

LA TRATA DE MENORES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DESDE UN ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS

TRAFFICKING IN CHILDREN IN ARMED CONFLICT FROM A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH

MARTA IGLESIAS BERLANGA *

Sumario. I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. UNA VISIÓN GLOBAL DE LA TRATA DE MENORES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. III. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA TRATA: EL PROTOCOLO CONTRA LA TRATA. IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRATA: UNA VIOLACIÓN GRAVE DE LOS DERECHOS HUMANOS Y UN FENÓMENO ESPECÍFICO DE GÉNERO. V. LA TRATA MENORES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DESDE UN ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS. VI. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: Las nuevas guerras asociadas al tercer nivel, esto es, a los Estados débiles inmersos en conflictos armados, constituyen un singular caldo de cultivo para los tratantes de seres humanos, *verbigracia* terroristas y criminales, cuyo objetivo más simple son los menores. La necesidad de conjugar la lucha contra la impunidad de los autores de este abominable mercantilismo humano y la necesidad de proteger a las víctimas en los entornos de emergencia repentina (singularmente niños y niñas) justifican el examen de la trata de la infancia desde un enfoque basado en los derechos humanos. En particular, a la luz de la obligación estatal de prevención -cuya génesis se enraíza en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio- y de la hipótesis inacabada de la responsabilidad de proteger en el marco de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional a los que pueden dar lugar ciertas violaciones de derechos humanos cometidas en el entorno de la trata.

ABSTRACT. The new wars associated with the third level, that is, with weak States immersed in armed conflicts, constitute a unique breeding ground for human traffickers, terrorist and criminals verbigracy, whose simplest objective are minors. The need to combine the fight against impunity of the perpetrators of this abominable human mercantilism and the need to protect victims (particularly children) in sudden-onset emergency environments justifies considering trafficking in persons from a human rights-based approach, especially within the framework of the State obligation of prevention, the genesis which is rooted in the due diligence required of a State in its territory, as well as the unfinished responsibility to protect in the context of atrocity crimes that may result in certain violations of human rights committed in the context of trafficking.

Fecha de recepción del trabajo: 27 de octubre de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 23 de abril de 2021.

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad Complutense de Madrid. migles06@ucm.es

PALABRAS CLAVE: Nuevas guerras, trata de menores, derechos humanos, diligencia debida, responsabilidad de proteger

KEYWORDS: *New wars, trafficking of minors, human rights, due diligence, responsibility to protect*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La globalización está precipitando cambios desiguales en los Estados. Atendiendo a su mayor o menor probabilidad de sufrir un conflicto armado y a la fortaleza de sus instituciones, los países del tercer nivel¹, en el que se incluyen los llamados Estados frágiles, en descomposición o corruptos², son los que tienen una capacidad más débil para defender los intereses de sus ciudadanos de forma exclusiva. Estos Estados, que viven largos períodos de crisis y caos, no pueden mantener un orden político legítimo ni ofrecer a sus ciudadanos servicios básicos esenciales como la salud, la seguridad, la educación o las infraestructuras. Esta situación precipita que el gobierno central pierda el control de amplias partes de su territorio facilitando tanto la pugna entre fuerzas gubernamentales y entidades subestatales como el protagonismo de actores armados no estatales, v.g. terroristas o criminales³. Aunque no existe una definición consensuada acerca de lo que se debe entender por grupo armado no estatal, un análisis de las definiciones doctrinales⁴ y de la *Guía de las Naciones Unidas para las negociaciones humanitarias con grupos armados*⁵ permite concluir que tienen dos características principales: por un lado, la voluntad de usar la violencia en la consecución de sus objetivos, cualesquiera que sean; y, por otro, el hecho de ser normalmente ajenos a los mecanismos gubernamentales formales. Más allá de la codicia y la reivindicación, otros factores a tener en cuenta a la hora de investigar las motivaciones que pueden llevar a un colectivo a convertirse en un grupo armado destacan: la pugna por los recursos; las divisiones identitarias según etnias, idiomas o religiones; las luchas entre las élites por intereses personales; las crisis de los Estados y de gobernanza y las dificultades económicas, la pobreza, el desempleo y el colapso de los servicios públicos. Estos últimos extremos son especialmente favorables a la aparición de grupos que, pudiendo tener una mezcla de razones reaccionarias,

¹ Vid. SNYDER, C., MALIK, J.J., “Developments in Modern Warfare”, en Snyder, Craig (Ed.), *Contemporary Security and Strategy*, Routledge, Nueva York, 1999, p. 205.

² Vid. LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Los Estados fallidos y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pp. 159-240.

³ Vid. LABORIE IGLESIAS, M., “Actores armados no estatales y modelo de Estado”, en *Actores Armados No Estatales: Retos a la Seguridad Global*, Ministerio de Defensa, *Cuadernos de Estrategia*, 152, 2011, pp. 52-63.

⁴ Vid. SUAREZ LEOZ, D., “Conflictos armados sin carácter internacional y Derecho Internacional Humanitario: Normativa aplicable”, en Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L. (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario* (2ª edición), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 717; SCHNECKENER, U., “Fragile Statehood, Armed non-State Actors and Security Governance”, en Bryden, Alan y Caparini, Marina (Ed.) *Private Actors and Security Governance*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF); Lit Verlag, 2006, p. 25.

⁵ Vid. *Guidelines on Humanitarian Negotiations with Armed Groups*. United Nations. 2006. Disponible en: <http://ochaonline.un.org/humanitariannegotiations/Documents/Guidelines.pdf>

ideológicas y oportunistas, aprovechan el vacío de poder en un territorio dado para usurpar el control del Estado sobre el uso de la fuerza dentro de sus fronteras⁶ y/o para mantener actividades que, como la trata de seres humanos, son ajenas, en principio, al conflicto bélico⁷. Si bien las contiendas armadas interestatales⁸ han descendido en las últimas décadas, los enfrentamientos en el interior⁹ de los Estados han aumentado exponencialmente. Mary Kaldor califica estos conflictos como las “nuevas guerras” que son propias del “tercer nivel”¹⁰. Birmania, Sudán del Sur, Siria, Afganistán, el Kurdistán Turco, Nigeria, Yemen, la presencia del grupo islamista Al-Shabab en Somalia, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo... Ya sean internacionales o no internacionales, pues esta distinción es cada vez menos precisa a la luz de la evolución de la jurisprudencia, la práctica internacional y el carácter real de los conflictos armados¹¹, lo cierto es que las guerras, sobre todo las “nuevas guerras”, son un singular caldo de cultivo para el crimen o la delincuencia organizada; para actividades que, como la trata de personas, constituye un delito, una violación de los derechos humanos y un fenómeno de género, particularmente execrable en el caso de la infancia. Según datos recientes de las Naciones Unidas, unos doscientos cincuenta millones de menores viven en países afectados por enfrentamientos, representando más del cincuenta por ciento (50%) de su población¹². La separación de sus padres o de las personas responsables de su cuidado convierte a los menores en niños/as desplazados (huérfanos, heridos o discapacitados, encarcelados, explotados sexualmente o sometidos a trabajos forzosos) y, por consiguiente, en un blanco fácil para los tratantes (grupos armados estatales y no estatales). Los menores son, en efecto, un colectivo especialmente sensible a la trata de seres humanos durante los conflictos armados; son personas que carecen de herramientas propias para defenderse de los abusos y que, por tanto, están más expuestas al riesgo de violaciones. El Derecho internacional de los derechos humanos adapta los derechos de todos a las necesidades particulares de las distintas categorías de personas. En esta línea, el hecho de que los menores tengan menos capacidad para ejercer su agencia y necesiten a otros para proteger sus derechos justifica que el tratamiento de la trata de niños y niñas se atienda desde la perspectiva de su “interés superior” y, por consiguiente,

⁶ Vid. MAIR, S., “A New Approach: The Need to Focus on Failing States”, *Harvard International Review*, vol 29, n° 4, Winter 2008, pp. 52-55.

⁷ Vid. LABORIE IGLESIAS, M., “Actores armados no estatales y modelo de Estado”, *cit.*, pp. 29 a 32 y 38 a 46.

⁸ Vid. PICTED, J., *et al.*, (Ed.), *Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: Commentary* (Ginebra, CICR, 1952), p. 32; *Prosecutor v. Dusko Tadic*, causa N° IT-94-1-A, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

⁹ Vid. CICR, “¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho internacional humanitario?”, *Documento de opinión*, 2008, 6 pp.; *El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, CICR, documento preparado para la XXXI Conferencia internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Ginebra, Suiza, 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011.

¹⁰ Vid. KALDOR, M., citada por Laborie, p. 48. KALDOR, M., *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets (Ed.), Barcelona, 2001, p. 114.

¹¹ En nuestros días, los conflictos armados no suelen producirse entre Estados soberanos, sino *dentro de un Estado*, lo que dificulta enormemente, por ejemplo, la aplicación del Derecho internacional humanitario a tenor de la diversificación y falta de fiabilidad de los actores de estas guerras fratricidas. Vid. SÁNCHEZ, V.M., *Derecho Internacional Público*, Huygens Editorial, 2012, p. 435.

¹² Vid. Noticias ONU, <http://www.news.un.org/es/story/2020/02/1469501>

de forma separada a la trata de adultos. Sin embargo, no todos los gobiernos y organizaciones lo hacen, lo cual es singularmente problemático para los derechos de las mujeres y las niñas desde dos puntos de vista: *primo*, porque se asimila la capacidad legal de las mujeres a la de las niñas, arrebatándoles sus derechos reconocidos y protegidos internacionalmente y reduciendo su estatus a un nivel inferior al de los hombres; y *secundo*, porque se reafirma el rol construido socialmente de las mujeres como personas cuya independencia, libertad y sexualidad giran en torno al control ejercido por otros (por ejemplo, por los hombres)¹³. Por lo que se refiere al derecho aplicable en los conflictos armados, las normas internacionales de derechos humanos se observan de manera concurrente con el Derecho internacional humanitario (DIH)¹⁴. Empero, en tiempos de guerra se producen muchas violaciones de los derechos humanos que, como la trata de menores, no son el resultado directo de las hostilidades sino actividades ilícitas colaterales o circunstanciales a los enfrentamientos. Más aún, los vacíos y el alcance limitado del DIH para proteger a los civiles (menores) vinculados al conflicto de diversas formas, justifica que las infracciones deban sancionarse desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho interno, respetando las correspondientes normas aplicables del DIH. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 38 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CdN) se refiere explícitamente a las situaciones de conflicto armado, señalando que “(l)os Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño”. Como es sabido, el DIH solo protege en sí mismo algunos derechos humanos y únicamente lo hace en la medida en que los conflictos armados los pongan particularmente en peligro.

Sobre la base de estas consideraciones y de la importante labor interactiva que, en la lucha contra la trata, realizan los Estados, las Organizaciones internacionales, las Organizaciones no gubernamentales (ONGs), las comunidades locales y demás intermediarios e intercesores profesionales, nuestro estudio se centrará en la trata de menores en los entornos conflictivos desde un enfoque basado en los derechos humanos, esto es, en las personas que, según la CdN, no superan los 18 años de edad y que son reclutadas, transportadas, transferidas, acogidas o recibidas para fines de explotación, ya sea dentro o fuera de un determinado país. Más allá de la respuesta de la justicia penal a la trata, la presente reflexión tampoco busca examinar todos los aspectos pertinentes sino proporcionar, más bien, una visión general de las obligaciones estatales que derivan, fundamentalmente, de las normas convencionales de derechos humanos libremente consentidas (en especial, el deber de prevención); y la responsabilidad internacional de los Estados por, en su caso, falta de diligencia debida. De esta suerte, este planteamiento es una exposición tradicional que no intenta desdeñar la práctica evolutiva del Consejo de Seguridad y de los informes de algunos relatores especiales que consideran que, en

¹³ Vid. PEARSON, E., *Manual de Derechos humanos y Trata de personas. Alianza global contra la trata de mujeres*, Ed. GAATW, 2001, pp. 51-52.

¹⁴ Vid. Naciones Unidas, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Oficina del Alto Comisionado, Nueva York, Ginebra, 2011, pp. 58 a 69. Sobre el Derecho internacional de los derechos humanos: Naciones Unidas, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, *cit.*, pp. 5 y 6.

ciertas circunstancias, también los grupos armados no estatales pueden estar obligados por el Derecho internacional de los derechos humanos, siendo capaces de contraer, voluntariamente o no, el deber de respetarlos y protegerlos y de garantizar su disfrute¹⁵. Efectivamente, el hecho de que se espere que un actor no estatal cumpla determinadas normas de derechos humanos no disminuye en modo alguno la responsabilidad primordial del Estado de proteger y hacer efectivos esos derechos. Verbigracia, así lo confirma la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*¹⁶. Para un mayor abundamiento, en el panorama de la responsabilidad de proteger, algunas violaciones de derechos humanos cometidas en el entorno de la trata en los conflictos armados pueden alcanzar un nivel de gravedad propio de los *crímenes más importantes de trascendencia para la comunidad internacional*, a saber, delitos internacionales graves que los Estados están obligados a prevenir y que son competencia de la Corte Penal Internacional (CPI): *crímenes de guerra* (art. 8 Estatuto de Roma de 1998), *crímenes de lesa humanidad* (art. 7 Estatuto de Roma de 1998) o actos de *genocidio* (art. 6 Estatuto de Roma de 1998)¹⁷. Como es sabido, el Derecho internacional penal persigue la individualidad de la infracción y la transparencia de la comisión de la violación de los derechos humanos¹⁸. A título de ejemplo, mientras la trata de personas puede constituir un crimen de lesa humanidad si se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, la esclavización sexual de los miembros de determinadas minorías étnicas puede derivar en un genocidio, en ciertos casos extremos¹⁹. La violencia sexual relacionada con los conflictos puede utilizarse como táctica de guerra o de terrorismo y puede constituir un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad o un acto de genocidio. Aunque el Derecho internacional no define exhaustivamente qué es el terrorismo y el *Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños* tampoco especifica concretamente sus formas de explotación, en algunas situaciones, los actos terroristas pueden estar estrechamente ligados a la trata de personas. De esta suerte, cuando los grupos terroristas financian sus actividades con las ganancias obtenidas de la trata de seres humanos, el delito de trata también constituye un delito relacionado con el terrorismo, tal y como dispone el *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999²⁰. En este escenario, ¿sería hoy aplicable la responsabilidad de proteger en el

¹⁵ Especialmente si ejercen un cierto grado de control sobre un territorio determinado y su población. Por ejemplo, el artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados impone específicamente un cierto grado de obligación a los grupos armados.

