

LA TIPIFICACIÓN DE LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD: UNA CONTRIBUCIÓN AL DEBATE EN TORNO AL ELEMENTO POLÍTICO DE LOS CRÍMENES

TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS AS A CRIME AGAINST HUMANITY: A CONTRIBUTION TO THE DEBATE ABOUT CRIMES' POLICY REQUIREMENT

Carmen Pérez González*

Sumario: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. II. LA POSIBLE TIPIFICACIÓN DE LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD: LOS ELEMENTOS DEL TIPO. III. EL PRINCIPIO DE DILIGENCIA DEBIDA Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este trabajo analiza si cabe considerar que la trata de seres humanos es un crimen contra la humanidad. Ello exige examinar su posible incardinación en alguna o algunas de las conductas tipificadas en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Como es sabido, dicho artículo exige que cualquiera de esos actos se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (elemento contextual) y entiende por tal una línea de conducta que implique la comisión múltiple de esos actos de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política (elemento político). La posibilidad de que actores no estatales cometan crímenes contra la humanidad ha sido largamente debatida por la doctrina. En el caso de la trata de seres humanos, debe analizarse si la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los tratantes como autores de crímenes contra la humanidad mejoraría la efectividad en la persecución del delito. Una responsabilidad que, en ningún caso, eximiría la del propio Estado, exigible en virtud del principio de diligencia debida en la prevención, investigación y sanción de violaciones graves de derechos humanos.

ABSTRACT: This work analyses if trafficking in human beings can be considered a crime against humanity. The possibility of including trafficking in human beings in the conducts considered by article 7 of the Statute of the International Criminal Court has to be firstly examined. Besides that, it has to be taken into account that this article requires that those acts have to be committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack (contextual requirement) and assumes that such attack means a course of conduct involving the multiple commission

Fecha de recepción del original: 10 de enero de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de mayo de 2016.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: carmen.perez@uc3m.es. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad titulado "Identidades y ciudadanías. Fundamentos político jurídicos de la diversidad" (DER2012-36142).

of those acts against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack (policy requirement). The debate on the possibility of non-State actors committing crimes against humanity has provoked strong academic controversy. Regarding trafficking in human beings, it has to be analyzed if the reclassification of the offence as a crime against humanity would contribute to combat it in a more efficient manner. The analysis should also take into account that such an eventual criminal authors' responsibility does not exclude State responsibility according to standards of due diligence.

PALABRAS CLAVES: Trata de seres humanos, crimen contra la humanidad, elemento contextual, elemento político, grupos no estatales, diligencia debida.

KEYWORDS: *Trafficking in human beings, crime against humanity, contextual requirement, policy requirement, non-State actors, due diligence standards.*

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

La lucha contra la trata de seres humanos¹ viene concitando desde hace décadas los esfuerzos de Estados y Organizaciones Internacionales. No cabe hoy dudar de que constituye una práctica odiosa para cuya erradicación los Estados están obligados a cooperar. Esa cooperación se remonta, en el plano normativo multilateral, a comienzos del siglo pasado. La firma en París el 18 de mayo de 1904 del Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas inauguró la adopción de una serie de tratados internacionales en la materia² que,

¹ Se entenderá aquí, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada (en adelante, Protocolo de Palermo) que el fenómeno incluye “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. El Protocolo de Palermo fue aprobado mediante la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/25) y está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf. Todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 7 de enero de 2016.

² Unos años más tarde, el 4 de mayo de 1910, se firmó, también en París, el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas. Ambos fueron enmendados por el Protocolo de Lake Success, Nueva York, de 4 de mayo de 1949. Cabe citar, igualmente, los Convenios de Ginebra de 30 de septiembre de 1921, para la represión de la trata de mujeres y menores, y de 11 de octubre de 1933, para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, y el Convenio de Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (adoptado mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949). En relación, en particular, con los niños, hay que citar la adopción, mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 54/253, de 25 de mayo de 2000, del Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

en el ámbito universal, tiene como último exponente el Protocolo de Palermo³. Este instrumento limita su ámbito de aplicación a los delitos de trata, que obliga a tipificar en su artículo 5, que tengan carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado⁴.

A los esfuerzos desplegados en este plano hay que sumar los desarrollados por determinadas Organizaciones Internacionales de ámbito universal (por ejemplo la Organización Internacional del Trabajo en el ámbito de la lucha contra el trabajo forzado⁵) y regional⁶.

A pesar de que en este proceso conformador de obligaciones internacionales convencionales se han ido incorporando medidas que pretenden asegurar la prevención del fenómeno y la protección de las víctimas⁷, lo cierto es que el objetivo de

³ Sobre el mismo *Vid.* por todos: GALLAGHER, A., “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *H.R.Q.*, vol. 23, 2001, pp. 975-1005.

⁴ *Cfr.* el artículo 4 del Protocolo de Palermo. De un lado, quedarán fuera de su ámbito de aplicación los casos de trata interna. De otro, debe tenerse en cuenta que no siempre son redes de delincuencia organizada las autoras del delito. No debe olvidarse, sin embargo, que el artículo 34.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, a la que el Protocolo de Palermo complementa, obliga a tipificar los delitos establecidos de acuerdo con ella independientemente del carácter transnacional o de la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la misma, salvo en la medida en que el artículo 5 exija la participación de un grupo delictivo organizado. De este modo, la limitación contenida en el artículo 4 del Protocolo de Palermo se aplicaría únicamente a la obligación de cooperar impuesta a los Estados, y no a la de tipificación del delito. *Vid.*, en este sentido: VAN DER WILT, H., “Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, 2014, p. 302. Por lo demás, el Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, elimina esas limitaciones al disponer en su artículo 2 que “se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”. El Convenio europeo está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=197&CM=8&DF=02/06/2014&CL=ENG>.

⁵ *Cfr.* el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, adoptado el 14 de junio de 2014. De acuerdo con su artículo 1.3 “(s)e reafirma la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio [de 1930] y, por consiguiente, las medidas mencionadas en el presente Protocolo deberán incluir actividades específicas para luchar contra la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio”. El Protocolo, que entrará en vigor el 9 de noviembre de 2016, está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029.

⁶ Ese esfuerzo no ha estado exento de crítica. *Vid.*, por ejemplo, la que realiza HATHAWAY, J., “The Human Rights Quagmire of ‘Human Trafficking’”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, núm. 1, 2008-2009, pp. 1-49. Es interesante también la respuesta de GALLAGHER, A.T., “Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, núm. 4, pp. 789-848.

⁷ Tal y como se ha dicho “(p)ese a que originariamente el abordaje internacional respecto del delito de trata de seres humanos fue criminocéntrico, esto es, centrado casi exclusivamente en la necesidad de lucha frente a esta realidad criminológica a través de la incriminación de conductas, más recientemente se ha impuesto lo que puede denominarse aproximación victimocéntrica a esta cuestión”: VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2014, p. 2. *Vid.* también la bibliografía citada por esta autora en la nota 1.

perfeccionar las herramientas que sirven a la persecución penal del delito ha sido una constante desde que se adoptasen los primeros instrumentos internacionales. En otras palabras: el Derecho internacional impone a los Estados obligaciones relativas a la persecución y sanción del delito de la trata de seres humanos en el Derecho penal interno buscando que sus víctimas resulten suficientemente protegidas frente a formas muy graves de agresión a bienes jurídicos que cabe considerar fundamentales⁸.

El propósito de este trabajo es explorar en qué medida cabe trasladar dicho razonamiento al ámbito del Derecho Internacional Penal (DIP)⁹. Se analizará, en concreto, si además de un crimen de naturaleza transnacional (regulado por normas internacionales, con efectos transfronterizos y para cuya represión se hace imprescindible la cooperación entre Estados)¹⁰, la trata de seres humanos podría, si se dan los elementos requeridos a tal efecto, ser tipificada como crimen contra la humanidad¹¹. Parece interesante, además, reflexionar sobre las ventajas que dicha

⁸ En España, el delito de trata de seres humanos no se incorporó como delito autónomo al Código Penal (CP) hasta 2010, cuando se aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010) y se incorporó un nuevo Título VII bis al Libro II del CP, titulado “De la trata de seres humanos”, compuesto por un único artículo, el 177 bis. Hasta ese momento diferentes tipos penales servían, de modo inadecuado, a ese propósito. Sobre esta cuestión *Vid.*: MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 97-130 y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 819-866. El nuevo delito fue calificado de “avance positivo” por el Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA, en sus siglas en inglés), que vela por el cumplimiento del Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos, ya citado aquí: *Vid.* el primer informe de GRETA sobre la implementación en España del Convenio, de 27 de septiembre de 2013, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf.

⁹ Puesto que el análisis que aquí se hace se basa en las normas del Derecho internacional, principalmente el ER, se usará en este trabajo “Derecho Internacional Penal”, y no “Derecho Penal Internacional”. Se entiende, así, que el DIP es una rama del Derecho Internacional Público cuyos objetivos son la prohibición de ciertas conductas y la sanción penal de sus autores: CASSESE, A., *International Criminal Law*, 3º ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 3.

¹⁰ Se ha dicho, en este sentido, que la trata de seres humanos es un crimen transnacional que requiere de medidas transnacionales, incluidas “las tres X”: extradición (*extradition*), extraterritorialidad (*extraterritoriality*) e intercambio de información (*exchange of information*): MATTAR, M.Y., “Incorporating the Five Basic Elements of a Model Antitrafficking in Persons Legislation in Domestic Laws: From the United Nations Protocol to the European Convention”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, 2005-2006, pp. 413. Sobre la rama del Derecho internacional que se ocuparía de los crímenes transnacionales *Vid.*: BOISTER, N.: “‘Transnational Criminal Law’?”, *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 953-976.

¹¹ Configurados en origen como una extensión del *ius in bello* -el artículo, 6.c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg tipificaba como crímenes contra la humanidad “el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma”-, los crímenes contra la humanidad se desprendieron posteriormente de la exigencia de que debían darse en una situación de guerra para caer de modo autónomo bajo el ámbito de aplicación del DIP. Sobre ese proceso *Vid.*: CAPELLÀ i ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 y, más recientemente, BASSIOUNI, M. Ch., *Crimes against humanity Historical Evolution and Contemporary*

tipificación aportaría, en su caso, a la efectividad en la lucha contra este crimen, particularmente aberrante.

Estos son los interrogantes que se abordarán aquí. El análisis debe partir, desde luego, del concepto de crimen contra la humanidad. Esto es, del examen del tipo tal y como se encuentra previsto, en particular, en el artículo 7 del Estatuto de Roma (ER) constitutivo de la Corte Penal Internacional (CPI)¹² y en los Elementos de los Crímenes¹³. Así tipificados, y teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 11¹⁴ y 12¹⁵ del ER, los crímenes contra la humanidad serán competencia de la CPI, habida cuenta, de un lado, del principio de complementariedad¹⁶ y, de otro, de la satisfacción del llamado umbral de gravedad¹⁷. En su análisis del artículo 17 del ER, AMBOS¹⁸ ha distinguido entre el denominado “umbral adicional de gravedad”, previsto en el apartado 1.d) del artículo, y la complementariedad en sentido estricto, a la que se refiere el artículo 17.1 a)-c), 2 y 3. Sólo una vez que el primero ha sido satisfecho, se examinará la complementariedad *strictu sensu*¹⁹.

Application, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, y HELLER, K.J., *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 231-250.

¹² Adoptado el 17 de julio de 1998 y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>. En su 65º periodo de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema “Crímenes de lesa humanidad”. El futuro proyecto de artículos incorporará la definición contenida en el artículo 7 del ER: *Cfr.* el Informe de la CDI relativo al sexagésimo periodo de sesiones (A/68/10, Suplemento N° 10), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://legal.un.org/ilc/reports/2013/2013report.htm>.

¹³ Los Elementos de los Crímenes son una fuente propia del sistema de la CPI. Son aprobados por la Asamblea de Estados parte y, según establece el artículo 9.1 del ER, su función es “ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del (...) Estatuto”. Están disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/elements%20of%20crime.s.aspx. Cabe entender que constituyen un acuerdo entre todas las partes en el sentido del artículo 31.2.a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. De acuerdo con este artículo, el contexto de un tratado –que de acuerdo con el apartado 1 del artículo 31 nos servirá de referencia a la hora de atribuir sentido a sus términos– comprende, además del texto del mismo, incluidos su preámbulo y anexos, todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración.

¹⁴ Relativo a la competencia temporal de la CPI.

¹⁵ Que enuncia las condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

¹⁶ *Cfr.* los apartados a) y b) del artículo 17.1 del ER, en virtud de los cuales la CPI resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando el mismo “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” o “haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

¹⁷ *Cfr.* el artículo 17.1.d) del ER, que dispone que igualmente se resolverá la inadmisibilidad cuando el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

¹⁸ AMBOS, K., “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, 47 pp.

¹⁹ *Ibidem*, p. 5.

Como enseguida se verá, varios de los actos mencionados expresamente en el citado artículo 7 podrían darse en el contexto de la trata de personas. Entre estos, la esclavitud (artículo 7.1.c) del ER), la deportación o el traslado forzoso de la población (artículo 7.1.d) del ER), el encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del Derecho internacional (artículo 7.1.e) del ER), la tortura (artículo 7.1.f) del ER), la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada (...) o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (artículo 7.1.g) del ER) o cualquier otro acto inhumano de carácter similar que cause intencionalmente grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad o la salud mental o física (artículo 7.1.k) del ER). Todos ellos serán examinados aquí.

