediendo los documentos de viaje necesarios (*Protocolo sobre la Trata*, *Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos*).
- Los Estados partes deben “proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización” (*Protocolo sobre la Trata*).
- Los países de destino no devolverán a un niño víctima de la trata “cuando, tras un estudio sobre posibles riesgos y seguridad, se determine que dicho retorno no redundaría en el interés superior del menor” (*Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos*).

no verificables o llenos de generalizaciones que procedan de gobiernos, órganos intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales.

Derecho a regresar

El derecho internacional establece claramente que 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 origen. Este derecho impone la obligación al país de origen de recibir a sus nacionales que regresan sin demoras indebidas o injustificadas. En el caso del Estado de origen esto probablemente suponga efectuar una verificación rápida para determinar si la víctima es nacional del país o titular de un derecho de residencia permanente y, en caso afirmativo, cerciorarse de que esa

persona está en posesión de los documentos necesarios para viajar y para regresar a su territorio.

El derecho a regresar también impone al país donde se encuentran las víctimas la obligación de permitir que aquellas que deseen regresar lo hagan, también en este caso sin demoras indebidas o injustificadas. La detención de víctimas de la trata en albergues, cárceles o centros para inmigrantes es una manera de interferir con el derecho a regresar. Otra es obligar a las víctimas a permanecer en el país mientras no haya concluido un largo proceso penal. Siempre que se impida el retorno, el Estado debe ser capaz de demostrar en cada caso que sus medidas son conformes a la ley y no son arbitrarias o injustificadas. El interés superior del niño será de nuevo una consideración primordial.

Garantías procesales y principio de no devolución

El retorno de las personas objeto de trata no puede producirse de manera que vulnere sus derechos establecidos (véase también la sección H), incluido el derecho a las garantías procesales. La repatriación que no es voluntaria constituye en la práctica una expulsión de un Estado. El derecho internacional de los derechos humanos rechaza la expulsión arbitraria y establece que la expulsión de un no nacional que se encuentre legalmente en el país no puede intervenir más que con arreglo a la ley. Un no nacional que se encuentre legalmente en un país tiene derecho a exponer los motivos que se oponen a su expulsión y esos motivos deben ser examinados por la autoridad competente.

En cuanto a las víctimas de la trata que no se encuentran legalmente en el país, las garantías sustantivas y de procedimiento contra la expulsión son mucho menos claras y, por lo general, los Estados conservan un grado considerable de discrecionalidad a la hora de decidir si expulsar a inmigrantes ilegales y cuándo hacerlo. No obstante, una de las medidas de protección más importantes, y que tal vez se podría aplicar a todos los no ciudadanos, tiene que ver con el principio de no devolución (*non-refoulement*). De conformidad con este principio, los Estados no pueden devolver a una persona a un país donde corra un grave riesgo de ser sometida a persecución o malos tratos. Este principio está firmemente arraigado en el derecho internacional y la importancia de protegerlo en el contexto de las medidas de lucha contra la trata de personas también se acepta de forma generalizada. Los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados y los tribunales regionales de derechos humanos han confirmado que toda repatriación que suponga un riesgo de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contraviene el derecho internacional.

Tradicionalmente, esta prohibición de la devolución se aplicaba atendiendo al riesgo de persecución que supusieran el Estado o sus agentes. En los últimos tiempos, son cada vez más quienes consideran que dicha prohibición también podría aplicarse a ciertas situaciones en las que el riesgo de persecución emana de agentes no estatales y además el Estado pertinente no tiene capacidad para proteger apropiada o efectivamente al interesado. Este tipo de circunstancias pueden darse en el contexto de la trata de personas si, por ejemplo, el Estado de origen no es capaz de proteger a las víctimas frente al riesgo de represalias o de volver a ser objeto de trata a manos de la delincuencia organizada.

Derecho a permanecer en el país durante las actuaciones judiciales

Como se ha explicado en la sección C, los tratados internacionales, incluidos tanto el Protocolo sobre la Trata como el Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos, obligan a los países de destino a efectuar la repatriación teniendo debidamente en cuenta el estado de cualquier procedimiento judicial relacionado. Por consiguiente, los Estados deben poner cuidado en que el retorno de una víctima de la trata no ponga en peligro el inicio o la debida conclusión de cualesquiera procedimientos judiciales que tengan que ver con ella.

Estos procedimientos incluyen los relativos a las indemnizaciones. La presencia de la persona objeto de trata en el país en el que se solicita reparación suele ser una exigencia práctica, y en ocasiones jurídica, de cara a la obtención de medidas de reparación. En algunos países, la acción civil por daños no puede iniciarse hasta que hayan concluido las actuaciones penales. Toda medida de repatriación que no tenga en cuenta el derecho de la víctima a una reparación inevitablemente obstruirá el ejercicio libre y efectivo de ese derecho. Como mínimo, debe haber un aplazamiento de la deportación, acompañado de una regularización temporal de la situación jurídica de la víctima hasta que esta haya podido participar en los procedimientos judiciales pertinentes.

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 la persistencia de algún riesgo para la seguridad de la víctima, o a consideraciones humanitarias relacionadas, por ejemplo, con la salud de la víctima o los vínculos y relaciones que tenga en el país de destino. Si bien el Protocolo sobre la Trata no aborda esta cuestión directamente,

hay otros instrumentos jurídicos y de política que reconocen la posibilidad de conceder visados temporales e incluso la residencia permanente, lo cual quiere decir que dichos instrumentos no parten automáticamente del supuesto de que la repatriación deba ser el resultado inmediato o incluso último de una situación de trata.

Las obligaciones de los Estados en esta esfera dependerán en gran medida de cada situación. Por ejemplo, tal vez un Estado tenga que ofrecer alternativas a la repatriación si el retorno supone un riesgo inaceptable para la víctima o su familia. En cuanto a los niños víctimas de la trata, la integración local o en terceros países puede constituir una solución duradera si el retorno al país de origen no redunda en el interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general N° 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, afirma que el retorno al país de origen no entra en consideración si ello supone "un 'riesgo razonable' de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor".

Reintegración de las víctimas

El apoyo a la reintegración es fundamental para que la repatriación se produzca en condiciones de seguridad. Las víctimas de la trata que reciben apoyo a la reintegración tienen muchas menos probabilidades de volver a ser objeto de trata. Además, el apoyo a la reintegración, dependiendo de su naturaleza y calidad, puede hacerlas menos vulnerables a la intimidación, las represalias, el aislamiento social y la estigmatización. El apoyo a la reintegración es un derecho que se les debe a 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. Una reintegración satisfactoria exige la cooperación entre el país que efectúa la repatriación y el que recibe al repatriado. La importancia de esta cooperación se reconoce en tratados regionales y en importantes documentos de política internacionales y regionales.

E. Vías de recurso para las víctimas de la trata

Muchas víctimas de la trata han estado sometidas a largos períodos de explotación a cambio de una remuneración escasa o nula. Quizá hayan sufrido lesiones o contraído enfermedades que requieren atención médica. Puede que se hayan endeudado de resultas de su condición de víctimas de la trata. Aunque siguen escaseando las vías de recurso para los casos de trata, se observa una clara tendencia a hacer de ella una posibilidad real,

tanto en el derecho como en la 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 en las penas impuestas a sus tratantes la obligación de restitución a las víctimas. En otros países se concede a las víctimas el derecho a emprender acciones civiles contra sus tratantes, con independencia de su nacionalidad o de su situación como migrantes.

En el contexto de la trata de personas, la obligación de ofrecer vías de recurso y el derecho de acceder a ellas normalmente surgirá de una de las siguientes maneras, o de ambas:

- El Estado es responsable del incumplimiento de una obligación dimanante del derecho internacional (por ejemplo la prohibición de discriminar, la obligación de penalizar la trata o la obligación de brindar protección y apoyo a las víctimas de la trata);
- El Estado no está implicado directamente, pero no ha cumplido su obligación de prevenir el daño o de responder adecuadamente a él (por ejemplo no ha investigado y enjuiciado algún caso de trata, o no ha adoptado medidas para prevenir la trata).

