

Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes

José Escribano Úbeda-Portugués*

INTRODUCCIÓN

Uno de los caracteres del Derecho Internacional contemporáneo es el de la humanización del ordenamiento jurídico internacional. Es por ello que a lo largo de décadas desde la creación de Naciones Unidas en 1945 se ha desarrollado con consistencia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las bases del mismo lo tenemos tanto en la Carta de Naciones Unidas como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en multitud de tratados internacionales desarrollados posteriormente, en materia de protección de los Derechos Humanos, y también en materia de per-

RESUMEN

En los últimos años se ha desarrollado el Derecho Internacional los Derechos Humanos, especialmente, en el ámbito de protección de aquellos grupos vulnerables a los que le son violados sus Derechos Fundamentales, como las mujeres, los niños o los trabajadores migrantes. Tales grupos vulnerables, en muchos casos, son víctimas de la delincuencia organizada transnacional, y sufriendo delitos de explotación sexual y/o laboral. La Comunidad Internacional ha adoptado nuevas normas internacionales para luchar contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. La Comunidad Internacional ha de garantizar el cumplimiento de tales Tratados Internacionales para erradicar la violación de los Derechos Humanos cometida por la delincuencia organizada transnacional en los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Derecho Internacional, Delincuencia Organizada, Trata de Personas, Tráfico ilícito de migrantes.

ABSTRACT

Regulatory evolution and developments regarding international and European law in the struggle against trafficking in people and smuggling migrants

International human rights law has become developed during recent years, especially in the field of protecting vulnerable groups whose fundamental rights are being violated, including women, children and migrant workers. In many cases such vulnerable groups are the victims of transnational organised crime and have crimes committed against them involving sexual and/or work-based exploitation. The international community has adopted new international standards for combating trafficking and the smuggling of migrants; it must ensure compliance with such international treaties to eliminate the violation of human rights committed by transnational organised crime regarding trafficking in people and the smuggling of migrants.

KEY WORDS: human rights, international law, organised crime, trafficking in people, smuggling migrants.

RESUMO

Evolução e desenvolvimentos normativos no Direito Internacional e Europeu, na luta contra a trata de pessoas e o tráfico ilícito de migrantes

Nos últimos anos vem desenvolvendo-se o Direito Internacional e os Direitos Humanos, especialmente no âmbito da proteção daqueles grupos vulneráveis que sofrem violações nos seus Direitos Fundamentais, como mulheres, crianças ou trabalhadores migrantes. Os referidos grupos vulneráveis em muitos casos são vítimas da delinquência organizada internacional, sofrendo graves delitos de exploração sexual e/ou trabalhista. A Comunidade Internacional adotou novas leis internacionais para lutar contra a trata de pessoas e o tráfico ilícito de migrantes. A mesma deve garantir o cumprimento dos referidos Tratados Internacionais, com o escopo de erradicar a violação dos Direitos Humanos cometida pela delinquência organizada internacional naqueles delitos de trata de pessoas e tráfico ilícito de migrantes

PALAVRAS CHAVE: Direitos humanos, Direito internacional, delinquência organizada, trata de pessoas, tráfico ilícito de migrantes.

* Doctor en Estudios Internacionales y Relaciones Internacionales con Premio Extraordinario de Doctorado por el Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (Ph. D., 2006). Doctor en Ciencias Políticas y de la Administración (Estudios Europeos) por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid (Ph.D., 1998). Máster Universitario en Derecho Público (Derecho Internacional Público) por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Internacional Penal por la Universidad Internacional de Andalucía. Máster en Relaciones Internacionales por la Escuela Diplomática de Madrid. Doctorado en Ciencias Sociales por la Universidad de Viena (Austria). Doctorado en Economía Aplicada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Profesor Doctor del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.

Correo-e: jeubedap@der-pu.uc3m.es

CORREO IMPRESO: Despacho 15.2.69, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), España.

Úbeda-Portugués, José Escribano. 2011. "Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes". *Nova et Vetera* 20(64): 133-150.

Recibido: junio de 2011 / Aprobado: octubre de 2011

secución de aquellos individuos que hayan vulnerado tales Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Penal Internacional.

Por otra parte, el fenómeno del aumento de la Delincuencia Organizada Transnacional se ha desarrollado paralelamente al fenómeno de la globalización económica. La multitud de actividades delictivas de los grupos del crimen organizado son múltiples. En el caso que nos ocupa es de especial gravedad la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

En tales delitos contra las personas, se vulneran los Derechos Fundamentales de las mismas como es la dignidad de las personas. En muchos casos, se observa el fenómeno de la explotación sexual-laboral tanto de mujeres y niños, así como la explotación en el caso del tráfico ilícito de migrantes.

Las grandes multinacionales del crimen se rigen por criterios lucrativos en tales delitos contra los Derechos Humanos de las personas, al margen del cumplimiento de las normas de protección internacional de las personas humanas.

En respuesta a tales vulneraciones de los Derechos Humanos por los grupos delictivos organizados en la trata de personas y en el tráfico ilícito de migrantes, la Comunidad Internacional ha adoptado instrumentos jurídicos internacionales para incrementar la cooperación internacional contra tales actividades de la delincuencia organizada transnacional.

Cabe destacar la Convención de Palermo de Naciones Unidas del año 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con sus Protocolos, especialmente el Primer Protocolo relativo a la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Segundo Protocolo en materia de protección de los trabajadores migrantes.

Muchos son los retos a los que se ha de enfrentar la Comunidad Internacional en los próximos años, para culminar con éxito la implementación de tales instrumentos jurídicos internacionales en la lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Estamos ante una lacra internacional de vulneración de la dignidad humana en el caso de los delitos de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes.

Por ello, han de apoyarse todos los esfuerzos de cooperación internacional, sea a nivel gubernamental,

judicial o policial que coadyuven a la erradicación de tales delitos contra los Derechos Humanos como son la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS ACTIVIDADES ILÍCITAS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL EN LA TRATA DE PERSONAS¹ Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES²

¹ Por lo que respecta a los estudios relativos a la lucha internacional contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cabe destacar los siguientes trabajos: Fischer, D. (2004). *Trafficking Innocence: An Overview of the Sex Trafficking Industry in the Black Sea Region*. American University. School of International Service. Disponible en: www.american.edu/traccc/publications; Kyle, D, Koslowski, R. eds. *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*. Johns Hopkins University Press, 2001; Kilercioglu, A. *Trafficking in women and children*. Washington: TraCCC (The Transnational Crime and Corruption Center, American University, 2001. Disponible en: <http://www.american.edu/traccc/publications>; Maqueda, M.L. El tráfico sexual de personas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; Raymond, J.G. *Guía para el nuevo protocolo de Naciones Unidas sobre tráfico de personas*, 2001. Disponible en <http://nodo50.org/mujeresred/tráfico-guia2001.doc>; Romano, B. *Delitti contro la sfera sessuale della persona*. Milano: Giuffrè Editore, 200; Shelley, L, Stoecker (eds.). *Human Traffic and Transnational Crime: Eurasian and America Perspectives*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 2004; y Vermeulen, G. International Trafficking in Women and Children. En *Revue Internationale de Droit Pénal* 3-4: 2001, 837-890.

