

Perspectivas sobre Migraciones Laborales

2

Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes

Eduardo Geronimi



PROGRAMA DE MIGRACIONES INTERNACIONALES
OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA

Indice

1.	La migración irregular, el tráfico y la trata.....	1
1.1.	Introducción.....	1
1.2.	Migración irregular.....	3
	a) Definición.....	4
	b) Factores de expulsión y de atracción.....	5
1.3.	Diferencias conceptuales entre tráfico y trata de migrantes.....	9
	a) Causas del tráfico y la trata.....	10
	b) Dinámica y mecanismos.....	11
2.	Los Protocolos de Palermo.....	15
2.1.	Introducción.....	15
2.2.	El Protocolo contra el tráfico de migrantes.....	16
	a) Componentes de la acción.....	17
	b) Ambito espacial.....	17
	c) Delitos conexos.....	18
	d) Otros elementos del tipo penal.....	19
	e) Circunstancias agravantes.....	19
2.3.	El Protocolo sobre la trata de personas.....	20
	a) La acción típica.....	20
	i) Componentes de la acción.....	21
	ii) Ambito espacial.....	21
	b) Los medios coercitivos.....	23
	c) Los fines de explotación.....	23
2.4.	Tentativa y participación criminal.....	23
	a) La tentativa.....	24
	b) La participación criminal.....	24
	i) Responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico.....	25
	ii) Relaciones entre explotación y delito.....	27
3.	La explotación laboral.....	29
3.1.	El trabajo forzoso.....	29
	a) Los convenios de la OIT sobre trabajo forzoso.....	30
	b) Formas de trabajo forzoso pertinentes al delito de trata.....	31
	c) El trabajo y la servidumbre infantiles.....	33
	d) Instrumentos de la OIT sobre trabajo infantil.....	34
3.2.	Instrumentos de la OIT sobre trabajadores migrantes.....	35
4.	El consentimiento de la víctima.....	37
4.1.	Delitos contra los derechos de los trabajadores.....	39
4.2.	Delitos relativos a la prostitución ajena.....	40
5.	Conclusiones.....	42
	Bibliografía.....	45

Prólogo

Uno de los objetivos estratégicos de toda política de migración laboral es poner fin a la migración irregular y, por tanto, el reto más importante a que deberá hacer frente una política de empleo en el extranjero es la formulación, en concierto con los Estados de destino, de sistemas migratorios que socaven efectivamente la rentabilidad del tráfico y la trata de migrantes, sin perjuicio de la adopción de otro tipo de medidas tales como campañas de concienciación pública o acciones concertadas contra los traficantes.

En efecto, en los últimos decenios, y cada vez en mayor medida, una parte importante de los movimientos migratorios y de refugiados se realizan irregularmente, y muy a menudo, sirviéndose de los mecanismos del tráfico y de la trata de personas. Estos fenómenos han adquirido tal dimensión que se han constituido en un negocio ilícito muy lucrativo, superado sólo en magnitud por el tráfico de armas y de estupefacientes. Las organizaciones delictivas transnacionales, por su parte, no han tardado en sustituirse al tráfico de migrantes tradicional, así como en controlar la inserción de los migrantes en los países de destino en situaciones de explotación laboral o sexual.

Este estudio, realizado por el Programa de Migraciones Internacionales de la OIT, fue preparado inicialmente para su presentación en la Conferencia Hemisférica sobre Migración Internacional en las Américas: Derechos Humanos y Trata de Personas, que se celebró en Santiago de Chile, los días 20 a 22 de noviembre de 2002.

El documento identifica las diferencias conceptuales entre tres fenómenos que atentan contra una gestión ordenada de las migraciones y que guardan estrechas relaciones entre sí: la migración irregular, el tráfico y la trata de trabajadores migrantes.

Desde una perspectiva jurídica, en este trabajo se analiza la respuesta normativa internacional, que se plasma en los Protocolos de Palermo contra el tráfico y la trata de migrantes, y en los instrumentos pertinentes de la OIT y de las Naciones Unidas, y se pone de relieve las diferencias de los componentes de la acción típica y los efectos jurídicos sobre los trabajadores migrantes objeto de tráfico o víctimas de trata, en especial su responsabilidad penal y los efectos del consentimiento de las víctimas.

Por último, de entre los tipos de explotación de que pueden ser objeto las víctimas de trata de personas, el estudio analiza las formas y modalidades más frecuentes de explotación laboral.

Ginebra, diciembre de 2002

Manolo I. Abella
Jefe
Programa de Migraciones Internacionales

1. La migración irregular, el tráfico y la trata¹

1.1. Introducción

Una de las grandes corrientes migratorias de fines del siglo XX corresponde a los sectores más pobres, subempleados, desempleados o excluidos de los mercados de trabajo de los países de origen que van a ocupar en la sociedad receptora empleos en el sector informal, empleos precarios o que son rechazados por los trabajadores locales (Mármora, 1997).

La migración de estos flujos desde los países periféricos a los centrales responde a un conjunto de factores macroestructurales tales como el desequilibrio entre los países desarrollados y en desarrollo, las diferencias en los salarios y empleos y la segmentación de los mercados de trabajo. Sin embargo, la existencia de estos factores no es suficiente para explicar la propensión de los movimientos de personas ni la estabilidad de éstos a lo largo del tiempo. Los contactos a través del espacio, las cadenas familiares o sociales, y la información e intereses que originan, se constituyen en factores que facilitan la concreción de la migración. Asimismo, estas redes condicionan la inserción social, ocupacional y espacial de los migrantes en la sociedad receptora.

La persistencia de los mercados de trabajo duales y la globalización parecen acentuar el número de empleos precarios y que los trabajadores locales son renuentes a ocupar, por lo que la demanda de mano de obra extranjera pasa a ser parte de una tendencia a largo plazo hacia la informalización de los empleos no calificados y poco remunerados, aun prefiriendo a los migrantes irregulares, dispuestos a trabajar por salarios inferiores, por cortos períodos en los picos de producción, o para desempeñar trabajos físicamente arduos o sucios (Stalker, 2000).

Si bien uno de los derechos humanos fundamentales del trabajador migrante es el de salir de su país y de retornar a él², este derecho no trae aparejado automáticamente el derecho a ingresar a un tercer país. En efecto, no existe una correlación entre el derecho de toda persona de salir de su país y el derecho de ingresar a otro.

El derecho internacional consuetudinario no prevé límite alguno para los Estados en cuanto a la admisión y expulsión de extranjeros de su territorio: la norma sobre la soberanía territorial tiene plena vigencia y comporta la libertad del Estado para establecer su propia política de inmigración, temporaria o definitiva, y para ordenar a ciertos extranjeros que abandonen su territorio (Conforti, 1995).

Cuando esta falta de correlación entre los derechos de salir de un país y de ingresar a otro se produce en un marco en el que coexisten fuertes presiones emigratorias, importantes factores de atracción en otros Estados y donde las oportunidades para el ingreso legal a los mismos son muy limitadas, restringidas o aun imposibles, los flujos migratorios se canalizarán hacia la migración irregular: el migrante intentará un ingreso clandestino, ya sea por sus propios medios o haciendo recurso a los mecanismos de tráfico o de trata de personas.

¹ Este documento está basado en algunos capítulos de la tesis de maestría “Elementos para un marco jurídico del tráfico de migrantes”, Universidad de Buenos Aires/OIM Cono Sur, de próxima publicación.

² Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13, 2.

Es evidente que si los Estados de los países desarrollados aplicaran políticas inmigratorias más flexibles, se produciría un incremento en las migraciones laborales, puesto que desde el punto de vista de la demanda de mano de obra, las políticas migratorias restrictivas constituyen el obstáculo principal a que pueda utilizarse la migración internacional como elemento de ajuste a una situación de escasez de mano de obra en el mercado de trabajo de un determinado país, aun cuando dicha escasez no sea un mero fenómeno cíclico sino que constituya un problema estructural que persiste en el tiempo (Abella, 1995).

“Esta dialéctica del rechazo jurídico, por una parte, y la existencia de importantes factores económicos que inducen a la inmigración clandestina, por otro, explica la persistencia, e inclusive la ampliación, del fenómeno de la migración ilegal” (OIT, 1999).

Los Estados nación intentan actualmente regular los flujos de mano de obra en contradicción con los requerimientos del capital, en tanto que el capitalismo define los costos de mano de obra desde la perspectiva del menor costo global y no de acuerdo a las necesidades locales (Papastergiadis, 2000). De esta manera, la falta de coherencia entre las políticas migratorias y las realidades del mercado de trabajo redundará en un aumento de la migración clandestina: por ejemplo, entre 400.000 y 500.000 migrantes irregulares ingresan en la Unión Europea (UE) cada año³, en tanto que son entre 275.000 y 400.000 los que ingresan a los Estados Unidos en forma clandestina⁴. Según la OIT (1999) el tráfico y la trata de mano de obra, que no constituían más que un pequeño porcentaje de las migraciones clandestinas, se han visto particularmente afectados por esta evolución y podrían convertirse en el futuro en una de las principales formas de migración en condiciones abusivas.

A pesar de que recientemente se han modificado las políticas migratorias en varios países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) con miras a adecuarlas a las necesidades del mercado de trabajo, éstas se orientan en general sólo a candidatos a la inmigración calificados y altamente calificados, y no a los migrantes con bajas calificaciones. Como la presión migratoria de estos últimos migrantes hacia las regiones más desarrolladas se canaliza a través de medios clandestinos, debido a la inexistencia en muchos países de categorías migratorias que prevean su admisión, una vez que se encuentran en el territorio del país receptor restan confinados en empleos del sector no estructurado, en el trabajo en negro o bajo condiciones de explotación (Abella, 2002).

El otro tema principal que se ha incluido en el debate sobre la migración en los países de la OCDE es el papel de la inmigración en la mitigación de los efectos adversos del envejecimiento de las poblaciones (OCDE, 2000). No obstante, si bien las políticas migratorias internacionales pueden actuar sobre las tendencias de ciertos flujos poblacionales, no podrán, por sí solas, modificar las causas estructurales que definen, en última instancia, los principales movimientos de población. De hecho, difícilmente se podrá frenar con políticas sectoriales a procesos que se generan como consecuencia de políticas globales (Mármora, 1999). Por tanto, como parte que son de las políticas públicas, las políticas migratorias

³ OCDE (2000).

⁴ Las cifras varían entre las estimaciones del Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) de los Estados Unidos, y algunos medios periodísticos (“The link: legal and illegal immigration”, en *The New York Post*, 16/02/1997).

deberán formularse en concierto con las políticas interna, externa, laboral, educativa, económica y social del Estado (Mármora, 1997), y con atención a su planteamiento en términos bilaterales o multilaterales, o en consensos regionales o globales.

Para generar un consenso social sobre política migratoria se debería tener en cuenta que el mismo se verá facilitado si las partes interesadas – es decir, las organizaciones de trabajadores, las organizaciones de empleadores y los gobiernos –, intervienen en la toma de decisiones.

Un mecanismo tripartito similar a los adoptados por la OIT para formular las políticas del mercado de trabajo podría funcionar también para la formulación de una política consensuada de migración. A estos fines, los ministerios de trabajo deberían tomar parte en la elaboración y puesta en práctica de las políticas migratorias, ya que la migración tiene, en gran medida, efectos importantes sobre el mercado de trabajo (Diop, 2002).

El enfoque tripartito en temas migratorios encuentra su base jurídica en el Convenio No. 143 de la OIT sobre trabajadores migrantes (1975). Este instrumento prevé la consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores sobre tres tópicos: a) medidas destinadas a determinar si existen migraciones laborales en las que los migrantes son objeto de condiciones que violan los instrumentos internacionales, bilaterales, multilaterales o nacionales; b) medidas para establecer contactos e intercambios sistemáticos de información entre los Estados Miembros, y c) legislación y medidas previstas en el Convenio para evitar o suprimir las condiciones abusivas. El Convenio prevé asimismo que debe reconocerse un derecho a la iniciativa a las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

1.2. Migración irregular

Al momento de identificar los nuevos desafíos a que los países centrales debían enfrentarse al finalizar la Guerra Fría, éstos presentaban la característica común de su naturaleza transnacional, por ejemplo, el crecimiento poblacional mundial y la seguridad alimentaria, la degradación ambiental, las pandemias, el delito transnacional y el terrorismo, y la migración internacional y los flujos de refugiados (Smith, 1997).

En efecto, en los últimos años, y en particular a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989, el fenómeno creciente de las migraciones irregulares comienza a ser motivo de especial preocupación sobre todo para los países de llegada y de tránsito. A los prejuicios e imágenes negativas de la migración en muchas de las sociedades de acogida se añade la crisis en la gobernabilidad de las migraciones internacionales originada, en buen grado, por la ausencia o ineficacia de políticas inmigratorias de gran parte de los países centrales y por la persistencia de factores de expulsión y atracción que, en medida cada vez mayor, acentúan el recurso de los migrantes a mecanismos migratorios irregulares.

Si bien el fenómeno de la migración irregular concierne también a los Estados de partida, en general, se lo percibe más bien como un problema de los Estados receptores o de tránsito, porque en muy pocos casos existen restricciones para la salida de nacionales de su propio país. Sin embargo, los Estados de origen no son ajenos al fenómeno, no sólo en cuanto a sus obligaciones internacionales con respecto a la protección de sus nacionales en el extranjero, sino también por las repercusiones en la economía local de las remesas enviadas por sus

emigrantes. En el mismo sentido, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (1999) considera que el tráfico y la trata afectan a todos los países, tanto de envío como de tránsito y de destino, ya que plantean problemas en la gestión de las migraciones, van en contra de la migración ordenada y de las legislaciones migratorias nacionales, promueven los movimientos migratorios irregulares y, en algunos casos, posibilitan la presencia de organizaciones delictivas internacionales.

a) Definición

Las migraciones irregulares pueden definirse como todo movimiento internacional que tiene lugar fuera del marco regulatorio de los países de envío, de recepción, de ambos (Ghosh, 1998), o de tránsito. Por definición, la migración irregular es el resultado de la legislación promulgada para controlar los flujos migratorios (Castles y Miller, 1998), y es una infracción – o delito, según el sistema penal de las legislaciones nacionales – contra la soberanía del Estado.

Desde la perspectiva del Estado receptor, la irregularidad de la migración puede estar determinada por causas imputables al trabajador migrante, o por causas que no le son imputables.

Esta distinción resultará importante a la hora de determinar los costos de expulsión del trabajador migrante en situación irregular o sus familiares. El artículo 9, párrafo 3 del Convenio No. 143 de la OIT estipula que "en caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión". Ahora bien, en los casos de migrantes en situación irregular por causas que no le son imputables ningún gasto estará a su cargo. En cambio, en la hipótesis del migrante en situación irregular por causas que le son imputables, éste debería hacerse cargo de los gastos de transporte (pero no de expulsión).

Los casos más frecuentes de migración irregular imputable al migrante son: a) el ingreso a un país sin el visado o la documentación exigidos; b) el ingreso regular, pero con permanencia en el país una vez expirado el visado, permiso de entrada o de estancia; c) el ingreso regular pero sin permiso de trabajo, con lo cual el migrante se convertirá en irregular si trabaja; o d) el ingreso de solicitantes de asilo cuya solicitud ha sido denegada y que no abandonaron el país.

Romagnoli (1999) examina la irregularidad de la migración desde el punto de vista de la legislación migratoria y señala que los Estados determinan los pasos o puntos especialmente habilitados para el ingreso o salida de sus territorios, puesto que es en esa instancia cuando las autoridades estarán en condiciones de rechazar o admitir el ingreso de un extranjero. En ese marco, se considera irregular el ingreso de un extranjero: a) por un lugar no habilitado para el control migratorio, b) por un lugar habilitado, pero eludiendo el control migratorio, o c) utilizando documentación falsa. En cuanto a la permanencia, la irregularidad estará determinada: a) por el ingreso ilegal, b) por permanecer en el país una vez vencido el plazo autorizado, o c) cuando, intimado a abandonar el país, no lo hace en el plazo otorgado para hacerlo.