En todo caso, no bastará la comisión de uno o varios de esos actos para que pueda afirmarse que estamos ante un crimen contra la humanidad. Junto a ello, será imprescindible referirse a los denominados elementos contextual y político. De un lado, el artículo 7.1 exige que cualquiera de los actos que enumera, “se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (elemento contextual). De otro, el artículo 7.2.a) señala que “por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado *o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”²⁰ (elemento político). De este modo, nuestro objeto de estudio incide plenamente en el debate que la jurisprudencia internacional y la doctrina mantienen en torno a la posibilidad de que organizaciones no estatales cometan crímenes contra la humanidad. Dejando a un lado ahora los casos en los que un funcionario o autoridad pública intervienen en la comisión del delito (aceptando pagos a cambio de facilitar el cruce de una frontera, por ejemplo)²¹, serán en muchas ocasiones organizaciones no estatales –las redes de trata, más o menos organizadas- las que realicen los actos típicos que constituirán trata de seres humanos. Se deberá determinar, en definitiva, si estos grupos son subsumibles en el concepto de organización al que alude el artículo 7.2.a) del ER. Todo ello teniendo en cuenta, además, que resulta igualmente exigible que el crimen se cometa en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Por último, el análisis que aquí se pretende no sería completo si no nos ocupásemos de una cuestión íntimamente relacionada con la anterior: ¿hasta qué punto es oportuno defender la intervención de la jurisdicción penal internacional en este caso? Atendiendo

²⁰ La cursiva es mía.

²¹ Lo que también sería determinante en relación con la exigencia de responsabilidad al Estado. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el artículo 7 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 28 de enero de 2002 (A/RES/56/83), establece que “el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”. La Resolución está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resdecls/res56_1s.htm.

a su carácter subsidiario²², debe señalarse que únicamente cabrá acudir a ella cuando las jurisdicciones internas no ofrecen la protección debida. La ineficacia de la lucha contra la trata de seres humanos es una evidencia y así lo ponen repetidamente de manifiesto los informes de Organizaciones y organismos especializados. En 2002 la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*²³. La Directriz 5, que contiene recomendaciones para reforzar el cumplimiento adecuado de la legalidad, señalaba que a pesar de que los datos indican que la trata de personas va en aumento en todas las regiones del mundo, pocos tratantes son aprehendidos. Al mismo tiempo, un número reducido de víctimas son oficialmente identificadas como tales. Otros informes, nacionales e internacionales, nos sirven para constatar que esa tendencia no ha mejorado sustancialmente con el paso del tiempo²⁴.

Ahora bien, lo que debe determinarse es si es suficiente la mera negligencia del Estado en la represión del delito para afirmar que las organizaciones autoras del mismo, dando por sentado ahora que han cometido un crimen contra la humanidad, deben ser juzgadas por la CPI. Esta última ya se ha enfrentado a la cuestión en alguna ocasión y su doctrina resulta desde luego esencial en nuestro análisis. Por último, más allá de la reflexión sobre la responsabilidad penal individual de los presuntos autores del delito, debe resolverse también si resulta posible la atribución de responsabilidad al Estado sobre la base de dicha negligencia. El principio de diligencia debida en la investigación de graves violaciones de derechos humanos nos servirá para realizar algunas precisiones en este sentido²⁵.

²² Lo es el Derecho penal y también el DIP. En relación con la jurisdicción de la CPI, esa subsidiariedad se plasma en el ya mencionado principio de complementariedad previsto en el artículo 17.1. a) y b) del ER. Ahora bien, cabría señalar con WERLE y BURGHARDT que en cualquier caso el hecho de que un Estado no pueda o no quiera investigar o enjuiciar unos hechos determinados no es relevante a los efectos de la categorización de esos hechos como crimen contra la humanidad. Sí lo sería, por el contrario, a los efectos de “asignar” o “distribuir” la competencia sobre los mismos a la Corte. En otras palabras: unos hechos determinados pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad y, en aplicación el principio de complementariedad, la competencia para investigarlos y juzgarlos puede no corresponder a la CPI: WERLE, G. y BURGHARDT, B., “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State of a “State-like” Organization?”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 2, 2012, p. 1163.

²³ Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social de 20 de mayo de 2002 (E/2002/68/Add.1), disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Trafficking.sp.pdf>.

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, los datos sobre condenas incluidos en el Informe sobre trata de seres humanos del Departamento de Estado de Estados Unidos del año 2014 (disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2014/226647.htm>) o en el primer Informe presentado por EUROSTAT en 2013 sobre datos estadísticos correspondientes al periodo 2008-2010 relativos a la trata de seres humanos en la Unión Europea (UE), disponible en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/news/2013/docs/20130415_thb_stats_report_en.pdf. En el caso de España, el Defensor del Pueblo puso de manifiesto el bajo número de condenas en su Informe titulado “La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles”, publicado en el año 2012 y disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Defensor_del_Pueblo_trata.pdf.

²⁵ Precisamente sobre esta cuestión, el significado y el alcance del principio de diligencia debida en el ámbito de la lucha contra la trata de personas, se ha pronunciado la Relatora Especial del Consejo de

II. LA POSIBLE TIPIFICACIÓN DE LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD: LOS ELEMENTOS DEL TIPO

1. Las conductas típicas

Desde mi punto de vista, no cabe duda de que las víctimas de la trata de seres humanos, con fines de explotación sexual, laboral u otros²⁶, lo son a su vez de algunos de los actos enumerados en el artículo 7.1 del ER. Seguramente porque el propio ER cita, entre los fenómenos que asimila a la esclavitud, la trata de personas, los análisis doctrinales se han centrado, sobre todo, en explorar de qué modo la trata que se asimila a la esclavitud podría llegar a constituir un crimen contra la humanidad²⁷. Además de analizar esta cuestión, examinaremos si algunos de los demás actos enumerados en el artículo 7.1 del ER podrían darse en el contexto de la trata de personas.

Estamos, por lo demás, ante una severísima violación de derechos fundamentales susceptible de causar un padecimiento extremo a sus víctimas²⁸. La doctrina parece

Derechos Humanos sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas en su Informe de 3 de agosto de 2015 (A/70/260), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/241/40/PDF/N1524140.pdf?OpenElement>. También se ha referido a esta obligación la Asamblea General de Naciones Unidas. *Vid.*, por ejemplo, su Resolución 69/149, de 18 de diciembre de 2014 (A/RES/69/149) sobre trata de mujeres y niñas, en la que se refiere a “la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir la trata de personas e investigar y castigar a los responsables”. La Resolución está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/69>.

²⁶ Entre ellos, el matrimonio forzado, la comisión de delitos a pequeña escala o el tráfico de órganos. En 2007, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, incluyó en su Informe anual presentado el 24 de enero de 2007 (A/HRC/4/23) un estudio temático sobre los matrimonios forzados en el contexto de la trata de personas. El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/TraffickingIndex.aspx>. En relación con la trata que tiene como finalidad el comercio de órganos humanos se ha adoptado en Santiago de Compostela, el 25 de marzo de 2015, el Convenio europeo contra el tráfico de órganos humanos. El Convenio entrará en vigor una vez que haya sido sumado 5 ratificaciones, incluyendo la de 3 Estados miembros del Consejo de Europa. Este Convenio está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=216&CM=8&DF=24/06/2015&CL=ENG>.

²⁷ La doctrina se ha servido también de otros crímenes tipificados en el ER para analizar la posibilidad de extender la jurisdicción de la CPI sobre la trata de seres humanos. *Vid.*, por ejemplo, en relación con el genocidio: MORAN, C.F., “Human Trafficking and the Rome Statute of the International Criminal Court”, *The Age of Human Rights Journal*, núm. 3, 2014, pp. 32-45.

²⁸ Tal y como se ha avanzado, la Comunidad Internacional ha ido incorporando paulatinamente el objetivo de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata de seres humanos en el diseño y la implementación de las políticas e instrumentos que, en los ámbitos interno e internacional, se dirigen a luchar contra este fenómeno. Prueba de ello es la creación en 2004, en el seno de la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de la Relatoría especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, a cuya labor nos hemos referido ya. Entre las funciones de la Relatoría está la de “dar una respuesta efectiva e información fidedigna sobre posibles violaciones de los derechos humanos con miras a proteger los derechos humanos de las víctimas reales o potenciales de la trata” (*Cfr.* la Resolución 2004/110 de la Comisión de Derechos Humanos, de 21 de abril de 2004 (E/CN.4/DEC/2004/110), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/TraffickingIndex.aspx>).

estar de acuerdo, en general, en señalar que los crímenes contra la humanidad “consisten en los actos de violencia y persecución más severos y abominables”²⁹. Se ha señalado, en este sentido, que precisamente la protección de la humanidad, como sujeto colectivo, serviría de fundamento para la tipificación de estos crímenes.

Estamos, ciertamente, ante un concepto –me refiero ahora al concepto de humanidad– aquejado de cierta indefinición. Puede afirmarse, siguiendo todavía a LUBAN³⁰, que caben al menos dos concepciones del mismo. La primera (*humankind*) haría referencia al conjunto de seres humanos, a la humanidad en su conjunto, que aparecería como interesada en la represión de estos crímenes. La segunda (*humanness*) reflejaría la cualidad de lo humano, que resultaría ofendida cuando se comete un crimen contra la humanidad. No se trata ahora de profundizar en el debate que vincula la comisión de estos crímenes con la protección de ese bien jurídico colectivo, la humanidad. Lo que sí parece claro es que los crímenes contra la humanidad pretenden la protección de bienes jurídicos personalísimos y fundamentales, tales como la vida, la libertad personal o la integridad física³¹. Todos ellos son susceptibles de ser atacados en el ámbito de la trata de seres humanos.

A) Esclavitud

Nos recuerda Villacampa Estiarte que “la referencia a la trata de personas como la moderna forma de esclavitud ha hecho fortuna y se emplea con profusión”³². En lo que aquí interesa, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que debe determinarse es si cabe considerar que la trata de seres humanos puede calificarse como esclavitud a los efectos de su tipificación como crimen contra la humanidad. O al menos, en palabras de BADÍA MARTÍN, si la trata “está en fase de cristalización como crimen internacional en su consideración como una práctica contemporánea de esclavitud y directamente vinculada al núcleo duro de los derechos humanos internacionalmente reconocidos”³³.

²⁹ LUBAN, D., “A Theory of Crimes against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 98-99.

³⁰ *Ibidem*, pp. 86-93.

³¹ En consecuencia, el sujeto pasivo sería el individuo que porta el bien o los bienes jurídicos lesionados. Si, además, se defiende que el crimen contra la humanidad lesiona bienes jurídicos colectivos, como los derechos humanos y la paz y la seguridad internacionales, ese sujeto pasivo pasaría a ser la población civil víctima del ataque. En este sentido: CAPELLÀ i ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad...cit.*, p. 384.

³² Y ello desde que en 1999 el Presidente de la organización “Free The Slaves”, Kevin Bales, utilizara en su obra “Disposable people: New Slavery in the Global Economy” el paralelismo entre el actual fenómeno de la trata con el histórico fenómeno de la trata transatlántica de esclavos: VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de persona...cit.”, pp. 824-825.

³³ BADÍA MARTÍN, A. M., “Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, en SALINAS DE FRÍAS, A. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (Coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. I, Madrid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2005, p. 196.

Tiene sentido empezar por aclarar qué se entiende por esclavitud en el Derecho internacional contemporáneo. Resulta ineludible, en ese sentido, la referencia a la Convención sobre la Esclavitud³⁴. Su artículo 1.1 establece que “(l)a esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”. Por su parte, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las prácticas análogas a la esclavitud³⁵ enumera cuatro ejemplos que deberán ser asimilados a esta: la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, ciertas formas de matrimonio forzado y la explotación infantil³⁶. La esclavitud y las prácticas que a ella se asimilan estarían, en el Derecho internacional contemporáneo, prohibidas por una norma de Derecho internacional general de *ius cogens*³⁷.

Por su parte, el apartado c) del artículo 7.1 del ER incluye la esclavitud entre los actos que podrían llegar a constituir crímenes contra la humanidad. Y la letra c) del artículo 7.2 incluye, en la definición de esclavitud, la trata de personas. Señala, en este sentido, que “por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos *en el tráfico de personas*, en particular mujeres y niños”³⁸. Los Elementos de los Crímenes detallan que entre esos atributos del derecho de propiedad deben entenderse comprendidos la compra, la venta, el préstamo, el trueque, o todos ellos, o algún tipo similar de privación de libertad³⁹.

Aunque la trata de personas, en particular la de mujeres y niños, está claramente incluida en el texto del artículo 7.1.c) del ER y en la nota 11 de los Elementos de los Crímenes, el ER no contiene una definición de trata de personas, más allá de cuando supone el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona o algún tipo similar de privación de libertad. Para encontrar una definición internacionalmente aceptada de trata de personas hay que acudir, tal y como se ha mencionado ya, al

³⁴ Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. La Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>. Tal y como se ha afirmado, la definición contenida en esta Convención “(...) remains the agreed upon definition of slavery in international law”: ALLAIN, J., “The Definition of Slavery in International Law”, *Howard Law Review*, vol. 52, núm. 2, 2009, p. 240.

³⁵ Firmada el 7 de septiembre de 1956 y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>.

³⁶ Cfr. su artículo 1.

³⁷ BASSIOUNI, M.C., “Enslavement as an International Crime”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 23, 1990-1991, p. 445. En el mismo sentido: ATAK, I. y SIMEON, J. C., “Human Trafficking. Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2015, p. 1033.

³⁸ Aunque, en la versión española, se habla de “tráfico de personas” parece evidente que se trata de un error de traducción. Las versiones inglesa (“trafficking in persons”) y francesa (“traite des êtres humaines”) del texto confirman esta idea. La cursiva es mía.