² En relación con los estudios referidos a la cooperación internacional contra el tráfico ilícito de migrantes, caben destacar los siguientes trabajos: Black, R. Breaking the convention: researching the "illegal migration" of refugees. *Antipode*, 2003, 35: 34-54; Cholewinski, R. The EU *acquis* on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights, *European Journal of Migration and Law*, 2000, 2: 361-405; Escribano, J. La respuesta de las organizaciones internacionales contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. *Temas Socio-Jurídicos*, 2009b, 58: 1-25; García, E. *Los avances de la UE contra el crimen organizado, tráfico de personas e inmigración ilegal*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (Iuisi, UNED), 2004; Hernández, J. U. El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. *Inmigración y Derecho Penal*, coord., Laurenzo, Patricia, 237-254. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; Hinrichs, X. Measures against smuggling of migrants at sea: a law of the sea related perspective. *Revue Belge de Droit International*, 2003, vol. 36: 413-451; Laurenzo, P. (Coord.). *Inmigración y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; Mariño, F. (coord). *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*. Madrid: La Catarata, 2006; Mitsilegas, V. The implementation of the EU *acquis* on illegal immigration by the candidate countries of Central and Eastern Europe: challenges and contradictions. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2002, 28, 4: 665-682; Peers, S. Key Legislative Developments on Migration in the *European Union*. *European Journal of Migration and Law*, 2004, vol. 6, 3: 243-276; Rubio, M. *Inmigración irregular y crimen organizado en España*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI, UNED), 2004; y Samers, M. An Emerging Geopolitics of 'Illegal' Immigration in the European Union. *European Journal of Migration and Law*, 2004, vol. 6, 1: 27-45.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos³ se señala que la libertad, la justicia⁴ y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana⁵. Es decir, se insiste en la idea del carácter personal e intransferible del disfrute de los derechos humanos que toda persona ha de poder disfrutar.

Esa confianza de la Comunidad Internacional en los Derechos Fundamentales de la Persona⁶, y en su necesaria protección por los Estados, fundamentan la cooperación interestatal con el fin de preservar un bien jurídico común tan crucial como es el respeto de los Derechos Humanos desde el Derecho Internacional⁷.

La propia Carta de Naciones Unidas ya sentaba las bases sobre la máxima protección de los Derechos Humanos⁸ que los Estados han de garantizar y velar por su respeto.

Cabe resaltar que la propia Declaración condena cualquier vulneración de los Derechos Humanos pues supone una afrenta a la conciencia de la Humanidad⁹.

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son unas prácticas delictivas cometidas por las redes de la criminalidad organizada. Esto supone la vulneración de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de protección de los grupos vulnerables de la sociedad.

En la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala¹⁰ que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona, así como la condena de la esclavitud y la servidumbre, señalándose la prohibición de la trata de esclavos en todas sus formas¹¹.

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes vulneran algunos de los principios generales que fundamentan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como es la dignidad de las personas¹².

Las prácticas delictivas de las redes de la Criminalidad Organizada Transnacional, en lo que respecta a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, contravienen y vulneran un buen número de instrumentos jurídicos internacionales.

Estas prácticas delictivas contra los derechos de las personas pueden llegar a ser vejatorias para estos grupos vulnerables, llegando a ser consideradas próximas a las prácticas modernas de esclavitud, sea en el ámbito de la explotación sexual, sea en el ámbito de la explotación laboral.

En el Derecho Internacional, en el período de Entreguerras, se celebró la Convención sobre la Esclavitud¹³.

Las prácticas de explotación sexual o laboral contra mujeres y niños cometidas de forma ilícita por los grupos de delincuencia organizada contravienen el art. 5 de tal Convención sobre la Esclavitud en donde se señala que los Estados reconocen que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio o tutela, a tomar las

³ De 10 de diciembre de 1948.

⁴ Sobre el tema, cabe resaltar la aportación de Fernández Liesa, Carlos R. "Usos de la noción de Justicia en el Derecho Internacional". En. *Anuario Español de Derecho Internacional*. Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho. Universidad de Navarra, vol. XXII, 2006, 171-203.

⁵ Considerando 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁶ Para un estudio en profundidad del concepto de "Derechos Fundamentales", *Ibid.* un estudio de referencia en España: Peces-Barba, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Latina Universitaria, 1980. El autor define de la siguiente forma el concepto: "Con la denominación "derechos fundamentales" queremos por una parte constatar el puesto que en el ordenamiento jurídico tienen estos derechos y libertades (...) generalmente en el nivel superior de la jerarquía normativa. Por otra parte (...) los derechos fundamentales son un elemento esencial en el contenido actual de la teoría de la justicia, de la legitimidad racional, con lo cual el calificativo de "derechos fundamentales" quiere señalar también este carácter modélico o paradigmático, que ocupan en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, manifestación de la legitimidad legalizada". *Ibidem*, 13-14.

⁷ Sobre la protección de los Derechos Humanos desde la vertiente jurídico internacional, *Ibid.*: Fernández Liesa, Carlos R. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la sociedad internacional. En. Guerra, Alfonso; Tezanos, José Félix (eds.). *La Paz y el Derecho Internacional*. III Encuentro Salamanca. Madrid: Editorial Sistema, 2005, 179-236.

⁸ Vid. art. 1.3 y también art. 13.1 letra b) de la Carta de Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

⁹ Vid. Considerando 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁰ Vid. art. 3.

¹¹ Vid. art. 4.

¹² Vid. art. 1.

¹³ Firmada en Ginebra, el 25 de septiembre de 1926. Entró en vigor el 9 de marzo de 1927, a tenor de su art. 12.

medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud¹⁴.

Las actividades ilícitas de la delincuencia organizada suponen la vulneración de la dignidad de toda persona reconocida por los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, los Protocolos Primero¹⁵ y Segundo¹⁶ a la Convención de Palermo de Naciones Unidas del año 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que versan respectivamente, contra la trata de personas, y contra la explotación de los trabajadores migrantes, supone la concienciación por parte de la Comunidad Internacional de algunos de los efectos que están presentes en la actual sociedad internacional.

En los desarrollos jurídicos internacionales posteriores a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también aparecen recogidos tales vulneraciones de Derechos que sufren, especialmente las mujeres y los niños, pero también los trabajadores migrantes por parte de las redes de Delincuencia Organizada Transnacional. Por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷, se prohíbe la esclavitud¹⁸, especificándose que nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio¹⁹. En cuanto al ámbito de la protección de los derechos del

niño, el Protocolo dispone que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado²⁰.

En relación con derechos del niño, la Convención sobre los derechos del niño²¹ resalta la especial protección que ese instrumento otorga.