En cuanto a los casos de migración irregular no imputables al trabajador migrante, algunos ejemplos son: a) el despido antes del término establecido en su contrato, o b) cuando el empleador no cumple con las formalidades necesarias para emplear a un trabajador extranjero (OIT, 1999).

b) Factores de expulsión y de atracción

Las modalidades que puede adoptar la migración irregular estarán determinadas por los factores que la originan. La dinámica, por su parte, variará según los casos: 1) el migrante intentará ingresar al país de destino e insertarse en el mercado de trabajo por sus propios medios, o 2) sirviéndose de los mecanismos de tráfico o 3) aun de la trata de personas.

Entre los factores de expulsión de las sociedades de origen se encuentran la opresión política y étnica, la violencia interna, la guerra y los conflictos armados, la violación sistemática de los derechos humanos, o los peligros de degradación ambiental. Sin embargo, en su mayoría son los factores económicos los que originan la presión migratoria.

La integración del mercado mundial mediante la liberalización del comercio y la libre circulación de capitales no ha producido aún efectos en cuanto a la reducción de las diferencias salariales entre los países. En muchos países en desarrollo, en especial los menos adelantados, la pobreza, la falta de inversiones, la insuficiencia de las infraestructuras y la incapacidad de servirse del comercio como motor de crecimiento económico, han coadyuvado a mantenerlos al margen de la globalización, y a aumentar su potencialidad migratoria (Abella, 2002).

Los factores económicos pueden resumirse en las disparidades globales económicas y demográficas, y la demanda de la economía subterránea de los países desarrollados (Simon, 1995), la pobreza, el desempleo o subempleo, y la crisis económica (en el caso de la migración de supervivencia) o la falta de oportunidades para mejorar el bienestar económico (migración de búsqueda de oportunidades). Estos factores interactúan con otras dos condiciones, la deprivación relativa y la percepción acerca del futuro de la economía del país de origen, factor de importancia puesto que aun el migrante económico puede refrenar o posponer su migración irregular si existen perspectivas de futuro para él o para sus hijos. Un pesimismo en la economía producirá el efecto adverso (Ghosh, 1998).

La distinción entre migración de supervivencia y de búsqueda de oportunidades resulta útil para identificar las motivaciones y circunstancias subyacentes que originan estos dos tipos de movimiento. En el primero de los casos, las altas probabilidades de ser aprehendidos, castigados o aun defraudados por traficantes no tienen efectos disuasorios sobre personas en situaciones desesperadas. En el segundo caso, suele tratarse de personas más calificadas y que, aunque son candidatos a la migración irregular, evalúan mejor los riesgos de los mecanismos del tráfico y de la trata.

Cuando los candidatos más calificados a la migración se ven en un callejón sin salida económico en su país de origen, donde no tienen ninguna oportunidad de poder utilizar sus calificaciones, pueden verse tan motivados como los migrantes económicos, como producto de la frustración producida por la de-calificación (o pérdida de calificaciones adquiridas) y retroceso profesional, aunque es probable que una vez en el extranjero sigan sufriendo la misma de-calificación, si no logran una inserción socioprofesional adecuada y trabajan por largos períodos de tiempo en ocupaciones no calificadas (Abella, 1997).

En las sociedades de origen, las unidades familiares desarrollan estrategias de supervivencia para asegurar el mantenimiento y la reproducción social del grupo y de cada uno de sus miembros. Estas estrategias pueden adoptar la forma de una división interna del trabajo por sexo y por edad más adecuada a la subsistencia del grupo, y de una adecuación del comportamiento en materia de nupcialidad, fecundidad y migración. El objeto de que las familias o comunidades incorporen a su estrategia de supervivencia la migración de alguno de sus miembros, será paliar la disminución o deterioro de los niveles de ingresos percibidos por el grupo familiar en su conjunto, ya sea que provengan del trabajo, rentas, jubilación, intereses o transferencias, mediante el aumento del ingreso absoluto familiar mediante las remesas de dinero que envíe el miembro de la familia que ha migrado. En general, el candidato a la migración será el más apto a una inserción rápida en el mercado de trabajo de la sociedad receptora. Es frecuente que las familias o comunidades financien, entre todos, la partida de uno de sus miembros, incluso recurriendo a la financiación de los traficantes para que el migrante, una vez en su lugar de destino, y pagada la tarifa, envíe remesas a su país de origen.

Este fenómeno también producirá efectos en la estructura de la comunidad de origen, toda vez que el incremento del ingreso absoluto de estas familias provocará un aumento de la necesidad relativa de las familias que no cuentan con ningún miembro que haya emigrado, en tanto grupo de referencia; esto estimulará a su vez la migración de algún miembro de esas otras familias.

Ahora bien, al momento de evaluar la viabilidad del componente migratorio de la estrategia familiar de supervivencia, o de tomar la decisión de migrar por otras causas, en la elección del país y ciudad de destino, y aun de los servicios satisfactorios prestados por un traficante en particular, la concreción de la migración se verá condicionada por las relaciones y vínculos interpersonales (de familia, amistad u origen común) entre el futuro migrante y otros migrantes, ex migrantes o no migrantes, tanto en la sociedad de origen como en la de destino. Estas redes de migrantes, que actúan en las microestructuras que reproducen el fenómeno, facilitan la migración a través de los intercambios de información y oportunidades laborales. La red migratoria se basa en la solidaridad que une a los miembros de un mismo grupo fundada en vínculos de parentesco, procedencia, etnia o religión, y el grado de cohesión del grupo de origen se constituye en elemento fundamental para el establecimiento de la red y el éxito de la migración de sus miembros (Simon, 1995).

Así pues, cada nuevo migrante añade a la red un conjunto de personas que conservan lazos sociales con el lugar de destino y, por tanto, provocan su expansión. Ello redundará en una reducción de los costos y riesgos del desplazamiento, transformando la migración en una opción más accesible y segura, incluso en los casos de migración irregular.

Un estudio reciente que analiza la migración indocumentada de México a los Estados Unidos (Singer y Massey, 1998) establece un modelo teórico que caracteriza el cruce ilegal de la frontera como un proceso social en el que incide el capital humano y social que el migrante posee, definiendo el primero como las características personales que aumentan las posibilidades del logro, en tanto que el segundo se compone de los vínculos interpersonales que le permiten a la persona lograr su meta, es decir, el ingreso clandestino. En un primer intento, el migrante que sólo cuenta con su capital humano tendrá menos probabilidades de éxito, puesto que no posee la información que le pueden suministrar los vínculos sociales (rutas, horarios, actitudes en caso de captura, o referencias de un "buen coyote"). Sin

embargo, aun en caso de fracaso, una vez que experimenta de cerca la dinámica del cruce fronterizo el migrante adquiere información valiosa y establece vínculos con otros migrantes, que aumentarán sus posibilidades de éxito en futuros intentos, y que le permitirá reproducir el ciclo con otros candidatos a la migración.

Las políticas de los países desarrollados importadores de mano de obra, por otra parte, construyen los vínculos que unen los países de emigración a los de inmigración, y que crean, en su propio país y en el extranjero las condiciones que convierten a la emigración en una opción de supervivencia para esas poblaciones (Sassen, 2000), en tanto que las relaciones económico-comerciales entre los países tienen una incidencia global en las causas de los flujos migratorios (Mármora, 1999).

En los países de destino, existen factores de atracción de estos flujos migratorios, tales como la escasez de mano de obra para determinados componentes del mercado de trabajo, al tiempo que existen restricciones jurídicas a la inmigración de mano de obra, tanto por razones económicas como no económicas (por ejemplo, por razones de preservación de la identidad nacional o de cohesión social).

Sin embargo, los déficit de mano de obra en los mercados de trabajo de los países de destino no son los únicos factores que contribuyen a la migración irregular. Existen otras situaciones que provocarán una demanda sostenida de mano de obra extranjera como ser el rechazo de los trabajadores locales a efectuar determinados trabajos, como ser los trabajos sucios, peligrosos y difíciles.

La inserción de los migrantes irregulares en las ocupaciones menos calificadas responde a una necesidad estructural de las sociedades desarrolladas. Los empleadores demandan, para los puestos de trabajo menos calificados, a trabajadores que no presionen sobre la estructura de salarios. Dado que los inmigrantes no ponderan la relación entre salario y prestigio social vinculado a una determinada ocupación, mediante su reclutamiento se evitan los inconvenientes económicos (inflación estructural) que podrían provocar los nativos que exigieran aumentos salariales.

Se prevé que en los próximos años los países industrializados sigan manteniendo la demanda del tipo de empleos que ocupan los inmigrantes, puesto que la globalización expande el número de empleos en el segmento inferior del mercado de trabajo, particularmente el de los servicios. Esta situación podría evitarse si los Estados y los empleadores mejoraran los salarios y las condiciones de trabajo de estos empleos para hacerlos más atractivos para los trabajadores nacionales; sin embargo, no es probable que esto suceda a gran escala, por lo que es de esperar que continúe una demanda sostenida de trabajadores migrantes (Stalker, 2000).

Para los migrantes irregulares estos empleos pueden resultar atractivos aun cuando los niveles salariales sean bajos. Debido a los desequilibrios regionales en lo relativo al nivel de vida, los salarios percibidos como bajos en los países centrales, pueden ser altos en comparación con los ingresos percibidos en los países en desarrollo.

Tráfico y trata: terminología en español

En idioma español, la palabra *traficar* (del italiano *trafficare*, y éste del latín *transfigicare* (cambiar de sitio)) se emplea más bien con referencia al comercio realizado irregularmente o a negocios indebidos, en tanto que la palabra *traficante* tiene frecuentemente un sentido peyorativo^a. Según la Real Academia Española^b (RAE): *traficar* es hacer negocios no lícitos, movimiento o tránsito de personas por cualquier medio de transporte. Por otra parte, la RAE define la *trata* (de *tratar*, *comerciar*) como el tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos, y *trata de blancas* como el tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ella. Para María Moliner, la *trata*, definida como tráfico, se emplea solamente en las expresiones siguientes: *trata de blancas* (tráfico realizado con mujeres a las que se dedica a la prostitución) y *trata de negros*: comercio de esclavos negros.

Ahora bien, las palabras inglesas *smuggling*^c y *trafficking* presentan ciertos problemas de traducción al español que resulta necesario aclarar, puesto que podrían acentuar las dificultades de diferenciación y percepción de ambas figuras penales. La confusión puede originarse en la asociación natural entre las palabras *trafficking* y "tráfico" (y *traffickers* y "traficantes").

Ya durante el proceso de elaboración de los Protocolos de Palermo varias delegaciones habían señalado los problemas que planteaba la traducción de los términos *trafficking* y *smuggling* a idiomas distintos del inglés. En los primeros proyectos de protocolos se utilizó la traducción al español de las palabras *trafficking* y *smuggling* como "tráfico" e "introducción clandestina" [de personas o migrantes], respectivamente, criterio que, en honor a una armonización conceptual redundaba en una mejor comprensión universal de los fenómenos.

Sin embargo, en la versión finalmente adoptada de los Protocolos se prefirió otra opción:

- *Trafficking* se tradujo como "trata" (*traite*, en la versión francesa), y no como "tráfico".
- *Smuggling* se tradujo como "tráfico" (*trafic*, en la versión francesa), y no como "introducción clandestina" o "contrabando".

Aunque esta traducción se basa en la terminología tradicional de las Naciones Unidas, no facilita la diferenciación entre ambas figuras penales y contribuye a la confusión, ya que produce una disociación entre el sentido dado a las palabras por los instrumentos jurídicos internacionales y el de los medios de información, así como la interpretación y percepción del público en general, que suele referirse a ambos fenómenos como "tráfico". Asimismo, los medios de información pública suelen utilizar más o menos indistintamente para los autores de ambos delitos, entre otras, las palabras *traficantes*, *tratantes*, *pasadores*, *coyotes*, *tramitadores*, *polleros*, *pateros* o *chulqueros* (América Latina), *embajadores* (Albania), o *cabezas de serpiente* (*snakeheads*) (China). Los países de expresión francesa, por su parte, se encontraron con el mismo problema, ya que en francés se tiende a utilizar la palabra *trafic* para ambos delitos^d, así como *passeur* para el sujeto activo.

En cuanto al sujeto activo de estos delitos, a diferencia del idioma inglés, que distingue entre *smuggler* y *trafficker*, en español aún no se ha acuñado y aceptado un término que designe inequívocamente al sujeto activo del delito de trata, por lo que es frecuente la utilización de la palabra *traficante*, indistintamente para ambos delitos, con atención al contexto, aunque en rigor deberían denominarse "traficante" y "tratante", respectivamente, puesto que el participio activo de trata es *tratante*.

^a Diccionario de uso del español, María Moliner, Ed. Gredos, Madrid, 1990.

^b Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 21ª edición, Madrid, 1992.

^c Contrabando (Diccionario Collins Español-Inglés, tercera edición, 1992).

^d Canadian Council of Refugees.

Aun cuando los inmigrantes consideren que el empleo en el extranjero tiene un status inferior, esto no les afectará porque el migrante no se siente parte de la sociedad de acogida, por lo menos al inicio de la migración. Por el contrario, se considera miembro de la sociedad de origen, en la que la inserción laboral en un país desarrollado y el envío de remesas al país de origen gozan de un amplio reconocimiento social. Además, como la meta de gran parte de los inmigrantes se funda en la obtención de dinero, la mayoría de ellos aceptan los empleos y las condiciones de trabajo ofrecidos (largas jornadas de trabajo, bajos salarios, inestabilidad) en tanto estrategia que les permitirá elevar sus ingresos, reducir los riesgos de la migración y contribuir al sustento material de la familia que reside en la sociedad de origen, en su caso.

En cuanto a la percepción social de la migración irregular, ésta será distinta en la sociedad de origen que en la de acogida. El punto de vista predominante en el país de origen será que los migrantes ocupan los empleos que los nacionales rechazan, en tanto que en el país receptor la lectura será que los trabajadores nacionales se ven enfrentados al desempleo debido a la presencia de los trabajadores migrantes clandestinos: en tanto por un lado se percibe el fenómeno como una violación de los derechos de los trabajadores, por el otro el problema se enfoca como una infracción a la legislación migratoria (Bustamante, 1993).

1.3. Diferencias conceptuales entre tráfico y trata de migrantes

Después de una ardua elaboración doctrinaria y jurídica, actualmente existe amplio consenso en que el tráfico y la trata de personas son conceptos distintos y bien diferenciados, siendo por lo general aceptadas las definiciones de los Protocolos de Palermo, que se analizarán más adelante.

Sin embargo, existieron considerables problemas para alcanzar una definición consensuada de ambos conceptos, ya que los mismos fueron utilizados indistintamente durante mucho tiempo, junto con varios otros, tales como tráfico de extranjeros (*alien smuggling*), trata de extranjeros (*trafficking of aliens*), tráfico ilícito de inmigrantes (*illegal immigrant smuggling*), trata de seres humanos (*human trafficking* o *trafficking in human beings*), comercio de seres humanos (*trade of human beings* y *human trade*), trata de mercancía humana (*human commodity trafficking*), trata de personas (*trafficking in persons*) (Salt y Hogarth, 2000), o aun tráfico de seres humanos (*human smuggling*) (Smith, 1997) o tráfico de migrantes (*migrant smuggling*).