³⁹ Según establece la nota 11 de los Elementos de los Crímenes “(s)e entiende que este tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1965. *Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y de niños*” (la cursiva es mía).

artículo 3 del Protocolo de Palermo⁴⁰. En ese artículo se señala que la trata puede darse con la finalidad de someter a la víctima a esclavitud o a alguna práctica análoga⁴¹. Esto es, el Protocolo de Palermo concibe la esclavitud (y las prácticas análogas) como una de las finalidades de la trata. Además del objetivo (la explotación) deben tenerse en cuenta el acto⁴² y el medio⁴³ como elementos que definen la trata de seres humanos.

Otros instrumentos internacionales han conectado la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud con la trata de seres humanos. Así, el Convenio de Varsovia señala en su Preámbulo que “la trata de seres humanos puede conducir a una situación de esclavitud para las víctimas”. Por su parte, el artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴ prohíbe, junto con la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio, la trata de seres humanos. Cabe citar también el artículo 3.1 del Convenio de la OIT (182) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación⁴⁵. De acuerdo con este artículo, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarcaría “todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y *el tráfico de niños*, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”⁴⁶.

Además, algunos avances producidos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del DIP parecen coincidir en que en determinados casos la trata de seres humanos puede calificarse como esclavitud o como una práctica similar a la misma.

Resulta pertinente, en este sentido, una referencia a lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los asuntos *Siliadin c. Francia*⁴⁷, *Ranstev c. Chipre*

⁴⁰ *Vid. supra*, nota 1. Algún autor ha defendido que esta definición colma la laguna a la que se acaba de hacer referencia: KIM, J, “Prosecuting Human Trafficking as a Crime against Humanity under the Rome Statute”, (March 6, 2011), *Columbia Law School Gender and Sexuality Online (GSL Online)*, p. 5.

⁴¹ Se ha dicho que “(...) si bien la trata de personas está estrechamente vinculada a la esclavitud, se debe distinguir de ella (...) En la cadena criminal de la trata se engloban diversas actividades de personas cuyo destino final es someter a otras personas a alguna forma de explotación. La esclavitud sería uno de los posibles últimos eslabones en la cadena criminal que constituye la trata”: ESPALIÚ BERDUD, C., “La definición de esclavitud en el Derecho internacional a comienzos del siglo XXI”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 28, 2014, p. 32. En el mismo sentido: VAN DER WILT, H., “Trafficking in Human Beings...*cit.*”, p. 303.

⁴² Esto es, qué se hace, lo que incluye captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas.

⁴³ Es decir, cómo se lleva a cabo ese acto: mediante la amenaza o el uso de fuerza, la coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión de pagos o beneficios a cambio del control de la vida de la víctima.

⁴⁴ Diario Oficial, Serie C, núm. 326, de 26 de octubre de 2002.

⁴⁵ El Convenio fue adoptado el 17 de junio de 1999 y está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182.

⁴⁶ La cursiva es mía. De nuevo, aunque la versión española habla de “tráfico”, las versiones inglesa y francesa confirman que el artículo se refiere a la trata.

⁴⁷ Sentencia de 26 de julio de 2005, no. 73316/01, ECHR 2005-VII. Todas las sentencias del TEDH que se citan en este trabajo están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>. Un comentario a esta sentencia puede encontrarse

y *Rusia*⁴⁸ y *M. y otros c. Italia y Bulgaria*⁴⁹. En los tres casos, el TEDH se pronunció sobre la cuestión de si la trata de seres humanos se podría encuadrar bajo el ámbito de aplicación del artículo 4 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH)⁵⁰, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado.

En el primero de los casos citados, el TEDH llegó a la conclusión de que el trato que había recibido la demandante, nacional de Togo y víctima de trata con fines de explotación laboral, podía calificarse de servidumbre y trabajo forzado y obligatorio, aunque no llegaba a ser esclavitud⁵¹. A pesar de ello, sentó algunos criterios que son útiles para determinar en qué medida la trata de seres humanos podía asimilarse a una de las tres conductas (esclavitud, servidumbre y trabajo forzado) prohibidas por el artículo 4. Afirmó, así, que aunque el CEDH no define los términos “trabajo forzado u obligatorio”, debe tenerse en cuenta, para determinar su sentido, lo que dicen otros tratados internacionales relevantes, así como los criterios establecidos por Naciones Unidas y el propio Consejo de Europa para identificar formas contemporáneas de esclavitud y servidumbre que están íntimamente conectadas con la trata de seres humanos⁵². A la misma conclusión llegó el Tribunal en los asuntos *C.N. y V. c. Francia*⁵³ y *C.N. c. Reino Unido*⁵⁴, respecto de dos hermanas nacionales francesas, pero originarias de Burundi, la primera de las cuales el Tribunal concluyó que había sido sometida a servidumbre y trabajos forzados –asunto *C.N. y V. c. Francia*–, y de una nacional ugandesa –asunto *C.M. c. Reino Unido*–, cuyas denuncias de servidumbre doméstica no fueron, según el tribunal, debidamente investigadas.

Sólo en el segundo de los asuntos mencionados, *Ranstev c. Chipre y Rusia*, examinó el TEDH “en qué medida la propia trata de personas puede ser considerada contraria al espíritu y propósito del artículo 4 del Convenio en grado tal, como para entrar dentro del ámbito de las garantías ofrecidas por dicho artículo, sin evaluar a cuál de los tres tipos de conducta prohibida da lugar el trato concreto padecido en el asunto en cuestión”⁵⁵. Resulta destacable del razonamiento del TEDH, y esto es ya doctrina jurisprudencial asentada, el hecho de que tenga en cuenta junto al texto y al contexto de la disposición que debe ser interpretada, aquellas normas o principios de Derecho

en NICHOLSON, A., “Reflections on Siliadin v. France: Slavery and Legal Definition”, *International Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 5, 2010, pp. 705-720.

⁴⁸ Sentencia de 10 de mayo de 2010, no. 25965/04, ECHR 2010-I. Sobre esta sentencia, *Vid.*, por todos: PATI, R., “State’s positive obligations with respect to human trafficking: The European Court of Human Rights breaks new ground in *Ranstev v. Cyprus and Russia*”, *Boston University International Law Journal*, vol. 29, 2011, pp. 79-142.

⁴⁹ Sentencia de 31 de julio de 2012, no. 40020/03, no publicada en la recopilación oficial.

⁵⁰ Firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

⁵¹ Asunto *Siliadin c. Francia*, párrafos 113 y ss.

⁵² *Ibidem*, párrafo 91.

⁵³ Sentencia de 11 de octubre de 2013, no. 67724/09, no publicada en la recopilación oficial.

⁵⁴ Sentencia de 13 de noviembre de 2013, no. 4239/08, no publicada en la recopilación oficial.

⁵⁵ Asunto *Ranstev c. Chipre y Rusia*, párrafo 279.

internacional que resulten aplicables en las relaciones entre las partes⁵⁶, con el fin de lograr la protección efectiva de los derechos humanos. En este sentido, el Tribunal recuerda que deberá tenerse en cuenta “cualquier norma y principio relevante de legislación internacional aplicable en las relaciones entre las Partes Contratantes” y que “el Convenio debe ser interpretado, en la medida de lo posible, en armonía con otras normas de la legislación internacional de la que forma parte”⁵⁷. Entre ellas, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y el propio ER. Cita así expresamente la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) de 12 de junio de 2002⁵⁸, para concluir, con él, que el concepto tradicional de esclavitud ha evolucionado “hasta abarcar diversas formas contemporáneas de esclavitud, basadas en el ejercicio de una o alguna de las potestades vinculadas al derecho de propiedad”⁵⁹. Siguiendo al TPIY, el TEDH afirma que deberán tenerse en cuenta para ello “diversos factores relevantes⁶⁰, tales como el control del movimiento de la persona o el entorno físico, si existía un elemento de control psicológico, si se han adoptado medidas para evitar o disuadir la huida y si existe control de la sexualidad y trabajo forzoso”⁶¹. Ese sería el caso, “por su propia naturaleza y afán de explotación” de la trata de seres humanos⁶², una práctica que “amenaza la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas y no puede ser considerada compatible con una sociedad democrática y los valores expuestos en el Convenio”. Así, “el Tribunal concluye que la trata en sí misma, definida de acuerdo con el artículo 3 a) del Protocolo de Palermo y el artículo 4 a) del Convenio contra la trata de seres humanos, entran dentro del ámbito del artículo 4” del CEDH⁶³.

⁵⁶ En el sentido del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

⁵⁷ Asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párrafo 274.

⁵⁸ *El Fiscal c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, asunto núm. IT-96-23 e IT-96-23/1-A. La sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icty.org/sections/TheCases/JudgementList#2002>. El caso se refería a un grupo de mujeres y jóvenes musulmanas que fueron primero retenidas en centros de detención en Foča, en Bosnia y Herzegovina, y después trasladadas a otros lugares, violadas y/o sometidas a servidumbre por miembros de las fuerzas serbias entre 1992 y 1993.

⁵⁹ Asunto *Ransteve c. Chipre y Rusia*, párrafo 280.

⁶⁰ Sobre esta “factor-approach” se ha dicho que, aunque presenta la ventaja de la flexibilidad, es problemática desde el punto de vista del principio de legalidad, porque no permite conocer *ex ante* cuáles de esos factores deben sopesarse y cuáles serán decisivos en una situación particular: VAN DER WILT, H., “Trafficking in Human Beings...*cit.*”, p. 305.

⁶¹ Asunto *Ransteve c. Chipre y Rusia*, párrafo 280.

⁶² *Ibidem*, párrafo 281. El TPIY se había referido también a la trata de seres humanos como una forma de esclavitud: “(...) indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual’s autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim’s position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking” (párrafo 542 de la sentencia dictada en el asunto *El Fiscal c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, *cit. supra*, nota 58).

⁶³ Asunto *Ransteve c. Chipre y Rusia*, párrafo 282.

En el asunto *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, aunque el TEDH no niega que hechos como los descritos en la demanda pueden llegar a constituir trata de seres humanos, concluye que no hay, en el caso concreto, prueba suficiente en ese sentido. Afirmó, por tanto, que la pretensión de las demandantes de que los Estados demandados habían incumplido las obligaciones que les impone el artículo 4 estaba manifiestamente mal fundada⁶⁴.

Otros órganos de protección internacional de derechos humanos han seguido el mismo razonamiento y han vinculado la trata de seres humanos con la violación de aquellos artículos del tratado que supervisan que prohíben la esclavitud. Es el caso del Comité de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, ya en 1998, en las Observaciones Finales al cuarto informe periódico presentado por Italia⁶⁵, el Comité tomó nota con satisfacción de que la judicatura había empezado a tratar los delitos relativos a la trata de mujeres y otras personas para fines de prostitución como actos que se pueden asimilar a la esclavitud, contrarios por ello al Derecho internacional e interno. Idénticas consideraciones se han dado en relación a otros países⁶⁶.

Cabe concluir que trata de seres humanos y esclavitud no son conceptos absolutamente coincidentes⁶⁷. De un lado determinados casos de esclavitud no constituirán trata de seres humanos. Esto será así cuando no se den el resto de elementos apuntados. De otro, la trata de seres humanos no persigue siempre someter a la víctima a esclavitud o a una práctica análoga⁶⁸. En cualquier caso, cuando sea así –esto es, cuando la trata tenga esa finalidad- podría llegar a constituir un crimen contra la humanidad⁶⁹.

B) Deportación o traslado forzoso de la población

La doctrina ha defendido que la deportación o el traslado forzoso, en el sentido contemplado en el artículo 7.1.d) del ER, podría llegar a calificarse como crimen contra la humanidad⁷⁰. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que artículo 7.2.d) del ER

⁶⁴ *Asunto M. y otros c. Italia y Bulgaria*, párrafos 152 y ss.

⁶⁵ Presentadas el 18 de agosto de 1998 durante el 63º periodo de sesiones (CCPR/C/79/Add.94) y disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F79%2FAdd.94&Lang=es.

⁶⁶ *Vid.* al respecto: GALLAGHER, A., “Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor, and Debt Bondage”, en SADAT, L.N. y SCHARF, M.P. (Eds.), *The Theory and Practice of International Criminal Law. Essays in Honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 397-430, y SCARPA, S., *Trafficking in human beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 83 y ss.

⁶⁷ Aunque la ampliación del concepto de esclavitud ha difuminado las fronteras conceptuales entre este fenómeno y la trata de seres humanos: VAN DER WILT, H., “Trafficking in Human Beings...*cit.*”, p. 305.

⁶⁸ De hecho, la trata de seres humanos se concibe como un delito doloso de consumación anticipada, lo que significa que no es necesario, a efectos de su consumación, que la situación de esclavitud, explotación, etc. llegue a darse efectivamente. Basta con que la acción típica se realice con esa finalidad: MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos...*cit.*”, p. 97.

⁶⁹ En el mismo sentido: POCAR, F., “Human Trafficking: A Crime against Humanity”, en SAVONA, E.U. y STEFANIZZI, S. (Coords), *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Springer, Nueva York, 2007, p. 10.

⁷⁰ OBOKATA, T., “Trafficking of human beings as a crime against humanity: some implications for the international legal system”, *I.C.L.Q.*, vol. 54, 2005, p. 450.

aclara que tanto la deportación como el traslado forzoso de población se refieren al desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes y sin motivos autorizados por el Derecho internacional. Ambas condiciones pueden darse en el ámbito de la trata de personas. De un lado, lo frecuente será que la víctima que es trasladada forzosamente⁷¹ sea nacional o resida legalmente en el territorio de origen (otra cosa es cuál será su situación administrativa en el territorio de destino, si es que hablamos de trata internacional). De otro, es una evidencia que el traslado con fines de explotación que se incluye en la definición de trata no se cuenta entre los “motivos autorizados” por el Derecho internacional.