¹⁶ *Cfr.* Sentencia de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports 2007*, párrs. 166-182.

¹⁷ *Vid.* UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*. Nota Informativa, 2019, p. 3; UNODC, *Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations*, 2018, 75 pp.

¹⁸ *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez”, *REDI*, vol. LXIII/2, 2011, p. 12.

¹⁹ *Vid.* UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, *cit.*, p. 3.

²⁰ Entre otros, la trata de personas para exigir rescate por ellas; la venta de personas para su explotación sexual; la obtención de beneficios del trabajo forzoso; la explotación de niños como mendigos... *Vid.* UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, *cit.*, pp. 4 y 5. España ratificó dicho tratado en 2002. *Vid.* BOE nº123, de 23 de mayo de 2002, pp. 18361 a 18369.

caso de que un Estado inmerso en un conflicto armado no internacional ignore o no pueda cumplir su obligación de prevenir la violación de derechos humanos, cometidos en el entorno de la trata de personas situadas en su territorio o bajo su jurisdicción, si dichas infracciones encajan en el marco de un crimen atroz?

II. UNA VISIÓN GENERAL DE LA TRATA DE MENORES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

2.1. El negocio de la trata en los conflictos armados. Una referencia a la problemática identificación de las víctimas menores

La trata de seres humanos²¹ es un negocio muy rentable y muy sencillo, en particular en el marco de los conflictos armados. Muy rentable porque, desde una perspectiva general, la trata representa, hoy en día, la segunda fuente de ingresos ilícitos de la delincuencia, proporcionando a los traficantes un beneficio aproximado global de 32 billones de euros. Y muy sencillo, porque el miedo de la población y la debilidad o el mal funcionamiento de los sistemas de justicia penal, especialmente en situaciones de emergencia repentina, permiten que los tratantes²² y sus cómplices operen con impunidad, facilitando ese abominable mercantilismo humano. Los últimos datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, según sus siglas en inglés) revelan que uno de cada cinco niños es objeto de trata. Los menores son, a tenor de esas cifras, la mayoría de las personas tratadas en las regiones más pobres africanas y del Gran Mekong (Camboya, Laos, Birmania, Tailandia, Vietnam y China)²³. Uno de los principales retos del fenómeno de la trata sigue siendo la dificultad de medir su verdadera magnitud. La falta de identificación correcta de cualquier víctima de trata conduce a la violación de los derechos de esa persona. El hecho de que se trate a un menor, víctima de trata, como un adulto impide que éste pueda ejercer los derechos que le corresponden de conformidad con el Derecho nacional e internacional²⁴. La mejor identificación es (todavía) una asignatura pendiente, a pesar de que la obligación está implícita en todos los instrumentos jurídicos que contienen disposiciones sobre la prestación de protección y apoyo a las víctimas. Por ejemplo, quienes han sido sometidos a trata por grupos armados o terroristas pueden suscitar desconfianza, en el caso de que escapen o sean puestos en libertad, e incluso se les puede enjuiciar, únicamente por sus presuntos vínculos con los delincuentes. Las situaciones de conflicto agudizan esos problemas ya que dificultan la identificación de las víctimas, disuadiéndoles de solicitar asistencia. La Resolución 2331

²¹ Vid. JOSHI, A., "The face of human trafficking", *Hastings Women's Law Journal*, 18, 2002, pp. 18-40; MUÑOZ CUESTA, F.J., "Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº4, 2011 (Tribuna), pp. 9-20; MAPELLO CAFFARENA, B., "La trata de personas", *ADPCP*, vol. LXVI, 2012, pp. 25-62.

²² Vid. *Informe del Secretario General "Trata de mujeres y niñas"*, A/69/224, de 1 de agosto de 2014, p. 2, párr. 3; PEARSON, E., *Manual de Derechos humanos y Trata de personas. Alianza global contra la trata de mujeres*, op. cit., p. 65.

²³ Vid. UNODC, *Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations*, 2018, p. 8.

²⁴ Vid. ACNUDH, *Comentario sobre los Principios y Directrices Recomendados*, Nueva York y Ginebra, 2010, pp. 162-163.

(2016), de 20 de diciembre de 2016, del Consejo de Seguridad de la ONU aclara que las víctimas de actos de trata cometidos por grupos terroristas deben ser consideradas víctimas del terrorismo, lo que tendría que contribuir a reducir su nivel de estigmatización. *Inter alia*, también es posible que no todos los menores víctimas de trata lo parezcan; es factible que aparenten 18 años o más, que sus pasaportes hayan sido destruidos o arrebatados, que mientan acerca de su edad por indicación de sus explotadores, que viajen con documentos de identificación falsificados o alterados. Precisamente por ello, la presunción de edad está cada vez más aceptada cuando se trata de niños. Si la víctima puede ser menor de edad, será tratada como tal mientras no se determine otra cosa. Así lo confirman la *Guía Legislativa para la Aplicación del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata*²⁵ y el artículo 10.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Trata. Además, hasta que se verifique la edad, las víctimas deben recibir una protección especial de conformidad con sus derechos, tal y como recogen las *Directrices del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia* (UNICEF) sobre la protección de los niños víctimas de trata²⁶. Por ejemplo, en ausencia de uno de los padres²⁷ o de un conflicto de intereses entre el menor y su(s) padre(s)²⁸, y antes de que se determine su edad a través de parámetros como la apariencia física y su madurez psicológica²⁹, el presunto menor tiene derecho a que se le asigne un tutor, un adulto que se responsabilice de garantizar que se vela por su interés superior³⁰. En los entornos afectados por conflictos, el desglose de los datos de las víctimas y de los autores por edad, género, origen étnico y otras características pertinentes puede ayudar a comprender mejor los factores de riesgo. También se podrían reforzar los indicadores de alerta temprana de violencia sexual relacionada con los conflictos (VSRC)³¹, los de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)³² y/o el Marco de Análisis para Crímenes Atroces de la Oficina sobre la Prevención del Genocidio y la Responsabilidad de Proteger³³.

²⁵ Vid. UNODC, *Guía Legislativa para la Aplicación del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata*, 2004, párr. 65, p. 28.

²⁶ Vid. UNICEF, *Directrices para la protección de los niños víctimas de la trata de personas*, 2006, p. 44.

²⁷ Tal sería el caso de menores no acompañados solicitantes de asilo.

²⁸ En algunos casos, los padres pueden estar involucrados o pueden ser sospechosos de estar involucrados en la trata de su hijo, en cuyo caso no deberían participar en las decisiones que le afecten,

²⁹ Las pruebas médicas de determinación de la edad sólo deben realizarse como último recurso y siempre que exista un consentimiento informado.

³⁰ Para más información sobre la labor del tutor, véase, ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, noviembre 2011, p. 82.

³¹ Vid. *Analytical and Conceptual Framing of Conflict-Related Sexual Violence, UN Action against Sexual Violence in Conflict*, 2011 [Marco analítico y conceptual de la violencia sexual relacionada con los conflictos]

³² Vid. REDONDO ABOLLADO, J., “La OSCE, protagonista en la seguridad europea”, *Revista Española de Defensa*, enero 2019, pp. 54-57.

³³ Vid. UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, *op. cit.*, pp. 5 y 6; Oficina de las Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio y la Responsabilidad de Proteger, “Marco de Análisis para Crímenes Atroces”, Ed. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014, 33 pp.

2.2. Causas, objetivo principal y consecuencias de la trata de menores en los conflictos armados

Entre las situaciones que alimentan la trata de menores en los conflictos armados destacan las adversidades socioeconómicas (pobreza y desempleo), la fragmentación social y la ruptura de las familias, el débil Estado de Derecho y la incapacidad de los gobiernos para mantener la ley y el orden, proteger a sus ciudadanos y proveerles de servicios básicos. Ello no exime, en todo caso, a los Estados interesados de tener que adoptar políticas y prácticas que contemplen esos factores para prevenirlos y/o corregirlos (artículo 9.4 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata). En las zonas de conflicto, este delito es perpetrado tanto por criminales que huyen del peligro y la persecución³⁴ como por grupos armados estatales y no estatales (v.g. Daesh, Boko Haram o Al-Shabab) que hacen de la trata una estrategia para financiar sus actividades y/o para incrementar su fuerza laboral en las guerras alrededor del mundo. El principal objetivo de la trata de seres humanos (incluidos los menores) es la explotación; una explotación que se puede ramificar en un amplio abanico de prácticas asociadas que están prohibidas por el Derecho internacional de los derechos humanos: la esclavitud, la servidumbre, la explotación sexual³⁵ de menores³⁶, el matrimonio forzado, las formas serviles de matrimonio, el matrimonio de menores, la prostitución forzada y la explotación de la prostitución. Según un Informe de 2019 sobre la financiación de las actividades de los grupos armados de la UNODC, las prácticas de explotación más comunes en los entornos conflictivos son la utilización de niños (víctimas de trata) como soldados; la extracción de órganos para tratar a combatientes heridos o para financiar las guerras; la esclavitud como táctica del terrorismo y/o para reprimir a minorías étnicas, y la explotación sexual de mujeres (49%) y niñas (23%) por miembros de grupos armados y terroristas³⁷. Ese mismo informe revela que las mujeres y las niñas son las víctimas³⁸ más expuestas y vulnerables a la violencia sexual, la prostitución forzosa o la trata (70%)³⁹. Entre las razones que explican la particular vulnerabilidad de las mujeres a la trata de seres humanos figuran su situación económica y social y su posición de desventaja en el mercado laboral. La exclusión social y racial, la discriminación por razón de etnia, clase,

³⁴ Vid. UNODC, “La trata de personas, una herramienta de los grupos armados para financiar sus actividades: Informe de UNODC”, *Comunicado de prensa*, 2019, p. 1.

³⁵ Vid. MAQUEDA ABREU, M.L., *El tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2001, 88 pp.

³⁶ Vid. DÍEZ REPOLLÉS, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista penal*, nº 2, 1998, pp. 17-22.

³⁷ Vid. UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, *cit.*, p. 2.

³⁸ De conformidad con los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, se entiende por “víctima” “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos (...). Cuando corresponda, y según el Derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización” (párr. 8).

³⁹ Vid. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), “La trata de personas, una herramienta de los grupos armados para financiar sus actividades: Informe de UNODC”, *cit.*, p. 1.

edad, y los roles e identidades de género también contribuyen a que las mujeres y las niñas sean más vulnerables a este fenómeno delictivo⁴⁰. La trata de seres humanos es un problema complejo que incide de forma muy negativa en sus víctimas⁴¹. Centrándonos en los menores, los daños físicos y psicológicos que este delito les puede ocasionar pueden tener lugar en cada uno de los ciclos del proceso, pudiendo ser distintos para los niños y las niñas, a tenor de la experiencia de trata sufrida. Por ejemplo, las niñas víctimas de violencia sexual pueden sufrir infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH/SIDA, embarazos no deseados y maternidad precoz. Más aún, los efectos que pueden tener los abusos sexuales sobre la conducta pueden generar miedo, depresión, baja autoestima, escasas habilidades sociales, ira y hostilidad, comportamiento sexualizado, vergüenza, consumo de drogas y autolesión (incluyendo el suicidio). Los conflictos armados acentúan la posibilidad de que los menores puedan experimentar abusos incluso después de haber sido identificados por las fuerzas del orden público (también por esas mismas fuerzas) y de haber sido teóricamente apartados de dicha explotación. Algunos menores víctima de trata, especialmente aquellos sospechosos de haber sido sometidos a explotación sexual⁴², pueden ser igualmente objeto de abusos por parte de miembros de su propia familia o comunidad de origen⁴³. Para erradicar este fenómeno es necesario, por consiguiente, tener muy presentes las dificultades concretas que se dan en sus diferentes fases tanto a nivel interno como internacional.

2.3. El interés superior del menor

En los entornos de seguridad estatal débil, los esfuerzos de prevención deben ser más exigentes⁴⁴. Y en el caso de los menores (acompañados, no acompañados y separados⁴⁵), teniendo en cuenta que esa condición les otorga el derecho a medidas especiales de

⁴⁰ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., p. 32; MIKO, F. T. “Trafficking in women and children: The U. S. and International Response” – Updated March 26, 2004, Washington D.C.: Congressional Research Service, 21 pp.

⁴¹ Vid. NAGLE-ORTIZ, L., “Selling Soul: The Effects of Globalization on Human Rights and Forced Servitude”, *Wisconsin International Law Journal*, 26, 1, 2008, 32 pp.

⁴² Vid. UNICEF, *Guía de referencia sobre la protección de los derechos de los niños víctimas de la trata en Europa*, 2006, pp. 17-19.

⁴³ Vid. ACNUR, *La trata de seres humanos. Prevenir, combatir, proteger. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los Derechos humanos*, Noviembre op. cit., p. 80; JONES, A. A., “Post Traumatic stress disorder and victims of human trafficking: A Perpetuation of chronic indignity”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 1, 2009, pp. 317-354.