En ausencia de un instrumento jurídico internacional de carácter universal, y dada la variedad de definiciones, tipificaciones penales y perspectivas de muchas legislaciones nacionales, así como las lagunas del derecho y la aplicación subsidiaria de otras figuras penales para reprimir los fenómenos, el problema excedía las pretensiones de purismo terminológico. En efecto, la falta de armonización y las lagunas y diferencias de tratamiento en algunas legislaciones nacionales son aprovechadas por los traficantes al momento de establecer (y modificar) las rutas del tráfico y de la trata con el objeto de minimizar los riesgos en caso de ser descubiertos, situación que debería modificarse con la entrada en vigor de los Protocolos de Palermo.

En la medida en que no se produzca violación alguna de los derechos humanos de los migrantes, y sin perjuicio de la responsabilidad penal de los traficantes, el tráfico constituirá esencialmente una infracción a la legislación migratoria, una forma de facilitación de la migración irregular "asistida por terceras personas".

En principio el papel del traficante se limita a la introducción clandestina del migrante en otro Estado, aunque en general sus servicios (y las tarifas) se ofrecerán "a la carta", según se trate del simple cruce de la frontera internacional, de la distancia entre los países de origen y de destino, del alojamiento seguro antes o después del cruce, o el ulterior transporte a una ciudad determinada. Sin embargo, no obstante esta caracterización inicial, son frecuentes las violaciones de los derechos humanos de los migrantes, que incluyen torturas, malos tratos, violaciones, lesiones, abandono antes de alcanzar el destino y en condiciones peligrosas, que pueden desembocar en tragedias que pueden hasta costar la vida de los migrantes objeto de tráfico. En estos casos (que el Protocolo contra el tráfico contempla como circunstancias agravantes) la figura del tráfico excede la esfera migratoria para pasar a la de los derechos humanos, o aun se transforma en el delito de trata.

La trata de personas en cambio, es siempre un delito grave – aun en sus formas menos aberrantes –, que se encuentra en la esfera de los derechos humanos debido a que incluye necesariamente elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación laboral o sexual. Por otra parte, a diferencia del tráfico, para su comisión no se requiere el cruce de una frontera internacional.

a) Causas del tráfico y la trata

Los candidatos a la migración irregular recurrirán a los mecanismos de tráfico por diferentes razones, entre ellas, las enormes distancias a recorrer; la dificultad o imposibilidad de remontar las restricciones de la legislación migratoria de los países de destino; o las dificultades para adaptarse a la vida del país de destino, por ejemplo, encontrar alojamiento y empleos adecuados (Smith, 1997).

La OIT (1999) resume el aumento de las migraciones clandestinas, y en particular del tráfico y la trata de migrantes, en una combinación de factores que incluyen la existencia de fuertes presiones expulsoras en un contexto en que sectores enteros de la economía de los países receptores – sobre todo en los sectores caracterizados por una alta densidad de mano de obra – se ven sumidos en la inestabilidad y obligados a una gran flexibilidad, y el hecho de que muchos países se ven confrontados a la reestructuración de sus economías y al aumento de las tensiones sociales, por cuanto cierran oficialmente sus fronteras a la migración laboral y multiplican la adopción de legislaciones represivas.

Widgren (1994) señala cinco factores que inciden en la rápida expansión de los mercados del tráfico y la trata de personas: 1) el crecimiento demográfico de poblaciones que ya contaban con tradiciones de emigración en el último decenio; 2) la aparición de nuevos mercados regionales que con anterioridad a la disolución del Pacto de Varsovia y de los procesos de democratización en Africa, Asia y América Latina, resultaban de difícil acceso para los traficantes, entre otras razones, por la existencia de rigurosos controles de salida y supervisión de fronteras; 3) la globalización de la economía mundial; 4) el rápido desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones, y 5) el aumento de las actividades transnacionales de las

organizaciones delictivas (blanqueo de dinero, venta de armas, tráfico de drogas, transporte de material nuclear).

La OIM (1999, párrafo 14), por su parte, identifica las siguientes causas: "Los migrantes huyen de la guerra, la persecución, la violencia, la pobreza, en busca de mejores oportunidades o se dejan engañar por promesas de buenos empleos y sueldos elevados, aceptando los servicios de los traficantes; las posibilidades de migración regular han disminuido con la instauración de políticas migratorias restrictivas; hay pocas legislaciones apropiadas de lucha contra el tráfico y su aplicación es mínima; y existe un mercado para servicios de migración irregular."

Schloenhardt (1999), en cambio, examina el tema desde la perspectiva de las organizaciones delictivas. Para las redes de traficantes el tráfico y la trata constituyen negocios lucrativos⁵ y en expansión debido a que: 1) existe una demanda creciente de migración internacional, tanto en los países de envío como de recepción; 2) las restricciones a la inmigración legal impuestas por los países industrializados originan una demanda alternativa de migración irregular; y 3) comparadas con otras actividades criminales, el tráfico y la trata ofrecen bajos riesgos de detección y enjuiciamiento penal.

b) Dinámica y mecanismos

El tráfico de migrantes puede adoptar distintas modalidades y grados de organización. Incluye desde el servicio de guía de algunos cientos de metros para cruzar una frontera prestado por un pasador ocasional hasta las actividades de grandes organizaciones delictivas que trafican personas de una parte del mundo a la otra y que suministran documentación, transporte, logística, alojamiento o empleo. Estas organizaciones, debido a su carácter dinámico y bien estructurado, suelen dedicarse tanto al tráfico como a la trata de personas.

En tanto negocio organizado el tráfico se presenta como un sistema intermediario en la industria de la migración, que facilita (de forma ilícita) el movimiento de personas entre los países de origen y de destino, y en el cual las organizaciones de traficantes hacen las veces de empresas comerciales.

La diversidad de métodos varía desde aquellos en los que los traficantes parecen ser una suerte de agencias de viaje hasta organizaciones que utilizan procedimientos típicos de la trata de esclavos, desde virtuales "salvadores" de refugiados y solicitantes de asilo que escapan de un peligro real a delincuentes que no dudan en poner en peligro la seguridad o la vida de las personas objeto de tráfico.

⁵ Aunque los beneficios del tráfico y la trata de seres humanos resultan de difícil estimación, se sabe que el delito resulta rentable en relación con el costo y el riesgo incurrido: se estima que el beneficio que producen ocho migrantes irregulares víctimas de trata equivale al de un kilogramo de heroína (Skeldon, 2000). Se ha estimado que globalmente el tráfico y la trata de personas generaban beneficios de una entidad sólo inferior a los provenientes del tráfico de armas y de estupefacientes. La estimación realizada por Widgren (1994) es la más frecuentemente aceptada y citada (Gunatilleke, 1994, Ghosh, 1997, Smith, 1997), y se cifra entre los 5.000 y los 7.000 millones de dólares. Más recientemente, con el aumento de la magnitud del fenómeno, también las estimaciones fueron actualizadas: 8.000 millones de dólares (Mármora, 1997), 10.000 millones de dólares (Schloenhardt, 1999), o entre 10.000 y 15.000 millones de dólares (Widgren, 2000).

En ese sentido, Kyle y Dale (2001:32) distinguen dos tipos opuestos y extremos de tráfico y trata de personas: el primero, un verdadero *programa de exportación de mano de obra migrante* (el caso de Azuay, Ecuador), en el que existe una verdadera industria de la migración en la que una gran parte de la población está implicada, directa o indirectamente, desde el reclutador hasta el banquero local. El segundo se caracteriza por *operaciones de importación de esclavos* entre Myanmar y Tailandia, donde mujeres, niños y niñas son víctimas de la trata transnacional, principalmente destinados a la industria sexual. No obstante sus contrastantes características, ambas modalidades pueden resultar igualmente nocivas para el migrante e implicar graves riesgos físicos y jurídicos.

De acuerdo a su importancia y grado de organización, los traficantes pueden clasificarse en tres grupos (OIM, 1994):

- 1) *Traficantes ocasionales*: esta categoría abarca a individuos que proveen un simple servicio a los migrantes, por ejemplo, el transporte para el cruce de la frontera. Se trata de pequeños operadores, residentes normalmente en zonas fronterizas y que a menudo utilizan sus propios botes, taxis o camionetas para el transporte de una persona o de pequeños grupos. No obstante su carácter amateur, pueden llegar a prestar servicios para organizaciones internacionales, pero por lo general, se trata de un tráfico espontáneo o que responde a un pedido especial y que no es duradero en el tiempo.
- 2) *Pequeños grupos criminales*: esta categoría incluye a pequeños grupos organizados de traficantes que se especializan en el tráfico de un determinado país a otro, con itinerarios invariablemente fijos, y con una logística más importante que la de los traficantes ocasionales. Actúan sobre una base más o menos permanente, pero su organización es menos profesional y compleja que las redes internacionales de tráfico.
- 3) *Organizaciones delictivas transnacionales*: incluye grandes redes delictivas que llevan a cabo todo el proceso del tráfico o de la trata: transporte, suministro de documentación falsa o robada, permisos de trabajo o cartas de invitación para el país de destino, alojamiento en tránsito y destino, introducción clandestina, y en los casos de trata la ulterior explotación laboral o sexual. Estas organizaciones poseen bases logísticas en los países de origen, tránsito y destino, y equipos altamente sofisticados. Son frecuentes las conexiones de estas organizaciones con otros delitos internacionales, como el tráfico de armas, de vehículos, de estupefacientes, o de material nuclear, que a veces se realiza simultáneamente con el tráfico de migrantes.

Esta tipología no es rígida puesto que existen prácticas de cooperación y subcontratación de ciertas actividades en determinadas regiones controladas por otros grupos, o en el caso de la trata, la cesión o la compraventa pura y simple de las víctimas.

La dinámica de la trata de personas, en cambio, dado que se desarrolla en varios estadios bien diferenciados, resulta mucho más compleja.

El modelo de organización funciona en tres etapas: la captación de migrantes en sus países de origen; el transporte y los servicios conexos necesarios para el tránsito; y la inserción e integración en los países de destino. Cada una de estas fases se caracteriza por las distintas funciones desempeñadas por los traficantes y los diferentes grados de centralización.

En una primera etapa, la fase de la captación o el reclutamiento, la víctima es contactada con distintas tácticas: anuncios en los periódicos o revistas locales, o en Internet, ofreciendo empleos en el mundo desarrollado, promesas de matrimonio con extranjeros, o incluso ofertas abiertas para ejercer la prostitución. Puede también tratarse de un primer acercamiento personal, usualmente por conocidos de las víctimas (que pueden ser comisionistas de los traficantes, agentes de reclutamiento o aun víctimas de la trata que identifican futuras víctimas como pago de su deuda), o incluso mediante tratativas con los padres o familiares, a quienes mediante engaño proponen posibilidades de una vida mejor para sus hijos, estudios en el extranjero o trabajo en casas de familia, en el servicio doméstico o la restauración.

También es frecuente que sea la propia víctima quien contacte a los traficantes, ya sea porque desconoce la verdadera naturaleza de la trata o porque, si bien la conoce subestima sus consecuencias. En estos casos, aun cuando la víctima de trata hubiera inicialmente prestado su consentimiento, para que éste sea válido deberá ser pleno e invariable.

Por último, la captación también puede realizarse mediante el uso de la fuerza física, el rapto, la amenaza u otras formas de coacción.

La segunda etapa consiste en el transporte, traslado y recepción en el país de tránsito y, posteriormente, de destino, sin perjuicio de que la explotación (sexual o laboral) y las formas de coerción pueden ya manifestarse durante el tránsito. Los medios de transporte y las rutas de la trata de personas adoptan muy diversas y cambiantes modalidades, que muestran la naturaleza dinámica y la perfeccionada logística con que cuentan las organizaciones delictivas, que se adecua constantemente a las variaciones en la intensidad de los controles fronterizos, el rigor de la legislación penal de los Estados de partida, tránsito o destino, o las posibilidades de corrupción de los funcionarios de los países concernidos, entre otros factores.

Si la trata reviste carácter internacional, las víctimas ingresarán al territorio del Estado de destino (o de tránsito) tanto clandestinamente, como en forma legal o aparentemente legal, sirviéndose de documentos de viaje, verdaderos o falsificados. En algunos casos las víctimas ingresarán con sus propios documentos de viaje y verdaderos visados (en general visas de artistas), pero posteriormente se verán obligadas a trabajar en la industria del sexo (OIM, 1999). También es posible que la trata se realice dentro de las fronteras de un mismo país, en general en zonas aisladas o remotas.

En la tercera etapa, una vez en el lugar de destino, se concreta la explotación de las víctimas. Esa explotación, en general a largo plazo, incluye, entre otras formas, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, siendo la violencia o la amenaza de la violencia tal vez las formas más comunes de coerción contra las mujeres víctimas de trata.

Suelen emplearse la violación u otras formas de violencia sexual para destrozar a las personas física, mental y emocionalmente y obligarlas a someterse a trabajos forzosos o a prácticas

semejantes a la esclavitud. La violación u otras formas de violencia sexual son armas contra las trabajadoras migrantes independientemente de la clase de trabajo que deban hacer, aunque se emplearán con más persistencia contra las mujeres sometidas a trata para condicionarlas a trabajar forzosamente en la industria del sexo.

Encerradas en una maquiladora, fábrica, barco de pesca o burdel, a menudo las víctimas son privadas de su libertad arbitrariamente o por la fuerza por agentes oficiales o no oficiales. Se impide su circulación, confiscan los pasaportes y documentos de viaje, sufren amenazas de detención y deportación, o de represalias contra personas de la familia, o de revelar el carácter de su trabajo a la familia y la comunidad, así como la violencia física y el uso de guardias de seguridad. Por otra parte, y aunque puedan beneficiarse de las salvaguardias que ofrecen las legislaciones de algunos Estados las víctimas serán reticentes a denunciar a los traficantes, no sólo por temor a represalias, sino para evitar la deportación y perder así la inversión inicial para viajar al extranjero, junto con sus medios de ganarse la vida y enviar remesas a su país de origen (OIM, 1999).

2. Los Protocolos de Palermo

2.1. Introducción

A partir del decenio de 1980 el tema de las migraciones clandestinas comienza a formar parte de la “agenda negativa” de los países en los foros regionales e internacionales, junto con el tráfico ilícito de estupefacientes, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de dinero y el terrorismo internacional. Estos delitos se caracterizan, desde el punto de vista del sujeto activo, por su carácter organizado y transnacional, y por consiguiente no resulta sorprendente que, cuando la comunidad internacional exigió dar una respuesta para prevenir y combatir estos delitos, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, hayan pasado también a formar parte del objeto de los mismos instrumentos, en el entendimiento de que la eficacia de la respuesta internacional reposa en que se le imprima un enfoque amplio y global, y en que se adopten instrumentos jurídicamente vinculantes de carácter universal.

Como resultado de ello la normativa internacional destinada a reglamentar las migraciones internacionales, en su aspecto de lucha contra el tráfico y la trata de migrantes fue tratada desde una perspectiva jurídico-penal, en su vertiente de lucha contra el delito organizado internacional, en detrimento de una legislación con un espíritu basado en unas perspectivas social, económica, laboral o demográfica. Esto es, la trata de migrantes que, como ya se ha indicado, contiene un elemento de explotación, queda comprendida en el tema más amplio de la trata de personas en general, y de las mujeres y niños en particular. El tráfico ilícito de migrantes, en cambio, se aborda en un instrumento por separado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y los Protocolos para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención fueron abiertos a la firma de los Estados y de las organizaciones regionales de integración económica en una reunión de alto nivel celebrada en Palermo (Italia) en diciembre de 2000. La reunión de Palermo contó con una participación masiva: al finalizar la reunión, la Convención había sido firmada por 124 Estados, el Protocolo sobre la trata por 81 y el Protocolo sobre el tráfico por 78. A septiembre de 2002 los Estados signatarios eran 142, 109 y 105, en tanto que las ratificaciones ascendían a 24, 18 y 17, respectivamente.