Hay que añadir, aunque parezca evidente, que el traslado forzoso de la víctima deberá hacerse contra su voluntad, mediante el uso de la fuerza, la coacción o la amenaza. Tal y como aclara la nota 13 de los Elementos de los Crímenes la expresión “uso de la fuerza” se refiere además a “la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción”. Ya sabemos que la trata de personas implica siempre un desplazamiento de la víctima desde su país o región de origen, según estemos ante un caso de trata internacional o doméstica, y que ese desplazamiento se logra en ocasiones haciendo uso de la fuerza o algún tipo de coacción física o psicológica, engaño o fraude. Es decir, se logra contra la voluntad de la víctima⁷².

De nuevo, por tanto, y en caso de que se cumpla el resto de elementos del tipo, el artículo 1.7.d) podría servir igualmente para afirmar que la trata de seres humanos, cuando implica un traslado forzoso de la víctima en el sentido de ese artículo, constituye un crimen contra la humanidad.

Se ha repetido aquí que, de acuerdo con la definición que proporciona el Protocolo de Palermo, el desplazamiento de la víctima es uno de los elementos que han de darse para poder concluir que estamos ante un caso de trata de seres humanos. En casos de traslado

⁷¹ En mi opinión, y teniendo en mente los supuestos que están en el origen de este trabajo, no cabe hablar de deportación, sino de traslado forzoso, en el caso de la trata de seres humanos. Y ello por dos razones. En primer lugar, parece que el término “deportación” sugiere, fuera de un contexto bélico, el cruce de una frontera, mientras que el “traslado forzoso” podría darse en el interior de las fronteras de un Estado (se sigue en este punto lo señalado por el TPIY en su sentencia de 2 de agosto de 2001 (asunto IT-98-33-T, *El Fiscal c. Radislav Krstic*), párrafo 521. La sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>). El término “traslado forzoso” serviría para abarcar, por tanto, tanto los casos de trata internacional como doméstica. En segundo lugar, la deportación parece implicar la intervención de una autoridad estatal. En concreto, se ha definido como “la potestad del Estado de enviar a un extranjero bajo coacción a cualquier país que elija el Estado que deporta”: *Cfr.* el Segundo Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado el 20 de Julio de 2006 por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (A/CN.4/573), apartado 157. El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/law/ilc/>.

⁷² Podría ocurrir, ocurre de hecho en ocasiones, que la víctima “consienta” inicialmente el traslado porque desconozca que la finalidad del viaje es la explotación. Es frecuente que las víctimas sean “captadas” gracias a promesas falsas de trabajo o, incluso, que el captador finja una relación amorosa que lleve a la víctima a tomar la decisión de viajar con él. Ese consentimiento inicial deberá tenerse por no dado cuando se materialice la finalidad del traslado que no deja, en mi opinión, de ser por ello forzoso.

forzoso, podría considerarse que se dan dos de esos elementos: el desplazamiento en sí mismo y el medio (dado que es forzado) por el que se consigue. Aun así, para ser considerado trata de seres humanos, dicho desplazamiento deberá perseguir la explotación de la víctima.

C) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional

Las privaciones graves de la libertad física –y no sólo los encarcelamientos- podrían llegar a constituir crímenes contra la humanidad. Así lo establece el artículo 7.1.e) del ER. Para ello, la gravedad de la conducta deberá ser tal que constituya una violación de normas fundamentales de Derecho internacional. La consideración de la gravedad dependerá bien del tiempo por el que se prolongue, bien de las condiciones en las que se produzca.

Las situaciones de trata se prolongan a menudo, como es sabido, “gracias” a un férreo control de los movimientos de la/s víctima/s⁷³. De hecho, ese control –que se mantendrá una vez que la víctima haya llegado a su destino con el fin de garantizar el mantenimiento de la explotación subsiguiente-, constituye una de las diferencias entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de inmigrantes⁷⁴. La relación entre el inmigrante traficado y los traficantes termina una vez que el primero llega a su destino. En el caso de la trata, la situación de explotación a la que se somete a la víctima requerirá en general que los tratantes se aseguren de que la misma no escapará a su control. Y ello implicará una severa vulneración de su libertad de movimientos a través de la retención del pasaporte y los documentos de viaje, la amenaza, el uso de la fuerza física, etc.⁷⁵. Cumplidos los elementos exigidos por el ER, la privación grave de la

⁷³ Tal y como el Relator Especial contra la Tortura afirmó en 2008, la víctimas de trata suelen estar sometidas a un aislamiento forzoso. *Vid.* al respecto el Informe relativo al fortalecimiento de la protección de la mujer contra la tortura, de 15 de enero de 2008 (A/HRC/7/3), apartado 56, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>.

⁷⁴ El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa –al igual que el ya citado Protocolo de Palermo- la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional define esta práctica en su artículo 3.a) como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (este Protocolo fue también aprobado mediante la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ya citada aquí, y está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf). No es esta la única diferencia entre ambos fenómenos. Así, mientras que en el caso de la trata de seres humanos la víctima no consiente la situación, el tráfico ilícito de personas se caracteriza porque el inmigrante se pone voluntariamente en manos de la red de traficantes para conseguir hacer un viaje que de otro modo no puede hacer. Esa es una segunda diferencia entre trata de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes. En tercer lugar, la trata – como ya se ha indicado aquí- puede ser internacional o doméstica. El tráfico ilícito de inmigrantes, por el contrario, presupone siempre el cruce de una frontera.

⁷⁵ Hay un consenso generalizado en torno a la idea de que determinados indicios que hacen suponer que la libertad de movimientos de una persona está siendo controlada pueden servir de base para su identificación como potencial víctima de trata: la carencia de documentos de identidad e inmigración, la incapacidad para mudarse de residencia o dejar su trabajo o el aislamiento social y familiar están entre ellos (*Cfr.* la “Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata

libertad física a la que se ven sometidas las víctimas de la trata de seres humanos podría calificarse de crimen contra la humanidad.

D) Tortura

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la definición de tortura a la que se refiere el artículo 7.1.f) del ER no coincide con la proporcionada por la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁷⁶. Siendo esta Convención un instrumento propio del DIDH, su propósito es determinar qué obligaciones incumben al Estado en relación con la prevención, erradicación y sanción de este fenómeno. El ER no exige que el autor de la tortura sea un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. Tampoco resultará exigible que la tortura se practique con una intención determinada⁷⁷. De este modo, los Elementos de los Crímenes entienden por tortura los graves dolores o sufrimientos físicos o mentales infligidos por el autor a una/s persona/s que están bajo su custodia o control, siempre que ese dolor o sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, ni fuesen inherentes o incidentales a ellas⁷⁸.

Lo que resulta relevante en este momento es tener en cuenta que tanto el Comité⁷⁹ como el Relator Especial⁸⁰ contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

con fines de explotación” de la Red Española contra la Trata de Personas, de julio de 2008. La Guía está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/2006_3_IS/BIBLIOTECA/GUIA%20BASICA%20PARA%20LA%20IDENTIFICACION%20Y%20DERIVACION%20DE%20VICTIMAS%20DE%20TRATA.PDF).

⁷⁶ Adoptada mediante la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 39/46, de 10 de diciembre de 1984 (A/RES/39/46) y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>. Su artículo 1.1. establece que “se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Sobre la posible inclusión en esa definición de la trata de seres humanos *Vid.*: MCGREGOR, L., “Applying the Definition of Torture to the Acts of Non-State Actors: The case of Trafficking in Human Beings”, *Human Rights Quarterly*, vol. 36, núm. 1, 2014, pp. 210-241 y el Informe elaborado en 2013 por la Oficina del Representante Especial y Coordinador contra la trata de seres humanos de la OSCE: “Trafficking in Human Beings Amounting to Torture and other Forms of Ill-Treatment”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.osce.org/cthb/103085>.

⁷⁷ *Cfr.* la nota 14 de los Elementos de los Crímenes.

⁷⁸ Artículo 7.1.f) apartados 1, 2 y 3 de los Elementos de los Crímenes. Sobre la noción de tortura en este ámbito *Vid.*: BARBERO, N., “La tortura como crimen contra la humanidad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 6, 2011, pp. 181-220.

⁷⁹ En los últimos años, el Comité contra la Tortura ha examinado de qué modo el Estado que presenta su Informe periódico avanza en la implementación de medidas, legales o de otro tipo, que resulten eficaces en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas. *Vid.*, sobre esta

degradantes han afirmado en más de una ocasión que la trata de seres humanos podría llegar a calificarse como tortura o, en su caso, como malos tratos⁸¹. No es así en todos los casos, desde luego, pero estos pronunciamientos de estos órganos de protección internacional de derechos humanos pueden, en mi opinión, servir como fundamento de la afirmación de que, en determinadas circunstancias, la trata de seres humanos podría considerarse tortura en el sentido del artículo 7.1.f) del ER y, como tal, llegar a constituir un crimen contra la humanidad.

E) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada (...) o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable

Son varias las cuestiones que se suscitan en este punto. De un lado, debe tenerse en cuenta que la violación es un medio con el que frecuentemente los tratantes doblan la voluntad de las víctimas y consiguen someterlas. De otro, que la explotación sexual es uno de las finalidades expresamente mencionadas por el Protocolo de Palermo y, desde el punto de vista cuantitativo, una de las más importantes a nivel mundial⁸².

cuestión: McQUIGG. R., “How effective is the United Nations Committee against Torture?”, *European Journal of International Law*, vol. 22, núm. 3, 2011, pp. 813-828.

⁸⁰ En su Informe relativo al fortalecimiento de la protección de la mujer contra la tortura, ya citado aquí, el entonces Relator Manfred Novak se refirió a la trata como una de las formas de violencia contra la mujer que, junto con la violencia doméstica y la mutilación genital femenina, pueden constituir una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante en la esfera privada. De igual modo, el actual Relator, Juan E. Méndez, ha afirmado lo siguiente en su Informe presentado el 5 de enero de 2016 (A/HRC/31/57): “La trata es una violación particularmente atroz de los derechos humanos y una forma de violencia de género que se dirige específicamente contra las niñas y las mujeres para explotarlas y que las pone en una situación de riesgo elevado de sufrir malos tratos físicos y psicológicos, traumas y enfermedades (...) Las mujeres y niñas víctimas de trata son sistemáticamente sometidas a aislamiento, abusos sexuales y malos tratos físicos graves, humillaciones y amenazas con fines de explotación sexual comercial, esclavitud doméstica, trabajo servil y forzoso, y extracción de órganos. Estas prácticas constituyen inequívocamente tortura y malos tratos”: *Cfr.* el apartado 40 del Informe, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>.

⁸¹ Al respecto: MCGREGOR, L., “Applying the Definition of Torture to the Acts of Non-State Actors...*cit.*”, pp. 212-213. Tal y como afirma esta autora, es común que el Comité contra la Tortura dedique una parte de sus Observaciones Finales a hacer al país correspondiente recomendaciones relativas a la prevención y sanción de la trata de seres humanos, así como a la protección de sus víctimas.

⁸² De acuerdo con el Informe Mundial 2009 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sobre Trata de Personas, el perfil de las víctimas identificadas por las autoridades estatales en 61 países en los que se reunió información es el siguiente (los datos corresponden a 2006): el 79% por ciento de las víctimas identificadas eran mujeres (el 13% de ellas eran menores de edad). Además, en los 52 países en que se especificó la forma de explotación, el 79% de las víctimas fueron objeto de trata con fines de explotación sexual. El Informe admite que es probable que la explotación laboral y las víctimas de sexo masculino estén infradetectadas. A pesar de ello, afirma que es real la gran proporción de mujeres víctimas de la explotación sexual en todas las regiones, incluso en los países en que se descubren rutinariamente otras formas de trata. El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf. En cualquier caso, no puede dejar de recordarse aquí que uno de los “caballos de batalla” en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos lo constituye, precisamente, la dificultad de obtener datos fiables. Resulta casi imposible cuantificar el número de víctimas y no es infrecuente que los distintos informes y análisis publicados por organismos o instituciones nacionales e internacionales sea sorprendentemente dispar. Sobre el problema de la obtención de datos *Vid.*: VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de la trata de*

Los Elementos de los Crímenes definen la violación⁸³ como la invasión del cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. Es importante recordar, a los efectos de este trabajo, que los Elementos de los Crímenes señalan también que dicha invasión deber haber tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento. Como se ha dicho, es frecuente que, en los casos de trata, la violación sea el medio por el que se logra que la víctima consienta en ser explotada.

En cuando a la esclavitud sexual, debe señalarse que los Elementos de los Crímenes requieren que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad. De nuevo, la nota 18 aclara que

“se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. *Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños*”⁸⁴.

Además, y dado que se trata de esclavitud sexual, el autor debe haber conseguido que la/s víctima/s realizara/n uno o más actos de naturaleza sexual. La CPI ha considerado varios factores a la hora de determinar cuándo la esclavitud sexual puede ser considerada crimen contra la humanidad en el sentido del artículo 7.1.g) del ER. Entre ellos, que la víctima esté retenida o en cautividad y el tiempo que ha permanecido en esa situación, las limitaciones impuestas a la libertad de movimiento de las víctimas, las medidas que se adoptan para prevenir o impedir su huida, el uso de la fuerza, o la amenaza o la coerción contra ellas, y las circunstancias personales de la víctimas, incluida su vulnerabilidad⁸⁵.

personas. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 95 y ss.