⁴⁴ Vid. *Informe del Secretario General “Trata de mujeres y niñas”*, A/69/224, de 1 de agosto de 2014, p. 12, pár. 35.

⁴⁵ Los niños no acompañados son niños que han quedado separados de ambos progenitores y de otros familiares y cuyo cuidado queda a cargo de un adulto quien, legal o habitualmente, es responsable de dicho cuidado. Los niños separados son los que, durante las emergencias repentinas (conflicto armado o desastre natural) quedan separados de ambos progenitores o de sus anteriores tutores legales o cuidadores habituales pero no necesariamente de otros familiares. Por tanto, un niño separado puede ser un niño acompañado por otros familiares adultos. Vid. MIGUEL JUAN, C., y FERNÁNDEZ PAREDES, T., “La judicatura como garantía de protección de los derechos de las víctimas de trata”, en *Elementos para una teoría crítica prostitucional. Colección Estudios de Derecho constitucional*, Ed. Comares, 2017, p. 33.

protección, cualesquiera acciones específicas que les afecten⁴⁶ deben priorizar su interés superior y definirse de forma individual y duradera con arreglo a su situación *ad hoc*, el contexto y sus necesidades personales⁴⁷. Aunque el Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata no se refiere directamente al “interés superior del menor”, este principio forma parte del derecho interno de muchos países y está consagrado en el artículo 3.1 de la CdN y en otros textos convencionales como el Convenio del Consejo de Europa sobre la Trata, que se refiere a él a lo largo de todo su texto. Según este principio, cualesquiera medidas o decisiones que adopten las instituciones públicas o privadas de asistencia social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas o los órganos legislativos con respecto a los menores, deben considerar su interés superior. Esto es especialmente cierto en el contexto de la búsqueda de familiares, la reagrupación y la repatriación de menores⁴⁸. La CdN ha sido ratificada, hasta la fecha, por 196 Estados, entre los que se encuentran países actualmente en conflicto como Afganistán (28 de marzo de 1994), Nigeria (19 de abril de 1991), Siria (15 de julio de 1993), Somalia (1 de octubre de 2015), Sudán del Sur (23 de enero de 2015), República Centroafricana (23 de abril de 1992), la República Democrática del Congo (27 de septiembre de 1990) y Yemen (1 de mayo de 1991). Todos estos Estados, menos Somalia, también son partes del *Protocolo Facultativo sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados* (consentido por 170 países)⁴⁹ y del *Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía*, ratificado por 176 Estados⁵⁰. El hecho de que tantos países hayan consentido estos tratados no significa, sin embargo, que sus autoridades de protección tengan la responsabilidad principal en relación a los menores extranjeros víctimas de trata; tampoco que desempeñen un papel en la determinación del interés superior del menor y en la búsqueda de una solución duradera para estos niños; y/o que en ellos prevalezca un enfoque de cumplimiento de la ley en relación con los delitos o sanciones administrativas cometidas por los menores⁵¹. Con respecto a la determinación efectiva del interés superior de los menores no acompañados y separados (que constituyen la realidad mayoritaria en los conflictos armados) se exigen, además, unas condiciones previas esenciales: una correcta identificación; un proceso de registro adecuado, incluida la documentación; el seguimiento; el nombramiento de un

⁴⁶ Vid. Convención de los Derechos del Niño de 1989. Observación General n° 14 /2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3.1). UN Doc. CRC/C/GC/14.

⁴⁷ Vid. *Consejo General del Poder Judicial*, “Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Trata de Seres Humanos”, 2018, p. 20.

⁴⁸ Vid. UNODC, *Guía Legislativa del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata*, Parte 2, párs. 66 y 67.

⁴⁹ Afganistán (24 de septiembre de 2003), Nigeria (25 de septiembre de 2012), Siria (17 de octubre de 2003), Sudán del Sur (24 de septiembre de 2018), República Centroafricana (21 de septiembre de 2017), la República Democrática del Congo (11 de noviembre de 2001) y Yemen (2 de marzo de 2007).

⁵⁰ Afganistán (19 de septiembre de 2002), Nigeria (27 de septiembre de 2010), Siria (15 de marzo de 2003), Sudán del Sur (27 de septiembre de 2018), República Centroafricana (24 de octubre de 2012), la República Democrática del Congo (11 de noviembre de 2001) y Yemen (15 de diciembre de 2004).

⁵¹ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos, cit.*, p. 75.

tutor; la provisión de medidas de asistencia temporal y de seguimiento; y la apertura de un expediente individual⁵².

III. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA TRATA. EL PROTOCOLO CONTRA LA TRATA Y OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

La definición de la trata al margen de sus fines no se consensuó internacionalmente hasta la adopción, en el año 2000, del *Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños* (más conocido como Protocolo de Palermo o Protocolo contra la Trata⁵³) que complementa la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (en adelante, CNUCDOT)⁵⁴. Estos dos documentos, junto con las Notas Interpretativas (*Travaux Préparatoires*)⁵⁵ al Protocolo contra la Trata, constituyen un paquete completo de obligaciones estatales internacionales expresamente dirigidas a la trata de personas⁵⁶. Siendo ambos tratados de carácter abierto, mientras la CNUCDOT ha sido actualmente consentida por 190 Estados, los países que, por el momento, han ratificado el Protocolo contra la Trata son 177. Sólo los Estados que forman parte de la CNUCDOT pueden consentir el Protocolo contra la Trata. Así, de los países en conflicto mencionados *ab initio*, seis han consentido la CNUCDOT y sólo cuatro de ellos forman parte también del Protocolo contra la Trata. Más en concreto, Afganistán, Nigeria, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Siria y Yemen⁵⁷, están obligados por las disposiciones de la Convención de 15 de noviembre de 2000. A diferencia de Afganistán, Nigeria, la República Centroafricana y la República Democrática del Congo, Siria y Yemen no han aceptado el Protocolo contra la Trata. Birmania, Sudán del Sur y Somalia no han consentido, hasta ahora, ninguno de los dos instrumentos internacionales anteriores. España, por su parte, ratificó ambas normas el 1 de marzo de 2002⁵⁸. En contraste con la

⁵² Vid. ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del niño*, 2008 y *Determinación del interés superior del menor – Hoja informativa sobre protección y cuidado*, 2008.

⁵³ Vid. *United Nations, Treaty Series*, vol. 2237, p. 319, Doc. A/55/383.

⁵⁴ Aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* tiene tres Protocolos: el Protocolo contra la trata de personas; el Protocolo contra el contrabando de migrantes por tierra, mar y aire; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego. Vid. *United Nations, Treaty Series*, vol. 2225, p. 209.

⁵⁵ Las Notas Interpretativas (*Travaux Préparatoires*) (A/55/383/Add.1 Adiciones) se encuentran en: http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_convention_documents.html

⁵⁶ Vid. GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas*, 2005, p.1.

⁵⁷ Afganistán consintió la CNUCDOT el 24 de septiembre de 2003 y el Protocolo contra la Trata el 15 de agosto de 2014; Nigeria se convirtió en parte de la CNUCDOT y del Protocolo contra la Trata el 28 de junio de 2001; La República Centroafricana consintió la CNUCDOT el 14 de septiembre de 2004 y el Protocolo contra la Trata el 6 de octubre de 2006; La República Democrática del Congo forma parte de la CNUCDOT y del Protocolo de Palermo desde el 28 de octubre de 2005; Siria consintió la CNUCDOT el 8 de abril de 2009; Yemen es parte de la CNUCDOT desde el 8 de febrero de 2010.

⁵⁸ Vid. *BOE* n° 296, de 11 de diciembre de 2003.

Convención de 1949, que únicamente se centra en la prostitución⁵⁹, el Protocolo contra la Trata establece la base fundamental para la creación y/o reforma de los derechos internos. En particular, dado que el artículo 1 del Protocolo declara que las provisiones relevantes de la CNUCDOT están incorporadas en su texto (lo que incluye el artículo 34.2), el Protocolo obliga a los Estados partes a adoptar leyes nacionales que cubran la trata interna, la trata transfronteriza y la trata en la que participen una o más personas⁶⁰ y a tipificar, como delito, esta forma de delincuencia (principalmente organizada)⁶¹. El tratamiento de este delito grave requiere, en efecto, una conjugación activa y efectiva de las políticas nacionales e internacionales.

3.1. El Protocolo contra la Trata: ¿un enfoque más penalista que de derechos humanos?

El Protocolo contra la Trata fue desarrollado por la Comisión del Crimen de las Naciones Unidas, que es un órgano de aplicación de la ley y no un órgano de derechos humanos. De ahí que el Protocolo contra la Trata sea principalmente un instrumento de implementación de la norma, que aborda -con un lenguaje débil- la protección de los derechos humanos y la asistencia a las víctimas de trata. El Protocolo apuesta más por un enfoque penalista de la trata que por un enfoque basado en los derechos humanos y las necesidades de las personas tratadas. Ese lenguaje débil puede apreciarse, por ejemplo, en la utilización de expresiones como “en la medida de lo posible” o “en los casos en que proceda” recogidas en los artículos 6 y 7 del Protocolo, que precisamente son los que inauguran la Parte II del tratado dedicada a la “Protección a las víctimas de la trata de personas”⁶². Sea como fuere, uno de los tres objetivos del Protocolo contra la Trata es proteger y asistir a las víctimas, según los principios de derechos humanos. Por consiguiente, aunque la obligación de los Estados de proteger los derechos de las personas tratadas descansa más en otros instrumentos de derechos humanos internacionales y regionales (que exigen a los interesados defender esas prerrogativas al margen de que hayan consentido o no el Protocolo), este tratado obliga realmente a los Estados partes a adoptar leyes internas y políticas de protección de derechos y de asistencia a las personas tratadas, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionales. Determinados tipos de protección y asistencia son necesarios y su elaboración debe ser compatible con esas normas⁶³. Es más, el apartado primero del artículo 14 del Protocolo contra la Trata dispone que: “*Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho internacional, incluidos el Derecho internacional humanitario y la normativa*

⁵⁹ La Convención de 1949, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en vigor el 25 de julio de 1951, consideraba que todo tipo de prostitución, voluntaria o forzada, era trata.

⁶⁰ Vid. GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas*, cit., p.14.

⁶¹ Vid. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, COM (2018) 777 final, Bruselas, 3 de diciembre de 2012, p. 1.

⁶² Vid. GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas*, op. cit., p. 2.

⁶³ *Ibíd.*, p. 7

internacional de derechos humanos (...)”. Una disposición similar la encontramos en el artículo 40 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Trata. Esta cláusula de salvaguardia significa que el Protocolo no modifica ninguna otra obligación de los gobiernos acogida bajo las leyes internacionales humanitarias o de derechos humanos, debiendo interpretarse de forma compatible con dichos instrumentos. Por ejemplo, con los *Pactos Internacionales de 1966*, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* y la *Convención sobre los Derechos del Niño*. El Protocolo establece, en definitiva, una regla de mínimos que tiene que ser complementada a la luz de las exigencias de derechos humanos contenidas en otros instrumentos internacionales y regionales⁶⁴. Los *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas* del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social constituyen una buena guía de medidas específicas (legales y políticas) que pueden y deben observar los Estados para promover y proteger los derechos humanos y para evitar revictimizar a las personas tratadas⁶⁵. Así lo requiere, v.g., el artículo 9.1 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata.

3.2. El concepto y los elementos de la trata de seres humanos a la luz del Protocolo de Palermo. Una breve alusión a su mecanismo de control

De conformidad con sus fines, el artículo 3 del Protocolo de Palermo define la trata de seres humanos como: “*a) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad*”⁶⁶, *o el ofrecimiento o la concesión de pagos o beneficios para poder obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación en 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 extirpación de órganos*”. Todas estas manifestaciones de trata se consideran, hoy en día, “formas contemporáneas de esclavitud”⁶⁷. Los términos “abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad” confirman que la trata puede tener lugar al margen de la fuerza. Por ejemplo, los menores tratados (particularmente los que han sufrido explotación sexual) pueden ser víctimas de trata a través de alguien cercano (un padre, una madre, un líder de la comunidad) e incluso sufrir abusos por parte de su propia familia o colectividad de origen. Esta posibilidad se recrudece en los conflictos armados ante el miedo, la desesperación de la población y/o la ruptura de la capacidad de las familias para cuidar de sus hijos. Por otro lado, los términos “explotación de la prostitución ajena” y

⁶⁴ *Ibíd.* p. 3.

⁶⁵ *Vid.* E/2002/68/Add.1, de 20 de mayo de 2002, “Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social”, 17 pp.

⁶⁶ Por situación de vulnerabilidad se puede entender cualquier situación en la que la persona involucrada no tiene más alternativa real y aceptable que someterse al abuso pertinente.

⁶⁷ *Vid.* VALVERDE CANO, A.B., *La protección jurídico-penal de las víctimas de las formas contemporáneas de esclavitud a la luz del Derecho internacional, europeo y nacional*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, E-book, 140 pp.