Las actividades ilícitas de la criminalidad organizada destacan por dirigir sus objetivos de explotación sexual, laboral y de tráfico de órganos contra este grupo vulnerable de la sociedad como son los niños (Escribano, 2010a: 129-138).

El instrumento subraya la importancia de proteger a los niños frente a estas vulneraciones de sus derechos. En efecto, se señala que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación²². Y los Estados Partes han de adoptar todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo²³.

Por lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas²⁴, las actividades ilícitas de la delincuencia organizada vulneran las disposiciones de dicho instrumento en lo relativo a las condiciones laborales de los grupos vulnerables que son explotados por los grupos pertenecientes a la criminalidad organizada, como las mujeres, los niños o los trabajadores migrantes. En este sentido, el instrumento reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y los

¹⁴ Posteriormente, a tal Convención, en el marco de Naciones Unidas, se celebrarían el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud, adoptado por la Asamblea General en Nueva York, por su Resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953; y entrando en vigor el 7 de julio de 1955, a tenor de su art. 3. Posteriormente, se celebró la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por Conferencia de Plenipotenciarios, convocada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecho en Ginebra, el 7 de septiembre de 1956 y entrado en vigor el 3 de abril de 1957, a tenor de su art. 13.

¹⁵ Cabe mencionar que el Protocolo 1º a la Convención de Palermo de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional, toca lo relativo a la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

¹⁶ Nos referimos al Protocolo 2º a la Convención de Palermo de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el cual versa sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

¹⁷ De 16 de diciembre de 1966. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, por su Resolución 2.200 A (XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹⁸ Vid. el art. 8.

¹⁹ Vid. el art. 8.3, letra a).

²⁰ Vid. el art. 24.1.

²¹ De 20 de noviembre de 1989, aprobada el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York.

²² Vid. el art. 16.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²³ Vid. el art. 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 2.200 A (XXI). Entró en vigor en 23 de marzo de 1976.

Estados tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho²⁵.

Las redes de Delincuencia Organizada Transnacional vulneran también disposiciones relevantes de instrumentos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Cabe mencionar el Convenio de la OIT sobre abolición del trabajo forzoso²⁶. En tal instrumento se subraya la idea relativa a que todo Estado Miembro de la OIT que sea parte en el Convenio está obligado a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico.

En definitiva, en la explotación sexual-laboral de las mujeres y los niños y en el tráfico ilícito de migrantes, la delincuencia organizada se vale de estos grupos vulnerables de la sociedad con fines lucrativos, vulnerando los Derechos Fundamentales que son inherentes e inalienables a toda persona (Escribano, 2009b: 1-25).

Evolución y desarrollos normativos en el Derecho Internacional y Europeo en la lucha contra la trata de personas²⁷

En el marco del Derecho Internacional Clásico ya en el siglo XIX hubo esfuerzos a nivel internacional por

²⁵ Vid. art. 6.1.

²⁶ Convenio de la OIT nº 105, aprobado en Ginebra el 25 de junio de 1957. Entró en vigor el 17 de enero de 1959.

²⁷ Escribano, J. (2010a). Perspectivas de la cooperación internacional en el marco de las organizaciones internacionales contra la trata de personas, con especial referencia a la trata de niños. En *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, coords. Francisco Aldecoa, Ana Badía, Mónica Herranz, Joaquín Forner, 129-138. Madrid: Barcelona: Buenos Aires: Editorial Marcial Pons; Escribano, J. (2010b). Cooperación europea contra la delincuencia organizada y la trata de personas. En *La obra jurídica del Consejo de Europa*, coords. Pablo Antonio Fernández Sánchez, 356-376. Sevilla, Gandulfo Ediciones; Escribano, J. (2009a). *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Liber; Escribano, J. (2009b). La respuesta de las organizaciones internacionales contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. *Temas Socio-Jurídicos*, 58: 1-25; y Alonso, M. (2007). "Protección penal de la dignidad. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y de la trata de personas para la explotación sexual". *Revista Penal* 2007.

reprimir las actividades relacionadas con el tráfico de esclavos procedentes de África. El concepto de trata de personas tuvo su origen en el concepto de "trata de blancas", en cuanto comercio ilícito de mujeres, cuya problemática comenzó a abordarse a nivel internacional a finales del siglo XIX.

Los instrumentos de mayor importancia en relación con la trata de personas se celebraron tras la finalización de la Primera Guerra Mundial.

Se firmó la Convención sobre la Esclavitud, allá por el año 1926. En esta se define "Esclavitud", como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos.

La trata de esclavos comprende, a tenor de la Convención de Ginebra, todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transportes de esclavos.

Es de suma importancia el art. 5 de la Convención pues nos permite hallar vínculos estrechos en la disposición con las actividades ilícitas de la actual delincuencia organizada en lo tocante al trabajo forzoso u obligatorio de las personas que son víctimas de tales redes delictivo-criminales.

En este sentido, el instrumento hace alusión a que los Estados, "las Altas Partes", reconocen que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud.

Ya en el marco del Derecho Internacional Contemporáneo, respecto a la trata de personas, cabe destacar el *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, de 1949.

Es interesante mencionar que el Preámbulo del instrumento ya recogía la obra de Naciones Unidas en materia de lucha contra la trata de personas, incluso se hacía referencia a la obra de la Sociedad de Naciones en la materia.

Posteriormente, se celebró la *Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos*

y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. El instrumento, data del año 1956.

En el Preámbulo del instrumento ya se hace mención a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en lo tocante a la consideración de que nadie será sometido a la esclavitud ni a servidumbre; quedando prohibida la esclavitud e instituciones análogas en cualquiera de sus formas.

Desde el punto de vista de la evolución histórico-normativa sobre la trata de personas, merecen destacarse dos instrumentos internacionales emanados del marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Nos referimos a los Convenios n.º 29 y n.º 105.

El primero de ellos, el Convenio n.º 29 de la OIT data del período de Entreguerras, de 1930.

El Convenio instaba con la mayor urgencia a que los Estados que ratificaran el instrumento, se comprometían con la mayor prioridad a suprimir el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.

Es interesante la definición de “trabajo forzoso”, según el Convenio, designando por tal todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. El Convenio expresa, ante todo, el carácter de atentado contra la libertad de las personas que supone el concepto de “trabajo forzoso u obligatorio”.

Posteriormente, se celebró el segundo instrumento, el Convenio n.º 105 de la OIT, en 1957.

El instrumento desarrollaba el concepto de “trabajo forzoso u obligatorio” en el sentido que había sido definido por el anterior Convenio n.º 29.

El Convenio n.º 105 detalla la caracterización del concepto “trabajo forzoso u obligatorio” en el sentido de conceptualizarlo:

- i. Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;

- ii. Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- iii. Como medida de disciplina en el trabajo;
- iv. Como castigo por haber participado en huelgas;
- v. Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

De hecho, la explotación laboral y sexual de mujeres y niños en el marco de la trata de personas realizada por la actual delincuencia organizada, contiene una finalidad lucrativa, que se correspondería con el segundo inciso, en el sentido de entender el concepto “trabajo forzoso u obligatorio” en el contexto de vulnerar el derecho de la libertad de las personas para obligarlas o forzarlas a realizar actividades ilícitas en el plano laboral o sexual con la finalidad de lucrarse las redes delictivo-criminales.