⁸³ La doctrina ha señalado que se trata de una definición amplia y avanzada, que sigue la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc*: GIL GIL, A., “Crimes Contra a Humanidade”, en BRANT, L. N. C. y STEINER, S., *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*, CEDIN, Belo Horizonte, 2016, pp. 161-194.

⁸⁴ La cursiva es mía.

⁸⁵ *Vid.*, por todas, la *Decisión de Confirmación de los cargos del Fiscal c. Bosco Ntaganda*, de 9 de junio de 2014 (ICC-01/04-02/06), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1783301.pdf>, párrafo 53.

Tal y como también se ha señalado ya, los casos de trata con fines de explotación sexual suponen que la víctima es sometida a prostitución forzada. Puede afirmarse, siguiendo a GIL GIL que

“la conducta consiste en obligar a una o más personas a realizar uno o más actos de naturaleza sexual no consentido (o sin consentimiento válido), habiendo obtenido o con la intención de obtener el sujeto activo ventajas pecuniarias o de otro tipo. Los medios utilizados para ello pueden consistir en el empleo de la fuerza, o la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de la víctima de dar su consentimiento genuino”⁸⁶.

En este caso, la violencia sexual no es el medio, o no lo es únicamente, sino el fin que se persigue: la explotación sexual.

Además, podrían llegar a constituir crímenes contra la humanidad otros actos de violencia sexual que pudiesen compararse, por su gravedad, a los citados aquí. Lo que se requiere, en cualquier caso, es una conducta que consistiría en realizar por la fuerza actos de índole sexual u obligar a la víctima a realizarlos por la fuerza. Esto incluye la amenaza de la fuerza, la coacción, el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, o el aprovechamiento de un entorno de coacción o la incapacidad de la persona de dar su libre consentimiento. Se trata, de nuevo, de medios con frecuencia utilizados por los tratantes para lograr someter a la víctima y explotarla sexualmente.

F) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

Otros actos de la misma naturaleza y gravedad que los que acaban de analizarse, pero distintos de ellos, podrían ser constitutivos de crímenes contra la humanidad⁸⁷. Así lo prevé el artículo 7.1.k) del ER. La CPI ha considerado que se incluyen en este apartado las violaciones graves del Derecho internacional consuetudinario y los derechos humanos fundamentales recogidos en las normas del DIDH, siempre que sean de gravedad y naturaleza similar a los incluidos en el mencionado artículo 7.1 del ER⁸⁸. Resulta relevante, en mi opinión, que se incluyan bajo esta modalidad las lesiones psíquicas graves, que se suelen dar en víctimas de la trata de seres humanos⁸⁹.

⁸⁶ GIL GIL, A., “Crimes Contra a Humanidade...*cit.*

⁸⁷ De acuerdo con los Elementos de los Crímenes, el acto en cuestión debe tener un carácter similar a cualquiera de los otros enunciados en el apartado 1 del artículo 7 del ER. El carácter hace referencia a la naturaleza y la gravedad del acto (*Cfr.* las notas 29 y 30 de los Elementos de los Crímenes).

⁸⁸ GIL GIL, A., “Crimes Contra a Humanidade...*cit.* *Vid.*, en particular, la jurisprudencia citada por esta autora en la nota 166.

⁸⁹ Tal y como recuerda el Relator Especial contra la Tortura, “los problemas psicológicos que se advierten en las víctimas de trata son estrés postraumático, depresión, un sentimiento abrumador de vergüenza, la pérdida de autoestima, la pérdida del sentimiento de seguridad, disociación, ansiedad y fobias”: *Vid.* su Informe relativo al fortalecimiento de la protección de la mujer contra la tortura, ya citado aquí, apartado 56.

La literalidad del artículo 7.1.k) suscita dudas desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de legalidad penal⁹⁰. En particular con la exigencia de taxatividad o certeza de los tipos penales. Debe tenerse en cuenta que, tal y como aparece formulado en los textos internacionales de derechos humanos⁹¹, la costumbre y los principios generales del derecho⁹², y no sólo los tratados, pueden constituirse en “base jurídica suficiente para satisfacer las exigencias del principio de legalidad”⁹³. Así formulado, el principio no se correspondería con el aforismo “nulla poena sine lege”, sino más bien con el de “nulla poena sine iure”⁹⁴. También en el ámbito del DIP, el ER, después de optar por una formulación clásica del principio y prohibir expresamente la analogía⁹⁵, admite esta posibilidad al señalar en su artículo 22.3 que “(n)ada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto”. En el mismo sentido, el artículo 21.1 del ER, cuando enuncia el Derecho aplicable por la CPI⁹⁶, parece limitar los efectos de la costumbre y los principios generales del Derecho a la hora de conformar el tipo, a los que otorga un papel “auxiliar de la interpretación o integración de las normas previstas en el propio Estatuto”⁹⁷. Ambos, la costumbre y los principios generales del Derecho internacional –además de los principios generales

⁹⁰ El principio de legalidad presenta, en el ámbito del DIP, particularidades propias que se explican, en buena medida, por la naturaleza dual de la materia (el DIP), que “participa de dos disciplinas con un sistema de fuentes y unos principios informadores muy distintos”: MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo”, en CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 373. *Vid.*, también: FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 5, 2002, 18 pp.

⁹¹ *Cfr.* el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el plano universal, y los artículos 7 del CEDH, 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el plano regional.

⁹² De acuerdo con el apartado 2 del artículo 15 del PIDCP, “(n)ada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. De similar formulación es el apartado 2 del artículo 7 del CEDH y el apartado 2 del artículo 47 de la CDFUE.

⁹³ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “La configuración del principio de legalidad penal...*cit.*”, p. 375.

⁹⁴ ^D ASCOLI, S., *Sentencing in International Criminal Law: The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 290. *Vid.*, también: OLÁSULO ASONSO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2013, pp.18-42.

⁹⁵ *Cfr.* los apartados 1 y 2 del artículo 22 y el artículo 23 del ER.

⁹⁶ De acuerdo con este artículo, la Corte aplicará: “a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del Derecho internacional, incluidos los principios establecidos del Derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del Derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el Derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”.

⁹⁷ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “La configuración del principio de legalidad penal...*cit.*”, p. 385. La autora se refiere en su trabajo únicamente a la costumbre.

derivados de los Derechos internos- podrían servir, llegado el caso, para dotar de contenido a los actos tipificados en este artículo 7.1.k) del ER. Deberá tenerse en cuenta, eso sí, lo establecido por el apartado 2 del artículo 22 del ER, que resulta ser uno de los principios esenciales del DIP⁹⁸.

2. El contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil

Para que sea posible calificarlas como crimen contra la humanidad, y de acuerdo con el artículo 7.1 del ER, cualquiera de las conductas a las que nos hemos referido aquí debe realizarse en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. El objetivo no es, por tanto, castigar como crímenes contra la humanidad actos aislados, por muy inhumanos que estos sean. Ni tampoco actos que no sean generales o sistemáticos. Se trata, así, de distinguir los crímenes contra la humanidad de la llamada delincuencia común. La generalidad se refiere a actos dirigidos contra una multitud de víctimas⁹⁹ y la sistematicidad a la comisión repetida o continua de actos siguiendo una política, un plan preconcebido o un patrón¹⁰⁰. Ambos requisitos son alternativos, no cumulativos¹⁰¹. De hecho, la CPI ha considerado que un ataque que es planeado, dirigido u organizado –en oposición a espontáneo o aislado- satisfaría el criterio¹⁰², llegando a identificar en algún caso el elemento político con la mera existencia de un plan¹⁰³. Un plan o política cuya existencia, por lo demás, tiene que ser demostrada. Así lo afirmó la Sala de Apelaciones del TPIY en el asunto *Kuranac*, ya citado aquí¹⁰⁴, siguiendo un razonamiento que la doctrina ha calificado de endeble¹⁰⁵:

⁹⁸ Este artículo afirma que “(l)a definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Afirma SCHABAS que los riesgos de una interpretación “flexible” o “expansiva” de la definición de crimen contra la humanidad está seguramente en la mente de aquellos Estados que han firmado, pero no ratificado aún, el Estatuto: SCHABAS, W.A., “Crimes against Humanity: The State plan or Policy Element”, en SADAT, L.N. y SCHARF, M. P., *The Theory and Practice of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 362.

⁹⁹ Así lo ha afirmado la CPI en, por ejemplo, su sentencia de 30 de septiembre de 2008, *El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo*, Decisión sobre confirmación de los cargos (CPI-01/04-01/07-717), párrafo 395, y de 15 de junio de 2009, *El Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión sobre confirmación de los cargos (CPI-01/05-01/08-424), párrafo 83.

¹⁰⁰ Sentencia de 30 de septiembre de 2008, *El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo*, ya citada aquí, párrafo 397.

¹⁰¹ GIL GIL, A., “Crimes Contra a Humanidade...*cit.* En particular, nota 33.

¹⁰² *Vid.* las sentencias de la CPI de 30 de septiembre de 2008, *El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo*, párrafo 396, y de 15 de junio de 2009, *El Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, párrafo 81, ya citadas aquí.

¹⁰³ *Vid.* La sentencia de la CPI de 23 de enero de 2012, *El Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*, Decisión sobre confirmación de los cargos (ICC-01/09-01/11 1/139), párrafos 209 y ss. La Corte afirmó al respecto lo siguiente: “With regard to the policy element, the Chamber notes that although the requirement of a policy is distinct from that of a plan, in the circumstances of the present case they seem to overlap”.

¹⁰⁴ *Vid. supra*, nota 58.

¹⁰⁵ SCHABAS, W.A., “Crimes against Humanity: The State plan or Policy Element...*cit.*, p. 355.

“Contrary to the Appellants’ submissions, neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of “policy” or “plan”. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. It may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic (especially the latter) to show that there was in fact a policy or plan, but it may be possible to prove these things by reference to other matters. Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime”¹⁰⁶.

El “ataque” al que se refiere este artículo no tiene que constituir un “ataque militar”, tal y como lo define el Derecho Internacional Humanitario¹⁰⁷. En el caso de la trata de seres humanos, podría hablarse de un ataque, y no de actos aislados, al menos en los casos en los que el delito es cometido por una red organizada, jerarquizada y que sigue un patrón predeterminado desde la captación de las víctimas en el territorio o país de origen hasta su recepción y subsiguiente explotación en el territorio o país de destino. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que lo que debe ser sistemático o generalizado es el ataque, y no cada uno de los actos que lo constituyen¹⁰⁸. Además, se ha sugerido,

¹⁰⁶ Cfr. el párrafo 98 de la sentencia. A la misma conclusión han llegado las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya en su primera sentencia, dictada el 26 de julio de 2010 (asunto núm. 001/18-07-2007/ECCC/TC). Se afirma en la sentencia que “(t)he consequences of the attack upon the targeted population, the number of victims, the nature of the acts, the possible participation of officials or authorities, or any identifiable patterns of crimes may be taken into account to determine whether the attack satisfies either or both of the “widespread” or “systematic” requirements. While the existence of a policy or plan may be evidentially relevant in establishing the widespread or systematic nature of the attack, it does not constitute an independent legal element of the crime. Only the attack, not the underlying acts, need be widespread or systematic” (párrafo 301). Se cita expresamente en este punto la sentencia dictada en el asunto *Kuranac*. La competencia de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya creadas para enjuiciar los crímenes cometidos por los jemes rojos se extiende, según el artículo 5 de la Normativa para el Establecimiento de las Salas Extraordinarias, a los crímenes contra la humanidad definido de acuerdo con seis requisitos: i) debe constatarse la existencia de un ataque, ii) que debe ser generalizado o sistemático, iii) dirigirse contra la población civil, y iv) producirse por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas. Además, v) debe existir un nexo entre los actos del acusado y el ataque y vi) el acusado debe tener conocimiento del mismo. Esto es, no se exige la constatación de un “elemento político”. Para SCHABAS esto es así porque el mismo, al igual que ocurría con los crímenes que debía enjuiciar el Tribunal de Nuremberg, se daba por supuesto: SCHABAS, W.A., “Crimes against Humanity: The State plan or Policy Element...*cit.*”, p. 350. Tanto la sentencia como la normativa de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.eccc.gov.kh/en>.

¹⁰⁷ Cfr. el párrafo tercero de la introducción al artículo 7 de los Elementos de los Crímenes.

¹⁰⁸ “It is not required that each act listed in paragraph 1 occurring within the attack be widespread or systematic, providing that the acts form part of an attack with these characteristics. In other words, if some murders, some rapes or some beatings take place, each form of conduct need not be widespread or systematic, if together the acts satisfy either of these conditions. It follows that the individual’s actions themselves need not be widespread or systematic, providing that they form part of such a widespread or systematic attack. Indeed, the commission of a single act, such as one murder, in the context of a broader campaign against the civilian population, can constitute a crime against humanity”: HALL, C., “Crimes against Humanity”, en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-baden, 2008, p. 176.

en relación con el carácter generalizado, que debe recordarse que la trata de seres humanos está a menudo conectada con otros crímenes, como el confinamiento forzado, el trabajo forzado y la esclavitud. Y que, tomados en su conjunto, estos crímenes podrían constituir un ataque sistemático o generalizado contra la población civil¹⁰⁹.

Respecto del conocimiento del ataque, según los Elementos de los Crímenes la exigencia “no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”. Y, desde luego, parece difícil concebir que alguien que se integra en una organización dedicada a la trata de seres humanos no conozca que sus actividades forman parte de un entramado complejo que tiene como objetivo la explotación de las víctimas¹¹⁰.