“explotación sexual” quedaron intencionadamente indefinidos en la definición de trata durante las negociaciones del Protocolo, circunscribiendo su regulación al derecho interno de los Estados y abriendo la posibilidad de que todos los gobiernos pudieran firmar el tratado sin tener que modificar, a la luz del nuevo texto, sus diferentes leyes y políticas internas. Si tenemos en cuenta que la “explotación sexual” es “*la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual, o la producción de materiales pornográficos como consecuencia de estar sujeto a una amenaza, coacción, rapto, fuerza, abuso de autoridad, servidumbre por deuda o fraude*”, la conclusión es que varias de las prácticas de explotación más comunes en los entornos conflictivos que afectan a los menores, como el rapto para su utilización como niños soldados o la explotación sexual de las niñas, no están amparadas por el Protocolo. Su explicación (más bien excusa política) es que no hay ningún acuerdo internacional sobre el significado de “explotación sexual”⁶⁸. Sin embargo, más allá de la norma, la abducción forzada de soldados adolescentes o niños es una práctica ampliamente documentada en conflictos como los que viven África Central y el Medio Oriente. Los niños de la calle constituyen, en particular, un blanco fácil, puesto que normalmente nadie nota o delata su desaparición⁶⁹. Las niñas, por su parte, son más utilizadas como esclavas sexuales para favorecer las tasas de reclutamiento y para recompensar a los soldados. La historia de Nadia Murad, la primera víctima de trata de personas nombrada Embajadora de Buena Voluntad de la ONU y Premio Nobel de la Paz en 2018⁷⁰, es especialmente ilustrativa a este respecto. La esclavitud, definida en el artículo 1.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud* de 1926, es “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de la propiedad o algunos de ellos*”. Entre las “*prácticas análogas a la esclavitud*”, como la servidumbre por deudas o la servidumbre de la gleba, el artículo 1 de la *Convención Suplementaria de Naciones Unidas sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud* de 1957 también incluye el matrimonio forzado⁷¹. Por lo que se refiere a la

⁶⁸ Sobre los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional, se recomienda la lectura del excelente trabajo del profesor Valentín BOU FRANCH, publicado en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24, 2012, pp. 1-46.

⁶⁹ Vid. PEARSON, E., *Manual de Derechos humanos y Trata de personas. Alianza global contra la trata de mujeres*, op. cit., p. 62.

⁷⁰ Como es sabido, Nadia Murad fue explotada sexualmente (junto con otras muchas mujeres y niñas de la colectividad Yazidi) después de que Daesh se hiciera con el control de su comunidad en Irak, cuando ella tenía apenas diecinueve años. Bien entrado en su segunda década, el conflicto con el Estado Islámico/EI/ISIS ha desestabilizado una región ya inestable de por sí, elevando la vulnerabilidad de grupos como los Yazidis y los Kurdos. En términos de explotación sexual, las mujeres Yazidi son esclavizadas y tratadas como una verdadera “propiedad” para ser compradas, vendidas o entregadas a voluntad.

⁷¹ Lamentablemente, las uniones obligadas entre niñas y adultos constituyen una costumbre normalizada y ampliamente aceptada desde un punto de vista cultural en África. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), África es el hogar de quince de los veinte países con las tasas más altas de matrimonios infantiles en el mundo. Actualmente, 125 millones de niñas han celebrado un matrimonio forzado prematuro en África, pudiendo elevarse esa cifra a 310 millones de niñas casadas en 2050, a tenor del crecimiento exponencial de la población en el continente. En el marco de los conflictos armados, las niñas son normalmente forzadas a casarse con individuos pertenecientes a grupos armados estatales y/o no estatales (Daesh, Boko Haram, Al-Shabab), violándose su dignidad y su capacidad de elegir. El matrimonio forzado de niñas es un arma directa de conflicto. Divina Maloum, fundadora de *Children For Peace* (C4P) y Premio Internacional de la Paz del Niño 2019, constituye un ejemplo de la lucha contra el abuso infantil

trata de seres humanos con fines de extracción de órganos (relacionada con el tráfico ilícito de migrantes y que no hay que confundir con el tráfico de órganos, tejidos y células), si bien la información disponible no revela un patrón de victimización basado en el género, lo que si es cierto es que los traficantes suelen dirigirse a los más pobres y vulnerables de la sociedad. En los conflictos armados, ese público se nutre desproporcionadamente de mujeres, niñas y niños⁷². El Protocolo contra la Trata no cubre el transporte exclusivo de los órganos. Sólo entiende que hay trata de personas para el comercio de órganos humanos si la persona es transportada con el objeto de extirpárselos⁷³. Por lo que se refiere al consentimiento, la letra b) del artículo 3 del Protocolo contra la Trata dispone que: “*El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado*”. El Derecho internacional de los derechos humanos entiende que la inalienabilidad intrínseca de la libertad personal hace que el consentimiento no sea una consideración pertinente en las situaciones en las que se priva a un ser humano de dicha libertad⁷⁴. El consentimiento verdadero sólo es posible y legalmente reconocible cuando los interesados conocen todos los hechos relevantes y son libres de consentir o no. El consentimiento basado en el engaño, la coacción, la fuerza u otros medios prohibidos no es un consentimiento válido y no se puede utilizar como defensa⁷⁵. En el caso de los menores, el consentimiento de la víctima no se tiene en cuenta en ninguna circunstancia. Por último, el apartado c) del artículo 3 y la sección 6.4 del Protocolo contra la Trata son los únicos que mencionan, y brevemente, a los niños/as. Este vacío convencional invita a los Estados a incorporar disposiciones relevantes en sus normas internas relativas a la trata, a la luz de distintos instrumentos jurídicos internacionales como el *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía* y la *Convención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación N° C182* (1999). El artículo 3 del Protocolo de Palermo contempla, en definitiva, los tres elementos constitutivos de la trata de personas (adultas): 1.- El “hecho” (lo que se hace): la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas; 2.- los “medios” (cómo se hace): la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas

por parte de grupos terroristas en Camerún. Por su parte, la Unión Africana (UA) ha extendido su campaña en todo el continente para poner fin definitivamente a esta praxis. Vid. UNICEF, *A Profile of Child Marriage in Africa*, 2019; ELFADIL, A, “El matrimonio infantil en África: una plaga de hoy en día”, *Revista Digital, Crónicas y Reportajes*, 2018, p. 1.

⁷² Vid. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Instrumento de evaluación: Trata de personas con el propósito de extracción de órganos*, 2015, 4 pp.

⁷³ Vid. GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas*, cit., p. 11; ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., p. 34; VUJIN, J., “Human trafficking in the Balkans: an inside report”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 2009, pp. 267-315.

⁷⁴ Vid. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Los derechos humanos y la trata de personas*, cit., p. 4.

⁷⁵ Vid. *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. De venta S.05.V.2), p. 272.

de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y 3.- el “propósito” de explotación, sea cual fuere su tipo (por qué se hace): con fines de explotación, incluyendo la explotación de la prostitución ajena, la explotación sexual, el trabajo forzoso, la esclavitud o prácticas análogas y la extracción de órganos⁷⁶. Un combate eficaz contra la trata requiere que este fenómeno sea abordado de una manera integral, teniendo en cuenta esos tres elementos, y no solamente como una forma de explotación. El trabajo forzoso y las prácticas análogas a la esclavitud son en sí mismos delitos y violaciones de los derechos humanos que los derechos internos deben definir de forma clara⁷⁷. En el caso de la trata de menores, el Derecho internacional establece una definición distinta en cuya virtud no es necesaria la existencia de un “medio”. Sólo es preciso demostrar la existencia de una “acción”, como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas, y que la “finalidad” específica de dicha acción sea la explotación. En otras palabras, se entiende que hay trata cuando el menor ha sido sometido a algún acto, como la captación o el transporte, con el fin de someterlo a explotación. Finalmente, el Protocolo contra la Trata no establece ningún mecanismo de vigilancia específico que supervise su aplicación. Sólo la CNUCDOT, tratado al que complementa, prevé una Conferencia de las Partes en la Convención capacitada para solicitar y recibir información sobre la aplicación del Protocolo por los Estados partes y para formular recomendaciones destinadas a mejorar tanto el texto como su implementación. La técnica de supervisión no es, por tanto, muy rigurosa. En el ámbito del sistema internacional de derechos humanos, la trata de niños y mujeres es ahora un tema habitual de debate en el seno del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que son precisamente los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de los dos tratados de derechos humanos que se centran específicamente en la trata de personas y que dan nombre a los Comités correspondientes. El Protocolo contra la Trata no es, en todo caso, el último trabajo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en este ámbito. Con posterioridad al Protocolo se ha desarrollado un amplio marco jurídico internacional y regional que combina una respuesta de la justicia penal a la trata con un enfoque centrado en las víctimas y en los derechos humanos⁷⁸.

⁷⁶ Vid. UNODC, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, Programa Mundial contra la Trata de Seres Humanos, 2008, 562 pp.

⁷⁷ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., p. 36.

⁷⁸ Sin ánimo de exhaustividad, la Asamblea General de la ONU aprobó, en 2010, el *Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas* (A/RES/64/293, de 12 de agosto de 2010). En 2013, sobre la base de los objetivos de dicho Plan, el órgano plenario de la ONU adoptó, asimismo, la Resolución 68/192, de 18 de diciembre de 2013 (“Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas”) que insiste en un enfoque integral y en una armonización de esfuerzos multidisciplinares e interinstitucionales. Otras respuestas de las Naciones Unidas a la trata de seres humanos son el Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas, el Equipo de Tareas sobre la Lucha contra la Trata de Personas en la Acción Humanitaria del Grupo Temático Mundial sobre Protección, el Grupo Mundial sobre Migración, establecido por la Asamblea General en su Resolución 61/180, y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Precisamente a la luz del Protocolo de Palermo, el marco internacional regional abanderado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRATA. UNA VIOLACIÓN GRAVE DE LOS DERECHOS HUMANOS Y UN FENÓMENO ESPECÍFICO DE GÉNERO

4.1. La trata de personas como una violación grave de los derechos humanos

La trata de personas constituye una violación grave de los derechos fundamentales y un fenómeno específico de género. Por lo que se refiere a los derechos humanos, este enfoque incide en el marco normativo de las obligaciones regionales e internacionales existentes en la materia y en el desarrollo jurisprudencial en este campo. Por ejemplo, en su sentencia de 2010 en el *asunto Rantsev v. Chipre y Rusia*⁷⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ya dictaminó que la trata de personas es contraria al artículo 4 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH) sin que sea necesario que sea calificada como esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso (pár. 281). De este modo, aunque el Convenio de Varsovia es ajeno a la supervisión directa del TEDH, sí está indirectamente bajo su control, al menos por lo que se refiere a la interpretación del artículo 4 del CEDH. Esta circunstancia es muy positiva para las víctimas, ya que el tratado prohíbe en general todas las formas de trata (nacional, transnacional, vinculada o no a la criminalidad organizada), incluidas las “formas contemporáneas de esclavitud”: la explotación sexual, el trabajo o los servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre y la extracción de órganos. Para un mayor abundamiento, estas prácticas son, en sí mismas, violaciones de los derechos humanos prohibidas sin paliativos por el Derecho internacional de los derechos humanos⁸⁰. Al hilo de estas consideraciones, merece la pena destacar que, si bien la trata de menores no es una de las seis violaciones graves de los derechos de los niños en los conflictos armados, definidas por el Consejo de Seguridad de la ONU en distintas resoluciones, lo cierto es que los

Europa (OSCE), el Consejo de Europa y la Unión Europea (UE) han priorizado la lucha contra la trata de seres humanos, y con fines de explotación sexual, a través de múltiples iniciativas normativas. Más allá de la Oficina y el cargo del Representante Especial y Coordinador para la Lucha contra la Trata de Personas, el Plan de Acción de la OSCE contra la Trata de Personas es el marco de las actividades de la Organización para apoyar las iniciativas de lucha contra la trata de los Estados participantes. En el seno del Consejo de Europa, se han adoptado el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos o Convenio de Varsovia de 2008 (a través del que, como hemos visto, se crea GRETA. Los principales documentos adoptados por el GRETA están disponibles en el siguiente enlace: <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/basis-texts>), el Convenio de Lanzarote para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, de 25 de octubre 2007 (BOE N° 274, de 12 de noviembre de 2010, pp. 94858 a 94879) y el Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011. Finalmente, la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (esta Directiva sustituye a la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) y la última Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016) (COM (2012) 286) son sólo algunos ejemplos de un amplio abanico instrumental que también vinculan a España.

⁷⁹ Vid. TEDH, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Solicitud núm. 25965/04, 7 de enero de 2010

⁸⁰ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos, cit.*, p. 19.

actos que las constituyen sí pueden suponer un delito de trata⁸¹. Por ejemplo, la violación y otras formas de violencia sexual contra los niños pueden tener lugar cuando los menores son objeto de trata con fines de trabajo forzoso, matrimonio temporal o no, esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual. La utilización, sobre todo de las niñas, como mera mercancía sexual demuestra que la naturaleza y las tácticas evolutivas de los conflictos armados están generando amenazas sin precedentes para la infancia⁸². Los menores, por el solo hecho de su juventud, son más vulnerables y tienen derecho a una atención y protección especiales⁸³.

4.2. La trata de menores como un fenómeno de género

Aunque hombres, mujeres, niños y niñas pueden ser víctimas de trata con finalidades distintas en cualquier lugar del mundo (países industrializados y/o en proceso de desarrollo) este fenómeno tiene una naturaleza específica de género, pues las mujeres y las niñas se ven afectadas de una manera diferente a la de los hombres en lo que respecta a los tipos de trata que pueden sufrir, a las formas de maltrato que padecen y a sus consecuencias. Las diferencias de género contribuyen a incrementar la vulnerabilidad frente al reclutamiento de carácter abusivo y la explotación⁸⁴. Por ejemplo, mientras en tiempos de conflicto armado, los niños suelen ser utilizados como niños soldados, las mujeres y las niñas -que se han visto desplazadas dentro de un país y se encuentran en zonas controladas por grupos armados o terroristas- son particularmente vulnerables a la violencia sexual⁸⁵, incluida la esclavitud sexual⁸⁶. La violencia sexual relacionada con los conflictos puede producirse, por tanto, en el contexto de la trata de seres humanos o dar lugar a trata con fines de explotación sexual. Las acciones que se adopten contra la trata

⁸¹ Vid. UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, cit., p. 4.

⁸² *Ibid.*; Informe del Secretario General, de 15 de mayo de 2013, A/67/845-S/2013/245.