Los Principios y Directrices Recomendados establecen expresamente que “[l]as 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). Este derecho se examina más adelante en relación con el derecho de los derechos humanos en su sentido más general, el derecho referido a la violencia contra la mujer y el derecho que se ocupa específicamente de la trata.

Obligación de reparar las violaciones del derecho de los derechos humanos

En el capítulo I se explica que la trata conlleva irremediablemente múltiples violaciones de los derechos humanos. La mayoría de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos exigen a los Estados que den acceso a una reparación por estas violaciones. 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.

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, que se centra específicamente en la reparación para las víctimas de los delitos cometidos por agentes no estatales, y fue aprobada por la Asamblea General en 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, lo cual incluye la restitución por parte del Estado si se determina que es responsable por el daño causado. Afirma además que, cuando no se pueda obtener del infractor la indemnización completa, el Estado debe esforzarse por indemnizar por otros medios a la víctima cuando esta ha sufrido graves daños (o a su familia, si la víctima han fallecido o ha quedado gravemente discapacitada). La Declaración alienta a que se creen fondos nacionales de indemnización para las víctimas.

La Asamblea General aprobó en 2005 los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, con la intención de aclarar las normas sobre los recursos y las reparaciones aplicables a las violaciones de los derechos humanos cometidas por los Estados o con la participación de estos. Este instrumento establece que la finalidad de la preparación es promover la justicia remediendo las violaciones, y confirma que la obligación general 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, denominación que englobaría 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 las actuaciones judiciales, así como medidas destinadas a garantizar que las víctimas puedan ejercer realmente su derecho a reparación.

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 tiene ahora un firme arraigo en el derecho y las políticas internacionales. Como señaló la Relatora Especial sobre la violencia contra

Instrumentos jurídicos y de política en los que se afirma el derecho a reparación en los casos de violencia contra la mujer

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de la Organización de los Estados Americanos (1994)

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada por la Asamblea General (1993)

Recomendación general N° 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Plataforma de Acción de Beijing (1995)

Declaración de Nairobi sobre el Derecho de las Mujeres y las Niñas a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2007).

la mujer, sus causas y consecuencias en su informe temático sobre la reparación (A/HRC/14/22), un componente esencial de esa obligación es el deber jurídico de proporcionar un resarcimiento justo y eficaz a las mujeres víctimas de este tipo de violencia.

La forma y el alcance de la reparación requerida en un caso de trata, en cuanto forma de violencia contra la mujer, dependerá de la naturaleza y las circunstancias del delito, pero el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha aclarado que la reparación debe ser proporcional al daño físico y mental y a la gravedad de la vulneración de derechos. Otros mecanismos internacionales de derechos humanos han aludido también, como hizo la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en el informe citado, a

las cuestiones y preocupaciones particulares que están asociadas a la reparación en los casos de violencia contra la mujer.

Derecho a reparación en el contexto específico de la trata de personas

El derecho a reparación se reconoce en tratados y en otros instrumentos jurídicos y no jurídicos que se ocupan específicamente de la trata de personas. Por ejemplo, el Protocolo sobre la Trata exige a los Estados partes que velen por que sus ordenamientos jurídicos internos prevean medidas que brinden a las víctimas de la trata la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos (art. 6.6). El Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos requiere que las víctimas reciban información apropiada, entre otras cosas sobre los procedimientos a su alcance para obtener una indemnización, además de acceso a asistencia letrada (art. 15). El Convenio dispone específicamente que las víctimas tienen derecho a obtener una compensación económica de los tratantes condenados, tanto por los daños materiales como por su sufrimiento, y exige a las partes que adopten medidas para garantizar que las víctimas sean indemnizadas.

El Convenio da ejemplos de cómo dar cumplimiento a esta obligación, entre ellos el establecimiento de un fondo especial o iniciativas de asistencia social y de reintegración de las víctimas. También señala la posibilidad de que los mecanismos de indemnización del Estado se financien con los bienes decomisados por el Estado y derivados de acciones contra la trata.

La obligación de proporcionar vías de recurso efectivas y apropiadas a las víctimas de la trata ha sido confirmada en repetidas ocasiones por la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos y los mecanismos de derechos humanos.

Naturaleza y forma de los recursos

Los Principios y Directrices Recomendados exigen que se dé acceso a recursos “eficaces y apropiados”, lo cual constituye una norma de aceptación generalizada. También ofrecen cierta orientación con respecto a qué podría significar esto en la práctica, al referirse a “recursos justos y adecuados”, que pueden ser de índole penal, civil o administrativa y que incluyen “los medios para la rehabilitación más completa posible” (directriz 9). Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones establecen claramente que los recursos y la reparación deben ser proporcionales a la gravedad del daño sufrido (párrs. 15, 18 y 20).

Tanto la forma como el alcance de las reparaciones necesarias dependerán de la naturaleza y las circunstancias de la infracción, así como de la obligación primaria en cuestión (la norma que se infringió y dio lugar al derecho a una reparación). No obstante, en todos los casos, el derecho internacional exige que la forma del recurso refleje y promueva la obligación del Estado infractor de, en la medida de lo posible, eliminar las consecuencias de la infracción y restablecer la situación previa. Los recursos pueden entrañar uno o varios de los siguientes elementos:

La restitución consiste en la adopción de medidas materiales, judiciales o de otro tipo encaminadas a restablecer la situación que existía antes de la infracción, en la medida de lo posible. Las medidas adecuadas y apropiadas para garantizar la restitución en un caso de trata de personas podrían consistir en la liberación de la víctima de su detención, el reconocimiento de la identidad jurídica y la ciudadanía, la devolución de propiedades, y el retorno de la víctima a su lugar de residencia en condiciones de seguridad.

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 pueda evaluarse económicamente y no quede cubierto por la restitución. En el caso de la trata de personas,

una indemnización adecuada y apropiada podría incluir la indemnización pagadera por daños físicos o psicológicos, 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 infracción.

La rehabilitación es un concepto centrado en la víctima que reconoce la necesidad de garantizar que quien ha padecido una violación de sus derechos humanos vea "restaurada" su posición y consideración 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. Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos como la trata de personas inevitablemente necesitarán todo un abanico de servicios de apoyo. El elemento de rehabilitación de la reparación impone 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 a los que se puede hacer frente garantizando que las violaciones de los derechos de la víctima son debidamente reconocidos y atendidos. La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad (en la medida en que ello no provoque daños mayores) son ejemplos de reparaciones encaminadas a dar satisfacción a la víctima. Las garantías de no repetición son un importante componente del derecho a una reparación en el contexto de la trata de personas, debido al riesgo de que la víctima vuelva a ser objeto de trata y al daño que ello provocaría. El retorno en condiciones de seguridad, el apoyo a la integración y las medidas para impedir que la víctima vuelva a ser objeto de trata son elementos que deben entrar en consideración, como lo son la investigación, el enjuiciamiento y la sanción efectivas de los tratantes. En cuanto a la trata de mujeres y niñas, las medidas encaminadas a modificar las prácticas jurídicas, sociales y culturales que sostienen o promueven la tolerancia de esta práctica contribuyen de manera importante a las garantías de no repetición.

Velar por el acceso a los recursos

Es infrecuente que el derecho a vías de recurso esté disponible para las personas objeto de trata porque estas a menudo 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 la información y asistencia necesarias para obtener efectivamente la reparación o restitución a la que tienen derecho.

Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones contienen indicaciones específicas y detalladas sobre qué medidas se deben adoptar para que las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos tengan acceso a la justicia. Entre ellas figuran:

- Difundir información sobre los recursos disponibles;
- Diseñar medidas para minimizar los inconvenientes causados 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.

En el contexto de la trata de personas, un requisito añadido 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 (véase la sección D).

La Relatora Especial sobre la trata de personas ha propuesto un proyecto de principios básicos sobre el derecho de las víctimas de la trata a un recurso efectivo (véase el recuadro que figura a continuación).