Las diferencias en el número de Estados signatarios de cada instrumento se explican por cuanto los Estados u organizaciones regionales de integración económica pueden ser parte en la Convención y no en uno o más de los protocolos, dado el carácter complementario que éstos revisten. En el mismo sentido, para ser parte en uno o más de los protocolos, los Estados deberán también ser parte en la Convención (art. 37 de la Convención).

Para que la Convención entre en vigor son necesarias 40 ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones (art. 38 de la Convención). Para que los Protocolos entren en vigor se requiere la misma cantidad de ratificaciones; sin embargo, debido a su naturaleza complementaria, no pueden entrar en vigor antes que la propia Convención (art. 17 del Protocolo sobre la trata; art. 22 del Protocolo sobre el tráfico).

El principal propósito de la Convención es la promoción de la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional (art. 1). La Convención y sus Protocolos establecen unas normas mínimas que servirán de marco a los Estados Parte en la elaboración de una legislación interna coherente tanto con las necesidades nacionales como con los acuerdos bilaterales o multilaterales en que cada Estado participe.

2.2. El Protocolo contra el tráfico de migrantes

El Protocolo no es un instrumento de derechos humanos y no se aplica sino a las actividades ilícitas de carácter transnacional⁶ que sean llevadas a cabo por un grupo delictivo organizado⁷. De hecho, este instrumento no es más que la respuesta de los Estados a un aspecto de la problemática migratoria. No obstante, a pesar de que el objeto principal de un instrumento no sea la protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que un tratado puede *concernir* a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal⁸.

El artículo 3, a), estipula que, para los fines del Protocolo:

“Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

Asimismo, el artículo 3, b) define entrada ilegal como “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”. Esta definición incluye no sólo el cruce de fronteras en los que se evitan los controles de la autoridad competente, sino aquellos cruces que, en apariencia, son legales, pero que en realidad comportan la utilización de documentación falsa, robada o adulterada (Grupo de Budapest, 1999).

⁶ El artículo 3 de la Convención requiere que los delitos sean de carácter transnacional. Para que un delito sea considerado de carácter transnacional deberá contar con uno o más de los siguientes elementos: i) el delito debe cometerse en más de un Estado; ii) si bien el delito se comete en un solo Estado, una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se ha realizado en otro Estado; iii) el delito se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o iv) el delito se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

⁷ El artículo 2 de la Convención, define a un grupo delictivo organizado teniendo en cuenta los siguientes elementos: 1) un grupo estructurado de tres o más personas 2) que exista durante cierto tiempo y 3) que actúe concertadamente 4) con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención 5) con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

⁸ Opinión Consultiva OC-1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de septiembre de 1982: “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, solicitada por Perú. OEA, Serie A, Fallos y Opiniones, N° 1.

a) Componentes de la acción

En toda acción existe un sujeto que la realiza, es decir el sujeto activo, pero también otro, el sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico protegido atacado por el delito. No obstante, por lo general en los delitos de acción pública, el interés del Estado puede coincidir con el del individuo; en estos casos, la titularidad de los intereses penalmente protegidos corresponde siempre en primer lugar al Estado. Es el Estado quien defiende el derecho a la vida, a la libertad, independientemente de que las personas concernidas deseen verse libres de la protección estatal o carezcan de interés en gozar de ella (Rodríguez Devesa, 1973).

El objeto material del delito, por otra parte, es la persona o cosa sobre la cual recae la acción del delito. El objeto material de un delito puede darse únicamente en los delitos de resultado, como son los de tráfico y trata.

En el delito de tráfico el sujeto activo es el traficante, es decir, un grupo delictivo organizado, conforme al Protocolo. Ahora bien, es posible que exista pluralidad de sujetos activos, es decir, la participación de más de un grupo delictivo organizado, dada la práctica existente entre los traficantes de "subcontratar" alguno de los trayectos que componen la ruta del tráfico que se encuentra bajo la influencia de otro grupo delictivo.

El tráfico es un delito contra la soberanía del Estado y, por consiguiente, el sujeto pasivo es el Estado – y no el migrante – por cuanto el bien jurídico protegido es la soberanía del Estado de que se trate. Sin embargo, cuando concurren las circunstancias agravantes del artículo 6 del Protocolo, el migrante será también sujeto pasivo de los delitos que se cometan contra su persona. El migrante en todo caso es el objeto material del delito.

Por último, el hecho de que el migrante objeto de tráfico haya prestado su consentimiento es jurídicamente irrelevante conforme al Protocolo y no lo convierte en copartícipe.

b) Ambito espacial

A diferencia de la trata de personas, que podrá ser tanto de carácter internacional (dos o más Estados) como nacional (es decir, dentro de las fronteras de un solo Estado), por definición, el tráfico de personas tiene siempre carácter internacional.

El delito de tráfico, así como el de trata de personas, es un delito de tránsito y, por tanto, resulta pertinente determinar la jurisdicción de los Estados competentes para entender en el mismo.

En aplicación de la teoría de la ubicuidad, el delito se entiende cometido en todos los lugares en los que se haya realizado cualquiera de los elementos típicos de la acción. No obstante, el artículo 15 de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional establece que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para establecer su jurisdicción cuando los delitos de tráfico y trata se cometan en su territorio, o se cometan a bordo de un buque que enarbore su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión de los delitos. Asimismo, los Estados Parte también podrán establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando el delito se cometa contra uno de sus

nacionales; el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o el delito de participación en un grupo delictivo organizado se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio, y ello sin perjuicio del ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

c) Delitos conexos

El Protocolo prevé, además del tráfico ilícito de migrantes, otros dos delitos conexos con el mismo que se relacionan con la documentación falsa y la residencia ilegal. Así pues, en el artículo 6 se prevé que los Estados Parte adopten las medidas legislativas pertinentes para tipificar como delito:

- la creación, facilitación, suministro o posesión⁹ de un documento de viaje o de identidad falso cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, entendiéndose por documento de viaje o de identidad falso cualquier documento de viaje o de identidad: i) elaborado o expedido de forma espuria o alterado¹⁰ materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; ii) expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o utilizado por una persona que no sea su titular legítimo (art. 3, c));
- la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer en ese Estado, recurriendo a documentos de viaje o de identidad falsos o a cualquier otro medio ilegal¹¹.

⁹ La posesión de documento falso sería solamente delictiva si hubiera estado al servicio del tráfico de migrantes. En cambio, esta disposición no se aplicaría al migrante que poseyera un documento falso para su propio paso por la frontera (*Travaux préparatoires*, párrafo 93).

¹⁰ Las palabras “elaborado o expedido de forma espuria o alterado” deberán entenderse en el sentido de que se refieren no sólo a la creación de documentos falsos, sino también a la alteración de documentos legítimos y a la práctica de llenar los espacios en blanco de documentos robados. Incluyen tanto a los documentos falsificados como a los auténticos si son utilizados por una persona que no sea su titular o legítimo tenedor (*Travaux préparatoires*, párrafo 90).

¹¹ Al respecto, es frecuente el establecimiento por los traficantes de estructuras legales, tales como escuelas de idiomas o institutos de enseñanza, con objeto de facilitar la obtención de verdaderos visados de turismo, negocios o para estudiantes, en la propia documentación de los migrantes, quienes ingresan legalmente al país de destino, pero permanecen irregularmente a la expiración de las visas (Grupo de Budapest, 1999). Stalker (2000) cita el caso de un pequeño restaurante chino en Praga que había expedido contratos de trabajo para unas 800 personas.

d) Otros elementos del tipo penal

Por otra parte, el artículo 6 añade a la caracterización del tipo penal dos elementos. En primer lugar estipula que esos delitos deben cometerse intencionalmente. La intencionalidad (o elemento volitivo) es uno de los dos elementos componentes del dolo (el otro es el elemento cognoscitivo). Así pues, en esta formulación se excluye toda forma culposa del delito (imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de los reglamentos), por otra parte incompatible con el marco jurídico de la Convención, esto es, la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

En segundo término, los delitos deben tener el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, es decir el elemento de lucro. Así pues, no resultarán penalizadas las organizaciones humanitarias que no persiguen un lucro sino que se limitan a prestar asistencia a las personas que huyen de la persecución y la violencia, ni las personas que actúan en razón de lazos familiares o vínculos de amistad con el migrante. En efecto, la referencia a un beneficio financiero en el Protocolo fue hecha para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ellas las actividades de todos los que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. Se señala asimismo que el Protocolo no pretendía penalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones religiosas de apoyo.

e) Circunstancias agravantes

El artículo 6 prevé que los Estados Parte adopten las medidas legislativas necesarias para considerar como agravante de los delitos tipificados, toda circunstancia que ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados, o que dé lugar a un trato inhumano o degradante de los migrantes, en particular con el propósito de explotación.

Las circunstancias agravantes son elementos adicionales cuya concurrencia da lugar a un tipo penal cualificado (Quintero Olivares, 2000). Así, la mención a ciertos derechos humanos fundamentales de los migrantes, cuya violación constituye circunstancias agravantes, es reflejo de la preocupación expresada en el preámbulo acerca de la vida y la seguridad de los migrantes, y expresan el reconocimiento de la comunidad internacional (y la labor de las organizaciones humanitarias) a las condiciones de extremo peligro y de trato inhumano, cruel o degradante, en que muy a menudo se realiza el tráfico de migrantes, y a sus consecuencias con frecuencia trágicas.

La existencia del delito de tráfico agravado, por una parte, y el delito de trata de personas por la otra, no podrá sino redundar en un aumento de la eficacia en la aplicación de los Protocolos, toda vez que en la hipótesis en que no resultara posible la prueba de todos los supuestos necesarios para que se configure el delito de trata, en muchos casos resultará de aplicación subsidiaria el delito de tráfico agravado. Sin embargo, la circunstancia de que el migrante traficado siga siendo objeto de tráfico cuando se verifican las circunstancias agravantes del artículo 6, o si más bien se convierte en víctima de trata, traería aparejado efectos jurídicos distintos con respecto a la protección y asistencia de que gozan las víctimas, conforme al Protocolo sobre la trata.

2.3. El Protocolo sobre la trata de personas

En el preámbulo del Protocolo los Estados Parte, al tiempo que declaran que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos, manifiestan su preocupación por la insuficiente protección de que gozan las personas vulnerables a la trata debido a la falta de un instrumento de esa naturaleza. En el mismo sentido, en el preámbulo también se señala el hecho de que, pese a la variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas para combatir la explotación sexual de las mujeres y los niños, no existía ningún instrumento universal que abordara todos los aspectos de la trata de personas.

El Protocolo tiene tres finalidades (art. 2): la primera es la prevención y lucha contra la trata de personas, en especial de las mujeres y los niños; la segunda la protección y asistencia a las víctimas, respetando plenamente sus derechos humanos, y la tercera la promoción de la cooperación internacional para el logro de esos fines.

El artículo 3, a) del Protocolo establece la siguiente definición de trata:

“Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, 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. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

La definición se compone de los siguientes tres elementos que constituyen el tipo penal: a) la acción típica; b) la utilización de medios coercitivos para cometerla, y c) los fines de explotación.

a) La acción típica

La trata de personas es un mecanismo complejo que se compone de múltiples acciones, que se desarrollan en distintos ámbitos espaciales.

La definición incluye todas las acciones que componen el proceso de la trata de personas, desde las acciones en los países o regiones de origen (la *captación* o reclutamiento), a las de tránsito (*transporte y traslado*) y de destino (*acogida o recepción*).

Cada una de las acciones que estipula el Protocolo constituyen el delito de trata de personas, independientemente del estadio que haya alcanzado el proceso de la trata en su conjunto, bastando la comisión de cualquiera de ellas para que se tenga por cometido el delito, en la medida en que concurren los medios coercitivos y que existan fines de explotación,

La trata es un delito de resultado anticipado, cuya consumación se produce con el logro de la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, siendo indiferente lo que ocurra después: basta que en el momento de la consumación el sujeto que la ha promovido o facilitado haya tenido en su ánimo el fin de destinar a la víctima a la explotación (Soler, 1978).

i) Componentes de la acción

Como para el delito de tráfico, en el delito de trata el sujeto activo es un grupo delictivo organizado. También es posible que exista pluralidad de sujetos activos. Por el contrario, existe una identidad entre el sujeto pasivo y el objeto material del delito, es decir la víctima de la trata. La acción del delito recae sobre la persona objeto de trata, quien a su vez es sujeto pasivo en cuanto titular del bien jurídico tutelado, aunque estas figuras presentan diferencias conceptuales, como se señala anteriormente.

La trata es un delito contra las personas. Ahora bien, el bien jurídico protegido variará según los casos, pero en general serán: a) la vida (art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)); b) la libertad, implícita en la prohibición de la esclavitud y la servidumbre¹², comprendida la libertad sexual (art. 8 PIDCP; art. 6 CADH y art. 4 CEDH); y c) la dignidad y la integridad física, inherentes del derecho a no sufrir torturas ni tratamientos inhumanos o degradantes (art. 7 PIDCP; art. 5 CADH y art. 3 CEDH).

ii) Ambito espacial

El Protocolo nada dispone acerca del ámbito espacial de aplicación; por consiguiente, el delito de trata de personas podrá ser tanto de carácter internacional (dos o más Estados) como nacional (es decir, dentro de las fronteras de un solo Estado). En efecto, si bien el paso por fronteras geográficas o políticas a veces es un aspecto de la trata de personas, ésta puede darse tanto a través de fronteras nacionales como dentro de ellas (Coomaraswamy, 2000).

En el cuadro de la página siguiente se señalan las diferencias en los componentes de la acción entre los delitos de tráfico y trata.

¹² Asimismo, por definición, las víctimas de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso se verán privadas del derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente su residencia (art. 12 PIDCP), o en los casos más graves, existirá privación de identidad, obligación de hablar en otro idioma, cambiar de religión, impedimento de contraer matrimonio o de fundar una familia, o interdicción de poseer o heredar propiedades.

**Tráfico y trata de personas:
Diferencias en los componentes de la acción**

Componente	Protocolo contra el tráfico	Protocolo sobre la trata
<i>Sujeto activo</i>	Grupo delictivo organizado	
<i>Sujeto pasivo</i>	Estado y/o persona (tráfico agravado)	Persona
<i>Objeto del delito</i>	Persona	
<i>Bien jurídico protegido</i>	Delito contra el Estado: Soberanía del Estado	Delito contra las personas: a) Vida b) Libertad general, libertad sexual c) Dignidad e integridad física
<i>Clase de realización del tipo</i>	Delito de resultado ¹	
<i>Momento de la consumación²</i>	La consumación se alcanza en cuanto el acto da lugar al resultado previsto, es decir, el migrante ingresa irregularmente a otro Estado	El resultado se alcanza al lesionarse el bien jurídico protegido. Sin embargo, el estadio consumativo se prolonga en el tiempo en tanto dure la situación de ofensa del bien jurídico
<i>Cómputo del plazo de prescripción</i>	Delito instantáneo: Momento en que se consuma el tráfico	Delito permanente ³ : Una vez consumada, la trata subsiste mientras persista el elemento de explotación
<i>Ambito espacial</i>	Internacional	Nacional o internacional
<i>Jurisdicción</i>	Estado donde se inicia la ejecución del delito o donde se obtienen resultados intermedios o finales Estado de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo	Estado (o provincia) donde se inicia la ejecución del delito o donde se obtienen resultados intermedios o finales Estado de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo
Notas:		
¹ Delitos de resultado son aquellos que, debido a la naturaleza de los bienes jurídicos atacados, son susceptibles de destruirlos, menoscabarlos o ponerlos en peligro.		
² Si el delito no llega a consumarse, el cómputo tomará consideración del momento en que concluye la actividad del sujeto activo, o en que se obtiene el último de los resultados intermedios.		
³ Delitos permanentes son aquellos en que, a consecuencia de la actividad del sujeto, se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su voluntad.		

b) Los medios coercitivos

El Protocolo establece que para que las acciones típicas mencionadas en la primera parte de la definición constituyan trata de personas, debe haberse hecho recurso a un medio de coerción, físico o psíquico, que condicione, determine o vicie la voluntad de la persona víctima de trata, si ésta hubiera dado su consentimiento, o que la fuerce a la trata, haciendo caso omiso de su oposición.