⁸³ Vid., por ejemplo, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948; el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1959; el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC); el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP); los artículos 14, 17, 23, 24, 38, 50, 51, 68, 76, 82, 89, 94 y 132 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (“Convenio de Ginebra IV”), ratificado universalmente; los artículos 8, 70.1, 77 y 78 del Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (“Protocolo Adicional I”); los artículos 4.3 y 6.4 del Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (“Protocolo Adicional II”); y el artículo 3.2 de la CDN.

⁸⁴ Vid. Grupo de Expertos en la Trata de Seres Humanos de la UE, Informe 2004, p. 60.

⁸⁵ El género se refiere a “los atributos sociales y a las oportunidades asociadas al hecho de ser hombre o mujer y a las relaciones entre mujeres y hombres, niños y niñas, así como a las relaciones entre mujeres y hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se hallan socialmente contruidos y son aprendidos a través de procesos de socialización. Dependen de un determinado contexto y tiempo y son susceptibles de cambio. El género determina lo que se espera, se permite y se valora en una mujer o un hombre, una niña o un niño, en un contexto dado. El género es parte de un contexto socio-cultural más amplio”. Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., p. 22.

⁸⁶ Vid. UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, cit., p. 4.

(medidas de asistencia y apoyo) deben ser, por tanto, sensibles al género (a las diferentes necesidades de las víctimas masculinas y femeninas, el análisis de los roles y de las vulnerabilidades de la trata) y adoptar un enfoque basado en los derechos de todas las víctimas. En el caso de los menores, ese enfoque debe priorizar su interés superior. De otro modo, además de agravarse el daño a las víctimas, también se puede retroceder en la lucha contra la impunidad y en el deber de hacer justicia.

V. LA TRATA DE MENORES: UN ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS

5.1. Un enfoque basado en los derechos humanos. El origen normativo de las obligaciones estatales

Un enfoque basado en los derechos humanos requiere analizar tanto las formas en que se vulneran esos derechos a lo largo de todo el ciclo de la trata como las obligaciones de los Estados en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos⁸⁷. Este régimen jurídico, que no deja de aplicarse en las situaciones de conflicto armado, protege y promueve los derechos humanos de todas las personas que se hallen en el territorio o la jurisdicción de un Estado bajo la forma de normas convencionales, consuetudinarias, principios generales del derecho, jurisprudencia, instrumentos de derecho incipiente de carácter no vinculante... Estas normas contienen derechos (cuyos titulares son las víctimas de su vulneración) y obligaciones, tanto positivas como negativas⁸⁸, que corresponden normalmente a los Estados. Por lo que se refiere a la territorialidad del Derecho internacional de los derechos humanos, si bien no pretendemos profundizar en este tema, lo cierto es que el reconocimiento de la trata de personas como una violación de tales derechos llama a la responsabilidad de los Estados. Según ese *corpus* normativo, el ordenamiento jurídico estatal tiene el compromiso legal de respetar, proteger y garantizar los derechos de todas las personas en su territorio (también de las personas tratadas) con independencia de su país de origen⁸⁹. Ese régimen jurídico se aplica, en efecto, a todas las personas que se hallen en el territorio o la jurisdicción del Estado⁹⁰, independientemente de su nacionalidad o ciudadanía y de cómo hayan entrado en el territorio (artículo 27 del PIDCP de 1966). Los menores víctimas de trata no nacionales deben disfrutar de los mismos derechos que los nacionales o residentes, incluidos los relacionados con la protección de su intimidad y de su integridad física y moral; tienen derecho a asistencia y protección en términos de igualdad. Por ejemplo, deben tener

⁸⁷ Vid. CORTÉS NIETO, J., BECERRA, G., LÓPEZ RODRÍGUEZ, L. y QUINTERO, R., “¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata”, *NovaeVetera. Migración y Trata de personas*, vol. 20, n° 64, 2011, pp. 108-110.

⁸⁸ Las obligaciones positivas obligan a los Estados a actuar de una determinada manera. Las negativas son las solicitan a los Estados abstenerse de determinados comportamientos.

⁸⁹ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos, cit.*, p. 9.

⁹⁰ El Comité contra la Tortura ha definido “el territorio bajo la jurisdicción del Estado Parte” como “todo aquél que esté bajo el control efectivo de sus autoridades, del tipo que sean, en cualquier parte del mundo”. Vid. CAT/C/USA/CO/2, párs. 14 y 15.

acceso al mismo sistema educativo si ello redundaría en su interés superior. El Derecho internacional de los derechos humanos es, por tanto, esencialmente territorial, pero puede aplicarse extraterritorialmente. Así lo señala la CIJ en varios asuntos como el relativo a las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo*⁹¹ y en el caso sobre las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en los Territorios Palestinos Ocupados*⁹². En este último supuesto, la CIJ afirma v.g. que el artículo 2 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* impone obligaciones a los Estados partes en relación con cada niño sujeto a su jurisdicción, pudiendo (efectivamente) aplicarse extraterritorialmente.

La abolición de la trata de seres humanos no es una lucha reciente o innovadora. El Derecho internacional de los derechos humanos ha proclamado de manera inequívoca que es fundamentalmente inmoral e ilícito que alguien se apropie de la personalidad jurídica, el trabajo o la humanidad de otra persona. Esta realidad lejana, que conculca profundamente los derechos humanos como la dignidad y la libertad personal lleva persiguiéndose en el marco institucional internacional desde hace más de un siglo. Desde un enfoque basado en los derechos humanos⁹³, el interés por detectar y sancionar este comercio ha precipitado un rosario de instrumentos internacionales⁹⁴, fundamentalmente convencionales, que incumben a los Estados (pero también a personas y entidades privadas, como las empresas). Por consiguiente, si bien la costumbre⁹⁵, los principios generales⁹⁶ y las decisiones de los tribunales internacionales refuerzan y complementan las obligaciones de los Estados en materia de lucha contra la trata (en particular, los deberes de respetar, proteger y garantizar el disfrute de los derechos subjetivos de las personas), los tratados internacionales constituyen su principal fuente normativa. Y aunque son muchos los instrumentos convencionales pertinentes, toda vez el carácter complejo del fenómeno y la posibilidad de observarlo desde distintas perspectivas, no todos contienen disposiciones relativas a la penalización y el procesamiento de las

⁹¹ Vid. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, párr. 112.

⁹² Vid. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, párr. 113.

⁹³ Vid. *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, “Derechos Humanos y la Trata de Personas”, cit., pp. 9 y 10.

⁹⁴ *Verbi gratia*, el Acuerdo Internacional de 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas y el Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificados por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948; el Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños y el Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificados por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947; o el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950).

⁹⁵ Por ejemplo, se considera que la prohibición de la esclavitud forma parte del Derecho internacional consuetudinario, que tiene carácter vinculante para todos los Estados, con independencia de si son efectivamente parte en uno o más tratados en los que se prohíba expresamente la esclavitud. Vid. *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, “Derechos Humanos y la Trata de Personas”, cit., p.12.

⁹⁶ Así, un principio general del Derecho que se aplica a la trata es que no se considerará culpable de un delito a quien se haya visto obligado a cometerlo. *Ibíd.*

violaciones de derechos humanos⁹⁷, y sólo dos hacen referencia expresa a la trata: la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (art. 6) y la *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 35). Sea como fuere, el hecho de que no todas las violaciones de derechos humanos estén contempladas en tratados específicos no significa que sus autores no puedan ser enjuiciados con arreglo al derecho interno -que ocasionalmente permite la aplicación extraterritorial de la competencia- o al amparo de la Corte Penal Internacional (CPI), en el supuesto de que dichas violaciones constituyan un genocidio, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra. Para la comunidad internacional, el delito de la trata supone, en sí mismo, una grave violación de los derechos humanos⁹⁸. Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos, las decisiones de los órganos de tratados, los informes de los procedimientos especiales de derechos humanos, las declaraciones, los principios rectores y otros instrumentos legales no vinculantes (*soft law*) también contribuyen, por otro lado, a aclarar, materializar y establecer principios directivos sobre normas y criterios mínimos de derechos humanos, incluso si no contienen obligaciones jurídicamente vinculantes *per se*, de no ser las que constituyen normas en los usos internacionales. Por ejemplo, pueden ayudar a detectar o confirmar una cierta tendencia jurídica; también pueden facilitar el desarrollo del derecho internacional consuetudinario en relación con un aspecto concreto de la trata de personas; e inclusive contribuir a concretar los aspectos sustantivos de las disposiciones genéricas establecidas en los tratados. Así, mientras el Protocolo de Palermo exige que los Estados adopten medidas para que las víctimas de trata puedan tener acceso a una reparación, los *Principios y las Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas*, así como los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Trata de Personas, constituyen un recurso fundamental para que aquéllos puedan concretar ese cometido⁹⁹. Toda vez, por otro lado, la prohibición absoluta de la servidumbre, la esclavitud y el trabajo forzado y su configuración como normas de *ius cogens*, los Estados (todos) tienen la obligación de actuar de acuerdo con el principio de diligencia debida para prevenir y castigar esos actos, así como para proteger y reparar a sus víctimas (artículo 6.6 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata; artículo 15 del Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos). Por ejemplo, mediante la liberación de la mujer/niña objeto de trata con fines de explotación sexual, el reconocimiento de su identidad jurídica y la ciudadanía, la devolución de propiedades y el retorno de la víctima a su lugar de residencia en condiciones de seguridad (restitución); la indemnización por daños físicos o psicológicos, pérdida de oportunidades, ganancias, daños morales, costes médicos, legales...¹⁰⁰; la rehabilitación de su posición y consideración a los ojos de la ley y de la comunidad en su conjunto; la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad (satisfacción); el retorno en condiciones de seguridad, el apoyo a la integración, la investigación, el

⁹⁷ Sí lo hacen, por ejemplo, los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en conflictos armados (artículo 4.2) y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (artículos 3 y 7).

⁹⁸ Vid. *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, “Derechos Humanos y la Trata de Personas”, *cit.*, p. 6.

⁹⁹ *Ibid.* p.13.

¹⁰⁰ Así se pronuncia también el artículo 6.6 del Protocolo de Palermo.

enjuiciamiento y la sanción efectivas de los tratantes, la modificación de las prácticas jurídicas, sociales y culturales que sostienen o promueven la tolerancia de la trata de mujeres y niñas (garantías de no repetición). Esas normas (*de ius cogens*) y los derechos que recogen no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia y gozan de primacía sobre otras obligaciones internacionales. El artículo 4.2 del PIDCP establece, por ejemplo, que no podrán ser objeto de suspensión alguna las obligaciones relacionadas con *inter alia* la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre. Lo mismo sucede con las reservas a los tratados internacionales de derechos humanos, permitidas o no prohibidas, que sean incompatibles con su objeto y fin. Verbigracia, el Comité de Derechos Humanos apuntó en su Observación General N° 24 (1994) que “*Un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud (...)*”¹⁰¹. Finalmente, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), reconocida por su Estatuto como medio subsidiario para determinar las normas de derecho, lleva insistiendo desde hace más de tres décadas en las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Así lo confirman, por ejemplo, sus dictámenes de 1996 y 2004, en los asuntos relativos a la *Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares*¹⁰² y a las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*¹⁰³, respectivamente; o en su sentencia de 2005 en el caso sobre las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda)*¹⁰⁴.

El objetivo principal de un enfoque basado en los derechos humanos es, en definitiva, asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado derivados, en esencia, de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos libremente consentidos; garantizar que las respuestas en la lucha contra la trata no incidan negativamente en los derechos humanos de las víctimas (particularmente en cuanto a la prohibición de la discriminación, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a solicitar asilo, y a disfrutar de él, en caso de persecución)¹⁰⁵, ni discriminen a ningún grupo en situación vulnerable, como los menores (y, en especial, los menores no acompañados y separados); y propiciar que esas víctimas participen en el diseño de las medidas contra la trata más adecuadas, fortaleciendo la capacidad de gestionar sus propias vidas (empoderamiento). En el caso de los menores, se trata de estimular que los niños/as también se conviertan en agentes. Los grupos en situación vulnerable deben poder reclamar sus derechos humanos y apoyar su autoorganización y representación. Este enfoque se basa en el principio de no discriminación de las víctimas de trata por motivos de género, raza, origen étnico, religión, situación migratoria o cualquiera otra condición; en la participación activa, libre

¹⁰¹ Vid. Observación General N° 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, pár. 8.

¹⁰² Vid. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 226.

¹⁰³ Vid. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004*, p. 136.

¹⁰⁴ Vid. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005*, p. 168.

¹⁰⁵ Con respecto a estas cuestiones, *vid.*, Naciones Unidas, *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas*, Folleto Informativo n° 36, 2014, pp. 59 a 61.

y significativa de las víctimas titulares de los derechos en el desarrollo e implementación de las políticas y programas que afecten a sus intereses; y en la responsabilidad de los titulares de deberes, normalmente los Estados¹⁰⁶, prestando una especial atención a las implicaciones de género y a los menores objeto de trata. Desde esta perspectiva, la prevención, el combate, la protección, la asistencia y la reparación a las víctimas pivotan en torno a los derechos humanos. Las víctimas son titulares de derechos y no meros instrumentos de las investigaciones o de los procesos penales¹⁰⁷. Los Principios y Directrices básicos establecen con claridad que entre los derechos de las víctimas contemplados en el Derecho internacional de los derechos humanos se incluye el derecho de exigir a los Estados que cumplan su obligación de impedir que se cometan violaciones (deber de prevención) e investigarlas cuando ocurran. Un enfoque basado en los derechos humanos equipara la importancia de enjuiciar a los autores de la trata con la necesidad de proteger a las víctimas de trata, más allá de la investigación penal, enfatizando el derecho a una tutela judicial adecuada y efectiva. Este planteamiento requiere considerar, en todas y cada una de las etapas de la trata, el impacto que una ley, política, práctica o medida puedan tener en los derechos humanos de las personas tratadas o de otros grupos afectados¹⁰⁸.