Proyecto de principios básicos sobre el derecho de las personas víctimas de la trata a un recurso efectivo

1. Derechos y obligaciones

1. Las personas objeto de trata, en cuanto víctimas de violaciones de los derechos humanos, tienen derecho a un recurso efectivo por los daños que se les hayan infligido.
2. Todos los Estados, incluidos los países de origen, tránsito y destino, están obligados a proporcionar o facilitar el acceso a recursos que sean justos, adecuados y apropiados a todas las personas víctimas de la trata en sus territorios respectivos y con sujeción a su jurisdicción respectiva, incluidos quienes no sean ciudadanos suyos, por los daños que se les infligan.
3. El derecho a un recurso efectivo engloba tanto un derecho sustantivo a obtener reparaciones como los derechos procesales necesarios para acceder a ellas.

4. En esencia, se debería conceder a las víctimas de la trata las reparaciones adecuadas por los daños sufridos, entre las que figuran la restitución, la indemnización, la recuperación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

5. También se debería otorgar a esas víctimas acceso a una autoridad competente e independiente con objeto de obtener reparaciones con éxito. Para ello, se requiere, como mínimo:

a) Suministrar información sobre sus derechos, las reparaciones disponibles y la existencia de los mecanismos de reparación, así como sobre las modalidades de acceso a ellos;

b) Prestar asistencia letrada, médica, psicológica, social, administrativa y de otro tipo necesaria para ejercer los recursos;

c) Conceder un período de reflexión y recuperación, seguido de la condición de residentes mientras las víctimas de la trata ejerzan los recursos.

2. Realización del derecho a un recurso

6. Los Estados:

a) Se asegurarán de que se pongan en marcha los procedimientos adecuados para permitir una identificación rápida y precisa de las víctimas de la trata y ofrecerán formación a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y otros organismos que puedan tener contacto con las víctimas.

b) Se asegurarán de que las víctimas de la trata no sufran un trato discriminatorio ante la ley o en la práctica por ningún motivo, como su raza, el color de su piel, su sexo, su idioma, su religión, sus opiniones políticas o de otra índole, su origen nacional o social, sus bienes, su nacimiento u otro aspecto, incluidos su edad, su condición de víctimas de la trata, su ocupación o el tipo de explotación que hayan padecido.

c) Prestarán debida atención a las circunstancias personales de las víctimas de la trata para asegurarse de que los recursos se centren en su empoderamiento y el pleno respeto de sus derechos humanos. Como mínimo, los Estados deberían "abstenerse de inflijir daños" y asegurarse de que los procedimientos derivados de los recursos no sean dañinos ni perjudiciales para los derechos de las víctimas de la trata o su seguridad psicológica y física.

Restitución

7. Los Estados:

a) Colocarán el interés superior de las víctimas de la trata en el centro de atención a la hora de adoptar medidas de restitución;

b) Concederán a las víctimas de la trata la condición de residentes permanentes o temporales como recurso cuando no se les pueda garantizar un regreso seguro a sus países de origen, ello pueda generar el riesgo de que sean perseguidas o sufran nuevas violaciones de sus derechos humanos o por alguna razón no sea conveniente para ellas;

c) Abordarán con eficacia las causas subyacentes de la trata a fin de asegurarse de que las víctimas no regresen a la situación previa que genere el riesgo de que vuelvan a ser sometidas a trata o sufran nuevas violaciones de sus derechos humanos.

Recuperación

8. Los Estados:

a) Concederán un período de reflexión y recuperación, sin condiciones, durante el cual se ofrecerán a las víctimas de la trata las medidas necesarias para su recuperación física, psicológica y social, entre ellas, un alojamiento apropiado y asesoramiento e información sobre su situación y sus derechos; asistencia médica, psicológica y material; y oportunidades en materia de empleo, educación y formación;

b) Se asegurarán de que el acceso de las víctimas de la trata a la asistencia y otros beneficios no dependa en modo alguno de su cooperación en las acciones judiciales.

Indemnización

9. Los Estados:

a) Se asegurarán de que existan leyes, mecanismos y procedimientos que permitan a las víctimas de la trata, si lo desean:

i) Obtener una indemnización civil por los daños y perjuicios derivados de los delitos relacionados con la trata, incluidas las infracciones de la legislación laboral;

ii) Conseguir que los tribunales penales dicten sentencias o autos que obliguen al pago de indemnización a las personas condenadas por delitos relacionados con la trata;

iii) Tener acceso a una indemnización del Estado por daños y perjuicios.

b) Abordarán los obstáculos a los que se enfrentan habitualmente las víctimas de la trata a la hora de obtener una indemnización por los daños materiales y morales padecidos. A tal efecto, los Estados deberían asegurarse de que:

i) Todas las víctimas de la trata tengan el derecho jurídicamente exigible a obtener una indemnización, con independencia de su situación de inmigración y de si los responsables han sido condenados o no;

ii) Las víctimas de la trata dispongan de información detallada acerca de sus derechos, incluido el derecho a tener acceso a los recursos mediante procedimientos judiciales, laborales y administrativos, con inmediatez y en un idioma y de una forma que entiendan;

iii) Las víctimas de la trata que soliciten acceso a los recursos reciban, con independencia de su situación de inmigración, la asistencia necesaria a ese efecto, como asistencia social y asistencia y representación letradas

gratuitas y profesionales y, cuando sean necesarios, los servicios de intérpretes cualificados;

iv) Se permita a las víctimas de la trata permanecer legalmente en el país en el que hayan interpuesto el recurso durante el tiempo que dure el procedimiento penal, civil, laboral o administrativo, sin perjuicio de que pudieran invocar, en forma independiente, el derecho a quedarse en él con carácter más permanente;

v) Existan leyes y procedimientos que respalden el embargo de los ingresos obtenidos de la trata y la confiscación de los bienes de los tratantes y que dispongan explícitamente que esos ingresos y bienes deberán destinarse en primer lugar a indemnizar a las víctimas de la trata y en segundo lugar proveer a estas de recursos en general;

vi) Se adopten las medidas eficaces para la ejecución de las sentencias sobre reparación, incluidas las dictadas en países extranjeros.

10. En el caso de la trata de mujeres y niñas que hayan sido sometidas a violencia sexual y por razón de género, los Estados deberían tener en cuenta los riesgos potenciales del daño psicológico, el estigma y la exclusión comunitaria y familiar que les pueden provocar los procedimientos judiciales y adoptar medidas para otorgarles protección, al mismo tiempo que se crean las oportunidades para solicitar una indemnización por cauces no judiciales.

3. Niños víctimas de la trata

11. Los Estados:

a) Se asegurarán de que el interés superior del niño sea la consideración fundamental a la hora de conceder recursos cuando haya sido víctima de la trata, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, como su edad, su educación, sus orígenes étnicos y culturales, su idioma y sus necesidades de protección.

b) Respetarán el derecho del niño o la niña a expresar su opinión libremente en todos los temas que le afecten. A tal efecto, los Estados deberían ofrecerle acceso efectivo a la información sobre todos los asuntos que afecten a sus intereses, como su situación, sus derechos, los servicios de los que dispone y los procesos de reunificación familiar y repatriación.

c) Adoptarán medidas para asegurar una formación suficiente y apropiada, en particular formación jurídica y psicológica, a las personas que trabajen con niños víctimas de la trata, sobre los derechos y las obligaciones propios de los casos que se refieran a niños.

Fuente: "Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo" (A/HRC/17/35), anexo I.

F. Obligaciones referidas a la eficacia de la respuesta de la justicia penal

Además de una violación de los derechos humanos, la trata de personas es un delito. El derecho internacional exige a los Estados que, a través de la justicia penal, den una respuesta eficaz a la trata, una respuesta que ponga fin a la impunidad de los tratantes y haga justicia a las víctimas.

Penalización de la trata y los delitos asociados

Los Estados que no penalizan plenamente la trata de personas incumplen su obligación de proteger a las víctimas y de prevenir la trata en el futuro. Además, no ofrecen las estructuras necesarias que permitan a las autoridades estatales investigar los casos de trata de personas, emprender actuaciones legales al respecto y resolverlos judicialmente con arreglo a la norma de la diligencia debida. Con arreglo al derecho internacional, los Estados partes, según se dispone en el Protocolo sobre la Trata (art. 5) y se confirma en muchos otros instrumentos jurídicos y de política, están obligados a penalizar la trata, los actos que la constituyen y las conductas afines. Los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas también han señalado que la penalización es tanto una obligación como un elemento indispensable para luchar eficazmente a nivel nacional contra la trata de personas.