Los medios coercitivos enumerados en el Protocolo son: la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

Como se señala anteriormente, la violencia o las amenazas son tal vez las formas más comunes de coerción contra las mujeres víctimas de trata. La violación u otras formas de violencia sexual son prácticas corrientes para forzar la voluntad de las víctimas y someterlas al trabajo forzoso o a prácticas análogas a la esclavitud, independientemente de la clase de trabajo que deban hacer, aunque estas prácticas suelen emplearse con más persistencia contra las mujeres sometidas a trata para condicionarlas a trabajar forzosamente en la industria del sexo. A menudo las víctimas son privadas de su libertad arbitrariamente o por la fuerza por agentes oficiales o no oficiales. Se impide su circulación, confiscan los pasaportes y documentos de viaje, sufren amenazas de detención y deportación, o de represalias contra personas de la familia, o de revelar el carácter de su trabajo a la familia y la comunidad, así como la violencia física.

La mayor parte de estos actos ilícitos constituyen una violación de los derechos humanos de los migrantes en su forma de infligimiento de tratamientos inhumanos o degradantes.

c) Los fines de explotación

De acuerdo al Protocolo, el fin de la acción típica debe ser la explotación de la persona víctima de trata.

El Protocolo establece que la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Esta enumeración no es taxativa e indica algunas de las formas de explotación más frecuentes en la actualidad, quedando abierta la posibilidad de que se consideren como explotación nuevas prácticas ilícitas que pudieran ejercerse en el futuro. Este tema se analiza más adelante.

2.4. Tentativa y participación criminal

Ambos Protocolos prevén asimismo la penalización de la tentativa y de la participación como cómplice en la comisión de ambos delitos.

a) La tentativa

Los Protocolos estipulan que los delitos enunciados pueden cometerse en grado de tentativa. En el *iter criminis*, proceso que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación, la tentativa es una forma imperfecta de ejecución del delito que se manifiesta cuando un delito determinado comienza a ejecutarse pero no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. En forma más amplia hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. De esta forma puede diferenciarse entre tentativa acabada (cuando el autor ha cometido *todos* los actos) o inacabada (cuando ha cometido sólo una *parte*). Los delitos de resultado, como los previstos en el Protocolo, admiten tanto la tentativa acabada como la tentativa simple o inacabada, pero tendrán efectos jurídicos distintos, tanto en cuanto a la graduación de la pena como en los casos de evitación voluntaria del resultado por parte del autor: en el caso de la tentativa incompleta se podrá considerar que existe un desistimiento voluntario en tanto que para la tentativa completa, se tratará de un arrepentimiento.

Por último, conviene distinguir entre la tentativa acabada y el delito frustrado, elaboración doctrinaria de política criminal que coincide con la descripción de la tentativa acabada, es decir, el delito no se consuma, pese a que el autor ha ejecutado todos los actos que deberían objetivamente producir el resultado, por circunstancias ajenas a su voluntad. Existe entre ambos conceptos una relación de subsidiariedad tácita, es decir cuando se han cometido *todos* los actos ya no se puede retroceder en la tentativa, excepto en el caso en que fuera posible un arrepentimiento activo y eficaz. De lo contrario resultarían aplicables las disposiciones sobre delito frustrado.

A este punto, resulta necesario distinguir entre el comienzo de ejecución de un delito y los actos preparatorios, que son los primeros “actos externos” realizados para la comisión de un delito. En el primer caso puede existir tentativa (si se verifican los supuestos enunciados en el párrafo anterior), en tanto que los actos preparatorios son impunes cuando no los castiga expresamente la ley (Rodríguez Devesa, 1973). Los actos preparatorios resultarán punibles, en cambio, en un sistema de punición general de los actos preparatorios, sistema que significa el grado más elevado de represión en el tratamiento penal de las diferentes etapas del comportamiento delictivo (Quintero Olivares, 2000). A ese respecto, en los *travaux préparatoires* se indica que la tentativa se entenderá en algunos países en el sentido de que abarca no sólo los actos perpetrados en preparación del delito sino también los que den lugar a una tentativa frustrada de delito, siempre que esos actos sean también punibles con arreglo al derecho interno.

b) La participación criminal

Los Protocolos mencionan expresamente sólo la participación como complicidad. La complicidad puede definirse como toda contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor (Quintero Olivares, 2000). Sin embargo, parte de la doctrina considera que los actos que caracterizan la complicidad son actos no necesarios. Es un *auxilium ante* o *in delictum* cuya omisión no hubiera impedido que se

cometiera en los mismos términos (Rodríguez Devesa, 1973). Como toda forma de participación criminal la complicidad se apoya en el principio de accesoriadad penal, que designa la dependencia que la conducta del partícipe tiene respecto de la conducta del autor del delito, sin perjuicio de que para que la participación sea punible es preciso que el autor haya obrado típica y antijurídicamente, es decir que la eventual concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad no afecta a la punición de los sujetos en quienes dicha causa no concurra.

Si bien los Protocolos no se refieren de forma explícita a otras formas de participación criminal distintas de la complicidad, tales como la coautoría, la instigación o inducción, la proposición, la provocación, la apología, el auxilio o la cooperación, necesarios o no necesarios, o el encubrimiento (en algunos sistemas), estas formas de participación resultarán punibles de todas maneras en aplicación de la teoría de la participación criminal que responda a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Por otra parte, se estipula que nada de lo dispuesto en los Protocolos impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

i) Responsabilidad penal de los migrantes
objeto de tráfico

Se había planteado la importancia de diferenciar el hecho delictivo producido por el traficante, de la contravención realizada por el inmigrante irregular, ya que cuando la persecución ataca de igual forma a uno y a otro, resultará probable que los medios disponibles para el control sean insuficientes, y que esta persecución indiscriminada al migrante termine por debilitar la lucha contra la delincuencia organizada (Mármora, 1997).

En ese sentido, el artículo 5 del Protocolo estipula que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguno de los delitos relacionados con el tráfico o con la documentación tipificados en dicho instrumento. En efecto, el propósito del Protocolo no es penalizar la migración clandestina sino el tráfico ilícito y sus delitos conexos y, por tanto, el sujeto activo del delito es el traficante y no el migrante traficado.

Así pues, dado que la acción del tipo penal es la *facilitación* de la entrada ilegal de una persona, en virtud del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), el ingreso clandestino¹³ de una persona a un Estado del que no sea nacional ni residente permanente no constituye delito con arreglo al Protocolo. En consecuencia, el alcance de la exención de responsabilidad penal del artículo 5 no se dirige al ingreso clandestino propiamente dicho porque, según se señala, no constituye delito, sino a los delitos relacionados con la documentación.

Sin embargo, esta norma no resulta superflua con respecto al ingreso clandestino. Por una parte, por vez primera se hace una referencia explícita de esta naturaleza en un instrumento internacional universal con carácter vinculante para los Estados. Por la otra, si bien en los términos del Protocolo la propia migración clandestina no constituye delito, la legislación

¹³ El ingreso ilegal se entiende en sentido amplio, es decir, el cruce de fronteras evitando el control de las autoridades competentes, y el cruce de fronteras, en apariencia legal, pero utilizando documentación falsa (en los términos del artículo 3 del Protocolo).

nacional de numerosos países sí prevé penalidades por dicha conducta. De esta manera, los Estados de tránsito o destino concernidos que ratifiquen la Convención y el Protocolo deberán adecuar su derecho interno y eximir de responsabilidad penal al migrante objeto de tráfico.

Las sanciones contra los trabajadores migrantes en situación irregular se encuentran muy extendidas tanto en los países de origen como de destino. Algunos países prevén sanciones en su legislación nacional contra sus nacionales cuando emigran en condiciones irregulares. Con respecto a los países de inmigración, se sancionan tanto la entrada o estancia irregular como el carácter irregular del empleo. Las penas van desde multas o prisión, a la expulsión, acompañadas a veces por la prohibición parcial o permanente de residir en el territorio del país de empleo, y hasta los castigos corporales (flagelación) (OIT, 1999).

En cuanto a la hipótesis de que el traficante y el migrante sean la misma persona, esto resultaría en un delito imposible. Sin embargo, puede darse el caso de que el migrante sea objeto de tráfico en los términos del Protocolo, y al mismo tiempo sujeto activo (cómplice) del tráfico de terceros migrantes¹⁴. En tal caso, su conducta resultará punible puesto que, por una parte, se encuadra en la comisión del delito de tráfico ilícito, y por la otra, su conducta no queda comprendida bajo el alcance del artículo 5.

En los términos del mismo artículo, el migrante tampoco resultará enjuiciable por la *posesión* de un documento de identidad o de viaje falso (art. 6, b) ii)), en la medida en que tal documento haya sido utilizado para el cruce personal de una frontera. En el mismo sentido, tampoco resulta punible la *creación* de un documento de viaje o de identidad falso (art. 6, b, i)). Si bien el Protocolo no se refiere expresamente a la *obtención* del documento falso por parte del migrante, el espíritu de la norma indica que esta conducta tampoco resultará punible. En ambos casos, se mantiene la condición de la utilización personal para el cruce de fronteras.

Sin embargo, en los términos del artículo 6, inciso 4, nada de cuanto se dispone en el Protocolo impedirá a los Estados Parte adoptar medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno. Por consiguiente, resulta necesario distinguir claramente entre, por una parte, las acciones de creación, obtención, posesión y utilización de la documentación falsa, y el tráfico propiamente dicho (entrada ilegal), y por la otra, toda otra acción que pudiera constituir delito, por cuanto la aplicación del artículo 5 es restrictiva.

Esta distinción es necesaria por cuanto el migrante puede llegar a cometer un delito en ocasión del tráfico, inducido u obligado por los traficantes, por ejemplo, el transporte de drogas en ocasión de su cruce ilegal de la frontera, o bien, que su relación con los traficantes no concluya con el ingreso clandestino en el país de tránsito o de destino, sino que el migrante puede verse introducido en los circuitos del delito organizado. En este último caso, sin embargo, si se halla presente el elemento de explotación, el delito de tráfico se convierte en trata de personas y el migrante pasa, de ser el objeto del delito, a ser el sujeto pasivo, es decir, la víctima. La aplicación del concepto de criminalidad inducida en los migrantes (Savona, 1998) al delito de tráfico es verosímil, pero resultará más coherente en los casos del delito de trata de personas.

¹⁴ La figura del migrante tercero no incluye a los familiares o a las personas a quienes el migrante/traficante preste ayuda por motivos humanitarios, en la medida en que no se encuentre presente el elemento de beneficio financiero o de orden material previsto en el tipo penal.

El migrante irregular no resultará enjuiciable por las conductas analizadas en los casos en que fuera objeto de tráfico, según se define en el Protocolo. Ahora bien, no todos los migrantes clandestinos son objeto de tráfico por definición, sino que pueden verificarse otras dos hipótesis: 1) el sujeto activo de la introducción clandestina es una persona o grupo de personas no considerados como grupo delictivo organizado con arreglo a la Convención, y en consecuencia, el delito no queda comprendido en el ámbito de aplicación del Protocolo; o 2) el migrante ingresó al país por su propia cuenta, sin recurrir al tráfico. En ambos casos la conducta de estos migrantes irregulares, en ocasión del ingreso clandestino o la utilización de documentación falsa, no quedaría bajo el alcance del Protocolo y, por tanto, su conducta sería punible bajo el ordenamiento jurídico nacional, si procediera.

Una inmediata armonización de la legislación en los Estados ratificantes de la Convención y el Protocolo, pero cuyo ordenamiento jurídico penalice el ingreso clandestino de personas cuando no exista tráfico con arreglo al Protocolo evitaría que una misma situación resulte en que la persona que haga recurso a un grupo delictivo organizado no esté sujeta a enjuiciamiento penal, en tanto que quien se sirva de un grupo que no se encuadre en la definición de la Convención (pasadores ocasionales) o que simplemente ingrese ilegalmente por su propia cuenta al país, sí pueda estar sujeta a enjuiciamiento penal. Esta contradicción redundaría en el logro del efecto contrario que se proponen los instrumentos de Palermo, es decir, que los individuos prefieran hacer recurso al delito organizado como garantía de que estarán exentos de responsabilidad penal.

En cuanto a la carga de la prueba de la existencia del delito de tráfico con arreglo al Protocolo, corresponde al Estado o al ministerio público, de acuerdo a su derecho interno, como con cualquier acusación penal.

ii) Relaciones entre explotación y delito

Las operaciones de tráfico y de trata de personas a gran escala son controladas cada vez más por las redes internacionales del delito organizado, con el efecto adicional de extender sus demás actividades delictivas a los países en que operan. Por otra parte, la imagen negativa de la migración que se instala en los países de recepción puede traer aparejada la generación de reacciones que asocian la migración con la actividad criminal y que pueden adquirir manifestaciones xenofóbicas (Gunatilleke, 1994).

La explotación de las víctimas de trata tiene estrechas relaciones simbólicas y reales con el delito. En primer lugar, aun si no constituyen delitos, algunas de las formas de explotación (en especial las relacionadas con la explotación sexual, el trabajo clandestino o la mendicidad organizada), se encuentran estigmatizadas en la sociedad occidental e influyen negativamente sobre la percepción social de los roles, provocando una alteración de la realidad y produciendo una identificación entre la víctima y el delincuente, con el resultado de terminar asociando erróneamente la migración con el delito.

En otros casos, las víctimas son introducidas efectivamente en los circuitos del delito, opción que no responde siempre a una libre elección, dada la vulnerabilidad a la que los expone su acceso limitado a toda asistencia o ingreso legal. En aplicación de la teoría de la criminalidad inducida los traficantes establecen una relación de dependencia y servidumbre con sus

víctimas, a resultas de la deuda contraída, de las condiciones de marginalidad y marginación social o de vínculos étnicos que unen a la organización traficante con las víctimas.

Una gran parte de los delitos cometidos por los migrantes (en general, clandestinos) tiene estrechas relaciones con las operaciones de trata y explotación por parte de las organizaciones delictivas, y las probabilidades de que las víctimas se vean introducidas en los circuitos del delito aumentan en relación directa con el grado de organización de las redes de traficantes (Savona y Di Nicola, 1997). Así, la tasa de criminalidad de los migrantes irregulares debe ser considerada a la luz de la ecuación: trata-explotación-delito (Savona, 1998).

3. La explotación laboral

Sin perjuicio de los distintos fines de explotación evocados y de la naturaleza cambiante de la explotación en el delito de trata de personas, se analizará una de las formas de explotación que resulta más paradigmática: la explotación laboral, incluidos el trabajo forzoso y la servidumbre por deudas.

En la práctica, puede considerarse que el elemento de explotación más frecuente en gran parte de la trata de personas responde a una forma contemporánea de servidumbre por deudas. Asimismo la deuda financiera y moral (al presentarse el empleo clandestino como un servicio prestado) contraída por los trabajadores migrantes los coloca en una posición de dependencia que favorece la explotación desmedida de su trabajo (OIT, 1999).