Las redes delictivo-criminales de la actual Delincuencia Organizada Transnacional tienen como uno de sus medios de financiación la explotación sexual de mujeres y niños. El Convenio mencionado ya recogía en su articulado la prohibición y castigo de aquellas personas que obliguen a otras personas a ejercer la prostitución ajena, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aun con el consentimiento de tal persona.

En definitiva, la obra de la Sociedad de Naciones y Naciones Unidas en la temática sobre trata de personas es amplia.

El actual marco jurídico internacional en la lucha contra la trata de personas en el marco de la cooperación internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional: El Primer Protocolo a la Convención de Palermo.

En cuanto al marco jurídico internacional actual, el Primer Protocolo complementario a la Convención de Palermo en materia de lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños es uno de los hitos fundamentales en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en materia de protección de los grupos vulnerables de las sociedades. Estamos, por tanto, ante el instrumento jurídico internacional fundamental en el ámbito de la lucha contra la violación de los derechos fundamentales de las mujeres y los niños ejercida por los grupos delictivos organiza-

dos. La definición ofrecida por el Protocolo sobre la trata de personas es detallada e implica la tipificación de la comisión de los delitos en origen y en destino.

a. Tipificación de la comisión de los delitos en origen y en destino

Concretamente, en primer lugar, en cuanto a los delitos cometidos en origen, el Protocolo define la “trata de personas” como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

b. El concepto de “explotación” en su doble vertiente: Laboral y sexual

Y en segundo lugar, por lo que se refiere a los delitos cometidos en destino, el Protocolo establece un marco jurídico internacional de mínimos referidos a la noción de “explotación”. Esta queda concretada en varios modos de explotación, a saber:

- i. La explotación de carácter sexual.
- ii. La explotación de carácter laboral, por medio de los trabajos o servicios forzados.
- iii. La explotación que tenga carácter de esclavitud u otras prácticas similares.
- iv. La explotación con fines de extracción de órganos.

Por tanto, estamos ante un marco jurídico que contempla los tipos fundamentales de explotación, sexual, laboral, de esclavitud, o con fines de comercio de órganos.

El Protocolo aporta también la idea de la no consideración del consentimiento de las víctimas de los delitos, siempre que se haya recurrido a los medios mencionados.

Respecto al ámbito de los niños, se aporta un refuerzo especial a las víctimas infantiles de los grupos

delictivos organizados a la hora de establecer el concepto “trata de personas”.

c. La Unión Europea a la vanguardia en la lucha contra la trata de personas

La Unión Europea incorporó al Derecho Europeo el Protocolo nº 1 para *prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas de la Convención de Palermo, por medio de la Decisión 2006/619/CE del Consejo*.

En el marco europeo el tema de la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en cuanto a su explotación laboral o sexual es relativamente reciente.

En este sentido, cabe mencionar los siguientes desarrollos jurídicos:

- i. La Acción Común 96/700/JAI del Consejo, por la que se establece un programa de cooperación e intercambios entre los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.
- ii. Cabe mencionar también la Acción Común 96/748/JAI del Consejo. Esta Acción Común ampliaba el mandato otorgado a la Unidad de Drogas de Europol.
 - i. La Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Mediante este acto jurídico se aprobaba un programa de acción comunitario con el fin de luchar contra la violencia contra los niños, los adolescentes y las mujeres (2000-2003), el llamado programa DAPHNE.
 - ii. La Acción Común 97/154/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Esta Acción Común presenta algunas definiciones claves como los conceptos de “trata de seres humanos” o “explotación sexual”.

Respecto al primer concepto, se entiende cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o los abusos sexuales.

En cuanto al segundo concepto, “explotación sexual”, Acción Común distingue la dirigida contra adultos y contra niños. En el segundo caso, se entiende por tal el persuadir o coaccionar a un niño a participar en cualquier actividad sexual ilícita, o la incitación o actividades de niños en la prostitución. También se considera explotación sexual la exhibición pornográfica de niños, esto es, la pornografía infantil, incluida la ciberpornografía. En cuanto a la explotación sexual de adultos, la Acción Común se dirige a prohibirla en el contexto de las actividades de la prostitución.

- v. Un desarrollo normativo importante en el ámbito de la Unión Europea es la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Tal desarrollo contempla el dejar de aplicar la Acción Común citada anteriormente en lo tocante a la trata de personas.

Cabe mencionar que la Decisión Marco no solamente abarca la explotación sexual de mujeres y niños sino también la explotación laboral.

d. Necesidad de aplicar el “ius puniendi” por los Estados Miembros en la lucha contra las conductas delictivas de trata de personas

Se tipifican penalmente las siguientes conductas y la necesidad de aplicar el *ius puniendi* por parte de los Estados Miembros.

Se considera que han de ser punibles algunos de los siguientes supuestos que constituyen algunas de las actividades propias de la delincuencia organizada en lo relativo a la trata de personas, sea para su explotación laboral, sea para su explotación sexual:

- i. La captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: se recurra a la coacción, la fuerza, o la amenaza, incluido el rapto; o se recurra al engaño o fraude; o haya abuso de autoridad; o se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control de otra persona, con el fin de la explotación laboral o sexual de dicha persona, incluida la pornografía.

Vemos cómo la Decisión Marco de 19 de julio de 2002 incorpora el contenido del Primer Protocolo sobre trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario a la Convención de Palermo.

e. Caracteres de las penas por comisión de delitos por trata de personas: Efectividad, Proporcionalidad y Disuasión

Respecto al Derecho punitivo, la Decisión Marco considera que las sanciones han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Se establece que la pena máxima tenga una duración que no sea inferior a 8 años. Es interesante hacer notar que la Decisión Marco también considera la responsabilidad penal y civil de las personas jurídicas. Respecto a las sanciones contra las personas jurídicas, se establece que podrán ser sanciones que se concreten en multas penales y no penales como la prohibición temporal o definitiva de ejercer una actividad empresarial.

f. La lucha contra la Ciberpornografía infantil

Respecto a la normativa europea en materia de protección de los niños en cuanto a su explotación sexual, además de los actos mencionados cabe citar las siguientes:

- i. La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo relativa a la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Uno de los ámbitos donde operan las redes criminales es el de la ciberpornografía. En este sentido, el instrumento incorpora dos definiciones en su articulado como “pornografía infantil” y “sistema informático”.

En el primer concepto se considera material pornográfico infantil cualquier material de carácter pornográfico que represente de manera visual a un niño en una conducta sexualmente explícita. En el segundo caso, se incorpora la definición de “sistema informático”, puesto que Internet, se ha convertido en centro de compraventa, exposición y difusión de material pornográfico infantil a nivel mundial.