La obligación de penalizar la trata consta de varios elementos básicos:

- **La penalización con independencia de cualquier delito transnacional o de la participación de un grupo delictivo organizado:** el delito de la trata de personas debe estar tipificado en el derecho interno de todos los Estados *independientemente de su carácter transnacional o de la participación de un grupo delictivo organizado*.
- **Aplicación de la definición internacional:** la cooperación internacional para luchar contra la trata exige un consenso acerca de qué constituye trata, el cual debe quedar reflejado en una definición común. Los Estados deben velar por que la definición nacional se ajuste a la norma internacional. Por ejemplo, la definición nacional debe reconocer que mujeres, hombres y niños pueden ser objeto de trata para diversos tipos de explotación; debe reconocer que los elementos del delito de la trata de niños son distintos de los del delito de trata de adultos; y debe quedar claro que el consentimiento de la víctima no altera la responsabilidad penal del delincuente.

- **Complicidad y responsabilidad en los delitos de trata de personas:** cuando se habla de penalización se entiende que implica la responsabilidad penal del infractor. También deberían estar tipificadas como delito la organización, dirección o complicidad en la comisión, efectiva o en grado de tentativa, del delito de trata de personas. Debido a la naturaleza de la trata, es especialmente importante que la responsabilidad por los delitos de trata se extienda a las personas tanto físicas como jurídicas. En este contexto, las personas jurídicas pueden ser empresas comerciales y firmas que operen en diversos sectores, como el turismo, el entretenimiento, la hostelería, la contratación de trabajadores y trabajadoras, la adopción o la prestación de servicios médicos.
- **Penalización de las conductas afines:** la importancia y la necesidad de penalizar los actos constitutivos de trata y los delitos relacionados con ella están cada vez más aceptadas. Se trata en particular de las conductas más directamente asociadas a la trata de personas, como la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la servidumbre por deudas, las peores formas de trabajo infantil y el matrimonio forzoso. La correcta penalización de las conductas asociadas, como la violación, la agresión sexual y física, el blanqueo de dinero y la corrupción, puede ayudar a la justicia penal a dar una respuesta contundente a este fenómeno.
- **Penalización del uso de los servicios de una víctima de la trata:** aún no se ha resuelto la cuestión de si se debe penalizar el uso de los servicios de una víctima de la trata. Aunque el Protocolo sobre la Trata no se pronuncia al respecto, el Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos exige a sus Estados partes que estudien la posibilidad de penalizar esta conducta, cuando se incurre en ella a sabiendas de que quien presta el servicio es víctima de la trata (art. 19). Esta cuestión se examina con más detenimiento en la sección dedicada a la demanda de la trata (véase la sección G).
- **Jurisdicción penal:** las normas relativas al ejercicio de la jurisdicción penal definen las circunstancias en las que un Estado debe ejercer su competencia en materia de justicia penal en una situación concreta. En el caso de la trata, estas normas se establecen en los principales tratados internacionales y regionales. El objetivo es reducir o eliminar los paraísos jurisdiccionales para los tratantes haciendo que todos los elementos del delito puedan ser castigados dondequiera que tengan lugar. 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 competencia. Las normas principales exigen que los Estados ejerzan su jurisdicción en los delitos de trata cuando: a) el delito se cometa en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes (principio de territorialidad); o b) cuando el autor de delito esté presente en su territorio y el Estado no lo extradite por motivos de nacionalidad o por cualquier otro motivo (principio de “extradicción o enjuiciamiento”).

Investigación y procesamiento efectivos en los casos de trata

Es poco habitual que se detenga, investigue, procese o condene a los tratantes y sus cómplices. Como ya se ha señalado, las víctimas de la trata raras veces son identificadas y con demasiada frecuencia son consideradas delincuentes. A pesar de que la participación de las víctimas de la trata en el proceso penal en calidad de testigos sea clave para el éxito de las actuaciones judiciales, no es habitual que esto suceda.

Los Principios y Directrices Recomendados declaran inequívocamente que los “Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para... investigar y procesar a [los tratantes]” (principio 2). Dicha obligación se aplica tanto si el presunto autor es un funcionario del Estado como si se trata de un agente no estatal. El derecho convencional internacional, incluido el derecho de los derechos humanos, respalda esta norma.

¿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 son los más fáciles de evaluar. Está claro 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 está cumpliendo el criterio de la diligencia debida. En casos menos evidentes, es necesario evaluar si las medidas adoptadas demuestran que el Estado se toma en serio la investigación y el enjuiciamiento de los casos de trata.

La evolución del panorama jurídico y de las políticas durante el último decenio confirma que la obligación de investigar y enjuiciar los casos de trata también requiere que se preste atención a lo siguiente:

- **Trato a las víctimas y cooperación con ellas:** el procesamiento eficaz de los delitos de trata exige la cooperación

La diligencia debida en la investigación de los casos de trata de personas

En *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tenían la obligación de investigar los casos de trata. El Tribunal recalcó la necesidad de que las investigaciones fueran completas y efectivas y abarcaran todos los aspectos de las acusaciones de trata, desde la captación hasta la explotación. También señaló que estas obligaciones positivas incumben a todos los Estados potencialmente implicados en la trata: los Estados de origen, los de tránsito y los de destino. El Tribunal afirmó que los Estados “deben abordar las actuaciones necesarias y a su alcance para asegurar que se practican las pruebas relevantes, estén o no ubicadas en el territorio del Estado que investiga” y que “además de la obligación de llevar a cabo una investigación interna sobre los hechos ocurridos en sus propios territorios, los Estados miembros están también sujetos, en delitos de trata transfronterizos, a la obligación de cooperar eficientemente con la autoridades relevantes del otro Estado involucrado, en la investigación de hechos que ocurrieron fuera de sus territorios”.

con las víctimas. Si se les impide denunciar, o se las disuade de hacerlo, ello repercutirá directamente en la capacidad del sistema de justicia penal de investigar y enjuiciar los casos de trata de personas

- **Capacitación, atribuciones y especialización de los funcionarios de justicia penal:** la justicia penal necesita funcionarios capacitados y competentes para hacer frente a la trata de manera eficaz. Instrumentos jurídicos y de política confirman que la capacitación debe impartirse desde un enfoque de derechos humanos y debe tener por objetivo dotar a los funcionarios de justicia penal de una capacidad mayor para proteger a las víctimas y para respetar y promover sus derechos. Además de adquirir nuevas competencias y una mayor sensibilización, los funcionarios y organismos de la justicia penal también necesitan que su organización, sus atribuciones y los recursos de que disponen les permitan responder de manera apropiada y eficaz al delito de la trata de personas. Esto podría requerir, por ejemplo, la creación de una entidad especializada en investigar la trata.

- **Integración de una perspectiva de género:** los tratados internacionales y regionales destacan la importancia de garantizar la integración de una perspectiva de género en las medidas de respuesta a la trata de personas, incluida la actuación de la justicia penal. A menudo sucede que los hombres y los niños no reciben la debida atención como víctimas de la trata. No todos los casos en

que se les causa daño son objeto de denuncia, y en ocasiones los organismos de justicia penal están menos dispuestos a investigar esos casos e iniciar actuaciones al respecto. Las mujeres y las niñas a menudo son objeto de formas de trata específicamente ligadas a su sexo y con repercusiones que también pueden ser muy específicas por ese motivo. Si los organismos nacionales de justicia penal no integran una perspectiva de género en su labor, el daño a las víctimas puede agravarse y las medidas adoptadas para poner fin a la impunidad y hacer justicia pueden resultar menos eficaces.