Coomaraswamy (2000) señala que la trata de personas, para responder a sus manifestaciones modernas se centra en el trabajo forzado o en prácticas análogas a la esclavitud, en lugar de hacerlo específicamente en la prostitución o la explotación sexual. Ello así puesto que los objetivos de la trata exceden los trabajos sexuales, concentrándose asimismo en el trabajo doméstico, manual o industrial (*sweatshops*) y el matrimonio y adopción u otras relaciones íntimas, pero sin limitarse a ellas.

Desde la perspectiva del trabajo forzoso, la OIT (2001) identifica, entre otras, las siguientes formas de explotación: el trabajo forzoso en la trata de personas; los trabajadores domésticos en situaciones de trabajo forzoso; la servidumbre por deudas; el trabajo forzoso en la agricultura y en zonas rurales remotas; y la esclavitud y el secuestro.

Desde la perspectiva de las formas contemporáneas de esclavitud (Weissbrodt y otros, 2000), las formas de explotación, en cambio, son las siguientes¹⁵: la servidumbre de la gleba; el trabajo forzoso; la servidumbre por deudas; la explotación de los trabajadores migrantes; la trata; la prostitución; los matrimonios forzados y la venta de esposas; el trabajo y servidumbre infantiles; el tráfico de órganos humanos.

Sin embargo, cualesquiera que sea la perspectiva, las formas de explotación mencionadas suelen encontrarse tan estrechamente relacionadas que, por estadios, pueden confundirse, precederse, proseguirse o aun ser concomitantes. En efecto, a una forma de explotación pueden añadirse otras, puede cesar una forma de explotación y comenzar otra, aunque casi todas tienen el denominador común del trabajo forzoso – en canales lícitos o ilícitos –, excepto la trata de personas con fines de extracción de órganos.

3.1. El trabajo forzoso

La mayor parte de las principales formas de trabajo forzoso u obligatorio que identifica la OIT (2001) se encuentran directa o indirectamente relacionadas con la trata de personas, y en muchos casos, se corresponden con los mínimos incluidos en la definición del Protocolo sobre la trata: la situación de los trabajadores del servicio doméstico en situaciones de trabajo

¹⁵ También se identifican otras formas no específicas de la esclavitud, como el apartheid, el colonialismo y el incesto.

forzoso; la servidumbre por deudas; el trabajo forzoso en la agricultura y en zonas rurales remotas; y la esclavitud.

Los medios de comunicación, en ocasiones, mencionan el "trabajo forzoso" o la "esclavitud contemporánea" para referirse al trabajo prestado en condiciones abusivas o con salarios excesivamente bajos. En algunos países, aun a nivel judicial se ha interpretado que constituye trabajo forzoso el que realiza una persona que, debido al hambre y la pobreza, se ve obligada a aceptar un empleo a cambio de una remuneración que está por debajo del salario mínimo legal.¹⁶ Aún más, se ha señalado en ese sentido que, en idioma español, la expresión "trabajo forzoso" suele evocar la labor de los esclavos en las plantaciones coloniales o la de los penados en el interior de las prisiones, encadenados y bajo custodia armada. Esta evocación suele causar confusiones y suscita la creencia de un carácter totalmente anacrónico del contenido de los instrumentos (von Potobsky y Bartolomei, 1990).

Por ello, a la hora de considerar una definición universalmente aplicable a la expresión "trabajo forzoso u obligatorio", debe privilegiarse la perspectiva jurídica que emana de los instrumentos internacionales, señaladamente los convenios de la OIT.

a) Los convenios de la OIT sobre trabajo forzoso

La expresión "trabajo forzoso u obligatorio" encuentra su fuente en el artículo 5 del *Convenio internacional sobre la esclavitud, de 1926*, expresión que fue conservada con el objeto de mantener una terminología similar (von Potobsky y Bartolomei, 1990).

Según el artículo 2, 1, del *Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29)* de la OIT, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" designa "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".

La primera parte de la definición se refiere a trabajos o servicios, abarcándose así, de manera muy general, las actividades humanas que pueden realizarse en beneficio de terceros. No se estipula limitación alguna en cuanto a la naturaleza de la relación entre la persona que suministra el trabajo y quien lo impone: dicha relación puede ser de hecho o de derecho, permanente o temporal, expresamente aceptada o tácitamente consentida. El segundo elemento de la definición es "bajo la amenaza de una pena cualquiera". A este punto es conveniente señalar que la amenaza o advertencia de que no habrá remuneración o retribución si no se efectúa un trabajo, no constituye una amenaza en los términos del Convenio, sino que se estaría en presencia del incumplimiento de las obligaciones laborales en virtud de una relación sinalagmática. Así pues, cuando se trata de pena, ésta debe ir más allá de los elementos normales de una relación de trabajo. El tercer elemento, por último, es la falta de consentimiento que se infiere de la expresión "para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".

Si bien los Estados ratificantes se comprometen a suprimir el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas (art. 1), la prohibición del trabajo forzoso no es absoluta,

¹⁶ Documento GB.277/3/2, Consejo de Administración, OIT, 2000.

puesto que se admite una serie de excepciones, las que, sin embargo, no resultan aplicables al delito de trata de personas.

Posteriormente, fue adoptado el *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105)*, por el que los Estados ratificantes se obligan a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio.

Los Convenios Nos. 29 y 105 fueron ampliamente aceptados por la comunidad internacional, y son los instrumentos de la OIT que han obtenido el mayor número de ratificaciones.

b) Formas de trabajo forzoso pertinentes al delito de trata

El trabajo forzoso en la agricultura y en zonas remotas. Si bien los sistemas de peonaje¹⁷ y la condición de siervo se hallan prácticamente erradicados subsisten otras formas de coacción que consisten en el endeudamiento de los trabajadores rurales mediante los anticipos de agentes de reclutamiento y transporte, que pueden ser subcontratistas independientes que proporcionan mano de obra a terratenientes o empresas rurales.¹⁸

En zonas alejadas o remotas, los trabajadores no pueden sino contraer nuevas deudas para obtener alimentos y artículos de primera necesidad, suministrados a su vez por el empleador, o aceptar bienes en lugar de salarios. La retención física y la fuerza se emplean a menudo contra estos trabajadores rurales atrapados en situaciones de servidumbre por deudas.

Estos problemas suelen estar asociados a la migración laboral por temporada, tanto dentro como fuera de las fronteras nacionales, y suele referirse a trabajos agrícolas, de silvicultura o servicio doméstico (OIT, 2001). Así pues, la característica principal del trabajo forzoso en las áreas rurales alejadas o remotas es el recurso al endeudamiento para retener a los trabajadores en las propiedades hasta que puedan saldar sus deudas.

El trabajo forzoso de los trabajadores del servicio doméstico. Los trabajadores domésticos, cuyo trabajo se desenvuelve en el ámbito privado experimentan un alto grado de vulnerabilidad, que se ve acentuada por el aislamiento en el seno de una familia, y la

¹⁷ "En México, la esclavitud se encuentra disimulada bajo una forma que lleva el nombre de peonaje... Por medio de anticipos deducibles del trabajo, y que se transmiten de una generación a otra, no sólo el trabajador aislado, sino también su familia, se convierten en propiedad de otras personas y de sus familias" (Marx, 1867).

¹⁸ La OIT (2001) señala que América Latina es la región que proporciona la fuente de información más abundante sobre trabajo forzoso en entornos rurales. Para citar un ejemplo, en Brasil, existen sistemas de contratación laboral en la que se recurre a contratistas (*empreiteiros* o *gatos*), que consisten, en primer lugar, en movimientos migratorios de una propiedad a otra dentro del país, en los que existe una verdadera trata de trabajadores mediante *gatos* intermediarios de zonas con profundas bolsas de pobreza afectadas por el desempleo de temporada o la sequía. "Se les transporta en camiones o autobuses a lugares de destino que están a cientos o miles de kilómetros de sus hogares" (OIT, 2001:27). En segundo lugar, hay trabajadores rurales no calificados (*peões de trecho*) que se han visto atrapados en el ciclo de servidumbre por deudas, perdido contacto con sus familias, pasando de una situación de explotación laboral a otra. Se alojan en albergues que sirven como punto de reclutamiento de los *gatos* y se establecen ciclos muy difíciles de romper. El tercer tipo identificado corresponde a la participación de familias enteras en la producción de carbón, que son trasladadas a zonas de tala de árboles, cuya lejanía crea las condiciones para el fraude y la servidumbre por deudas.

dificultad de recurrir a la ayuda mutua. El trabajo doméstico es a menudo sinónimo de largas horas de trabajo, salarios bajos y deficientes condiciones de trabajo (Stalker, 1994).

En el mismo sentido, en el marco del fenómeno demográfico más amplio de la feminización de la mano de obra migrante, la OIT (1999) advierte sobre el caso de las trabajadoras migrantes "importadas" con fines de explotación comercial o sexual, señalando que la falta de autonomía con que cuentan, el desconocimiento del idioma del país de empleo y la ignorancia de sus derechos, acentúan su situación de vulnerabilidad y las expone en mayor medida a la violencia o a las sevicias.

La servidumbre por deudas. Como se ha señalado, el elemento de explotación más significativo en la trata de trabajadores es una forma contemporánea de servidumbre por deudas. "La servidumbre por deudas puede ser de duración larga o corta. Su principal motivación es obtener beneficios por diversos métodos, que van desde el suministro de servicios ilegales ... al uso descarado de la fuerza con fines criminales" (OIT, 2001:54).

El trabajo forzoso en régimen de esclavitud. La definición de la esclavitud ha resultado controvertida en cuanto a las prácticas que debían considerarse como tales. Si se interpreta el término de manera que incluya todas las injusticias sociales o violaciones de los derechos humanos su acepción sería tan amplia que perdería todo sentido. Por consiguiente, las prácticas que abarca deben inferirse de los instrumentos internacionales.

La prohibición de la esclavitud y de las prácticas relacionadas con ella forma parte del derecho internacional consuetudinario y las normas pertinentes tienen el carácter de *ius cogens*, o normas imperativas de derecho internacional¹⁹. Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia ha determinado que la protección contra la esclavitud es una obligación *erga omnes* que tiene un Estado con la comunidad internacional en su conjunto (Weissbrodt y otros, 2000).

El primer instrumento internacional en condenar la esclavitud fue la *Declaración de 1815 relativa a la abolición universal de la trata de esclavos*. Sin embargo, fue a partir del fin de la Primera Guerra Mundial cuando la comunidad internacional se centró en la eliminación de la esclavitud y las prácticas relacionadas con ella.

La *Convención sobre la Esclavitud (1926)* definía la esclavitud como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos" (art. 1, 1), en tanto que "trata de esclavos comprende 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 transporte de esclavos" (art. 1, 2). Las Partes contratantes se obligaban a prevenir y reprimir la trata de esclavos y a procurar la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas (art. 2).

¹⁹ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define la norma imperativa de derecho internacional como "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admiten acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

Este instrumento no abarcaba las prácticas análogas de la esclavitud, omisión que se subsana mediante la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956)*, que prevé, además de la abolición de la esclavitud y la trata de esclavos, la de la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba²⁰, los matrimonios forzosos y la venta de esposas²¹; y la explotación del trabajo y la servidumbre infantiles.

c) El trabajo y la servidumbre infantiles

En el caso de que el sujeto pasivo del delito de trata sea un niño, toda acción de captación, traslado, acogida o recepción con fines de explotación constituirá trata, con independencia de si se ha recurrido a alguna de las formas de coacción que enumera la definición de trata de personas (art. 3, c) del Protocolo). Así pues, la definición de trata de niños será:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida
o la recepción de un niño con fines de explotación.

El Protocolo establece que se entenderá por "niño" toda persona menor de 18 años (art. 3, d)), en armonía con la definición de la Convención sobre los Derechos del Niño que considera "niño" a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable.

Con independencia del hecho de haber accedido a la mayoría de edad en su derecho interno, los Estados establecen edades mínimas para distintas finalidades (entre otras, la finalización de la escolaridad obligatoria, el empleo a tiempo parcial o completo, el trabajo en condiciones peligrosas o insalubres, el consentimiento sexual, el matrimonio, el reclutamiento o alistamiento voluntario en las fuerzas armadas o la responsabilidad penal), que pueden dificultar la determinación de la existencia de la trata en los casos en que el menor haya prestado su consentimiento. Por ejemplo, la legislación nacional puede disponer una edad mínima para contraer matrimonio, que conlleva la emancipación de la persona, inferior a la edad de 18 años estipulada en el Protocolo.

El Protocolo condiciona la validez del consentimiento prestado por la víctima de trata a que el mismo no haya sido obtenido mediante el uso de los medios de coacción enunciados en la definición de trata (art. 3, b)). Sin embargo, el Protocolo no considera expresamente la situación particular de los niños que hayan prestado su consentimiento. En tales casos, siguiendo el espíritu del instrumento, que no considera necesaria la presencia del elemento de coacción para que se constituya el delito de trata (art. 3, c)), el consentimiento del niño no

²⁰ La servidumbre de la gleba es una forma de condición servil, entendiéndose por ella "la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición" (art. 1, b)).

²¹ Se refiere a las prácticas en virtud de las cuales: "i) una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii), la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona" (art. 1, c)).

será válido ni siquiera en ausencia de tales elementos de coacción, en especial para las peores formas de trabajo infantil y para la explotación sexual.

Durante la elaboración del texto de Protocolo se discutió acerca de la oportunidad de declarar que los niños no pueden dar su consentimiento a ciertas actividades. Se expresó la inquietud de que una mención de esa naturaleza podría significar que sí se podría otorgar el consentimiento para otros fines y de que una salvedad sobre el consentimiento de los niños podría sugerir que los adultos sí podrían dar su consentimiento a la esclavitud, al trabajo forzoso o a la servidumbre, cuando en realidad nadie debería dar su consentimiento a esas formas de explotación. Para evitar esa confusión se optó por suprimir toda referencia al consentimiento.

Los niños víctimas de trata serán destinados, en general, i) al trabajo forzoso en régimen de servidumbre, en la agricultura o el servicio doméstico, o ii) a la explotación sexual, en sus dos formas principales, la prostitución infantil y la pornografía infantil (Lim, 1998).

d) Instrumentos de la OIT sobre trabajo infantil

La OIT ha adoptado numerosos convenios y recomendaciones sobre el trabajo infantil. En un principio, el enfoque de estos instrumentos consistió en el establecimiento de una edad mínima específica para la admisión al empleo para un determinado sector de la economía. El primero de estos convenios data de 1919 y prohibía el trabajo de los niños menores de 14 años en los establecimientos industriales. Subsiguientemente se adoptaron otros convenios sobre la edad mínima de admisión al empleo en sectores específicos²².

En 1973 se adoptaron el *Convenio No. 138 y la Recomendación No. 146 sobre la edad mínima de admisión al empleo*, que representan un importante progreso en la legislación internacional sobre la materia por ser las primeras normas de la OIT donde se reconoce que las leyes que fijen una edad mínima deben formar parte de una política nacional global encaminada a la total abolición del trabajo infantil y porque, a diferencia de los instrumentos anteriores, requieren que la edad mínima se aplique a todos los sectores de actividad, ya se trate de niños asalariados o no, y vincula la edad mínima de admisión al empleo con la requerida para completar la escolaridad obligatoria.

Por último, en 1999 la OIT adoptó el *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (No. 182)*, donde se define como niño a toda persona menor de 18 años (art. 2), al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo sobre la trata. Los Estados ratificantes de este Convenio se obligan a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

En el artículo 3 se define la expresión "las peores formas de trabajo infantil" como: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de

²² Trabajo marítimo (1920 y 1936); agricultura (1921); trabajos no industriales (1932); industria (1937); pescadores (1959) y trabajo subterráneo (1965).

pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

3.2. Instrumentos de la OIT sobre trabajadores migrantes

La OIT ha subrayado²³ la necesidad de movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación con el objeto de prestar especial atención a los problemas de las personas con necesidades sociales especiales, entre otros, los trabajadores migrantes. Así pues, de acuerdo a los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, declaró que todos los Estados Miembros tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo: a) igualdad de oportunidades y de trato; b) libertad sindical y derecho de negociación colectiva; y c) eliminación de formas extremas de explotación (trabajo forzoso y trabajo infantil).