5.2. Las obligaciones de los Estados frente a la trata de menores. El deber de prevención

En el proceso de la trata de seres humanos, sus víctimas sufren graves violaciones criminales a manos de los tratantes (asalto y agresión, violación, tortura, rapto, venta de personas, retención ilegal, asesinato, privación de los derechos laborales, fraude, etc.). Sin embargo, cuando son liberadas de las condiciones de esclavitud o de los trabajos forzados, los derechos humanos de esas personas también pueden verse ampliamente violados por los propios gobiernos. Especialmente si se las considera más criminales que víctimas. Como hemos visto, las obligaciones de los Estados en su lucha por erradicar la trata de seres humanos (menores) pueden estar recogidas en normas convencionales, consuetudinarias, principios generales del derecho, jurisprudencia... Empero, su principal fuente normativa son los tratados internacionales. En virtud del principio *pacta sunt servanda*, los Estados que han ratificado tratados (de derechos humanos y de DIH) contraen obligaciones vinculantes con arreglo al Derecho internacional, comprometiéndose a garantizar que sus leyes, políticas o prácticas nacionales cumplen las exigencias de dichos instrumentos y están en conformidad con las normas establecidas en él. Los Estados deben ajustar, en consecuencia, sus normas nacionales e internacionales. Así lo requiere, por un lado, el artículo 27 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados conforme al que un Estado no puede normalmente

¹⁰⁶ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., p. 26

¹⁰⁷ Vid. CRAGGS, S., y MARTENS, R., *Rights, residence, rehabilitation: Findings of a comparative study assessing residence options for trafficked persons*, IOM (International Organisation for Migration), 2010, disponible en: <http://publications.iom.int/bookstore/free/IML24.pdf>

¹⁰⁸ Vid. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Derechos Humanos y la Trata de Personas", cit., pp. 9 y 10.

alegar su derecho interno para con ello justificar el incumplimiento del Derecho internacional y, por otro, porque el incumplimiento de obligaciones internacionales (también de derechos humanos) vigentes para el Estado, desencadena su responsabilidad internacional y, con ella, el deber de reparar el daño causado, pudiendo ser reclamado ante los órganos judiciales internacionales que correspondan (Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y/o nacionales, en función de lo establecido en el derecho interno. Por ejemplo, en el caso de los niños, y particularmente de las niñas objeto de trata con fines de explotación sexual, el artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* -de la que forman parte Afganistán, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, Nigeria, Siria, Somalia, Sudán del Sur y Yemen- prioriza el interés superior del niño en toda circunstancia, sin que los Estados partes puedan justificar su incumplimiento a la luz de otras consideraciones como las relaciones con el control de la inmigración o el orden público. Con respecto a esta última observación, aunque no nos detendremos en comparar la trata de personas con otros delitos conexos, si apuntaremos brevemente que la trata de seres humanos, la migración¹⁰⁹ y el tráfico ilícito de migrantes son delitos distintos, con elementos también distintos, pero confusamente asimilados. Lo que es evidente es que los conflictos armados intensifican ese tráfico ilegal pues, a falta de otros medios para huir de un entorno no seguro y recibir protección o asilo, las personas pueden verse obligadas a recurrir a traficantes. Más aún, quienes quieren unirse a grupos armados o terroristas también pueden contratar los servicios ilegales de traficantes que faciliten su traslado a una zona de conflicto¹¹⁰.

En el contexto de las denuncias individuales por incumplimiento estatal de obligaciones convencionales, el artículo 1.1 del *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) dispone, por ejemplo, que todo Estado parte del PIDCP reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y si bien es cierto que, para que el Comité de Derechos Humanos reciba las comunicaciones individuales, el Estado debe ser parte tanto del PIDCP como del Protocolo, no lo es menos que, en el contexto de los conflictos armados actuales, la República Centroafricana¹¹¹ y la República Democrática del Congo han consentido ambos instrumentos convencionales¹¹². Afganistán, Nigeria, Siria y Yemen

¹⁰⁹ La migración es el desplazamiento de una persona de un país a otro, por medios legales o ilegales, con carácter voluntario (con el consentimiento de la persona migrante) o forzado (sin su consentimiento). Normalmente es voluntaria. El desplazamiento obligado de personas y la trata son ejemplos de migración forzada. Vid. PEARSON, E., *Manual de Derechos humanos y Trata de personas. Alianza global contra la trata de mujeres*, op. cit., p. 47; CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, artículo 177 bis, 313, 318 y 318 bis CP”, en Quintero Olivares, G., (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, pp. 159-164.

¹¹⁰ Vid. UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, cit., p. 3.

¹¹¹ La República Centroafricana consintió el PIDCP de 1966 y su Protocolo Facultativo el 8 de mayo de 1981. La República Democrática del Congo hizo lo propio el 1 de noviembre de 1976.

¹¹² Vid. IGLESIAS BERLANGA, M., “Los Santhals: una minoría étnica nepalesa que no existe para el Estado”, en *Las minorías en el contexto actual*, Ed. Dykinson, 2020, p. 116.

han ratificado el PIDCP pero no forman parte del Protocolo Facultativo. Para un mayor abundamiento, la inclusión en el Estatuto de Roma de 1998 (artículo 7.1.c) y g) de la trata y de sus prácticas asociadas, como la esclavitud sexual y de otra índole, plantea la posibilidad de que este importante mecanismo encargado de declarar la responsabilidad internacional penal del individuo tenga en el futuro un papel que desempeñar en la cuestión de la trata. Como hemos advertido, el Derecho internacional de los derechos humanos se expresa en términos de derechos subjetivos de las personas (víctimas) frente a las obligaciones positivas y negativas de los Estados. En el marco de sus obligaciones positivas contra la trata de seres humanos (menores), la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹¹³ en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia* sostiene, en efecto, que los Estados tienen una serie de deberes que se concretan en: primero, su deber de garantizar la existencia de un marco jurídico nacional que asegure la protección efectiva y práctica de los derechos de las víctimas o potenciales víctimas de trata; segundo, la obligación de tomar todas las medidas operativas necesarias para su protección (obligación de prevención); y tercero, la responsabilidad de investigar toda situación de trata de manera efectiva en aras de perseguir y castigar a los culpables. Por lo que se refiere al principio de prevención, la sentencia de la CIJ, de 20 de abril de 2010, en el caso relativo a las *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* observa que, en tanto norma consuetudinaria, ese deber tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio¹¹⁴. Cada Estado tiene la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados¹¹⁵. En el marco que nos ocupa, eso significa que los Estados deben adoptar “las normas y todas las medidas razonables y necesarias” para evitar la trata y las violaciones de derechos humanos que conlleva, luchando para ello contra la vulnerabilidad (especialmente de mujeres y niños)¹¹⁶. Ante la duda de qué se entiende por “razonables y necesarias”, pues la remisión a un examen *ad hoc* de los hechos y circunstancias, incluidas las capacidades del Estado, no resulta muy esclarecedora, esa obligación de comportamiento conlleva asimismo “un cierto grado de vigilancia tanto en su ejecución como en el control administrativo de los operadores públicos y privados”¹¹⁷. De lo que no hay duda es de que, en el marco de la obligación general de prevenir la trata, los Estados tienen el deber de: a) definir medidas, incluso antes de que surja el conflicto, para identificar y hacer frente a los riesgos reales y potenciales de trata. Por ejemplo, el caso de jóvenes radicalizados; b) reducir la vulnerabilidad, creando rutas seguras y fiables para cruzar las fronteras y garantizar la debida inscripción de los nacimientos¹¹⁸ y matrimonios de personas que no sean nacionales de un país, incluidos los desplazados internos que se encuentren en campamentos. En esta línea, también es preciso que los Estados legislen de forma más estricta con respecto a los pasaportes y visados aplicables a los niños, en particular a los

¹¹³ Vid. Demanda número 25965/04, párrafos 283 a 289.

¹¹⁴ Vid. Caso relativo a las *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, párs. 101 y 197.

¹¹⁵ Vid. *Asunto del Canal de Corfú, Reino Unido c. Albania*, ICJ Reports 1949, p. 22.

¹¹⁶ Vid. Artículo 9.4 del Protocolo de Palermo.

¹¹⁷ Vid. *Asunto relativo a la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, Opinión Consultiva*, CIJ, Recueil 1996 (I) p. 242, pár. 29.

¹¹⁸ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), COM (2010) 231/final.

niños no acompañados y a los menores acompañados por una persona que no es un familiar directo; c) incrementar la resiliencia, facilitando medios de vida y oportunidades de acceso a la educación, asegurando la alimentación y adoptando medidas para combatir la violencia sexual y por razón de género y las formas de discriminación que pueden generar mecanismos de supervivencia negativos; d) reducir la mano de obra y servicios obtenidos mediante explotación sobre la base de pruebas sólidas que evidencien los factores que propician la demanda¹¹⁹. Este deber corresponde esencialmente a los Estados en los que la explotación se lleva a cabo porque es en el interior de su territorio donde se genera la demanda¹²⁰; e) lanzar campañas de sensibilización sobre los riesgos de la trata y otras formas de explotación a través de los mismos medios sociales que utilizan los tratantes para captar víctimas. Así, mensajes de líderes religiosos contra la radicalización, advertencias de antiguas víctimas...¹²¹; y f) detectar la corrupción y la complicidad relacionadas con este delito; singularmente la complicidad directa o indirecta del sector público (incluido el personal militar, humanitario de mantenimiento de la paz y demás personal internacional), pues ello menoscaba la confianza en el imperio de la ley y el funcionamiento imparcial del proceso de justicia penal (artículo 8 de la CNUCDOT). Esa complicidad hace casi imposible el cabal cumplimiento de la obligación estatal de investigar y enjuiciar los casos de trata con la diligencia debida; y, en definitiva, enturbia el deber internacional de los Estados de dar una respuesta eficaz a la trata, a través de la justicia penal, que ponga fin a la impunidad y haga justicia a las víctimas. Tal es el caso, por ejemplo, de funcionarios de fronteras que aceptan sobornos para que se permita el paso de personas que podrían ser objeto de trata; el de inspectores de trabajo o de salud y seguridad que aceptan incentivos para certificar lugares de trabajo peligrosos o ilegales; funcionarios de justicia penal, incluidos fiscales y jueces, que asumen el cohecho para dar un determinado tratamiento a casos de trata de personas¹²²... En la mayor parte de las situaciones, la protección razonable frente al daño requiere sacar a la persona objeto de trata del lugar de explotación y llevarla a un entorno seguro; atender las necesidades médicas inmediatas de la víctima; y evaluar si está en especial peligro de sufrir actos de intimidación o represalia. En el caso de los menores, las acciones estatales tienen que encontrar un equilibrio entre su vulnerabilidad específica y el reconocimiento de su capacidad activa¹²³. En cuanto a la lucha del Estado contra la impunidad de este delito, este deber conlleva la obligación de penalizar la trata y los delitos asociados, investigar posibles casos de trata, proteger a las víctimas y enjuiciar a los responsables. En el supuesto de la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual también hay que

¹¹⁹ Vid. Artículo 9.5 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la trata.

¹²⁰ El concepto de demanda es, no obstante, un término inadecuadamente definido, poco investigado y objeto de debate y discusión.

¹²¹ Vid. UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*, cit., p. 7; artículo 9.2 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata; artículo 5.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Trata; ACNUDH, Principios y Directrices recomendados, Directrices 7.4 y 5.

¹²² Vid. Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas: Comentario.

¹²³ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., p. 100.

añadir indefectiblemente una perspectiva de género. Así lo reconocen, v.g., distintas resoluciones de la Asamblea General de la ONU¹²⁴.

5.3. La responsabilidad del Estado por el incumplimiento o la falta de diligencia debida

El reconocimiento de la trata de personas como una violación de los derechos humanos y una forma de violencia de género conlleva responsabilidades concretas para los Estados (con independencia de su lugar en el ciclo de la trata) que incluyen el deber de actuar con la diligencia debida en la prevención de la trata de personas, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos traficantes y la prestación de asistencia y protección a las víctimas. Este criterio reitera el principio de responsabilidad del Estado que, en el contexto de los derechos humanos, confirma que el Estado está obligado a prestar un cierto nivel de asistencia, incluso cuando no es el agente primario del daño. Ese nivel de atención se denomina “diligencia debida”¹²⁵. Como es sabido, la diligencia debida se integró en el Derecho internacional de los derechos humanos en 1998, a raíz de la decisión histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIA) en el caso *Velásquez Rodríguez*¹²⁶, cuya doctrina jurisprudencial coincide con el informe de 1978 presentado por Roberto Ago a la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹²⁷ y con los *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas* del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)¹²⁸. Sentada la regla general de que un hecho del Estado es el comportamiento de todo órgano o agente del Estado (artículo 4 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos de 2001*), la práctica estatal ha dado lugar a la aceptación de otras circunstancias en las que una conducta no realizada propiamente por órganos del Estado puede, sin embargo, serle atribuida (artículos 5 a 11 y 16 a 18 del mismo Proyecto). La atribución al Estado de comportamientos de particulares en virtud de la existencia de instrucciones, control o dirección de tales comportamientos (art. 8 del Proyecto de la CDI de 2001) nos sitúa en la doctrina del control o dirección del Estado sobre los actos llevados a cabo por las personas o grupos de personas que hayan cometido la conducta criminal. De las dos teorías que pivotan alrededor del alcance de esta doctrina, la del control efectivo sobre la conducta ilícita¹²⁹ y la del control global sobre las

¹²⁴ Vid., por ejemplo, la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/67/145 sobre la trata de mujeres y niñas, de 15 de junio de 2014.