- **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 persecución de los tratantes no debe hacerse nunca a expensas de las normas internacionales que gobiernan la administración de justicia. Esas normas garantizan a todas las personas el derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.
- **Penas:** es cuestión ampliamente aceptada que las penas son un elemento indispensable de las medidas nacionales de respuesta a la trata. El derecho convencional internacional exige a los Estados que se aseguren de que los delitos de trata y sus infracciones conexas sean objeto de penas efectivas y proporcionadas. Si las penas son leves, ello podría redundar en menoscabo de la labor de la justicia penal y de las víctimas, al no ofrecerles la protección que merecen. Por otro lado, la imposición de penas rígidas o excesivamente severas, como el establecimiento de períodos mínimos de prisión o la pena de muerte, puede vulnerar los derechos humanos o incumplir las exigencias en materia de justicia penal.
- **Decomiso y utilización de bienes:** la trata de personas es un delito sumamente lucrativo y relativamente libre de riesgos. Para que la respuesta de la justicia penal sea eficaz, es necesario adoptar medidas para garantizar que la trata no recompense a sus financiadores, organizadores y beneficiarios. El derecho convencional internacional confirma que los Estados están obligados a embargar y decomisar los bienes relacionados con la trata y a dotarse de leyes e instituciones que hagan posibles estas intervenciones. Los Principios y Directrices Recomendados (principio 16 y directriz 4.4) y el Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos (art. 23.3) alientan a los Estados partes a utilizar los bienes decomisados para financiar el apoyo a las víctimas de la trata.

- **Cooperación internacional:** los mecanismos de cooperación informal, como el intercambio de información entre distintos organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, además de herramientas jurídicas tales como la extradición y la asistencia jurídica mutua, son importantes medios para eliminar los santuarios donde se refugian los tratantes, acabando así con los altos niveles de impunidad de que actualmente disfrutan, y haciendo que las víctimas puedan obtener justicia. El derecho internacional exige de los Estados que faciliten estas formas de cooperación, por ejemplo haciendo de la trata un delito que dé lugar a extradición y adhiriéndose al principio de “extraditar o enjuiciar”. El derecho de los derechos humanos también pone límites a las formas en que esta cooperación puede tener lugar⁴.

G. Prevención de la trata de personas

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 incluidas en el concepto de “prevención” suelen ser las que atacan las causas de la trata de personas. De manera general se considera que constituyen causas de la trata los factores que a) aumentan la vulnerabilidad de las víctimas; b) crean o mantienen la demanda de bienes y servicios producidos por personas objeto de trata; y c) crean o mantienen un entorno en el que los tratantes y sus cómplices pueden operar impunemente.

El derecho internacional confirma que los Estados tienen cierta responsabilidad en la prevención de un acto internacionalmente ilícito, como la trata de personas. La norma implícita en esta obligación es, nuevamente, la de la diligencia debida: el Estado debe adoptar “todas las medidas razonables y necesarias”. La decisión sobre lo que es “razonable y necesario” en este contexto requerirá el examen de los hechos y las circunstancias del caso, incluidas las capacidades del Estado. Los principales tratados sobre la trata confirman la obligación de prevenir la trata, al igual que las fuentes de “derecho no vinculante”, como las resoluciones y los documentos de política de los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales de ámbito regional y la labor tanto de los órganos de tratados de derechos humanos como de los procedimientos especiales.

⁴ Véase también Asociación de Naciones de Asia Sudoriental, *ASEAN Handbook on International Legal Cooperation in Trafficking in Persons Cases* (2010).

La aplicación a la trata de un enfoque de derechos humanos puede poner en tela de juicio o imponer límites al uso de ciertas estrategias de prevención comúnmente empleadas. La restricción más importante es que las medidas adoptadas en respuesta a la trata no deben vulnerar los derechos establecidos (véase la sección H). Las repercusiones prácticas que esta norma implica para la prevención de la trata se examinan con mayor detalle a continuación.

La prevención mediante la reducción de la vulnerabilidad a la trata

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 la trata y la explotación resultante. Entre estos factores figuran la pobreza y la desigualdad, además de violaciones de los derechos humanos como 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 explotadores. Estos factores suelen tener efectos diferentes y desproporcionados en los grupos que ya carecen de poder e influencia en la sociedad, como las mujeres, los niños, los migrantes (especialmente los que se encuentran en situación irregular), los refugiados y los desplazados internos.

La vulnerabilidad a la trata puede ser a largo o corto plazo, específica o general, de procedimiento, política, económica o estructural. Entender la naturaleza de las formas particulares de vulnerabilidad puede ayudar a diseñar medidas de respuesta bien dirigidas, apropiadas y eficaces. Un ejemplo de vulnerabilidad específica a corto plazo, que han reconocido en repetidas ocasiones diversos órganos de tratados de derechos humanos, entre otros, es la causada por la falta de información sobre las posibilidades de migrar en condiciones de seguridad y sobre los peligros asociados a la trata. Para luchar contra esta vulnerabilidad pueden emprenderse iniciativas de información dirigidas a los migrantes potenciales, incluidas las personas que podrían ser víctimas de la trata, en las que se les impartan 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 que no desemboquen en la explotación contribuyen a la vulnerabilidad de forma mucho más compleja y requerirán planteamientos más globales y a más largo plazo.

El enfoque basado en los derechos humanos considera que empoderar a las personas vulnerables garantizando sus derechos humanos reducirá su

susceptibilidad a la trata y la explotación. Además exige que se examinen las razones por las que algunas personas son objeto de trata y otras no, por qué algunas personas están dispuestas a escoger modos de migración peligrosos y otras no, por qué algunas personas son más fáciles de explotar que otras y de distintos modos. Entender mejor la vulnerabilidad a la trata deberían tener como resultado la adopción de medidas de prevención realistas, eficaces y respetuosas de los derechos humanos. También debería contribuir a la eficacia en el trato a las víctimas, entre otras cosas gracias a medidas de apoyo y programas de reintegración basados en una mejor información.

Los Estados están jurídicamente obligados a prevenir la trata y las violaciones de los derechos humanos que esta entraña, luchando para ello contra la vulnerabilidad. Sin embargo, todavía no existe la claridad necesaria respecto de qué significa esto en la práctica. El Protocolo sobre la Trata, por ejemplo, establece que los Estados “adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes (...) 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” (art. 9.4). El instrumento al que complementa, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también exige a los Estados que hagan frente a las condiciones sociales y económicas que, se cree, contribuyen al deseo de migrar y, por tanto, a la vulnerabilidad de las víctimas de la trata (art. 31.7). En ambos tratados se destaca la necesidad de llevar a cabo actividades de educación y concienciación, con el fin de hacer comprender mejor el fenómeno de la trata, movilizar el respaldo comunitario a la lucha contra la trata y asesorar y poner sobre aviso a determinados grupos y personas que presenten un riesgo elevado de convertirse en víctimas. El Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos contiene disposiciones similares (arts. 5 y 6).

La importancia de hacer frente a la vulnerabilidad a la trata ha sido subrayada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Seguridad, los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas y a través de toda una serie de instrumentos de política regionales e internacionales. Los Principios y Directrices Recomendados destacan una serie de medidas particulares destinadas a reducir la vulnerabilidad, tales como: facilitar información fidedigna a los migrantes potenciales, diseñar campañas realistas que informen a las comunidades acerca de la trata y ampliar las oportunidades de migración laboral legal y remunerada y en condiciones que no sean de explotación.

A continuación se señalan algunas de las cuestiones que pueden surgir en la lucha contra algunas formas concretas de vulnerabilidad a la trata.

La vulnerabilidad relacionada con la pobreza y la desigualdad

Los límites que la pobreza impone a las elecciones vitales pueden llevar a algunas personas a correr riesgos y a tomar decisiones sobre su vida y su futuro de una manera distinta a como habrían obrado si tuvieran satisfechas sus necesidades básicas. La desigualdad es otro factor que contribuye a la vulnerabilidad. Esa desigualdad puede tener que ver con el patrimonio, los ingresos o las oportunidades. Las desigualdades que contribuyen a la trata de personas existen tanto *dentro* de los países como *entre* ellos. En resumen, la trata entraña inevitablemente el traslado de personas de regiones o países cuya prosperidad, ingresos y oportunidades son relativamente menores a regiones o países donde la prosperidad, los ingresos y las oportunidades son relativamente mayores.