Estos principios se plasman en los ocho convenios fundamentales de la OIT, que si bien no tratan específicamente de los trabajadores migrantes, contienen disposiciones relativas o pertinentes a los mismos, y que son los siguientes: Convenios sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111); sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100); sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87); sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (No. 98); sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29); sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105); sobre la edad mínima, 1973 (No. 138) y sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182).

No obstante, aunque estos convenios, así como las recomendaciones que los acompañan, son de aplicación general, es decir, se aplican a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad, la OIT ha adoptado ciertas normas internacionales del trabajo específicas para los trabajadores migrantes: el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (No. 97) y la Recomendación (No. 86), y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (No. 143) y la Recomendación (No. 151).

Ninguno de estos instrumentos opera sobre la base de la reciprocidad. Así pues, el trabajador migrante nacional de un Estado que no hubiera ratificado los convenios puede invocar su aplicación en un Estado ratificante. Por otra parte, cabe señalar que, si bien los convenios son de aplicación obligatoria para los Estados que los ratifiquen, las recomendaciones no son jurídicamente vinculantes y, por ende, no están sujetas a ratificación.

La única referencia que se hace en el Convenio No. 97 con respecto a las migraciones irregulares se encuentra en el texto común a los anexos I y II (arts. 8 y 13, respectivamente), donde se establece que se aplicarán sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal.

²³ *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, OIT, Ginebra, junio de 1998.

La Parte I del Convenio No. 143 trata específicamente de la migración irregular y el empleo ilegal de los trabajadores migrantes. Se prevén la adopción y aplicación de sanciones a las personas que fomenten deliberadamente la inmigración clandestina o ilegal; a las personas que empleen ilegalmente a los trabajadores migrantes; así como a los organizadores de migraciones clandestinas o ilegales (art. 6). Al respecto, los Estados Miembros de la OIT se comprometen a establecer contactos e intercambios sistemáticos de información con los demás Estados interesados (art. 4) y consultas con las organizaciones de empleadores y de trabajadores (art. 7). El objeto de todas las medidas de cooperación tiende a que los tratantes de mano de obra puedan ser llevados en justicia con independencia del país que sirva de base a sus operaciones (art. 5) (OIT, 1999).

Por otra parte, la OIT (2002a) recomienda que al momento de formular las políticas migratorias se tengan en cuenta los siguientes elementos:

- Un sistema de categorías migratorias que prevea la admisión con fines de empleo que responda a las necesidades reales del mercado de trabajo. Este sistema debe efectuar evaluaciones periódicas del mercado de trabajo con el objeto de identificar y dar respuesta a las necesidades actuales y futuras de los trabajadores migrantes, tanto calificados como no calificados.
- Un enfoque para combatir la trata y la explotación de los migrantes basado en las normas y en la protección de los derechos fundamentales de los migrantes, enfoque que incluye la complementariedad entre los Protocolos de Palermo, los convenios de la OIT y la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)*²⁴.
- Unas condiciones de trabajo mínimas en cada sector de actividad, con actividades complementarias de inspección y monitoreo para penalizar los abusos y desalentar el empleo ilegal; y
- Unos mecanismos institucionales y medidas prácticas de prevención y protección de las víctimas de trata.

²⁴ Este instrumento extiende el goce de los derechos humanos fundamentales de los migrantes a todos los trabajadores migrantes, esto es, a los documentados y a los indocumentados, sin perjuicio de que establece derechos adicionales para los trabajadores en situación regular y sus familias. Este instrumento contiene, asimismo, disposiciones que tienden a la eliminación de la explotación de todos los migrantes y de las situaciones y movimientos clandestinos. Sin embargo, la mayoría de los Estados parte en la Convención son países de origen de migrantes que, si bien desempeñan un rol significativo en la protección de los migrantes antes de la migración y a su regreso, en realidad tienen pocas posibilidades de influir en las condiciones de vida y de trabajo de la mayoría de los trabajadores migrantes en los países de destino. Esta convención no ha entrado aún en vigor pero, si bien cuenta con un ritmo por demás lento de ratificaciones, es verosímil que forme parte del derecho positivo en lo inmediato, puesto que a septiembre de 2002 sólo falta una de las 20 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

4. El consentimiento de la víctima

Por su propia naturaleza, muchas de las formas de explotación enumeradas en el Protocolo son incompatibles con el consentimiento de la víctima. Por ejemplo, no puede existir consentimiento de una víctima de trabajo forzoso, toda vez que el mismo designa todo trabajo o servicio *exigido* a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente²⁵. Lo mismo ocurre con la esclavitud, definida como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos²⁶, o con las prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre por deudas, agraria o de la gleba.

El artículo 3, b) del Protocolo sobre la trata dispone que el consentimiento otorgado por la víctima a toda forma de explotación que se tenga intención de realizar no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios coercitivos enumerados en la definición de trata, esto es, la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

En sentido contrario, en relación con algunas formas de la trata de personas, el consentimiento pleno de la persona objeto de la trata altera la entidad del injusto, o genera atipicidad, y transforma la cuestión en algo ajeno al derecho penal. Sin embargo, en un principio, y probados los demás elementos del tipo penal, la conducta constituye trata de personas, puesto que el consentimiento se demostrará *a posteriori*, es decir, al realizarse la necesaria indagación acerca de si la acción tiene causa de justificación y como tal produce la exclusión de una antijuridicidad indiciariamente apreciada *ab initio* (Quintero Olivares 2000). Por otra parte, el tema de la prueba de la existencia de la coacción revestirá especial importancia, dado que este extremo resultará fundamental a la hora de determinar si una persona ha actuado bajo coacción o voluntariamente.

El artículo 3, b) se refiere a los vicios en el consentimiento provocados por causas objetivas, tales como la coacción. Sin embargo, el consentimiento tampoco deberá tenerse por prestado cuando concurren circunstancias subjetivas que provocan su nulidad. En efecto, con respecto a la edad, el inciso c) del artículo 3, estipula que tratándose de niños, toda acción de captación, traslado, acogida o recepción de personas con fines de explotación constituirá trata, con independencia de si se ha recurrido a alguna de las formas de coacción que enumera la definición de trata de personas. En el mismo sentido, el consentimiento prestado por un niño será nulo, aunque como se ha señalado anteriormente, este principio general de nulidad podría no resultar inequívocamente aplicable en determinados casos. Tampoco será válido el consentimiento prestado por las personas que no tengan uso de razón o capacidad para discernir sobre sus actos, o que se encuentran comprendidas en algunas de las situaciones de incapacidad que prevean las respectivas legislaciones nacionales.

Aunque el carácter no consentido de la trata es lo que la distingue de otras formas de migración (Coomaraswamy, 2000), es frecuente que al inicio del mecanismo de la trata, es

²⁵ Art. 2, Convenio sobre el trabajo forzoso (No. 29), OIT.

²⁶ Art. 1, Convención sobre la Esclavitud.

decir, al momento del reclutamiento o la captación, la víctima de trata preste su consentimiento voluntariamente. Más aún, en los estadios iniciales de la trata los individuos pueden buscar activamente los servicios de un tratante (OIT, 2001).

En la mayoría de los casos este consentimiento se encuentra viciado por alguno de los medios de engaño o coacción estipulados en la definición de la trata, o por la falta de una información completa.

En otros casos, en cambio, la víctima presta su consentimiento de forma voluntaria, incluso a sabiendas de la situación de explotación a que se expone, pero subestimando la gravedad de dicha situación.

En otras situaciones, por último, el individuo presta su consentimiento con pleno conocimiento del proceso, en ocasiones por haber ya participado con anterioridad en el mismo. Este es el caso de las personas que retornan a su país de origen y que reinician el ciclo de la trata, sea por decisión propia, sea porque son nuevamente introducidas en el ciclo por la persona que ejerce autoridad sobre ella, sea porque ya no les resulta posible reintegrarse en su sociedad de origen debido a su experiencia en la explotación o la prostitución.

La OIM considera que el tema de la voluntariedad en el movimiento de los migrantes víctimas de trata merece una atención particular. Hay migrantes que, en su afán por escapar de la pobreza o la inseguridad política y social, recurren a la migración irregular, poniendo en manos de los traficantes sus sueños de una vida mejor. A menudo, los migrantes víctimas de trata han sido engañados con promesas falsas, con informaciones erróneas acerca de las reglamentaciones migratorias, o motivados por la penuria económica o la violencia generalizada de sus países de origen. En estos casos, la libertad de elección del migrante se halla condicionada a tal punto que la "voluntariedad" de la transacción debe ser puesta en duda (citado por Morrison y Crosland, 2001).

El consentimiento puede variar en el tiempo puesto que a menudo el consentimiento inicial de la víctima se retira o queda invalidado debido a cambios en las circunstancias o, por el contrario, la persona que fue raptada podría asentir posteriormente a otros elementos de la trata.

Como ya se ha señalado, la coacción no suele ser evidente al principio del proceso de la trata. Sin embargo, en el lugar de destino, las condiciones suelen variar y suponer coacciones que pueden incluso adoptar la forma de restricciones físicas a la libertad de movimientos, abusos, violencia y fraude, a menudo, en la forma del impago de los salarios adeudados. Con frecuencia las víctimas se verán atrapadas en la servidumbre por deudas y en otras formas análogas de esclavitud. De hecho, la trata de trabajadores puede considerarse como una forma contemporánea de servidumbre por deudas²⁷ (OIT, 2001).

Asimismo, en cualquiera de las etapas de los mecanismos de tráfico o de trata es frecuente que se produzcan violaciones de los derechos humanos de las personas objeto de tráfico o víctimas de trata, aunque ello ocurre en bastante menor medida en la etapa de la captación

²⁷ La servidumbre por deudas, diferente de la servidumbre agrícola tradicional y que pasa de una generación a otra, tiene como principal motivación la obtención de beneficios por diversos métodos, que van desde el suministro de servicios ilegales al uso de la fuerza con fines ilícitos.

(salvo, por definición, en el caso de rapto). Durante el transporte las personas suelen ser víctimas de tratamientos inhumanos o degradantes, retención de documentos de identidad, privación de alimentos o agua, amenazas, lesiones, delitos sexuales, abandono de persona, y aun homicidios. En el lugar de destino (o de tránsito) los migrantes pueden comenzar a ser víctimas de explotación, en los términos de la definición del Protocolo, o bien obligados a cometer delitos o a la mendicidad, por citar sólo algunas de las consecuencias nefastas que se desprenden de la trata de personas y que viciarán el consentimiento que pudiera haberse prestado oportunamente.

Como gran parte de los delitos mencionados son delitos de acción pública, es decir, en los que el Estado interviene de oficio, en la mayoría de los casos en que se produzcan violaciones graves de los derechos humanos el consentimiento de la víctima no tendrá, de todas formas, relevancia jurídica alguna.

En conclusión, para que el consentimiento sea válido y surta efectos jurídicos, deberá ser: *pleno e invariable*. Esto es, el consentimiento debe carecer de vicios originados por circunstancias objetivas o subjetivas, y debe otorgarse y mantenerse en todas las etapas del mecanismo de la trata, desde la captación, al transporte, la recepción y el ejercicio de una forma de trabajo, aunque en condiciones de explotación.

Existen dos casos que se presentan con frecuencia en los que la víctima de trata puede prestar su consentimiento voluntariamente, sin perjuicio de la relativa relevancia jurídica que éste tenga en el ordenamiento jurídico nacional del Estado pertinente. Estos casos son: los delitos contra los derechos de los trabajadores y los delitos relativos a la prostitución.

4.1. Delitos contra los derechos de los trabajadores

El consentimiento prestado por un trabajador víctima de trata para la explotación sobre sus propios derechos puede ser irrelevante puesto que esos derechos no le pertenecen en forma exclusiva sino que componen un cuerpo normativo que tutela intereses colectivos. Por otra parte, la validez del consentimiento, como la de cualquier otro elemento que compone un negocio jurídico, presupone el sinalagmatismo, o una razonable igualdad entre las partes, por lo que la eficacia del consentimiento no puede ser considerada prescindiendo de esa cuestión previa. Sin embargo, dado que estos argumentos encuentran su base en el derecho laboral, a los efectos del delito de trata, sólo debería juzgarse la relevancia del consentimiento prestado por un trabajador emigrante clandestino que labora en condiciones graves de explotación.

La OIT (1999) define las prácticas ilegales o abusivas contra los migrantes como aquellas por las que no se les otorga a los trabajadores migrantes y a sus familiares un tratamiento acorde con la legislación nacional o con las normas internacionales ratificadas, de manera crónica y deliberada. En ese sentido, señala que existe explotación, entre otros casos: a) si el trato dado al migrante tiene graves consecuencias pecuniarias; b) si se somete al trabajador migrante a condiciones de trabajo y de vida muy duras que pongan en peligro su seguridad o su vida; c) si los candidatos a la emigración fueron engañados para que aceptaran un empleo con promesas falsas; d) si sufren un tratamiento indigno; e) si las trabajadoras migrantes sufren abusos o son obligadas a prostituirse; f) si se confiscan los pasaportes o documentos de identidad; g) si se descuentan del salario sumas que sólo podrá recuperar si regresa al país de origen.

De todas formas, en la práctica, el consentimiento o la aceptación por un trabajador de condiciones laborales inferiores a las que tiene derecho hacen que esta situación sea difícilmente comprobable; en general, estas situaciones de trabajo en condiciones de explotación son descubiertas por inspecciones del trabajo o por accidentes laborales. En cuanto al servicio doméstico, las características de invisibilidad y encapsulamiento que le son propias acentúan el recurso de algunos empleadores a mano de obra extranjera clandestina con condiciones de trabajo inadecuadas.

Con respecto al empleo de migrantes irregulares, la OCDE (2000) formula recomendaciones en el sentido de que las acciones deben dirigirse contra el trabajo en negro en general y no exclusivamente al desempeñado por los migrantes irregulares; las sanciones contra el empleo ilegal deben aplicarse a todos los actores implicados que infrinjan las leyes laborales y migratorias, por ejemplo, empleadores, dadores de alojamiento ilegal, traficantes, y los propios trabajadores irregulares; las estrategias deben basarse en una combinación de sanciones y medidas no punitivas (como difusión entre los empleadores de información y riesgos asociados al empleo ilegal), debe mejorarse la coordinación tanto a nivel nacional como local, así como la cooperación internacional, y difundirse los riesgos y penalidades del empleo ilegal entre el público en general.

4.2. Delitos relativos a la prostitución ajena

Los instrumentos internacionales no definen la prostitución, pero una definición común es la de su interpretación en su sentido ordinario, esto es, cualquier acto sexual ofrecido a cambio de una recompensa o con fines de lucro.

El acto de la prostitución propiamente dicho cometido por adultos mayores de 18 años no está explícitamente prohibido en las normas internacionales (Weissbrodt y otros, 2000). Por consiguiente, la prostitución voluntaria, sin coacción ni amenazas, de personas mayores de 18 años de edad, ha de quedar al margen del derecho penal en la medida en que los ordenamientos jurídicos nacionales también lo prevean así.

Los temas de la posibilidad de establecer una diferencia entre la prostitución voluntaria y la forzada, la legalización de la prostitución, así como la inclusión de la industria del sexo como un sector del mercado de trabajo, resultan controvertidos y explican la dificultad de los legisladores y formuladores de políticas para definir claramente la condición jurídica de la prostitución o poner en práctica programas sociales eficaces y generalmente aceptados.