La tipificación de los delitos sancionables en relación con la explotación sexual de los niños está contemplada en la Decisión Marco por una doble vía.

En primer lugar, se abordan las infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños. En este

artículo se insta a los Estados a aplicar el “*ius puniendi*” para garantizar la punibilidad de conductas como la coacción o la inducción de un niño a la prostitución; o la incitación de un niño a realizar actividades sexuales cuando se recurra a la coacción, la violencia o la amenaza, o se entregue al niño dinero u otros artículos a cambio de los servicios sexuales o se ejerza la autoridad o la influencia sobre la vulnerabilidad del niño.

En segundo lugar se insta a los Estados a sancionar las infracciones relacionadas con la pornografía infantil o ciberpornografía. Se insta a los Estados a aplicar el “*ius puniendi*” para garantizar la punibilidad de conductas como la coacción o la inducción de un niño a la prostitución; o la incitación de un niño a realizar actividades sexuales cuando se recurra a la coacción, la violencia o la amenaza, o se entregue al niño dinero u otros artículos a cambio de los servicios sexuales o se ejerza la autoridad o la influencia sobre la vulnerabilidad del niño.

Es interesante la disposición de la Decisión Marco de considerar como sanciones y circunstancias agravantes las derivadas del forzamiento de los niños bajo amenaza o violencia a ejercer la prostitución o realizar actos sexuales, así como el obligar a los niños a realizar actos sexuales con vistas a vender el material pornográfico infantil o su difusión a través de la ciberpornografía en Internet.

Es por ello que el “*ius puniendi*” contemplado por la Decisión Marco en tales circunstancias considere que la pena máxima no será inferior a 4 años, y respecto a la adquisición o posesión de pornografía infantil la pena máxima no será inferior a 1 año.

De ahí que con esta disposición se intente frenar el mercado ilegal de compraventa de material pornográfico infantil, pudiendo ser sancionados como vemos también el público consumidor de tal material ilícito.

Pero la Decisión Marco contempla las más graves circunstancias agravantes para el forzamiento a la prostitución infantil o explotación sexual de los niños, cuando tales actividades ilícitas impliquen a un niño con edad inferior a 10 años, o revistan un carácter especialmente cruel, o se cometan en el marco de una red delictivo-criminal.

En ese caso, la Decisión Marco señala que la pena máxima no será inferior a 8 años.

Cabe destacar también que la Decisión Marco contempla un artículo dedicado a la protección de las víctimas que han sido objeto de explotación sexual infantil. Se señala que los Estados Miembros han de garantizar el que las investigaciones criminales y los procesos judiciales no generen daños añadidos a las víctimas de la explotación sexual cometida contra niños.

ii. La Decisión del Consejo, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

Este instrumento constituye un novedoso desarrollo en la lucha de la Unión Europea contra la denominada Ciberpornografía en el ámbito de Internet. Los Estados Miembros se comprometen a incentivar y alentar a los usuarios de Internet para que denuncien posibles casos de tráfico ilícito de material ciberpornográfico infantil en Internet. Asimismo, los Estados deberán informar a Europol de presuntos casos de ciberpornografía infantil, y se organizarán reuniones entre los servicios policiales nacionales. Se prevé que el Consejo realice visitas a los Estados Miembros para comprobar y evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Decisión.

A nivel del ordenamiento jurídico interno de España, se han implementado las normas internacionales y europeas por medio del nuevo Título VII Bis del Código Penal²⁸, concretamente a través del artículo 177 bis en el cual se señala que:

- “1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:
 - a. La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

²⁸ Al respecto, pueden consultarse los siguientes trabajos: Escribano, J. (2009a). *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Liber; Escribano, J. (2009b). La respuesta de las organizaciones internacionales contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. *Temas Socio-Jurídicos*, Instituto de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia), 58: 1-25.

- b. La explotación sexual, incluida la pornografía.
 - c. La extracción de sus órganos corporales.
2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.
 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.
 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
 - a. Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima.
 - b. La víctima sea menor de edad.
 - c. La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.
6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá

elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.
8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del [artículo 318 bis de este Código](#) y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.
10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.
11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

Tal implementación española de la normativa jurídico-internacional es fiel muestra de la voluntad del Estado español para afrontar de forma decidida la lucha desde el Estado de Derecho contra estos delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

g. El Consejo de Europa frente a la trata de personas

En relación con el tema de la cibercriminalidad en el marco de la lucha contra la pornografía infantil, en el plano del Consejo de Europa se celebró la Conven-

ción sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa, de 2001.

Respecto a la lucha contra la pornografía infantil, es el artículo 9 de la Convención de Budapest la que aborda las infracciones en tal ámbito de la cibercriminalidad.

Respecto a los aspectos procesales relativos a la lucha contra la pornografía infantil, a nivel de la cooperación internacional se instaura una red de comunicación disponible todos los días del año, 24 horas al día. Asimismo, se abordan en las disposiciones la normativa en la cooperación internacional sobre la extradición y la asistencia mutua, sobre medidas provisionales y otras.

Uno de los desarrollos más recientes en el plano del Consejo de Europa lo constituye la celebración y entrada en vigor del Convenio Europeo contra la trata de personas, firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y con entrada en vigor, a partir del 1 de febrero de 2008.

Los principales aspectos de interés del Convenio Europeo contra la trata de personas son los siguientes (véase, Escribano 2010b: 356-376):

- i. Consideración de las víctimas de la trata de personas en el marco de las actividades ilícitas de las redes de delincuencia organizada, en cuanto tales no considerándolos como migrantes irregulares o delincuentes.
- ii. Las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en cuanto víctimas de explotación sexual o laboral deben contar con apoyo y asistencia psicológica con vistas a su reintegración en la sociedad.
- iii. A las víctimas podrían otorgárseles la renovación de sus respectivos permisos de residencia con el fin de cooperar con las autoridades en orden a luchar contra las redes criminales que traficaron con ellas.
- iv. La trata de personas se considera como un delito penal, tanto los autores como sus cómplices han de ser sancionados de forma severa.

- v. Interesante es la consideración de no sancionar penalmente a las personas que son víctimas de explotación sexual y laboral por haber participado en actividades ilícitas relacionadas con tales ámbitos de explotación.

EVOLUCIÓN Y DESARROLLOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO EN LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES²⁹

El desarrollo evolutivo-normativo respecto al tráfico ilícito de migrantes hay que enmarcarlo, principalmente, en el curso de los desarrollos jurídicos de la OIT.

Ya en el marco del Derecho Internacional Clásico nos encontramos con varios instrumentos realizados en el marco de la OIT que tenían el objetivo de preservar los derechos de los trabajadores migrantes en torno a varios Convenios y Recomendaciones celebrados en el período 1925-1939.

Respecto al período 1925-1930, la realidad internacional estaba enmarcada en el Período de Entregueras y en un incremento de los flujos migratorios a nivel internacional.