La pobreza y la 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 emprendidas en ese sentido, las destinadas a mejorar la capacitación y a aumentar las oportunidades de empleo de aquellas personas que podrían ser objetivo predilecto de los tratantes ayudarían sin duda a prevenir la trata de seres humanos.

Fuente: Informe explicativo del Consejo de Europa.

La lucha contra la pobreza y la desigualdad debe ser una prioridad para todos los países y 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 de la trata, hay ciertas medidas que podrían adoptarse específicamente en este sentido para hacer frente a 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 niños; mejor acceso al crédito, la financiación y los recursos productivos, especialmente para las mujeres; y medidas jurídicas y sociales para garantizar los derechos laborales, incluido un salario mínimo que permita un nivel de vida adecuado.

La vulnerabilidad relacionada con la discriminación y la violencia contra la mujer

En importantes instrumentos de derechos humanos, tanto internacionales como regionales, se prohíbe la discriminación por diversos motivos,

entre ellos la raza, el sexo, el idioma, la religión, los bienes, el origen, la nacionalidad, el origen étnico, la extracción social u otra condición. Los vínculos entre la discriminación y la trata pueden ser varios. No es casualidad que las personas más expuestas a ser objeto de trata (migrantes irregulares, apátridas, no ciudadanos, solicitantes de asilo o miembros de grupos minoritarios) corran especial riesgo de sufrir discriminación e intolerancia por su raza, etnia, religión u otros rasgos distintivos. Algunos grupos, como las mujeres y las niñas migrantes, son vulnerables a discriminaciones cruzadas y múltiples. 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

La discriminación racial y de género en el reconocimiento y la aplicación de los derechos económicos y sociales también influye de manera decisiva en el mayor riesgo que algunas personas corren de ser objeto de trata. Ambos tipos de discriminación empobrecen y reducen las posibilidades de elección en la vida. Esa falta de elección genuina 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 se trata de minorías o de personas que viven en la pobreza o en una situación de inestabilidad resultante de un conflicto o de una transición política.

Es importante señalar que, si bien la trata es en sí una forma de violencia contra la mujer, la violencia dirigida contra la mujer o que afecta a esta primordialmente también puede ser un factor que aumente la vulnerabilidad a la trata. Por ejemplo, es posible que las mujeres acepten condiciones de migración peligrosas para escapar a una situación crónica de discriminación de género, incluida la violencia familiar y la falta de protección frente a ella. También es posible que las mujeres sean más vulnerables que los hombres a la coacción y la fuerza en el momento de la captación, lo cual aumenta de principio su riesgo de ser objeto de trata. Los Estados, en particular los de origen, pueden hacer frente a la vulnerabilidad a la trata que tiene que ver con la discriminación y la violencia contra la mujer a través de una serie de medidas prácticas, como la creación de lugares de acogida con medios médicos, psicológicos y jurídicos a disposición de las mujeres que viven situaciones de violencia. También son importantes las medidas a más largo plazo encaminadas a atajar las causas sociales, culturales y estructurales de la violencia. Esas medidas pueden incluir: reformar la legislación que discrimina a la mujer o no se ocupa de la violencia contra la mujer; velar por que las denuncias relacionadas con la violencia contra la mujer se investiguen con prontitud y sean objeto de actuaciones judiciales sin demora; brindar acceso a una reparación efectiva para las víctimas de

la violencia de género; y emprender iniciativas para educar al público y a los funcionarios competentes acerca de la violencia contra la mujer.

Las vulnerabilidades especiales de los niños, incluidos los no acompañados y los separados de su familia

El derecho internacional reconoce que, debido a que dependen de otras personas para su seguridad y su bienestar, los niños son vulnerables a la trata y la explotación que de ella se deriva. Por consiguiente, concede a los niños derechos especiales en materia de cuidado y protección. Para ser apropiadas, las medidas de respuesta a la vulnerabilidad de los niños deben basarse en una auténtica comprensión de dicha vulnerabilidad, y más en concreto, de los motivos por los que algunos niños son objeto de trata y otros no.

Todas las medidas adoptadas para reducir la vulnerabilidad de los niños a la trata deben ir encaminadas a mejorar su situación, y no solo a prevenir conductas como la migración en busca de trabajo que, si bien no es deseable, especialmente en el caso de los niños pequeños, no tiene por qué darse en condiciones de explotación o conducir a la trata. También es importante aceptar que los niños no son un grupo homogéneo: los niños de más edad tienen necesidades, expectativas y vulnerabilidades que difieren de las de los más pequeños; lo mismo puede decirse de la diferencia entre niñas y niños.

Medidas para reducir la vulnerabilidad de los niños a la trata

- Cerciorarse de que existe y está a disposición de todas las personas la documentación legal apropiada (incluida la relativa al nacimiento, la ciudadanía y el matrimonio);
- Hacer más estrictas las normas en materia de pasaportes y visados aplicables a los niños, en particular los niños no acompañados y los menores acompañados por una persona que no es un familiar directo;
- Mejorar el acceso de los niños a las oportunidades educativas y aumentar el grado de escolarización, particularmente entre las niñas;
- Proteger a los niños de la violencia, incluida la violencia familiar y sexual;
- Combatir la discriminación contra las niñas;
- Aumentar la concienciación del público acerca de la naturaleza ilícita y los efectos de la trata y la explotación de niños.

Fuente: *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas: Comentario*.

La vulnerabilidad en los conflictos y las situaciones posteriores a un conflicto

La trata de personas es una de las características de los conflictos armados y de las situaciones posteriores a un conflicto. Durante un conflicto existe el riesgo de que los militares o grupos armados secuestren a personas o las sometan de otro modo a la trata para utilizarlas como mano de obra o para prestar 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 construyen sobre la base de actividades delictivas que pueden expandirse rápidamente hasta 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 con impunidad. Las zonas de guerra violentas y en las que no impera la ley a menudo se convierten en lugares de origen, tránsito o destino de víctimas de la trata. La presencia de militares internacionales o fuerzas de mantenimiento de la paz puede aumentar el riesgo de trata y de las formas de explotación asociadas a ella, siendo las mujeres y las niñas quienes están particularmente expuestas. El derecho internacional y las políticas internacionales exigen la adopción de medidas para hacer frente a 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 que las medidas de respuesta incluyan una perspectiva de género apropiada.

La prevención a través de la lucha contra la demanda

La trata de personas forma parte de un mercado mundial en busca de mano de obra barata que no esté sujeta a reglamentación alguna y a la que se pueda explotar, así como de los bienes y servicios que pueda producir esa mano de obra. La conciencia de este fenómeno ha llevado a que se formulen llamamientos a los Estados y otros agentes para que consideren la demanda como parte del problema de la trata, y para que reconozcan que la reducción de la demanda es un componente importante de todo enfoque integral de prevención.

Es difícil, y en ocasiones controvertido, centrarse en la demanda, y la situación se complica aún más por la falta de acuerdo en torno a qué se entiende efectivamente por "demanda". Por ejemplo, en el contexto de la trata, la demanda puede ser cosas muy diversas, a saber, *la demanda de los empleadores* de mano de obra barata y explotable, *la demanda*

de los consumidores respecto de los bienes o los servicios producidos o facilitados por las personas objeto de trata, o incluso la demanda generada por los explotadores y otros agentes del proceso de la trata, como los captadores, los intermediarios y los transportistas, que obtienen sus ingresos a partir de la trata y de sus víctimas. También se puede distinguir entre la propia demanda y las causas y factores que la configuran. Naturalmente, la demanda no puede considerarse independientemente de la oferta, entre otras cosas porque es perfectamente posible que la oferta genere su propia demanda. Por ejemplo, la disponibilidad de mano de obra doméstica barata y fácil de explotar puede por sí misma generar un nivel de demanda de trabajadores domésticos en condiciones de explotación que de otro modo quizás no habría existido. Del mismo modo, hay quien aduce que la demanda de prostitución alimenta el mercado de la trata de personas para la prostitución.