Tratándose de niños, en cambio, hay consenso en que, por definición, todo tipo de prostitución se considera involuntaria, aun cuando el niño preste su consentimiento. En ese sentido, la OIT, por ejemplo, persigue su completa eliminación, especialmente a través de sus actividades programática (Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil – IPEC) y normativa (Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999).

Pese a que la cuestión de la prostitución no forma parte estrictamente del mandato de las organizaciones internacionales pertinentes a los fenómenos del tráfico o la trata, como la OIT o la OIM, existen otros temas vinculados a la prostitución que sí lo son, como las cuestiones

de los derechos humanos fundamentales, la discriminación por género, los riesgos para la salud, las condiciones de trabajo, la criminalidad o la explotación.

En este sentido, la OIT distingue entre prostitución como una forma de trabajo libremente elegida y la prostitución bajo coerción. En aquellos países donde la prostitución no es una actividad ilícita, donde se la reconoce como una forma de trabajo legítima, los trabajadores del sector deberán gozar de unas condiciones de trabajo adecuadas y de protección contra la explotación y la discriminación (Lim, 1998), sin perjuicio de que la protección contra la explotación debe brindarse a todos los trabajadores del sector, indistintamente de si la ocupación es ilegal o no, de si ha existido consentimiento o de si se trata de niños o de adultos.

A la hora de determinar cuáles son unas condiciones de trabajo adecuadas se encontrarán nuevas dificultades: en primer lugar, la determinación de si las condiciones de trabajo deben evaluarse sobre la base de parámetros morales, sociales o económicos, y si se trata de prostitutas "por cuenta propia" o "empleadas". Lo mismo ocurre en cuanto a la protección contra la explotación, puesto que, la porción de los ingresos que los trabajadores del sexo entregan a otras personas – rufianes, proxenetas o intermediarios –, en muchos casos, será percibido como los costos que implica el ejercicio de sus trabajos más que como una verdadera explotación (Lim, 1998)

No todos los migrantes irregulares que participan en la industria del sexo son víctimas de trata, sino que, en los casos en que exista consentimiento y se atraviese una frontera internacional, son migrantes objeto de tráfico, el cual tiene por finalidad el ingreso ilegal de la persona en otro Estado para ejercer voluntariamente la prostitución. Esta precisión debe tenerse presente puesto que los efectos jurídicos sobre la persona víctima de trata serán distintos que sobre la persona objeto de tráfico, especialmente en cuanto se refiere a protección y asistencia.

5. Conclusiones

A partir de los años noventa, los mercados del tráfico ilícito y la trata de personas se han expandido rápidamente no sólo por razones de orden demográfico, político y económico, sino porque la globalización y el desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones han incidido también en las actividades de las organizaciones delictivas transnacionales. En efecto, éstas incluyeron entre sus negocios el tráfico y la trata de migrantes, debido a la importancia de sus beneficios y a la excelente rentabilidad en relación con el costo y los riesgos incurridos.

Desde el decenio anterior, el tema de las migraciones clandestinas ya había comenzado a formar parte de la “agenda negativa” de los países en los foros regionales e internacionales, junto con el tráfico ilícito de estupefacientes, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de dinero y el terrorismo internacional. Dado que estos delitos tienen en común su carácter organizado y transnacional, la respuesta de la comunidad internacional reposó en el entendimiento de que era necesario imprimir un enfoque amplio y global, mediante la adopción de instrumentos jurídicamente vinculantes de carácter universal.

Como resultado de ello la normativa internacional destinada a reglamentar las migraciones internacionales, en su aspecto de lucha contra el tráfico y la trata de migrantes fue tratada desde una perspectiva jurídico-penal, en detrimento de una legislación con un espíritu basado en unas perspectivas social, económica, laboral o demográfica.

La respuesta de la comunidad internacional a los fenómenos se plasmó en la adopción, en diciembre de 2000, de los Protocolos de Palermo contra el tráfico de migrantes y la trata de personas, complementarios a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Estos instrumentos, de adopción generalizada por los Estados, se encuentran en proceso de ratificación por parte de los países signatarios, y de evaluación y seguimiento por parte de las organizaciones internacionales pertinentes.

Después de una ardua elaboración doctrinaria y conceptual, existe actualmente consenso acerca de la dicotomía existente entre el tráfico y la trata de migrantes. En efecto, ambos delitos difieren en cuanto a los componentes y características de la acción típica: el tráfico implica la facilitación del ingreso clandestino de migrantes a un país extranjero, en tanto que la trata incorpora elementos necesarios de coerción y explotación, sin perjuicio de que puede también verificarse dentro de las fronteras de un mismo Estado.

Este consenso viene a subsanar las consecuencias negativas de la falta de armonización jurídica en las definiciones y tipificaciones penales, de las lagunas del derecho en algunas legislaciones nacionales y, sobre todo, de la inexistencia de un instrumento internacional específico al tráfico y a la trata de migrantes de carácter universal y jurídicamente vinculante, carencias que eran aprovechadas sistemáticamente por las organizaciones delictivas para optimizar sus resultados y reducir los riesgos.

Aunque los Protocolos no son instrumentos de derechos humanos sino de derecho penal internacional, contienen una cláusula de salvaguardia que incluye el respeto del derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, la especificidad del derecho internacional de refugiados y el principio de no devolución, y la observancia del principio de no discriminación.

Asimismo, y por vez primera en un instrumento jurídico internacional de carácter universal y vinculante los Protocolos disponen la exención de responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico y de las víctimas de trata, consagrando jurídicamente el principio de que la migración no es un delito, y zanjando definitivamente el debate sobre la penalización de los migrantes irregulares.

En tanto que las políticas migratorias de los países centrales no se correspondan con las realidades económicas, sociales, demográficas o del mercado de trabajo, y que la política de refugiados tienda a alejar a los solicitantes de asilo más que a brindarles protección, la gestión de las migraciones realizada por estos gobiernos será parte del problema más que la solución al mismo. En ese sentido, aun las recientes modificaciones de las políticas migratorias de algunos países industrializados para adecuarlas a las necesidades del mercado de trabajo se orientan, por lo general, a los migrantes calificados y altamente calificados, por lo que indirectamente se canaliza a los migrantes no calificados hacia los medios clandestinos, en ausencia de categorías migratorias de admisión adecuadas para ellos.

Para la OIT, dado que uno de los objetivos estratégicos de toda política de migración laboral es poner fin a la migración irregular, el reto más importante a que hará frente una política de empleo en el extranjero es la formulación, en concierto con los Estados de destino, de sistemas migratorios que socaven efectivamente la rentabilidad del tráfico y la trata de migrantes, sin perjuicio de la adopción de otro tipo de medidas tales como campañas de concienciación pública o acciones concertadas contra los traficantes.

Para generar un consenso social sobre política migratoria, se debería tener en cuenta que el mismo se verá facilitado si los interlocutores sociales – es decir, las organizaciones de trabajadores, las organizaciones de empleadores y los gobiernos –, intervienen en la toma de decisiones. En tal sentido, un mecanismo tripartito similar a los adoptados por la OIT para formular las políticas del mercado de trabajo podría funcionar también para la formulación de una política consensuada de migración. A estos fines, los ministerios de trabajo deberían tomar parte en la elaboración y puesta en práctica de las políticas migratorias, ya que la migración (regular o irregular) produce efectos importantes sobre los mercados de trabajo.

En resumen, para la OIT las políticas migratorias nacionales o regionales deberían formularse en un marco que incluya un sistema de categorías migratorias que prevea la admisión con fines de empleo, con atención a las necesidades reales y a la demanda del mercado de trabajo; que adopte una perspectiva de lucha contra la trata y la explotación basada en las normas y en la protección de los derechos fundamentales de los migrantes; que vele por el respeto de unas condiciones de trabajo mínimas en cada sector de actividad, incluidas actividades complementarias de inspección y monitoreo; y que prevea la puesta en marcha de unos mecanismos institucionales y medidas prácticas destinados a la prevención, así como a la asistencia y la protección de las víctimas de trata.

Bibliografía

Abella, M.I., 2002

"Mondialisation, marchés du travail et mobilité", en *Migrations et avenir*, Seminario internacional del CIEMI, París, vol. 14, No. 79, enero-febrero.

-----, 1997

"Sending workers abroad: A manual for low- and middle-income countries", Ginebra, OIT.

-----, 1995

"Migration patterns and policy: The international movement of labour in Asia", ponencia presentada a la Global Cultural Diversity Conference, Multiculturalism in Australia.

Bustamante, J., 1993

"Undocumented migration: A theoretical-methodological framework", OCDE, París.

Castles, S. y Miller, M., 1998

"The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World", segunda edición, Macmillan.

Conforti, B., 1995

"Derecho internacional", edición en español revisada y anotada por R. Vinuesa, Zavalía editor, Buenos Aires.

Coomaraswamy, R., 2000

"Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer", documento E/CN.4/2000/68, Naciones Unidas.

Diop, A., 2002

"A la recherche d'un régime viable pour les migrations", ponencia presentada por el Sector de la Protección Social de la OIT a la Séptima Conferencia de Ministros Europeos Responsables de Asuntos Migratorios, Helsinki, 16-17 de septiembre.

Ghosh, B., 1998

"Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration", Martinus Nijhoff Publishers/OIM, La Haya.

Grupo de Budapest, 1999

"The relationship between organised crime and trafficking in aliens". Estudio preparado por la Secretaría, junio.

Gunatilleke, G., 1994

"Summary report of the Rapporteur", 11º Seminario sobre Tráfico, OIM, Ginebra.

Kyle D. y Dale, J., 2001

"Smuggling the State Back In: Agents of Human Smuggling Reconsidered", en *Global human smuggling: Comparative perspectives*, Kyle D. y Koslowski R. (eds.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore y Londres.

Lim, L.L. (ed.), 1998

"The sex sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia", OIT, Ginebra.

Mármora L., 1999

"Políticas y administración para la gobernabilidad migratoria", en *Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina*, edición especial, julio.

-----, 1997

"Las políticas de migraciones internacionales", OIM/Alianza Editorial, Buenos Aires.

Massey, D., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. y Taylor, E., 1998

"Worlds in Motion: International Migration at the End of the Millennium", Oxford University Press, Oxford.

Marx, K., 1867

"El Capital", Editorial Cartago, México (1983).

Morrison J. y Crosland B., 2001

"The trafficking and smuggling of refugees: the end game in European asylum policy?", *New Issues in Refugee Research*, documento de trabajo No. 39, ACNUR, Ginebra.

Naciones Unidas, 1994

"Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales, instrumentos de carácter universal", volumen I (primera y segunda parte). Centro de Derechos Humanos (Ginebra) y Naciones Unidas (Nueva York y Ginebra).

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), 2000

"Trends in international migration", SOPEMI.

OIM (Organización Internacional para las Migraciones), 2000

"Tráfico de personas: Actualización y perspectivas", documento MC/INF/245.

-----, 1999

"Tráfico de migrantes: política y respuestas de la OIM", documento MC/EX/INF/58.

-----, 1994

"Trafic de migrants: caracteristiques et tendances dans differentes régions du monde", documento de síntesis presentado al 11° Seminario sobre Tráfico, OIM, Ginebra.

OIT (Organización Internacional del Trabajo), 2002a

"Getting at the roots: Stopping exploitation of migrant workers by organized crime", documento preparado por P. Taran y G. Moreno-Fontes para el Simposio Internacional "Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional: requisitos para su efectiva implementación", Turín, 22-23 de febrero.

-----, 2002b

"Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global." J.-C. Javillier (director de la publicación), Ginebra.

-----, 2001

"Alto al trabajo forzoso". Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión, Ginebra.

-----, 1999

"Trabajadores migrantes". Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra.

-----, 1985

"Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984", primera edición, Ginebra.

Papastergiadis, N., 2000

"The turbulence of migration: Globalization, deterritorialization and hybridity", Polity Press, Cambridge (RU).

Quintero Olivares, G., 2000

"Manual de derecho penal. Parte general", segunda edición, Editorial Aranzadi, Navarra.

Rodríguez Devesa, J.M., 1973

"Derecho penal español, Parte general", tercera edición, Madrid.

Romagnoli, G., 1999

"Aspectos jurídicos de las migraciones internacionales", en *Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina*, edición especial, julio.

Salt, J. y Hogarth, J., 2000

"Migrant trafficking and human smuggling in Europe: A review of the evidence with case studies from Hungary, Poland and Ukraine", OIM, Ginebra.

Salt J, y Stein, J., 1997

"Migration as a business: the case of trafficking", en *International Migration* 35(4).

Sassen, S., 2000.

"Le travail mondialisé: Mais pourquoi émigrent-ils ?, en *Le Monde diplomatique*, noviembre.

Savona, E., 1998

"The organisational framework of European crime in the globalisation process", ponencia presentada al 108th Seminar on current problems in the combat of organized crime, Tokio.

Savona, E. y Di Nicola A., 1997

"Migrazione e criminalità: trent'anni dopo", *Transcrime*, Universidad de Trento, documento de trabajo No. 12, mayo.

Schloenhardt, A., 1999

"Organised Crime and The Business of Migrant Trafficking: An Economic Analysis", Australian Institute of Criminology, Canberra.

Simon, G., 1995

"Géodynamique des migrations internationales dans le monde", Presses Universitaires de France, París.

Singer A. y Massey D., 1998

"The Social Process of Undocumented Border Crossing Among Mexican Migrants", en *International Migration Review*, Vol. XXXII, No. 3, otoño.

Skeldon, R., 2000

"Myths and Realities of Chinese Irregular Migration", IOM Migration Research Series No. 1, OIM, Ginebra.

Smith, P.J. (ed.), 1997

"Human smuggling: Chinese migrant trafficking and the challenge to America's immigration tradition", Center for Strategic and International Studies (CSIS), Washington, DC.

Soler, S., 1978

"Derecho penal argentino", Parte Especial (tercera edición), TEA, Buenos Aires.

Stalker, P., 2000

"Workers without frontiers: The impact of globalization on international migration", OIT, Ginebra.

-----, 1994

"The work of strangers: A survey of international labour migration", OIT, Ginebra.

Von Potobsky G. y Bartolomei de la Cruz, H., 1990

"La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales". Editorial Astrea, Buenos Aires.

Weissbrodt D. y Liga contra la Esclavitud, 2000

"Formas contemporáneas de la esclavitud: Estudio actualizado de la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre la esclavitud". Documento de trabajo E/CN.4/Sub.2/2000/3, Comisión de Derechos Humanos, Ginebra.

Widgren, J., 2000

"Le trafic d'hommes, un marché lucratif", en *Courrier International*, No. 505, julio.

-----, 1994

"Multinational co-operation to combat trafficking in migrants and the role of international organizations", 11º Seminario sobre Tráfico, OIM, Ginebra.

Datos del autor:

Eduardo Geronimi
 Programa de Migraciones Internacionales
 Oficina Internacional del Trabajo
 1211 Ginebra 22, Suiza
 Tel. +41-22 799-7425
 Fax +41-22 799-8836
geronimi@ilo.org

ISBN 92-2-313419-6

PERSPECTIVES ON LABOUR MIGRATION
PERSPECTIVES SUR LES MIGRATIONS DU TRAVAIL
PERSPECTIVAS SOBRE MIGRACIONES LABORALES

1. Getting at the Roots: Stopping Exploitation of Migrant Workers by Organized Crime
Patrick Taran and Gloria Moreno-Fontes Chammartin, 2003
2. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes
Eduardo Geronimi, 2002
- 3 E. Globalization, Labour and Migration: Protection is Paramount
Patrick Taran and Eduardo Geronimi, 2003