3. El elemento político de los crímenes contra la humanidad y la trata de seres humanos

El artículo 7.2.a) del ER aclara que por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*¹¹¹. El término “política” implica, según ha interpretado la CPI, que el ataque sigue un patrón regular, sin que sea necesario que sea formalizado o precisamente detallado¹¹². Tal y como se ha señalado, la laxitud con la que ha sido definido el elemento político “deja abierta la pregunta sobre si cualquier tipo de organización criminal con capacidad de atentar de forma planificada u organizada contra un gran número de personas podría cometer un crimen contra la humanidad”¹¹³. Los Elementos de los Crímenes¹¹⁴ aclaran que “se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Y añade que

“la política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase

¹⁰⁹ ATAK, I. y SIMEON, James C., “Human Trafficking. Mapping the Legal Boundaries...*cit.*”, p. 1036.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 1037.

¹¹¹ La cursiva es mía.

¹¹² *Vid.* las decisiones de la CPI de 30 de septiembre de 2008, *El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo*, párrafo 396, y de 15 de junio de 2009, *El Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, párrafo 81, ambas citadas aquí.

¹¹³ GIL GIL, A., “Crimes Contra a Humanidade...*cit.* CAPELLÀ i ROIG apunta que la “calificación de la autoría por su relación con un Gobierno o por el hecho de haber actuado bajo la tolerancia, la instigación o la dirección de un Gobierno, sólo ha sido recogida en escritos doctrinales y en los trabajos de codificación, pero progresivamente se ha eliminado del tipo porque se entiende que otro tipo de organización diferente a la estatal puede estar detrás de la planificación y comisión a gran escala de crímenes contra la humanidad”: CAPELLÀ i ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad...cit.*, p. 385-386.

¹¹⁴ *Cfr.* el párrafo tercero de la introducción al artículo 7 de los Elementos de los Crímenes.

conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”¹¹⁵.

En palabras de Bassiouni “(i)t should be noted that a failure to prevent these crimes does not create an automatic inference in this regard, but rather only in “exceptional circumstances” does a failure to prevent amount to “actively encouraging or supporting”¹¹⁶.

En realidad, de cómo se interprete el término “organización” dependerá que podamos considerar, o no, que la trata de seres humanos es un crimen contra la humanidad. En principio, dada la literalidad del artículo 7.2.a) del ER, parece evidente que una organización puede cometer crímenes contra la humanidad. La pregunta es si dado el elemento contextual -es decir, exigiéndose que dicha organización lance un ataque generalizado o sistemático contra la población civil- puede cometer un crimen contra la humanidad cualquier organización, incluidas aquellas organizaciones delictivas dedicadas a la trata de seres humanos, o si, por el contrario, será necesario que la organización presente algunas características especiales. ¿Debe ser una organización equivalente a un Estado (State-like organization)¹¹⁷ que, ante la inoperatividad del Gobierno, ejerza el poder *de facto* en un determinado territorio? ¿En qué sentido debe entenderse el término “política de la organización” al que se refiere el artículo 7.2.a)?

Aunque el término “organización” se incorporó tanto en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg¹¹⁸, como en el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado por la CDI en 1996 durante su 48º periodo de sesiones¹¹⁹, estamos ante una cuestión todavía objeto

¹¹⁵ Cfr. la nota 6 en ese párrafo.

¹¹⁶ BASSIOUNI, M. Ch., *The Legislative History of the...cit.*, p. 151.

¹¹⁷ Para SCHABAS serían organizaciones que no son Estados de acuerdo con el Derecho internacional, pero que ejercen alguna autoridad estatal o gubernamental sobre la población civil e incluiría, por ejemplo, a la Autoridad Palestina y a las FARC que han administrado efectivamente algunas zonas de Colombia: SCHABAS, W.A., “Crimes against Humanity: The State plan or Policy Element...*cit.*”, p. 339.

¹¹⁸ En virtud del dicho artículo, el Tribunal estaría facultado para juzgar a los que cometieren (entre otros delitos) crímenes contra la humanidad, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg está disponible en la siguiente dirección electrónica:

http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf.

¹¹⁹ A/CN.4/L.532 [Corr.1 y 3]. Según este artículo debían considerarse crímenes contra la humanidad los actos enumerados en el mismo, cuando se comentan de manera sistemática o a gran escala y sean dirigidos o instigados por el Gobierno o por un grupo u organización. De acuerdo con el comentario de este artículo “The necessary instigation or direction may come from a Government or from an organization or a group. This alternative is intended to exclude the situation in which an individual commits an inhumane act while acting on his own initiative pursuant to his own criminal plan in the absence of any encouragement or direction from either a Government or a group or organization. This type of isolated criminal conduct on the part of a single individual would not constitute a crime against humanity. It would be extremely difficult for a single individual acting alone to commit the inhumane acts as envisaged in article 18. The instigation or direction of a Government or any organization or group, which may or may not be affiliated with a Government, gives the act its great dimension and makes it a crime against humanity imputable to private persons or agents of a State”: Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (2), pp. 17-56.

de controversia jurisprudencial y doctrinal¹²⁰. Desde este último punto de vista, Bassiouni¹²¹ representa la posición más contundente en contra de la posibilidad de que las organizaciones no estatales puedan cometer crímenes contra la humanidad. Según este autor:

“Contrary to what some advocates advance, Article 7 does not bring a new development to crimes against humanity, namely its applicability to non-State actors. If that were the case, the mafia, for example, could be charged with such crimes before de ICC and that is clearly neither the letter nor the spirit of Article 7. The question arose after 9/11 as to whether a group such as al-Qaeda, which operates on a worldwide basis and is capable of inflicting significant harm in more than one State, falls within this category. In this author’s opinion, such a group does not qualify for inclusion within the meaning of crimes against humanity as defines in Article 7 (...), notwithstanding the international dangers that it poses (...) The text clearly refers to State policy, and the words “organizational policy” refer to the policy of an organ of the state. The words “organizational policy” do not refer to the policy of an organization, but the policy of a State. It does not refer to non-State actors (...)”¹²².

No es una opinión unánimemente compartida, sin embargo. El TPIY ha aceptado la posibilidad de enjuiciar a agentes no estatales por la comisión de crímenes contra la humanidad¹²³. En el asunto *Limaj*¹²⁴, la Sala de Primera Instancia condicionó esa posibilidad al afirmar que “(u)n requisito que debe cumplir esa entidad [en agente no estatal] para demostrar que cuenta con suficiente competencia para formular una política es ejercer cierto control *de facto* sobre un territorio”¹²⁵.

¹²⁰ Vid. entre otros: KREES, K., “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 855-873; HALLING, M., “Push the Envelope-Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crime against Humanity? *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 827-845; PÉREZ CABALLERO, J., “Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 15, núm. 2, 2013, 30 pp.; PÉREZ CABALLERO, J., “La revalorización del elemento político en el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal”, *InDret*, 2014, núm. 3, 31 pp.; SCHABAS, W. A., “State policy as an element of international crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2007-2008, pp. 953-982; SCHABAS, W.A., “Crimes against Humanity: The State plan or Policy Element...*cit.*”, p. 347-430; SCHABAS, W., “Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: Closing the Loopholes”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 847-853; WERLE, G. y BURGHARDT, B., “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State of a “State-like” Organization?”...*cit.*, pp. 1151-1170.

¹²¹ El profesor Bassiouni fue el Presidente del comité de redacción de la Conferencia de Roma que finalizó la redacción del artículo 7.2 del ER.

¹²² BASSIOUNI, M. Ch., *The Legislative History of the International Criminal Court. Vol. 1*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2005, pp. 151-152.

¹²³ Cfr. la jurisprudencia citada en el “Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad” presentando por el Relator Especial Sean D. Murphy el 17 de febrero de 2005 (A/CN.4/680) a la CDI durante su 67º periodo de sesiones, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml (apartado 146).

¹²⁴ *El Fiscal c. Limaj et. Al.*, asunto núm. IT-03-66, de 30 de noviembre de 2005. La sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf>.

¹²⁵ Cfr. los párrafos 212 y 213 de la sentencia.

Debe señalarse también que la propia CPI ha contradicho la afirmación de Bassiouni. La Oficina del Fiscal ha investigado situaciones, y en algunos casos confirmado los cargos, acaecidas en República Centroafricana, República Democrática del Congo (RDC) y Uganda, en las que las imputaciones recaen sobre agentes no estatales. Y ha señalado que la política [a la que se refiere el artículo 7.2 del ER] “puede ser realizada (...) por una organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (...)”¹²⁶.

Para la CPI se trata de una decisión –la de si estamos ante una organización capaz de cometer crímenes contra la humanidad- que debe tomarse caso por caso. La Corte ha proporcionado una lista no exhaustiva de criterios a tener en cuenta en ese sentido: el hecho de que estemos ante un grupo jerarquizado o que actúa bajo un mando responsable; el hecho de que el grupo esté en posesión de los medios necesarios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, o de que quepa deducir, implícita o explícitamente, que tiene intención de llevar a cabo dicho ataque; el hecho de que ejerza el control sobre una parte del territorio del Estado o de que su propósito principal sean las actividades criminales dirigidas contra la población civil¹²⁷. Además, la propia CPI no ha considerado obligatorio que todos estos criterios se den conjuntamente. Y parece claro que alguno de ellos sí se da en relación con las organizaciones criminales que se dedican a la trata de seres humanos.

Los jueces de la CPI han mantenido opiniones divergentes en relación con el tema que nos ocupa: qué debe entenderse por “organización” a los efectos del artículo 7.2 del ER. Así se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, cuando la Corte se ha pronunciado sobre su competencia respecto de los crímenes cometidos con ocasión de determinados episodios de violencia indiscriminada en Kenia. La decisión de 31 de marzo de 2010¹²⁸ de autorizar la apertura de una investigación por la comisión de posibles crímenes contra la humanidad en el marco de la violencia generalizada producida después de unas elecciones por grupos de opositores no contó con la unanimidad de la Sala. La mayoría, formada por los jueces Trendafilova y Tarfusser, abogó por un criterio flexible, basado en la capacidad de la organización para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil¹²⁹. Sin embargo, el juez Kaul, en un voto disidente, expuso los argumentos que, a su juicio, fundamentaban la aplicación de un criterio más estricto, que dejase fuera a aquellas organizaciones que no fuesen del tipo “State-

¹²⁶ Vid. las decisiones de la CPI de 30 de septiembre de 2008, *El Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo*, párrafo 396, y de 15 de junio de 2009, *El Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, párrafo 81, ya citadas aquí.

¹²⁷ GIL GIL, A., “Crimen Contra a Humanidade...*cit. Vid.*, en particular, la jurisprudencia citada en la nota 47.

¹²⁸ Decisión adoptada de acuerdo con el artículo 15 del ER por la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia (ICC-01/09). La decisión está disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>.

¹²⁹ *Cfr.* los párrafos 90 a 92 de la decisión. El Relator Especial Sean D. Murphy cita en su “Primer informe sobre los crímenes contra la humanidad” (*supra*, nota 123) otros asuntos en los que se enjuició la conducta de actores no estatales (*cfr.* el apartado 150 del Informe).

like”¹³⁰. Un criterio que, llegado el caso, no cumplirían las organizaciones que se dedican a la trata de seres humanos.

La posibilidad, en definitiva, de que la trata de seres humanos sea calificada como crimen contra la humanidad depende de cómo entendamos que debe ser satisfecho este elemento político. Quedaría descartada, creo, si afirmamos que el artículo 7.2.a) del ER exige que la organización que lance un ataque contra la población civil tiene que tener cierto “carácter estatal”, en el sentido de que suplanta o sustituye al Estado al constituirse en la máxima autoridad *de iure* o *de facto* en un territorio. Si, por el contrario, abogamos por un criterio más laxo y exigimos únicamente que la organización sea capaz de orquestar y lanzar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, podría llegar a incluirse a las organizaciones que se dedican a la trata de seres humanos entre las organizaciones a las que se refiere el citado artículo¹³¹.

En realidad, además, la segunda opción nos llevaría a ampliar sustancialmente el concepto de crimen contra la humanidad. Así, decidir en un sentido o en otro llevará implícito abogar por una noción más o menos estricta de crimen contra la humanidad. Implicará, igualmente, una toma de posición sobre lo que constituiría lo que algún autor ha denominado “la esencia” de este crimen¹³², aquello que lo separa de la delincuencia ordinaria, que debe ser objeto de investigación y sanción exclusivamente en el ámbito penal interno. Lo que, en definitiva, significa reflexionar sobre cuáles deben ser el papel y el propósito del DIP¹³³. Afirmar que únicamente los agentes y organizaciones estatales pueden cometer crímenes contra la humanidad supone asumir que son ellos (y no sus enemigos, sean estos grupos rebeldes o actores no estatales, u otro tipo de organizaciones criminales) los que están en el origen, en el corazón del sistema de DIP¹³⁴.

Puede afirmarse que la evolución de la noción de crímenes contra la humanidad, desde su inclusión en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, ha

¹³⁰ El juez Kaul ha mantenido sus posiciones en votos disidentes posteriores, como el relativo a la decisión de 23 de enero de 2012, *El Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang* (Decisión de confirmación de los cargos, ICC-01/09-01/11), párrafos 8-10. La decisión está disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314535.pdf>.