El derecho convencional internacional exige a los Estados que adopten al menos ciertas medidas para desincentivar la demanda que fomenta la explotación relacionada con la trata. Sin embargo, las disposiciones referidas a la demanda son de carácter muy general y es difícil destilar de ellas medidas concretas. Por ejemplo, el Protocolo sobre la Trata establece que los Estados "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" (art. 9.5). El Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos contiene una disposición similar, junto con una lista de medidas mínimas que los Estados tienen que adoptar (art. 6).

Varios órganos de tratados de derechos humanos y procedimientos especiales de las Naciones Unidas han abordado esta cuestión, y en especial la necesidad de concienciar a la población sobre el carácter ilícito y explotador de la trata de seres humanos. Varios documentos de política de rango internacional y regional confirman que gana aceptación la idea de que los Estados deben considerar la demanda como una de las causas profundas de la trata y como un factor clave para la eficacia de las estrategias de prevención. Sin embargo, nuevamente, no hay indicaciones específicas de cómo proceder en la práctica para luchar contra la demanda.

Resulta útil observar cómo los derechos humanos pueden contribuir a dar contenido a la obligación sustantiva de luchar contra la demanda (véase también el capítulo II, sección C). En el recuadro figuran orientaciones sobre las distintas consideraciones que deberían subyacer en un enfoque de derechos humanos aplicado a la lucha contra la demanda.

Consideraciones para aplicar un enfoque de derechos humanos a la lucha contra la demanda

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 señalados anteriormente también entrañan ciertas obligaciones para los países de origen.
- La reducción de la demanda que requiere el derecho internacional 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 jurisdicción.

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 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, docilidad o capacidad de trabajo.
- La demanda de prostitución que se satisface 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.

El 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 que fomenta la demanda.

- 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 conexa puede contribuir a la demanda generada por los tratantes y los explotadores.
- Si el Estado fracasa 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

- La aplicación deficiente o inadecuada de las normas de trabajo en los países de destino alimentan la demanda de mano de obra procedente de la trata. La demanda de mano de obra o de servicios de personas víctimas de la 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 efectivamente.
- 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 y trabajadoras, incluso mediante marcos reglamentarios debidamente supervisados, para todas las personas, incluidos los migrantes y los que trabajan en la economía sumergida.

No vulneración de los derechos establecidos

- Las estrategias basadas en derechos humanos para combatir la demanda relacionada con la trata de personas no deben poner en entredicho los derechos establecidos, en particular los derechos de las personas que han sido víctimas de la trata o los migrantes, los desplazados internos, los refugiados o los solicitantes de asilo.

Fuente: *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas: Comentario*.

La prevención mediante la lucha contra la corrupción y la complicidad

En muchas situaciones de trata de personas se alega un cierto nivel de participación directa o indirecta de funcionarios públicos. Por participación directa se entienden las situaciones en las que algún funcionario público forma parte efectiva del proceso, por ejemplo en calidad de captadores, intermediarios o explotadores. También hay numerosos tipos de participación más indirecta del sector público (véase el recuadro que figura

más abajo). 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. Alimenta la demanda de mercados ilegales, como el de la trata, ayuda a las bandas organizadas de delincuentes a obstruir la acción de la justicia, agudiza la vulnerabilidad de las víctimas y hace casi imposible el cabal cumplimiento de la obligación del Estado de investigar y enjuiciar los casos de trata con la diligencia debida.

Es posible que en la trata y la explotación asociada a ella participe personal militar, humanitario de mantenimiento de la paz y demás personal internacional. Se trata de una cuestión compleja y cuya dinámica no se conoce bien todavía. Indudablemente, una presencia internacional numerosa y predominantemente masculina puede fomentar la demanda de bienes y servicios producidos mediante la trata de personas y la explotación, en particular la prostitución. Por lo general, el personal internacional es destinado a lugares en situación de conflicto o inmediatamente posterior a un conflicto donde las poblaciones son vulnerables y las instituciones, incluidas las encargadas de hacer cumplir la ley, son frágiles o inexistentes. Además, es posible que el marco jurídico que gobierna la intervención, 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 factores diversos pueden combinarse y generar un clima de impunidad, un vacío jurídico y de procedimiento en el que el personal internacional involucrado en delitos de explotación y trata no es objeto de investigación, detención o enjuiciamiento.

Los Estados tienen la obligación de detectar la corrupción y la complicidad relacionadas con la trata y de tomar medidas al respecto, una obligación que debe considerarse parte de la obligación más general de prevenir la trata. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional reconoce el estrecho vínculo entre las actividades delictivas organizadas, como la trata, y la corrupción. Exige a los Estados que adopten medidas contundentes para penalizar las prácticas corruptas en todas sus formas (art. 8). Los Estados partes también están obligados a adoptar medidas concebidas para promover la integridad y prevenir y castigar la corrupción de funcionarios públicos. También deben 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). Las disposiciones de esta Convención confirman las obligaciones que, de manera mucho más

Ejemplos de corrupción y complicidad relacionados con la trata

- Funcionarios de fronteras que aceptan sobornos o incentivos para que permitan el paso de personas que podrían ser objeto de trata;
- Agentes del orden, o personal internacional militar, humanitario o de mantenimiento de la paz, que aceptan favores a cambio de proteger a alguien de una investigación o procesamiento;
- 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.

Fuente: *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas: Comentario.*

concreta, impone a los Estados la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Otros tratados especializados en la trata, entre ellos el Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos (art. 24), consideran la participación del sector público en la trata como una circunstancia agravante que merece penas más duras. Muchos documentos de política de rango internacional y regional confirman el vínculo entre la trata de personas y la corrupción, y la necesidad de que los Estados tomen medidas efectivas al respecto. Por ejemplo, la Asamblea General, buscando proteger a las víctimas de la trata frente a daños mayores, exhortó a los gobiernos a penalizar a las personas con autoridad a las que se declare culpables de agredir sexualmente a las víctimas de la trata que se encuentren bajo su custodia.

¿Qué implica en la práctica el deber de tomar medidas respecto de la corrupción y la complicidad relacionadas con la trata? La norma jurídica que entra en juego es la de la *diligencia debida*: el Estado debe poder demostrar que ha adoptado y está adoptando toda disposición razonable para *prevenir estas prácticas, detectarlas y tomar medidas* al respecto. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha formulado una útil explicación de los pasos que deben darse para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos en las que haya participado algún funcionario público, los cuales resultan de gran interés en el contexto de la trata:

[P]ara combatir la impunidad [deben adoptarse] 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 delitos.

Es posible que los Estados deban adoptar medidas adicionales para cumplir la norma de la diligencia debida, entre ellas:

- Velar por que el marco jurídico proporcione los medios para la detección, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos relacionados con la trata, incluidos los cometidos por funcionarios públicos o con la complicidad de estos.
- Velar por que la participación de funcionarios públicos en la trata de personas y otros delitos conexos constituya una circunstancia agravante que conlleve penas más duras.
- Velar por la existencia de procedimientos para la investigación efectiva de las denuncias de trata que involucren a funcionarios públicos. Estos procedimientos deben servir al propósito de la rendición de cuentas, mantener la confianza del público y disipar las inquietudes legítimas. Por consiguiente, la investigación debe comenzar rápidamente y llevarse a cabo de forma expedita. No puede ser una mera formalidad, sino que ha de poder conducir a la identificación y el castigo de los culpables. La investigación debe ser independiente y pública. Tienen que adoptarse medidas eficaces que permitan comprobar la veracidad de las afirmaciones de la víctima u obtener pruebas que las corroboren.