Desde un primer momento, la Organización Internacional del Trabajo, creada por el Tratado de Versalles en 1919 fue baluarte a nivel internacional en la defensa y protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

La actividad de la OIT en este sentido fue intensa, pues en tal marco se consiguió la celebración de 3 Convenios internacionales y dos Recomendaciones en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

La obra de la OIT en materia de preservación de los derechos de los trabajadores migrantes siguió dando

²⁹ Al respecto, pueden consultarse los siguientes trabajos: Escribano, J. (2009a). *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Liber; Escribano, J. (2009b). La respuesta de las organizaciones internacionales contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. *Temas Socio-Jurídicos*, Instituto de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia), 58: 1-25.

sus frutos, como atestiguan los dos Convenios que se celebraron, respectivamente, en 1935 y en 1939, más las dos Recomendaciones, n.º 61 y 62, ambas de 1939, a saber:

El Convenio n.º 48 de la OIT sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935.

El Convenio n.º 66 de la OIT y la Recomendación n.º 61 sobre los trabajadores migrantes así como la Recomendación n.º 62, sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados), de 1939.

El tratamiento directo de la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes aparece en el artículo 3º del Convenio n.º 143, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de 1975.

En este sentido, el artículo mencionado señala que:

“Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros:

- a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes;
- b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del presente Convenio”.

En el primer apartado se incide en el hecho de la explotación laboral de migrantes y en el segundo apartado sí que se incide en la necesidad de la adopción de medidas normativas a nivel interno y de cooperación internacional con vistas a reprimir las actividades de tráfico ilícito de migrantes de las redes de delincuencia organizada.

Ya en el Convenio n.º 143 se instaba a los Estados a comprobar si en sus respectivos territorios había grupos de migrantes irregulares, cuyo tránsito en origen o destino pudiera vulnerar las disposiciones de los instrumentos internacionales.

Asimismo, se instaba a los Estados a intensificar la cooperación internacional en materia de lucha contra el tráfico ilícito de migrantes.

El Convenio n.º 143 instaba, asimismo, a que los Estados ejerzan su poder punitivo para procesar judicialmente a los miembros integrantes de las redes de delincuencia organizada, que en terminología del Convenio, son denominados “traficantes de mano de obra”. Es ahí donde el Convenio aborda la lucha contra el crimen organizado en su dimensión transnacional al señalar que se ha de procurar por los Estados que le lleven ante la justicia a los delincuentes independientemente del país que sirva de base a sus operaciones.

También es interesante la disposición del Convenio que podríamos denominar de “cláusula multifocal” al señalarse que el tipo de sanciones que se han de aplicar serán sanciones de índole administrativa, civiles y penales, incluyendo las penas de prisión, contra los delincuentes que trafiquen de forma ilícita con migrantes, así como a las personas que participen en el empleo ilegal de migrantes.

Por otra parte, en el ámbito de Naciones Unidas se celebró la *Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*.

La Convención Internacional de Nueva York insiste en la necesidad por parte de los Estados de garantizar una especial protección a este grupo vulnerable como son los trabajadores migrantes. Es por ello que en el Preámbulo del instrumento se insta a los Estados a adoptar medidas que vayan en la línea de eliminar las actividades que fomenten la migración irregular.

La Parte III de la Convención versa sobre los Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Concretamente, los artículos 10 y 11 son disposiciones claves en la protección de los derechos de los migrantes frente al crimen organizado.

En el primer artículo, la Convención señala que ningún trabajador migratorio será sometido a tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Mientras que el segundo artículo alude a que los trabajadores migrantes no serán sometidos a esclavitud o servidumbre. De ahí que la Convención, en sintonía con

los Convenios nº 29 y nº 105 de la OIT, prohíban los trabajos forzosos u obligatorios.

Vemos, por tanto, una evolución normativa que, especialmente a través del Convenio nº 143 de la OIT, incide de lleno en la lucha contra la conducta delictiva del tráfico ilícito de migrantes. Mientras que la Convención Internacional de 1990 no aporta un tratamiento directo de la lucha contra esta modalidad de actividad de la Delincuencia Organizada.

El marco jurídico internacional actual en el plano universal de Naciones Unidas en el ámbito de la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes: El Segundo Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, complementario a la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El mencionado instrumento constituye la respuesta que la Comunidad Internacional ha sido capaz de dar ante un fenómeno cada vez más creciente como lo constituyen los movimientos migratorios, principalmente desde los países menos avanzados hacia los países desarrollados.

La propia Convención de Palermo señala que la finalidad del Protocolo sobre migrantes es la de proteger los derechos de estos.

a. El fin lucrativo del tráfico ilícito de migrantes

En cuanto a la definiciones que ofrece el Protocolo hay que aludir a la de “tráfico ilícito de migrantes”, entendiéndose por tal la facilitación de la entrada ilícita o ilegal en un Estado Parte de un migrante no nacional o residente en aquél, con el objetivo de obtener un beneficio material.

b. Penalización del delito de tráfico ilícito de migrantes

Respecto a la penalización del delito, el Protocolo establece, por tanto, en líneas generales, el tráfico ilícito de migrantes, sino también y de forma más concreta los elementos que coadyuvan en proceso del tráfico ilícito de migrantes como la creación de documentos de viaje o identidad falsos y la facilitación, la provisión o la posesión de tales documentos falsos.

Asimismo, el Protocolo tipifica como delito la habilitación de un migrante ilegal para permanecer en un Estado sin que aquél cumpla los requisitos de perma-

nencia legal, recurriéndose a los medios de facilitación de documentos de viaje e identidad falsos.

También, en el ámbito de la penalización del delito, el Protocolo establece dos supuestos más: En primer lugar, *la tentativa* de comisión de un delito en los términos de penalización anteriormente descritos y, en segundo lugar, el supuesto de participación en el delito en calidad de *cómplice* en la comisión de un delito en el ámbito del tráfico ilícito de migrantes. Por, último, y en tercer lugar, se hace mención a que será delito tanto la organización como la dirección de otras personas con el objetivo de cometer un delito en el ámbito del tráfico ilícito de migrantes.

Un hecho a tener en cuenta en el contexto de la penalización del delito es el relativo a los supuestos de *circunstancias agravantes* de los delitos. Así, se establecen las siguientes circunstancias: Primera, cuando se ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; y segunda, cuando se efectúe un trato inhumano o degradante de los migrantes, especialmente en el supuesto de explotación.

Por otra parte, el Protocolo explicita el carácter complementario de este con la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuanto al ámbito de aplicación de aquel. En efecto, el Protocolo se aplicará a las varias fases de la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, sea la prevención, investigación y penalización de los delitos enumerados anteriormente, cuando tales delitos tengan el carácter de “transnacional” e impliquen la participación de “grupos delictivos organizados” en la comisión de los mismos.

Como se indicaba anteriormente, el espíritu del instrumento en cuestión estriba en la protección de los derechos de los migrantes en cuanto víctimas de las redes de extorsión de los grupos delictivos organizados. Por ello el Protocolo estipula la no responsabilidad penal de los migrantes que sean víctimas de los delitos enumerados anteriormente.