¹²⁵ Sobre el principio de diligencia debida en el Derecho internacional, veáanse, LOZANO CONTRERAS, J.F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional*, Barcelona, Ed. Atelier, 2007, 340 pp.; PISILLO-MAZZESCHI, R., “The due diligence rule and the nature of the responsibility of States”, *GYIL*, 1992, pp. 9-51.

¹²⁶ Vid. Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) n°4 (1988), pár. 173.

¹²⁷ Vid. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1978*, vol. II, Segunda Parte, pp. 80-85.

¹²⁸ Vid. ACNUDH, *Comentario sobre los Principios y Directrices recomendados*, 2010, Principio 2.

¹²⁹ Esta teoría exige la existencia de una “dependencia total” entre la actuación de los particulares o grupo de particulares y la autoridad del Estado correspondiente; solicita la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de la existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado.

circunstancias en las que esa conducta tiene lugar¹³⁰, la segunda es la que, a nuestro juicio, podría dispensar una mayor protección a las víctimas de trata en los conflictos armados. Ya hemos comentado *supra* que, en estos entornos, ese delito multifacético puede ser perpetrado por entidades estatales, pero también por entidades no estatales que, a la postre, pueden estar manipuladas por los Estados y ejercer prerrogativas del poder público¹³¹. Como destaca el Profesor F.J. Quel López¹³² y suscribe el Profesor F. Jiménez García, “*aceptar la posibilidad de que un control global estatal sobre el contexto espacial y temporal en el que el ilícito tiene lugar genere la imputación de tal hecho al Estado, implica dar entrada a criterios indirectos de responsabilidad*”. A pesar de que esta teoría se ha abierto camino en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y de otros órganos jurisdiccionales de protección de derechos humanos, la CIJ se inclina por el criterio estricto de control o dirección efectivos al entender que la perspectiva del control global tiene el grave inconveniente de ampliar en demasía el ámbito de responsabilidad del Estado que, como es sabido, se limita a su propio comportamiento; al comportamiento de las personas que, por cualquier concepto, actúan en su nombre¹³³. Más allá de las reglas especiales del Proyecto de la CDI de 2001, el Derecho internacional rechaza la idea de que cualquier persona física o jurídica, que tenga la nacionalidad del Estado o que resida en su territorio, pueda suscitar su responsabilidad internacional. Las violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas cometidas por los individuos no desencadenan, en principio, la responsabilidad internacional del Estado sino, en todo caso, la responsabilidad penal que se resolverá ante los tribunales nacionales o, si corresponde, ante las jurisdicciones internacionales competentes. Esta concepción evolutiva (la del control global) es partidaria de responsabilizar al Estado de las violaciones presuntas y acaecidas en el ámbito privado a tenor de distintas consideraciones. Primero, el criterio de “garantía de indemnidad” del TEDH; segundo, la responsabilidad del Estado respecto de las violaciones cometidas por particulares en virtud de la teoría de las obligaciones positivas de prevención, garantía y sanción; y tercero, la comisión por omisión. Con respecto a la “garantía de indemnidad”, el tenor del artículo 2 de la *Convención de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006* invita a considerar que el secuestro de menores que se hallan bajo la custodia de un Estado (incluidos los frágiles), por parte de grupos armados no estatales autorizados y/o apoyados expresa o tácitamente por ese Estado, constituye una violación del derecho a la

¹³⁰ Esta teoría no exige el control del Estado sobre todos y cada uno de los actos que integran el ilícito; este criterio solicita una evaluación de todos los elementos de control considerados en su conjunto, permitiendo determinar -sobre esas bases- si el grado de control requerido se da en el caso concreto. *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez”, *cit.*, p. 27.

¹³¹ *Vid.* ASCENSIO, H., “La responsabilité selon la Cour Internationale de Justice dans l’affaire du génocide bosniaque”, *RGDI*, vol. 111, n° 2, 2007, p. 294.

¹³² *Vid.* QUEL LÓPEZ, F.J., “Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., QUEL LÓPEZ, F.J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G., (Eds.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2010, p. 548.

¹³³ *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez”, *cit.*, pp. 26-28.

vida que precipita la responsabilidad del “garante de la indemnidad” de las personas localizadas bajo el control de las autoridades públicas¹³⁴. En cuanto a la responsabilidad del Estado con respecto a las violaciones cometidas por particulares en virtud de la teoría de las obligaciones positivas de prevención, garantía y sanción enunciadas en los tratados de derechos humanos ratificados, el compromiso del Estado por falta de diligencia debida se fundamenta en el abandono estatal para prevenir, investigar, procesar o indemnizar los actos criminales de un tercero. Dicho comportamiento debe suponer, además, una violación de una obligación internacional en vigor contenida en una norma primaria consentida por el Estado en cuestión (tratado, costumbre u otra norma reconocida). En el supuesto de la trata (de menores) en situaciones de conflicto armado tal sería el caso, por ejemplo, de la inacción o de la participación conocida, sistemática y recurrente de los funcionarios de las fuerzas del orden. La responsabilidad del Estado se basa, en consecuencia, en la no adopción de medidas legislativas y de otro tipo (reparación y protección) para evitar, explorar, castigar y enmendar los hechos sistemáticos o recurrentes relativos a la trata de personas, perpetrados también por agentes no estatales¹³⁵. Con respecto a estos últimos, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos de trata de personas, y más en los países en conflicto, la autorización o el control por parte del Estado no existe o es difícil de demostrar, la responsabilidad estatal por infracciones relacionadas con la trata derivadas de la conducta (activa u omisiva) de terceros depende, en todo caso, de que la norma primaria realmente obligue a los Estados partes a prevenir, responder o reparar los abusos. Más aún, los hechos tienen que demostrar que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones. En virtud de la debida diligencia, el Estado no es responsable de los hechos de terceros, pero si es responsable de no prevenir, investigar, enjuiciar o indemnizar a las víctimas de esos hechos que se encuentren bajo su jurisdicción. De esta suerte, las obligaciones estatales superan el mero deber de “no participar en la trata de personas (menores)” para incluir deberes de protección, respeto, promoción y cumplimiento de los derechos humanos. Si la trata (de menores) constituye en sí misma una violación de los derechos humanos, el hecho de que el Estado no le ponga remedio, no repare, no mejore la situación de las víctimas, desencadena su responsabilidad internacional. Si la trata de seres humanos es sistemática en su territorio y prolongada en el tiempo, si se tiene constancia de ella a través de distintas denuncias internacionales y, si conociendo los hechos o teniendo que haberlos conocido, el Estado no actúa presentando alternativas efectivas de prevención, investigación, sanción y garantías de futuro de no repetición¹³⁶, tal inactividad crea objetivamente un riesgo intolerable para el Derecho internacional y la consiguiente responsabilidad del Estado; una responsabilidad que será mayor si se prueba su actitud aquiescente o cómplice en los actos criminales de terceros¹³⁷. En su Recomendación

¹³⁴ Cfr. *ibíd.*, p. 32.

¹³⁵ Vid. ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT, *Prevenir, combatir, proteger. La trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*, cit., pp. 23 y 25; *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective, its causes and consequences*, Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women's migration and violence against women, Comisión de Derechos Humanos, quincuagésimo sexto período de sesiones, 29 de febrero de 2000 (E/CB.4/2000/68), p. 5.).

¹³⁶ Cfr. TEDH, Sentencia de 28 de octubre de 1998, *asunto Osman c. Reino Unido*, párr. 116.

¹³⁷ Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez”, cit., p. 15.

General N° 19 (1992), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas ya puso de manifiesto que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar una indemnización. De lo que se trata, en definitiva, es de no menoscabar la norma general que determina la no atribución al Estado de comportamientos privados. Finalmente, combinando la “garantía de la indemnidad” y el deber de debida diligencia, la teoría de la comisión por omisión es aplicable cuando, teniendo conocimiento de la comisión del ilícito (por ejemplo, la trata de personas menores), un Estado no adopta las medidas necesarias para impedir su continuidad. A diferencia de la obligación de prevenir, que descansa en ser consciente del riesgo o de la probabilidad de la comisión del delito pertinente, la comisión por omisión tiene su causa en que el Estado es consciente de que la trata de personas menores se va a cometer o se está cometiendo en su territorio, siendo su “ayuda o asistencia” consciente la que precisamente facilita su perpetración. Las cuestiones clave son, por un lado, identificar el momento en que la violación de la obligación de prevención y garantía se transforma en complicidad (activa u omisiva) y, por otro, satisfacer el alto grado de prueba que exige la confirmación de la complicidad del Estado en el delito cometido. En referencia a la Sentencia de la CIJ sobre el Genocidio bosniaco, Antonio Cassese se pronuncia de forma crítica afirmando que, al fin y al cabo, se puede ser responsable de complicidad en un crimen por no frenarlo cuando se tiene tanto el deber como el poder de hacerlo, así como cuando como consecuencia de su omisión, decisivamente se contribuye a la creación de las condiciones que facilitan que el crimen sea cometido¹³⁸. En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, el párrafo 19 de la Observación General N° 2 (2008) del Comité contra la Tortura también responsabiliza al Estado, directamente o por complicidad, de las actuaciones de los particulares más allá de las responsabilidades derivadas de las obligaciones positivas comentadas anteriormente.

5.4. La trata de menores en los conflictos armados y la responsabilidad de proteger. Una hipótesis inacabada

Como advertimos en el planteamiento general de este trabajo, algunos actos cometidos en el entorno de la trata pueden alcanzar un nivel de gravedad propio de los *crímenes atroces*: los actos de genocidio; los crímenes de guerra; o los actos de lesa humanidad. Así, por ejemplo, la trata de personas -como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil- puede constituir un crimen de lesa humanidad; y la esclavización sexual de los miembros de determinadas minorías étnicas puede constituir un genocidio, en ciertos casos extremos. En la Cumbre Mundial de 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, por unanimidad, la doctrina de la Responsabilidad de Proteger (RdP, Resolución 60/1, de 24 de octubre de 2005), cuyo

¹³⁸ Vid. CASSESE, A., “A judicial massacre”, texto publicado en la dirección electrónica: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2007/feb/27/27/thejudicialmassacreofsbrebr>; CONDÉ, P.Y. “L’affaire du génocide. Bosnie et Serbie devant la Cour Internationale de Justice ou la dénonciation à l’épreuve du droit international”, *Revue Internationale Interdisciplinaire*, vol. 58, 2009-2, pp. 109-140.

origen se remonta a 2001¹³⁹ y, más concretamente, a la arquitectura jurídico-normativa del jurista y profesor de la Universidad John Hopkins, Francis Deng. Dicha doctrina plantea tres obligaciones ante los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Primero, el deber de todo Estado de proteger a sus ciudadanos de esos crímenes. Esa responsabilidad conlleva la prevención¹⁴⁰ de los mismos, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de medidas apropiadas y necesarias (pár. 138); segundo, la obligación de la comunidad internacional¹⁴¹ de ayudar a los Estados a cumplir ese objetivo (pár. 139); y tercero, el deber de la comunidad internacional de movilizarse, estando legitimada y dotada de los medios necesarios, en el caso de que un determinado Estado incumpla su obligación de proteger (art. 140). La barrera de la soberanía estatal westfaliana es, naturalmente, el obstáculo tradicional que limita el desarrollo de la RdP. A principios del siglo XXI, Francis Deng diseñó el concepto de “soberanía como responsabilidad”¹⁴². Para Deng, la soberanía implica el cumplimiento de un contrato social *sui generis*. La legitimidad de la actuación del Estado depende de que respete la dignidad de todos sus ciudadanos; una dignidad que la trata de seres humanos conculca profundamente. En otro caso, la soberanía deviene condicional para Deng. El Estado incapaz o delincuente tiene que aceptar la intervención de la comunidad internacional (no necesariamente militar, en principio) con el fin de resolver un conflicto y de rescatar a la población civil (en nuestro caso, las víctimas de trata y, particularmente, los menores tratados) de un posible desastre. La autoridad legitimada para exigir esa soberanía como responsabilidad debe ser, según Deng, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, más allá de los problemas relacionados con el derecho de veto de sus miembros permanentes¹⁴³ en temas relacionados con crímenes atroces, sobre los que no nos detendremos. En su discurso de 1999 ante la Asamblea General y en un artículo publicado en *The Economist* ese mismo año, el ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, asumió el concepto de Deng defendiendo que “*los Estados son instrumentos al servicio de sus pueblos y no viceversa*”. A pesar de las críticas de los miembros del Movimiento No Alineado, la Comisión Internacional sobre la Intervención y la Soberanía de los Estados (CIISE) apoyó la tesis de Annan, publicando en diciembre de 2001 su Informe titulado “*La Responsabilidad de Proteger*”. Este documento defiende que la soberanía conlleva una doble responsabilidad: el deber de respetar la soberanía de otros Estados (y, por tanto, el deber de no inmiscuirse en sus asuntos internos) y la obligación interna de respetar la dignidad y los derechos básicos de toda la población del Estado. Para *Macfarlane*, la relación entre la intervención pro derechos humanos y la

¹³⁹ Vid. RYAN, D., “Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect”, *International Affairs*, 78 (4), 2002, pp. 890-891; BOULDEN, J., “Book Review: The Responsibility to Protect”, *Journal of Refugee Studies*, 15 (4), 2002, pp. 428-429.

¹⁴⁰ Vid. FEINSTEIN, L., y SLAUGHTER A.M., “A Duty to Prevent”, *Foreign Affairs*, 83 (1), 2004, pp. 136-150.

¹⁴¹ Vid. WILLIAMSON, R., *The Responsibility to Protect: The International Duty to Defend the Vulnerable*, Reporto n Wilton Park Conference 700, p. 10, en <http://www.wiltonpark.org.uk>

¹⁴² Vid. DENG, F. M., et al, *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, Washington, DC, Brookings Institution, 1996, 290 pp.; “Frontiers of sovereignty”, *Leiden Journal of International Law*, 8 (2), 1995, pp. 249-286.