Si hay personal militar, humanitario, de mantenimiento de la paz o de otro tipo involucrado en la trata y la explotación relacionada con ella, las cuestiones jurídicas son más complicadas. Los Principios y Directrices Recomendados constituyen una guía muy útil a este respecto, pues prestan particular atención a corregir este vacío de responsabilidad, definir las obligaciones y responsabilidades de los Estados y organizaciones intergubernamentales y asegurar que las operaciones internacionales de carácter militar, humanitario y de mantenimiento de la paz no sirvan de amparo a los tratantes y sus cómplices (directriz 10). Muchas de las medidas prácticas que proponen

los Principios y Directrices Recomendados (actividades de capacitación, elaboración de instrumentos reglamentarios y códigos de conducta, establecimiento de órganos de investigación y procesamiento, eliminación de privilegios e inmunidades e imposición de la responsabilidad disciplinaria y financiera de tipo penal) han sido reafirmadas e incluso ampliadas en informes, recomendaciones, compromisos e iniciativas recientes, y por las principales entidades intergubernamentales, como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, así como por coaliciones de las Naciones Unidas y organismos privados de carácter humanitario.

H. Adopción de medidas de respuesta que no vulneren los derechos establecidos

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 la trata y otras personas, un peligro del que ha advertido en repetidas ocasiones el sistema de las Naciones Unidas.

Los Estados y otras entidades tienen la obligación internacional de velar por que las medidas adoptadas para combatir y prevenir la trata de personas no causen menoscabo o afecten negativamente en modo alguno a los derechos humanos. Este principio está reconocido en los Principios y Directrices Recomendados. El Protocolo sobre la Trata dice 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 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 instrumentos (art. 14.1).

La aplicación de medidas de lucha contra la trata supone un riesgo particular para varios derechos humanos: la prohibición de la discriminación, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a solicitar asilo, y disfrutar de él, en caso de persecución. A continuación se examinan más detenidamente estos riesgos.

Las medidas de lucha contra la trata y la prohibición de la discriminación, incluida la discriminación por motivos de género

El vínculo entre la discriminación y la vulnerabilidad se ha abordado con cierto detenimiento en la sección G. Otro aspecto importante del vínculo

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

- La detención de personas víctimas de la trata en centros de inmigración o albergues;
- El procesamiento de personas víctimas de la 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 solo 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.

Riesgos para los derechos humanos que pueden surgir al hacer frente a la vulnerabilidad a la trata

- 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;
- 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.

Fuente: *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas: Comentario*.

entre la discriminación y la trata es que las medidas adoptadas por los Estados y otras entidades para prevenir la trata o responder a ella pueden perpetuar la discriminación e incluso infringir la prohibición legal de la discriminación. El Protocolo sobre la Trata reconoce explícitamente la existencia de este peligro:

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. 14.2).

El problema de la discriminación por motivos de género es particularmente grave. Según el derecho internacional de los derechos humanos, una medida contra la trata infringe 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. La detención de mujeres y niñas y la imposición de restricciones a la emigración de mujeres y niñas son solo dos ejemplos de medidas de respuesta a la trata que podrían resultar discriminatorias.

Las medidas de lucha contra la trata y el derecho a la libertad de circulación

De manera general, por derecho a la libertad de circulación se entiende un conjunto de derechos de la persona que incluye: el derecho a desplazarse libremente y a escoger su lugar de residencia dentro de un Estado, el derecho a cruzar fronteras para entrar en el país o salir de él, y la prohibición de expulsar a los no ciudadanos de manera arbitraria. Muchos de los principales tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 12), reconocen y protegen explícitamente el derecho a la libertad de circulación, algo que también hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 13) y todos los principales tratados regionales de derechos humanos.

La libertad de circulación es un derecho particularmente expuesto a sufrir las consecuencias negativas de las medidas adoptadas por los Estados para hacer frente a la trata. Puede suceder, por ejemplo, que un Estado adopte medidas legislativas, administrativas o de otra índole para impedir que las personas emigren en busca de trabajo. O que someta (o no impida que entidades no gubernamentales sometan) a las víctimas de la trata, nacionales o extranjeras, a medidas de internamiento con fines “de protección”. O que impida a una víctima regresar a su lugar de origen hasta que cumpla ciertos requisitos, como el de testificar contra los tratantes.

Los Principios y Directrices Recomendados hacen alusión específicamente 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).

Al examinar las repercusiones para los derechos humanos de una determinada medida contra la trata, es importante tener presente que la libertad de circulación y los derechos asociados a ella no tienen carácter absoluto. Por ejemplo, la libertad de circulación puede no estar garantizada más que para quienes se encuentran *legalmente* en el territorio del Estado. En su observación general N° 27 (1999) sobre la libertad de circulación, el Comité de Derechos Humanos, al abordar los límites de este derecho, observó que la libertad de circulación “es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”. Las restricciones de este derecho “deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias [...] y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto”, y además deben “ajustarse al principio de proporcionalidad”.

Por consiguiente, para decidir si una restricción de la libertad de circulación es lícita es preciso saber si esa restricción: a) está prevista en la ley; b) es compatible con otros derechos (como la prohibición de la discriminación por motivos de sexo); y c) es estrictamente necesaria. Todos esos requisitos deben cumplirse. 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 aunque las medidas adoptadas sean tanto necesarias como proporcionadas para su fin declarado, el Estado también debe poder 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 la conformidad de tales restricciones con las normas jurídicas internacionales vigentes.

Las medidas de lucha contra la trata y los derechos de los refugiados

Los refugiados y solicitantes de asilo también pueden ser víctimas de la trata. El derecho internacional establece claramente que las solicitudes de asilo deben estudiarse atendiendo a sus motivos de fondo, y no a la manera en que el solicitante haya entrado en el territorio. En la práctica, esto implica que todas las personas, incluidos los migrantes objeto de tráfico ilícito y las

víctimas de la trata, deben recibir todas las oportunidades (entre otras cosas mediante la presentación de la información apropiada) para solicitar asilo o presentar cualquier otra justificación para permanecer en el país de destino. Esta norma tiene una gran importancia práctica. Muchos Estados imponen sanciones a quienes entran en el país de forma ilegal, usan documentos de viaje fraudulentos, etc. Se ha observado que es cada vez más frecuente que dichas sanciones acarreen la denegación de derechos en el contexto de los procesos para determinar la condición de refugiado.

La trata podría en sí misma constituir un motivo para solicitar la condición de refugiado. En 2006, el ACNUR publicó sus 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 (Directrices del ACNUR sobre la Trata). En ellas se reconoce que no todas las víctimas o víctimas potenciales de la trata entran en la definición de refugiado y que ser víctima de la trata no constituye en sí un fundamento válido para solicitar la condición de refugiado. De todas maneras, también afirman que, en algunos casos, las víctimas de la trata pueden optar a la protección internacional en calidad de refugiado si los actos a que han sido sometidas por los tratantes son equiparables

Medidas para prevenir la vulneración de los derechos establecidos en el contexto del asilo

- Cerciorarse de que existan procedimientos y procesos para recibir y estudiar las solicitudes de asilo que presenten tanto víctimas de la trata como de contrabando de personas y de que se respete y haga valer en todo momento el principio de la no devolución;
- Crear un ambiente de apoyo para los solicitantes de asilo que afirman ser víctimas de la trata;
- Tener en consideración que los solicitantes que son víctimas de la trata pueden temer revelar la auténtica dimensión de la persecución de que son objeto y que ese temor puede tener una dimensión de género que se debe tener en cuenta;
- Aceptar que algunas formas de trata pueden afectar de manera desproporcionadamente grave a las mujeres y los niños y de hecho pueden hacer que ciertas personas deban ser consideradas 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 testificar contra los tratantes.

Fuentes: Principios y Directrices Recomendados y Directrices del ACNUR sobre la Trata.

a la persecución por uno de los motivos recogidos en la definición de la Convención de 1951 y si el Estado no ofrece una protección efectiva.

El principio de no devolución (*non-refoulement*) es otro aspecto importante del nexo entre la trata y los refugiados que tiene un interés especial en relación con la obligación de los Estados de no vulnerar los derechos establecidos. Este principio impide que un Estado devuelva a una persona a otro Estado si hay motivos fundados para creer que la persona en cuestión sería objeto de persecución. También establece que los Estados no pueden devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que la persona en cuestión sería torturada o sometida a otras formas de maltrato. En ciertas circunstancias, la obligación de no devolución podría aplicarse si se determina que una víctima de la trata se expondría a graves represalias o al peligro de volver a ser objeto de trata.