El proceso de integración europea está inmerso en el proceso de construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En el desarrollo del mismo es clave la progresiva desaparición de fronteras entre los Estados Miembros en el marco del Espacio Schengen en el que participan actualmente casi todos los Estados

de la Unión, salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, a pesar que cabe mencionar las propuestas de no aplicación del Convenio Schengen por parte de Francia e Italia en 2011, en casos excepcionales. No obstante, la existencia del Espacio Schengen conlleva la adopción de medidas comunes con vistas a fortalecer el sistema de entrada en el territorio de la Unión y el control de entrada de los flujos migratorios.

Una de las conductas delictivas de la Criminalidad Organizada consiste precisamente en un progresivo incremento del tráfico ilícito de migrantes hacia la Unión Europea, procedentes de la mayor parte del mundo, como África, América Latina, algunos países de Europa Oriental y Asia.

Algunas de las medidas que puso en marcha la Unión Europea en el terreno de la migración irregular y la explotación laboral se concretaron en programas comunitarios como el Programa STOP y el Programa DAPHNE.

c. Tipificación, conductas punibles y sanciones sobre la ayuda intencional a la entrada, tránsito o estancia en el territorio de un Estado de migrantes irregulares, vulnerando la legislación de los Estados Miembros de la Unión Europea

En el marco de los desarrollos jurídicos a nivel comunitario, destacan dos actos de Derecho Derivado como son:

i. La Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo relativa a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En el ámbito de la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, este acto jurídico establece que los Estados han de aplicar sus respectivos sistemas punitivos contra aquellas personas que cometan conductas delictivas que propicien las actividades criminales en torno a la migración irregular. Es por ello que la Decisión-Marco en la línea de actuación que la Unión ha establecido contra la trata de personas, señala en el ámbito del tráfico ilícito de migrantes que las penas establecidas por los Estados se acogerán a la aplicación de los principios de Efectividad, Proporcionalidad y Disuasión.

ii. La Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular.

Este acto define las conductas delictivas del siguiente modo, es decir, cuando haya una ayuda intencional a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado de la Unión o a transitar a través de él, vulnerando la legislación del Estado de que se trate en materia de entrada o tránsito de extranjeros. Asimismo, la Directiva establece que hablamos de conducta delictiva cuando se produzca una ayuda intencional y con ánimo de lucro a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate en materia de estancia de extranjeros.

No obstante, el carácter sancionador anteriormente descrito es rebajado, si la ayuda intencional a la entrada, tránsito o estancia de migrantes irregulares en el territorio de un Estado se realiza por causas humanitarias justificadas.

Se consideran según la Directiva como delitos tanto las conductas de tentativa, inducción y cooperación en las actividades del tráfico ilícito de migrantes.

d. Circunstancias agravantes en la conducta delictiva: La participación en un "grupo delictivo organizado" y el peligro para la vida de los migrantes irregulares

Respecto al desarrollo de los principios sancionadores de Efectividad, Proporcionalidad y Disuasión, la Decisión Marco señala que las sanciones han de poder facilitar la extradición, y respecto a las conductas relacionadas con el tráfico ilícito de migrantes como la entrada o tránsito ilegal, o la inducción a la entrada, tránsito o permanencia ilegal en el territorio de un Estado Miembro de la Unión, se establece una pena máxima, cuando aparezcan los móviles de lucro en tales acciones, que no será inferior a 8 años si concurrieren alguna de las siguientes circunstancias:

i. Cuando la conducta delictiva se haya realizado en el marco de participación de un "grupo delictivo organizado".

- ii. Cuando la conducta delictiva se haya realizado haciendo peligrar la vida de los migrantes irregulares.

CONCLUSIONES

En los últimos años se ha desarrollado de forma importante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente, en el ámbito de protección de aquellos grupos vulnerables a los que le son vulnerados sus Derechos Fundamentales, como las mujeres, los niños o los trabajadores migrantes. Tales grupos vulnerables, en muchos casos, son víctimas de la delincuencia organizada transnacional, y padeciendo execrables delitos de explotación sexual y/o laboral.

En el Derecho Penal Internacional, la Comunidad Internacional ha logrado desarrollar la Convención de Palermo y sus Protocolos para luchar contra las actividades de los grupos delictivos organizados. En el ámbito de la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, respectivamente, son el Primer y Segundo Protocolos los que inciden directamente en el objetivo de erradicar tales delitos. Además, en el Derecho Europeo, también ha habido importantes desarrollos normativos implementados por la Unión Europea en su objetivo de erradicar tales delitos de violación de los Derechos Humanos.

No obstante, los retos a los que se enfrenta la Comunidad Internacional son múltiples a la hora de implementar eficazmente tales instrumentos jurídicos internacionales. Especialmente difícil será la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en los llamados Estados fallidos, y en los países menos avanzados con escasos progresos en el desarrollo e implementación de los principios y valores democráticos, y especialmente en el ámbito del respeto a los Derechos Humanos.

En relación con lo anterior, aún hay Estados de África y Asia que no han ratificado la Convención de Palermo a fecha del año 2011. En algunos de estos Estados la lacra de la explotación sexual y laboral de las personas es más que un hecho³⁰.

³⁰ En términos generales en 2011 había 164 Estados Partes en la Convención de Palermo. No obstante, nos referimos a los Estados que aún no han ratificado la Convención de Palermo como Tailandia, Vietnam, Sierra Leona, Angola, Costa de Marfil, etc.

Bien es verdad que la voluntad de la Comunidad Internacional de acabar contra estas formas de esclavitud moderna ha movilizó la concienciación de algunos Estados donde se producen tales fenómenos con vistas a la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes por medio de la ratificación del instrumento jurídico-internacional³¹.

Más específicamente, respecto al Protocolo I complementario a la Convención de Palermo relativo a la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el número de instrumentos de ratificación ha aumentado en los últimos años, aunque aún hay importantes Estados que no han ratificado el Protocolo³². Incluso aún es menor el número de instrumentos de ratificación del Protocolo II complementario a la Convención de Palermo relativo a la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, destacando también importantes Estados que no han ratificado el instrumento³³. Es un reto para la Comunidad Internacional apremiar a tales Estados a ratificar los instrumentos mencionados en aras de hacer más efectiva la cooperación internacional en materia de lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, así como la implementación a nivel de los ordenamientos jurídicos internos de las normas jurídico-internacionales. En este sentido, cabe resaltar a nivel del ordenamiento jurídico español, la implementación de los instrumentos jurídicos internacionales y europeos en dicha materia,

³¹ Recientemente, en el período 2010/2011, se han producido importantes ratificaciones de la Convención de Palermo por parte de India, Pakistán, Bangladesh, Haití, y países europeos como Irlanda y Grecia.