¹³¹ Hay alguna propuesta doctrinal “intermedia”. PÉREZ CABALLERO, por ejemplo, mantiene que el “vínculo estatal” puede entenderse cumplido ante determinadas situaciones de crisis, en las que el Estado “colapsa”. Este concepto de “colapso estatal”, que puede ser sustancial o total, está inspirado en el colapso judicial contemplado en el artículo 17.3 del ER: PÉREZ CABALLERO, J., “La revalorización del elemento político en el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma...*cit.*”

¹³² He tomado la expresión del análisis de: ROBINSON, D., “Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC”, *EJIL: Talk!*, 27 de febrero de 2011, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc>. *Vid.* también: JALLOH, Ch. Ch., “What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity?”, *American University International Law Review*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 381-441; LUBAN, D., “A Theory of Crimes against Humanity...*cit.*”, pp. 85-167 y ROBINSON, D., “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2008, pp. 925-963.

¹³³ ROBINSON, D., “Essence of Crimes against Humanity...*cit.*”

¹³⁴ SCHABAS, W.A., “Crimes against Humanity: The State plan or Policy Element...*cit.*”, p. 362.

permitido que el DIP proporcione una respuesta a los supuestos de vulneración muy grave y masiva de los derechos fundamentales básicos de la población civil cometidos al margen de los contextos bélicos. Sin embargo, una excesiva expansión del tipo podría poner en peligro la coherencia del DIP y convertir en prácticamente inabarcable los casos que podrían quedar amparados por el mismo desde un punto de vista material. Creo que resulta acertado mantener que el propósito del DIP no es simplemente castigar delitos horribles o especialmente aberrantes, incluso si cabe considerarlos masivos, por mucho que algunas construcciones jurisprudenciales y doctrinales en este sentido resulten más “populares”¹³⁵ y ganen adeptos rápidamente. En este sentido, la restricción del concepto de organización, del elemento político en definitiva, serviría para asegurar esa coherencia, pues permite distinguir un crimen contra la humanidad de, por ejemplo, una tasa de criminalidad interna muy elevada, que se caracterizaría por la desconexión entre sus actos.

No puede olvidarse, sin embargo, que del análisis de la jurisprudencia de la CPI no debe excluirse *a priori* la posibilidad de que una organización delictiva dedicada a la trata de seres humanos, capaz de promover, orquestar y perpetrar un ataque que podamos considerar generalizado por el número de víctimas¹³⁶ cometa crímenes contra la humanidad. En todo caso, la posibilidad de que el asunto llegase a la CPI está ligada en buena medida a una situación en la que el Estado no hace lo que le corresponde: proteger a la población de las violaciones de los derechos humanos provenientes de actores no estatales¹³⁷. Esa inacción abriría la puerta a la jurisdicción internacional para juzgar a los criminales¹³⁸. Pero también podría llegar a comprometer la responsabilidad del propio Estado sobre la base del DIDH. Cabría, en definitiva, analizar el asunto que nos ocupa desde otro prisma: el del DIDH y, en particular, el de las exigencias que podría traer consigo un desarrollo del principio de diligencia debida.

IV. EL PRINCIPIO DE DILIGENCIA DEBIDA Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO

El examen de la práctica internacional revela que la obligación del Estado de proteger a los individuos de las violaciones de derechos humanos cometidas por otros particulares se ha invocado tradicionalmente, entre otros ámbitos, respecto de la seguridad de los extranjeros presentes en el territorio¹³⁹. Si bien cabía deducir de dicha práctica que los actos de los particulares no eran atribuibles al Estado, este podía ser considerado

¹³⁵ ROBINSON, D., “Essence of Crimes against Humanity...*cit.*”

¹³⁶ O incluso sistemático, dependiendo de cómo se entienda este requisito.

¹³⁷ En el mismo sentido: ROBINSON, D., “Essence of Crimes against Humanity...*cit.*” Esta conclusión evoca, en situaciones extremas, el concepto de colapso estatal apuntado por PÉREZ CABALLERO.

¹³⁸ En aplicación del principio de complementariedad. Al fin y al cabo, y tal y como afirman WERLE y BURGHARDT, Kenia podría haber evitado la intervención de la CPI si hubiese juzgado ellas misma a los responsables: WERLE, G. y BURGHARDT, B., “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State of a “State-like” Organization?”...*cit.*, p. 1170.

¹³⁹ PISILLO-MAZZESCHI, R., “The Due Diligence Rules and the Nature of the International Responsibility of States”, *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, p. 22.

responsable de un ilícito diferente, consistente en no haberlos prevenido o castigado¹⁴⁰. En la actualidad parece estar claro que los desarrollos acaecidos en el ámbito del DIDH permiten afirmar que los Estados están obligados a proteger a todos los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción de las violaciones de derechos humanos perpetradas por terceros¹⁴¹, también por particulares. Resulta posible afirmar, en este sentido, que el principio de diligencia debida como “escudo” frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares ha ido ganando un espacio propio, y central, en el DIDH¹⁴².

Tal y como ya se ha dicho, en relación con la trata de seres humanos, los Estados han asumido obligaciones, más o menos específicas, en relación, no sólo con la represión

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 26. El artículo 11 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícito aprobado en primera lectura, relativo al comportamiento de simples particulares, establecía en su primer párrafo que “(e)l comportamiento de un simple particular o de un grupo de particulares, en su calidad de tales, no puede considerarse en el plano del derecho internacional como un hecho del Estado”. Añadía el párrafo segundo que dicha regla “se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10”: Anuario de la CDI, 1996, vol. II, segunda parte, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), p. 65. Este artículo desapareció finalmente del proyecto aprobado por el Comité de Redacción en su segunda lectura.

¹⁴¹ Particulares, empresas, bandas armadas, otros Estados u Organizaciones Internacionales: HAKIMI, M., “State Bystander Responsibility”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 2, 2010, pp. 341-342. Sobre la cuestión *Vid.* también: CARILLO SANTARELLI, N., “Non-State Actors’ Human Rights Obligations and Responsibility under International Law”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 15, 2008, 10 pp., y REINISCH, A., “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”, en ALSTON, Ph. (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 37-89.

¹⁴² Se trata, por lo demás, en una obligación crecientemente asumida por los Estados de modo explícito en tratados internacionales de derechos humanos. Encontramos algunos ejemplos concretos en el artículo 7.b de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 9 de junio de 1994, que obliga a los Estados parte “a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (el texto de la Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: (<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>); el artículo 4.1.e) de la Convención de NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que establece que los Estados parte se comprometen a “(t)omar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad” (el texto de la Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/Disabilitiesconvention.aspx>); el artículo 5.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, que dispone que “(l)as Partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales” (el Convenio está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>); y el artículo 2.e) del Protocolo de 2014 relativo al Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso de 1930, ya citado aquí, que obliga a los Estados parte a adoptar medidas “de apoyo a los sectores público y privado para que actúen con la debida diligencia a fin de prevenir el trabajo forzoso u obligatorio y de responder a los riesgos que conlleva”. *Vid.* sobre esta cuestión: COOK, R., “State Responsibility for Violations of Women’s Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 7, 1994, pp. 150-152 y WAISMAN, B., “Human trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, pp. 406 y ss.

penal del fenómeno, sino también con su prevención, la identificación y asistencia a las víctimas, y su reparación¹⁴³. El TEDH tuvo ocasión de señalar en el asunto *Ranstev c. Chipre y Rusia*, ya citado aquí, al respecto del alcance de las obligaciones asumidas por los Estados parte en el CEDH en virtud del artículo 4 que

“el espectro de salvaguardas establecido en la legislación nacional debe ser adecuado para asegurar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas o potenciales víctimas de la trata. Por tanto, además de las medidas en materia de legislación penal para castigar a los que ejercen la trata, el artículo 4 exige a los Estados miembros que pongan en vigor medidas que regulen los negocios, que con frecuencia se utilizan como cobertura de los delitos de trata. Además, las normas de inmigración de los Estados, deben abordar las preocupaciones relativas al incentivo, la facilitación o la tolerancia de la trata”¹⁴⁴.

Cierta diligencia debida resulta exigible en el cumplimiento de esas obligaciones¹⁴⁵. El incumplimiento, o un cumplimiento parcial o deficiente de las mismas, tiene como consecuencia que las víctimas no son identificadas y, consecuentemente, debidamente protegidas, así como que los daños causados no sean reparados. Y/o que el delito no sea efectivamente prevenido, investigado¹⁴⁶, perseguido y sancionado.

La diligencia debida es una obligación de conducta¹⁴⁷ que requiere de los Estados la adopción de

“medidas razonables con posibilidades reales de alterar el resultado o mitigar el daño” y de la realización de “un examen y evaluación a fondo para comprobar los resultados y la eficacia, en particular para cerciorarse de que se estén adoptado medidas apropiadas para garantizar los derechos humanos de las personas objeto de trata. Este requisito de que se evalúe la diligencia debida reviste particular importancia cuando las posibles infracciones se derivan de la falla del Estado de actuar en relación con los agentes no estatales, ya que las omisiones pueden resultar particularmente difíciles de medir”¹⁴⁸.

¹⁴³ Cfr. los artículos 9 del Protocolo de Palermo, 6-17 del Convenio de Varsovia, 11-18 de la Directiva 2011/36/UE, y los artículos 11 a 14 de la Convención contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños adoptada el 21 de noviembre de 2014 en el seno de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, en sus siglas en inglés). La Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.asean.org/images/2015/November/actip/ACTIP.PDF>). Un interesante trabajo al respecto es el de PIOTROWICZ, R., “States’ Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, núm. 2, 2012, pp. 181-201.

¹⁴⁴ Cfr. el párrafo 284 de la sentencia.

¹⁴⁵ Así lo afirma expresamente el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, ya citados aquí: “Los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella”.

¹⁴⁶ Respecto de la investigación, el TEDH ha afirmado que debe ser capaz de llevar a la identificación y al castigo de los responsables, que se trata de una obligación no de resultados, sino de medios, y que exige actuar con diligencia y celeridad razonables: Cfr. el asunto *Ranstev c. Chipre y Rusia*, párrafo 288.

¹⁴⁷ Vid. el Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños de 3 de agosto de 2015, ya citado aquí, apartado 17.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Por supuesto, el Estado no puede ser declarado responsable de todas las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales contra individuos que están bajo su jurisdicción¹⁴⁹. Es en este punto donde el principio de diligencia debida cobra virtualidad. Únicamente el incumplimiento de los estándares que se derivan de ese principio, y a cuyo desarrollo están contribuyendo los órganos de protección internacional de derechos humanos, podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Es decir, serviría para fundamentar la rendición de cuentas del Estado en el ámbito del DIDH ante los órganos encargados del control de las obligaciones impuestas en dicho marco.

Ya hemos visto a lo largo de este trabajo que no sólo el TEDH ha enunciado, siguiendo esta línea de razonamiento, qué obligaciones incumbirían a los Estados en relación con la protección frente a la trata de seres humanos de los individuos que están bajo su jurisdicción. La caracterización de la trata de seres humanos como esclavitud o tortura, por ejemplo, ha permitido la intervención de los órganos correspondientes del sistema de Naciones Unidas¹⁵⁰. Precisamente el Relator especial contra la tortura, en su Informe de 5 de enero de 2016¹⁵¹ ha afirmado que

“(c)uando los Estados no ejercer la debida diligencia para proteger a las víctimas de la trata de las acciones de particulares, castigar a los responsables u ofrecer medidas de reparación, se considera que consienten la tortura o los malos tratos o son cómplices de ellos (...) Esto es particularmente cierto cuando la conducta es sistemática o recurrente, de forma que el Estado la conoce o debería haber tenido conocimiento de ella y debería haber adoptado medidas para evitarla, entre ellas el enjuiciamiento penal y la sanción”¹⁵².

Cabe recordar una vez más aquí que las víctimas de la trata de seres humanos sufren de severísimas violaciones de un buen número de derechos humanos: además de al derecho a no ser torturado o del derecho a no ser sometido a esclavitud, a los que nos acabamos de referir, podrían citarse el derecho a la libertad de movimientos, el derecho a la salud, en particular a la salud reproductiva en el caso de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual o de las víctimas –hombres y mujeres- de la trata con fines de extracción de órganos, e incluido, en ocasiones, el derecho a la vida. Se trata de derechos protegidos por un buen número de tratados internacionales de los que son parte la mayoría de los Estados de destino de las víctimas¹⁵³. También tienen derecho a disponer de recursos efectivos y a obtener reparación¹⁵⁴.

¹⁴⁹ WAISMAN, B. “Human trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights...*cit.*”, p. 408.

¹⁵⁰ *Vid. supra*, epígrafes 2.1. a) y d).

¹⁵¹ *Vid. supra*, nota 80.

¹⁵² *Cfr.* el apartado 41 del Informe.

¹⁵³ WAISMAN, B. “Human trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights...*cit.*”, pp. 385-386.

¹⁵⁴ Considerado ahora aplicable el concepto de víctima al que hacen referencia los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005 (A/RES/60/147): “toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación

Pues bien, tal y como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos los Estados deben

“garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹⁵⁵.

Así entendido y desarrollado ¹⁵⁶, el principio de diligencia debida serviría para intensificar la presión internacional sobre el Estado en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas.

Entre las medidas que el Derecho internacional impone a los Estados están aquellas que tienen como objetivo que los autores del delito sean enjuiciados y sancionados –con sanciones que deben ser proporcionales a la gravedad del delito- penalmente¹⁵⁷. Así se prevé expresamente en todos los instrumentos internacionales que se han citado a lo largo de este trabajo. El Estado obligado al enjuiciamiento puede ser aquel en el que se cometa el delito, de acuerdo con el principio de territorialidad, o cualquier otro cuya legislación otorgase a sus jueces y tribunales competencia para ello sobre la base de los principios de nacionalidad activa o pasiva o, incluso, sobre la base del principio de jurisdicción universal. Los instrumentos regionales adoptados para reforzar la lucha contra la trata de seres humanos y/o la protección de sus víctimas citados en este trabajo no se oponen a que los Estados que vienen obligados por ellos incorporen el principio de jurisdicción universal a sus legislaciones para el enjuiciamiento de esta clase de

grave del derecho internacional humanitario”. La Resolución está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/60/147>. Así se afirma por lo demás expresamente en los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, ya citados aquí.