¹⁴³ Vid. WEISS, T.G., “The Illusion of Security Council Reform”, *Washington Quarterly*, 26 (4), 2003, pp. 147-161.

soberanía es complementaria¹⁴⁴. Un gobierno que trata a su población de modo incompatible con la condición humana pierde legitimidad internacional. En marzo de 2005, Annan asumió las conclusiones del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, el desafío y el cambio, creado por él mismo, incorporándolas en su Informe “*Un concepto más amplio de la libertad, desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*” (párrafo 129) que fue clave para la Cumbre Mundial de 2005; una Cumbre en la que la RdP fue asumida como doctrina oficial por todos los miembros de la ONU. ¿Está limitada la soberanía estatal de Westfalia por la protección de la seguridad humana, tal y como plantea Carsten Stahn?¹⁴⁵ La RdP es un concepto en construcción, un concepto inacabado, un desafío serio y fundamental para el siglo XXI que se apoya en dos pilares sólidos, la prevención y la asistencia estatal, pero que se tambalea, todavía, en el capítulo de un eventual uso de la fuerza¹⁴⁶. Los once informes anuales (2009-2019) elaborados, hasta la fecha, por el equipo del Secretario General sobre la RdP constituyen la médula del conjunto de propuestas e iniciativas encaminadas a erradicar los crímenes masivos. Ello demuestra que Ban Ki-moon y Antonio Guterres, sucesores de Kofi Annan, han recogido su testigo en lo que a la RdP se refiere. En los países en conflicto, las estructuras estatales fallan, pueden ser ilegítimas y ser ajenas a la rendición de cuentas. Estas circunstancias dificultan la prevención de los crímenes masivos, incluidos los que se pueden cometer en el marco de la trata de seres humanos. Existe, sin embargo y desafortunadamente, un vacío normativo relacionado con los grupos armados no estatales al no haber sido contemplados en el Documento Final de 2005 o porque las Naciones Unidas no han sido todavía capaces de enfrentarlos. Daesh, Boko Haram y Al-Shabab no son objeto de atención oficial de la RdP. La esclavización sexual de mujeres y niñas Yazidi, por parte de Daesh en Iraq, que podría desembocar en un crimen de genocidio, no justificaría, a día de hoy, la RdP. La responsabilidad del Estado en cuestión habría que buscarla en el incumplimiento de su deber de debida diligencia, y siempre de conformidad con las normas primarias internacionales libremente consentidas. La barbarie humanitaria de los grupos armados no estatales, incluida la destrucción de lugares artísticos que son Patrimonio de la Humanidad (Budas de Bamiyán en Afganistán; Bosra, antigua capital de la provincia romana de Arabia, en el sur de Siria, o Palmira, entre otros) son temas urgentes que todavía están sin agendar en el orden del día de la comunidad internacional¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Vid. MACFARLANE *et al.*, “The Responsibility to Protect: Is anyone interested in Human Intervention?”, *Third World Quarterly*, vol. 25, n° 5, 2004, p. 978; REINOLDS T., *Sovereignty and the Responsibility to Protect: The Power of Norms and the Norms of the Powerful*, Routledge, 2013, 189 pp.

¹⁴⁵ Vid. STAHN, C., “Responsability to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, *The American Journal of International Law*, vol. 101, n° 1 (Jan., 2007), p. 99; KUPERMAN, A.J., *The Limits of Humanitarian Intervention: Genocide in Rwanda*, Washington, DC, Brookings Institution, 2001, 162 pp.

¹⁴⁶ Vid. GARWOOD-GOWERS, “China’s Responsible Protection” Concept: Re-Interpreting the Responsibility to Protect (R2P) and Military Intervention for Humanitarian Purposes”, *Asian Journal of International Law*, 6 (1), 2016, pp. 89-118; BUCHANAN, A., y O KEOHANE, R., “The preventive use of force. A Cosmopolitan Institutional Proposal”, *Ethics & International Affairs*, 18 (1), 2004, pp. 1-22.

¹⁴⁷ Vid. MENÉNDEZ DEL VALLE, E., “Responsabilidad de proteger: la ONU en acción”, *Documento de Trabajo 2/2016, Real Instituto El Cano* 15 de febrero de 2016, pp. 1-44.

VI. REFLEXIONES FINALES

Aunque la trata de personas es, tristemente, patrimonio común de la humanidad, los Estados inmersos en las nuevas guerras son especialmente proclives a la generación de tratantes de seres humanos, dado el clima de impunidad que normalmente se respira en sus territorios. Ese negocio delictivo, de aspecto multifacético, constituye asimismo una violación de los derechos humanos y un fenómeno de género, especialmente execrable en el capítulo de la infancia. Uno de cada cinco niños es objeto de trata y su vulnerabilidad se incrementa en los países en los que se tambalea el Estado de Derecho. A pesar de caminar hacia un marco jurídico internacional, regional y nacional que combina la respuesta de la justicia penal a la trata con un enfoque centrado en los derechos humanos y en las víctimas, la respuesta legal a esta forma moderna de esclavitud sigue siendo básicamente tradicional. El *Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños* apuesta por ese planteamiento penalista, obligando a los Estados Partes a tipificar la trata como delito y deslizando el tratamiento estatal de las necesidades de las víctimas a los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes. Por ejemplo, la *Convención sobre los Derechos del Niño* y la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Quizá por ello, el Protocolo de Palermo no se refiere especialmente a los menores, no contempla su “interés superior”, ni tampoco define la “explotación sexual”, dejando al margen de su regulación dos de las prácticas de explotación más comunes en los conflictos armados: el rapto de menores, destinados normalmente a engrosar las filas de actores armados no estatales, como terroristas y criminales, y la explotación sexual (singularmente de niñas). Más aún, su técnica de control -escasamente rigurosa- es propia de los tratados internacionales que no buscan el reconocimiento de derechos individuales sino la consagración de obligaciones estatales de distinta índole (particularmente el respeto y la garantía de los derechos humanos). Un enfoque basado en los derechos humanos debe combinar la lucha contra la impunidad y la necesidad de proteger a las víctimas. Con este objetivo, la obligación de prevención arranca de la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio. Más allá de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales cometidos por sus órganos o por entidades que, sin serlo estrictamente, ejercen prerrogativas del poder público, entendemos que la concepción evolutiva de esta regla general debe consolidar una responsabilidad internacional del Estado derivada del abandono de su deber de prevención y/o de la comisión por omisión, esto es, de la complicidad probada del Estado, activa u omisiva, en los hechos criminales de terceros. Esta posibilidad abriría la puerta a la responsabilidad de proteger en sus dos pilares más consolidados, la prevención y la asistencia, impulsando la responsabilidad clásica del Estado hacia los actores no estatales que, ni en 2005 ni tampoco ahora, son objeto formal de la teoría concebida por Deng. La intervención *pro* derechos humanos y la soberanía pueden ser complementarios en el marco de las causas justas que, como los crímenes atroces, no se apoyan en argumentos liberales u occidentales. La cuestión es determinar quién debe o puede superar los problemas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para exigir esa soberanía como responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCENSIO, H., “La responsabilité selon la Cour Internationale de Justice dans l’affaire du genocide bosniaque”, *RGDI*, vol. 111, n° 2, 2007, pp. 285-304.
- BOULDEN, J., “Book Review: The Responsibility to Protect”, *Journal of Refugee Studies*, 15 (4), 2002, pp. 428-429.
- BOU FRANCH, V., “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”, *REEI*, 24, 2012, pp. 1-44.
- BUCHANAN, A., y O KEOHANE, R.,” The preventive use of force. A Cosmopolitan Institutional Proposal”, *Ethics & International Affairs*, 18 (1), 2004, pp. 1-22.
- CARDONA LLORENS, J., “El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, n° Extra 34, 2014 (Ejemplar dedicado a: 25ª Aniversario de la convención sobre los derechos del niño: balance y perspectivas), págs. 21-40.
- CASSESE, A., “A judicial massacre”, texto publicado en la dirección electrónica:
<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2007/feb/27/27/thejudicialmassacreofsrebr>
- CORTÉS NIETO, J., BECERRA, G., LÓPEZ RODRÍGUEZ, L. y QUINTERO, R., “¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata”, *NovaetVetera. Migración y Trata de personas*, vol. 20, n° 64, 2011, pp. 105-120.
- CONDÉ, P.Y. “L’affaire du génocide. Bosnie et Serbie devant la Cour Internationale de Justice ou la dénonciation à l’épreuve du droit international”, *Revue Internationale Interdisciplinaire*, vol. 58, 2009-2, pp. 109-140.
- CUGAT MAURI, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, artículo 177 bis, 313, 318 y 318 bis CP”, en *Quintano Olivares (Dir.) La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, pp. 159-164.
- DENG, F. M., *et al*, *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, Washington, DC, Brookings Institution, 1996, 290 pp.; “Frontiers of sovereignty”, *Leiden Journal of International Law*, 8 (2), 1995, pp. 249-286.
- DÍEZ REPOLLÉS, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista penal*, n° 2, 1998, pp. 17-22
- FEINSTEIN, L., y SLAUGHTER A.M., “A Duty to Prevent”, *Foreign Affairs*, 83 (1), 2004, pp. 136-150.
- FRIEYRO DE LARA, B., ROBLES CARRILLO, M., “La integración de la perspectiva de género en el análisis de los conflictos armados y la seguridad”, *Cuadernos de estrategia*, n°157, 2012 (Ejemplar dedicado a: El papel de la mujer y el género en los Conflictos), pp. 53-88.

- GARWOOD-GOWERS, “China’s Responsible Protection” Concept: Re-Interpreting the Responsibility to Protect (R2P) and Military Intervention for Humanitarian Purposes”, *Asian Journal of International Law*, 6 (1), 2016, pp. 89-118.
- IGLESIAS BERLANGA, M., “Los Santhals: una minoría étnica nepalesa que no existe para el Estado”, en *Las minorías en el contexto actual*, Ed. Dykinsson, 2020, pp. 103-121.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “femicidas” de Ciudad Juárez”, *REDI*, vol. LXIII/2, 2011, pp. 11-50.
- JONES, A. A., “Post Traumatic stress disorder and victims of human trafficking: A perpetuation of chronic indignity”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 1, 2009, pp. 317-354.
- JOSHI, A., “The face of human trafficking”, *Hastings Women’s Law Journal*, 18, 2002, pp. 18-40.
- LABORIE IGLESIAS, M., “Actores armados no estatales y modelo de Estado”, en *Actores Armados No Estatales: Retos a la Seguridad Global*, Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia, 152, 2011, pp. 29-64.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Los Estados fallidos y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 159-240.
- LOZANO CONTRERAS, J.F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, 340 pp.
- MACFARLANE *et al.*, “The Responsibility to Protect: Is anyone interested in Human Intervention? *Third World Quarterly*, vol. 25, n° 5, 2004, pp. 977-992.
- MAIR, S., “A New Approach: The Need to Focus on Failing States”, *Harvard International Review*, vol. 29, n° 4, Winter 2008, pp. 52-55.
- MAPELLO CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *ADPCP*, vol. LXVI, 2012, pp. 25-62.
- MENÉNDEZ DEL VALLE, E., “Responsabilidad de proteger: la ONU en acción”, *Documento de Trabajo 2/2016*, Real Instituto El Cano 15 de febrero de 2016, pp. 1-44.
- MIKO, F. T. “Trafficking in women and children: The U. S. and International Response” – Updated March 26, 2004, Washington D.C: Congressional Research Service, 21 pp.
- MUÑOZ CUESTA, “Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 4, 2011 (Tribuna), pp. 9-20.
- NAGLE-ORTIZ, L., “Selling Soul: The Effects of Globalization on Human Rights and Forced Servitude”, *Wisconsin International Law Journal*, 26, 1, 2008, pp. 131-162.
- PEARSON, E., *Manual de Derechos humanos y Trata de personas. Alianza global contra la trata de mujeres*, Ed. GAATW, 2001, 175 pp.

- PISILLO-MAZZESCHI, R., “The due diligence rule and the nature of the responsibility of States”, *GYIL*, 1992, pp. 9-51.
- QUEL LÓPEZ, F.J., “Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., QUEL LÓPEZ, F.J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G., (Eds.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2010, pp. 527-556.
- REINOLDS T., *Sovereignty and the Responsibility to Protect: The Power of Norms and the Norms of the Powerful*, Routledge, 2013, 189 pp.
- RYAN, D., “Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect”, *International Affairs*, 78 (4), 2002, pp. 890-891.
- SCHNECKENER, U., “Fragile Statehood, Armed non-State Actors and Security Governance”, en Bryden, Alan y Caparini, Marina (ed.) *Private Actors and Security Governance*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF); Lit Verlag, 2006, 314 pp.
- STAHN, C., “Responsability to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, *The American Journal of International Law*, vol. 101, nº 1 (Jan., 2007), pp. 99-120.
- SUAREZ LEOZ, D., “Conflictos armados sin carácter internacional y Derecho Internacional Humanitario: Normativa aplicable”, en Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinador), *Derecho Internacional Humanitario* (2ª edición), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 713-732.
- VALVERDE CANO, A.B., *La protección jurídico-penal de las víctimas de las formas contemporáneas de esclavitud a la luz del Derecho internacional, europeo y nacional*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2017, E-book, 140 páginas.
- VUJIN, J., “Human trafficking in the Balkans: an inside report”, *Intercultural Human Rights Law Review*, 2009, pp. 267-315.
- WEISS, T.G., “The Illusion of Security Council Reform”, *Washington Quarterly*, 26 (4), 2003, pp. 147-161.