³² A fecha de 2011, 146 Estados eran Partes en el Protocolo I sobre trata de personas. Además, de los Estados africanos y asiáticos mencionados anteriormente (especialmente Tailandia, Sierra Leona, Vietnam, Angola, etc), cabe mencionar otros Estados importantes que no han ratificado el Protocolo I como Japón o Irán.

³³ Son Estados Partes en 2011 en el Protocolo II complementario a la Convención de Palermo relativo a la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes un total de 129 Estados. Cabe resaltar la no ratificación por el momento de relevantes actores de la Comunidad Internacional como, por ejemplo, en Asia, Japón, Tailandia, y otros Estados como Sri Lanka o Uzbekistán. En América Latina, aún no ha ratificado el instrumento Bolivia; en África restan por ratificar el instrumento Estados como Burundi, Congo, Guinea Ecuatorial, Sierra Leona y Uganda, e incluso algunos Estados de la propia Unión Europea tienen pendientes la ratificación del instrumentos como la República Checa, Irlanda o Luxemburgo.

en torno al nuevo Título VII bis del Código Penal español, relativo a la trata de personas³⁴.

³⁴ Nos referimos al nuevo artículo 177bis del Código Penal Español. El Título VII bis fue aprobado mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE, de 23 de junio de 2010), que reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de España. Sobre el tema, *Ibid.* los siguientes trabajos: Fernández Palma, R. (2010). "La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177bis, 313, 318bis CP". Pamplona: La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios; y Terradillos Basoco, J. (2010). "Trata de seres humanos". Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2010. Valencia.

En definitiva, la cooperación internacional eficaz se ha de basar en una serie de instrumentos básicos como la leal cooperación intergubernamental, la cooperación judicial internacional y la cooperación policial internacional. Todos ellos son instrumentos que han de vertebrarse para alcanzar un objetivo común que erradique la condenable vulneración de los Derechos Humanos cometida por la Delincuencia Organizada Transnacional en los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, M. 2007. "Protección penal de la dignidad. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y de la trata de personas para la explotación sexual". *Revista Penal* 2007.
- Black, R. 2003. Breaking the convention: researching the "illegal migration" of refugees. *Antipode* 35: 34-54.
- Cholewinski, R. 2000. The EU *acquis* on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights, *European Journal of Migration and Law* 2: 361-405.
- Escribano, J. 2010a. Perspectivas de la cooperación internacional en el marco de las organizaciones internacionales contra la trata de personas, con especial referencia a la trata de niños. En *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, coords. Francisco Aldecoa, Ana Badía, Mónica Herranz, Joaquín Forner, 129-138. Madrid: Barcelona: Buenos Aires: Editorial Marcial Pons.
- Escribano, J. 2010b. Cooperación europea contra la delincuencia organizada y la trata de personas. En *La obra jurídica del Consejo de Europa*, coords. Pablo Antonio Fernández Sánchez, 356-376. Sevilla: Gandulfo Ediciones.
- Escribano, J. 2009a. *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Liber.
- Escribano, J. 2009b. La respuesta de las organizaciones internacionales contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. *Temas Socio-Jurídicos* 58: 1-25.
- Escribano, J. 2010. La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. *Colección Escuela Diplomática de España* 16: 141-156.
- Escribano, J., De Asís, R., Campoy, I., Blázquez, D., et al. 2008. *Retos actuales de los Derechos Humanos*. Mar del Plata: Instituto de Investigación de Derechos Humanos de la Universidad de Mar del Plata, Argentina.
- Fernández Liesa, C. R. 2006. Usos de la noción de Justicia en el Derecho Internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*. Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho. Universidad de Navarra XXII: 171-203.
- Fernández Palma, R. 2010. "La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177bis, 313, 318bis CP". Pamplona: *La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios*.
- Fischer, D. 2004. *Trafficking Innocence: An Overview of the Sex Trafficking Industry in the Black Sea Region*. American University. School of International Service. Disponible en: www.american.edu/traccc/publications.
- García, E. 2004. *Los avances de la UE contra el crimen organizado, tráfico de personas e inmigración ilegal*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI, UNED).
- Hernández, J. U. 2002. El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. *Inmigración y Derecho Penal*, coord., Laurenzo, Patricia, 237-254. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hinrichs, X. 2003. Measures against smuggling of migrants at sea: a law of the sea related perspective. *Revue Belge de Droit International* 36: 413-451.
- Kyle, D., Koslowski, R. eds. 2001. *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*. Johns Hopkins University Press.
- Kilercioglu, A. 2001. *Trafficking in women and children*. Washington: TraCCC (The Transnational Crime and Corruption Center, American University. Disponible en: <http://www.american.edu/traccc/publications>.
- Laurenzo, P. (Coord.). 2002. *Inmigración y Derecho Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Maqueda, M.L. 2001. *El tráfico sexual de personas*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Mariño, F. (Coord.). 2006. *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*. Madrid: La Catarata.
- Mitsilegas, V. 2002. The implementation of the EU *acquis* on illegal immigration by the candidate countries of Central and Eastern Europe: challenges and contradictions. *Journal of Ethnic and Migration Studies* 28(4): 665-682.
- Núñez, J. 2004. *La Guardia Civil frente a la inmigración irregular*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI, UNED).
- Peers, S. 2004. Key Legislative Developments on Migration in the European Union. *European Journal of Migration and Law* 6(3): 243-276.
- Peces-Barba, G. 1980. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Latina Universitaria.
- Raymond, J.G. 2001. *Guía para el nuevo protocolo de Naciones Unidas sobre tráfico de personas*. Disponible en <http://nodo50.org/mujeresred/trafico-guia2001.doc>.
- Romano, B. 2002. *Delitti contro la sfera sessuale della persona*. Milano: Giuffrè Editore.
- Rubio, M. 2004. *Inmigración irregular y crimen organizado en España*. Madrid: Instituto Universitario

de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI, UNED).

Samers, M. 2004. An Emerging Geopolitics of 'Illegal' Immigration in the European Union. *European Journal of Migration and Law*, 6(1): 27-40; Shelley, L. (2000). Post-Communist transitions and the illegal movement of people: chinese smuggling and russian trafficking in women. *Annals of Scholarship* 14(2): 71-85.

Shelley, L, Stoecker (eds.). (2004). *Human Traffic and Transnational Crime: Eurasian and America Perspectives*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield.

Terradillos Basoco, J. 2010. "Trata de seres humanos". *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2010*. Valencia.

Vermeulen, G. 2001. International Trafficking in Women and Children. En *Revue Internationale de Droit Pénal* 3(4): 837-890.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Úbeda-Portugués, José Escribano. 2011. "Evolución y desarrollo normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes". *Nova et Vetera* 20(64): 133-150.

Estilo APA:

Úbeda-Portugués, J. E. (2011). Evolución y desarrollo normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. *Nova et Vetera*, 20 (64), 133-150.

Estilo MLA:

Úbeda-Portugués, J. E. "Evolución y desarrollo normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes" *Nova et Vetera* 20.64 (2011): 133-150.