¹⁵⁵ Sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Velásques Rodríguez vs. Honduras (Fondo), apartado 166. La sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

¹⁵⁶ Sobre el desarrollo del principio *Vid.*: WAISMAN, B. “Human trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights...*cit.*”, p. 409-410.

¹⁵⁷ Tal y como se ha recordado, el Derecho Internacional Transnacional es precisamente un sistema indirecto de obligaciones interestatales que genera normas penales internas. No serviría por tanto de fundamento de la responsabilidad penal individual en el plano internacional: BOISTER, N.: “Transnational Criminal Law’?...*cit.*”, p. 962.

delitos¹⁵⁸. Aunque estos textos no imponen expresamente la obligación de incorporar en las legislaciones internas el citado principio¹⁵⁹, tampoco lo prohíben¹⁶⁰.

Cabe recordar, en este sentido, que la última reforma en España de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ha traído consigo la inclusión en el artículo 23.4, que regula el ejercicio de la jurisdicción universal, del delito de la trata de seres humanos¹⁶¹. Ello sólo será posible, sin embargo, si el procedimiento se dirige contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España, o si el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España¹⁶². Debe tenerse en cuenta, además, lo exigido a efectos de la activación de la jurisdicción española en los apartados 5 y 6 del artículo 23. Igualmente, el artículo 23.4.d) prevé que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como, entre otros delitos, trata de seres humanos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

¹⁵⁸ Cfr., en relación con los instrumentos adoptados en el ámbito europeo, los artículos 31 del Convenio Europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos y el artículo 10 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (Diario Oficial de la UE, núm. 10, de 15 de abril de 2011). Debe citarse también el artículo 10 de la Convención ASEAN.

¹⁵⁹ El artículo 31.1 del Convenio de Varsovia únicamente obliga a las Partes a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia ante cualquier delito tipificado con arreglo al mismo cuando se haya cometido en su territorio; a bordo de un buque con bandera de dicha Parte; a bordo de una aeronave matriculada de acuerdo con las leyes de dicha Parte; por uno de sus nacionales o por un apátrida que tenga su residencia habitual en su territorio, cuando el delito sea penalmente punible allá donde ha sido cometido, o si no es competencia territorial de ningún Estado; y cuando la víctima sea un nacional suyo. Por su parte, el artículo 10.1 de la Directiva 2011/36/UE obliga a los Estados miembros a establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en la misma únicamente cuando la infracción se haya cometido en su territorio total o parcialmente o cuando el autor de la infracción sea uno de los nacionales. Tampoco va más allá la Convención ASEAN.

¹⁶⁰ Cfr. los apartados 2 a 5 del artículo 31 del Convenio de Varsovia, los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la Directiva 2011/36/UE y los apartados 2 a 6 de la Convención ASEAN.

¹⁶¹ Cfr. el artículo 23.4.m) de la LOPJ tras la reforma operada mediante la LO 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014). Una reforma que, por otro lado y como bien ha señalado la doctrina, ha desnaturalizado la jurisdicción universal en nuestro país: ROBLES CARILLO, M., “El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, núm. 2, 2014, p. 82.

¹⁶² Tal y como se ha dicho, es creciente el número de Estados que impone como condición la presencia del acusado en su territorio para ejercer la jurisdicción universal, o incluso que éste haya adquirido con posterioridad la condición de residente. Por ello, aunque seguiría siendo de interés el debate sobre la legalidad de enjuiciar *in absentia*, dicho debate sería en la actualidad sobre todo teórico, y no de índole práctica: LAFONTAINE, F., “Universal Jurisdiction - The Realistic Utopia”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, p. 1281.

V. CONCLUSIONES

Creo que es indiscutible que, gracias a la acción del Derecho Internacional, la Comunidad Internacional, y desde luego una gran mayoría de sus Estados, ha asumido que la trata de seres humanos es un delito muy grave, que debe ser adecuadamente tipificado en las legislaciones internas y cuyos autores deben ser penalmente perseguidos y sancionados por los tribunales nacionales. Dado el carácter eminentemente transnacional de este delito, un buen número de tratados internacionales impone también a sus Estados parte la obligación de cooperar internacionalmente para reprimirlo de manera eficaz. Pero, ¿es además la trata de seres humanos un crimen contra la humanidad? Tal y como el profesor CASSESE concluyera hace ya algunos años respecto del terrorismo, podría afirmarse que ello es así cuando la trata es transnacional y la actividad es sponsorizada o condonada por el Estado¹⁶³. Pero no es esto, en realidad, lo que ocurre en una inmensa mayoría de los casos.

No cabe duda de que resulta popular afirmar, exigir incluso, que la trata de seres humanos sea considerada un crimen contra la humanidad. Además de parte de la doctrina, que la que nos hemos ocupado en este trabajo¹⁶⁴, así lo han pedido, por ejemplo, el Vaticano¹⁶⁵ y organizaciones nacionales e internacionales¹⁶⁶ de protección de derechos humanos. La cuestión, desde luego, no carece de interés.

El análisis de la jurisprudencia y la doctrina ponen de manifiesto las dificultades de aprehender y concretar el concepto de crimen contra la humanidad¹⁶⁷. Esa indefinición ha sido “aprovechada” para analizar la posible tipificación como tales de conductas que, en principio, podrían parecer alejadas de lo que intuitivamente se considera la esencia, “lo que debe ser” un crimen contra la humanidad. Quizás el ejemplo paradigmático en este sentido lo constituya el terrorismo internacional¹⁶⁸.

¹⁶³ CASSESE, A., “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 5, 2001, p. 994.

¹⁶⁴ *Vid. supra*, notas 4, 40, 69 y 70.

¹⁶⁵ *Cfr.* el discurso del Papa Francisco a los participantes en la Conferencia Internacional contra la Trata de Seres Humanos celebrada los días 9 y 10 de abril de 2015 en la Ciudad del Vaticano bajo los auspicios de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales: http://w2.vatican.va/content/francesco/en/speeches/2014/april/documents/papa-francesco_20140410_tratta-persone-umane.html.

¹⁶⁶ Lo hace expresamente la Declaración de Bogotá, adoptada el 13 de abril de 2014 en el marco de la I Cumbre Iberoamericana sobre derechos humanos, migrantes y trata de personas, de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.valedordopobo.com/es/essential_grid/declaracion-de-bogota-do-i-cume-iberoamericano-sobre-dereitos-humanos-migrantes-e-trata-de-persoas-da-federacion-iberoamericana-de-ombdusman-2/.

¹⁶⁷ Se ha afirmado, por ejemplo, lo siguiente: “(o)f the three core crimes in international criminal law, crimes against humanity is the most elusive one, a chameleonic crime that can change colour over time, since it does not possess an unambiguous conceptual character”: VAN DEN HERIK, L. y VAN SLIEDREGT, E., “Removing or Reincarnating the Policy Requirement of Crimes Against Humanity: An Introductory Note”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 825.

¹⁶⁸ En ese sentido: ARNOLD, R., *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, Transnational Publishers, Nueva York, 2004. Más cauto se mostró después del 11 S, CASSESE, A., “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law...*cit.*”, pp. 993-1001. Pero no es el terrorismo el único ejemplo que puede citarse aquí. *Vid.*, entre otros: BANTEKAS, I., “Corruption as an

El propósito de este trabajo ha sido contribuir a ese debate en relación con un delito que constituye una violación severísima de derechos fundamentales esenciales: la trata de seres humanos. Un debate que sigue girando jurisprudencial y doctrinalmente en torno al alcance del elemento político de los crímenes contra la humanidad y, en definitiva, a los fines propios del DIP. No parece haber ningún problema en afirmar que varias de las conductas a las que se refiere el artículo 7 del ER se dan en el caso de la trata de seres humanos. Ni en que las organizaciones no estatales tienen capacidad para lanzar un ataque contra la población civil (elemento contextual), tal y como esto ha sido definido por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Esto no bastaría, sin embargo, para entender que la trata de seres humanos es un crimen contra la humanidad, en el sentido del mencionado artículo 7 del ER. El verdadero escollo se daría en relación con el denominado elemento político. Se ha defendido aquí, en línea con lo mantenido por una parte importante de la doctrina, aunque aparentemente en contra de lo concluido por los tribunales penales internacionales, una definición de “organización” que impediría entender que la trata de seres humanos es *per se* un crimen contra la humanidad y que, en esa medida, excluiría la intervención de la CPI para juzgar a los presuntos responsables de la comisión de este crimen.

La primera consecuencia evidente de la consideración de la trata de seres humanos como crimen contra la humanidad sería precisamente esa, que abriría la puerta, llegado el caso, a la jurisdicción penal internacional¹⁶⁹. En particular, a la de la CPI¹⁷⁰. Más allá de su carácter simbólico, que resulta por otro lado indudable, debe recordarse que la intervención de la CPI en casos de trata de seres humanos sería posible únicamente si se consideran superados, de un lado, el test del interés de la justicia al que se refieren los artículos 53.1. c) y 2.c)¹⁷¹, y, de otro, el umbral adicional de gravedad al que se refiere el artículo 17.1.d) del ER. Tal y como se ha señalado, ambas son decisiones difíciles de tomar¹⁷². Una vez superados ambos escollos, debe ser cumplido el criterio de

International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, núm. 3, 2006, pp. 463-484; FORD, Stuart, “Is the Failure to Respond Appropriately to a Natural Disaster a Crime Against Humanity? The Responsibility to Protect and Individual Criminal Responsibility in the Aftermath of Cyclone Nargis”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 38, 2010, pp. 227–276; GROOME, D., “The Church Abuse Scandal: Were Crimes Against Humanity Committed?”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, 2011, pp. 439–503 y WATTAD, M. S.-A. “The Rome Statute and Captain Planet: What Lies between ‘Crimes against Humanity’ and the ‘Natural Environment?’” *Fordham Environmental Law Review*, vol. 19, 2009, pp. 265–285.

¹⁶⁹ Se ha propuesto también la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc*. *Vid.*, en ese sentido: GREEN, J. C., *A Proposal Leading to an International Court to Combat Trafficking in Human Beings*, Third Annual Interdisciplinary Conference on Human Trafficking, 2011, Paper 13, <http://digitalcommons.unl.edu/humtraffconf3/13>.

¹⁷⁰ Que, como anuncia el Preámbulo del ER extiende su jurisdicción sobre “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

¹⁷¹ El Fiscal decidirá si inicia una investigación teniendo en cuenta, entre otras cosas, que “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia” (artículo 53.1c) del ER). Para tomar esa decisión, debe tener en cuenta “todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen” (artículo 53.2.c).

¹⁷² AMBOS, K., “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional...*cit.*”, p. 4.

complementariedad en sentido estricto para “adjudicar” el caso a la CPI. La doctrina se ha referido a las ventajas que ello traería consigo. Se ha dicho, por ejemplo, que se evitarían casos de corrupción (en forma de sobornos o intimidaciones) de los jueces, a los que los sistemas penales internos son, en opinión de estos autores, más vulnerables. Se ha mantenido, igualmente, que el importante papel otorgado a las víctimas en el seno del procedimiento ante la CPI redundaría en una mejor protección de sus derechos¹⁷³. No parecen, sin embargo, argumentos determinantes. En realidad, podría pensarse que sobre la base de las obligaciones que emanan del principio de diligencia debida, los Estados estarían obligados a prevenir y castigar la corrupción de los jueces internos y a fortalecer la posición de las víctimas en los procedimientos internos. Parece coherente con ese principio instar a los Estados a redoblar esfuerzos en ese sentido, en lugar de trasladar a la CPI una carga de trabajo que resulta prácticamente imposible que pueda asumir.

Un segundo argumento que se ha manejado a favor de la consideración de la trata de seres humanos como crimen contra la humanidad es que la misma parece abogar por un orden jurídico-internacional más sensible a la violencia que se ejerce contra las mujeres. Aunque las víctimas de la trata de seres humanos no son sólo mujeres, algún autor ha querido ver en el tratamiento de la trata como crimen transnacional y no internacional un síntoma de que el ordenamiento jurídico internacional prioriza, al otorgar una protección adicional a sus víctimas, los abusos de derechos humanos cometidos contra los hombres¹⁷⁴. Sin embargo, creo que se trata de un argumento que parece tener en cuenta únicamente ciertos tipos de trata, de la que sí son, en mayor medida, víctimas las mujeres. En particular, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Los datos disponibles¹⁷⁵ no avalan la idea de que las víctimas de otro tipo de trata sean mayoritariamente mujeres. Me refiero, por ejemplo, a la trata con fines de explotación laboral o de tráfico de órganos humanos. Y aun en los supuestos de trata con fines de explotación sexual, donde parece que el número víctimas masculinas parece ciertamente menor, no es menor el padecimiento.

Por supuesto, no debe inferirse de esa posición que el delito de trata de seres humanos no deba ser considerado como particularmente aberrante. El principio de diligencia debida obliga a los Estados a poner en marcha medidas de prevención y de reparación eficaces, así como a proporcionar una contundente respuesta penal al fenómeno y a reforzar los mecanismos que sean necesarios, adecuados y útiles a este propósito. Lo contrario debe y puede comprometer su responsabilidad internacional, en particular, ante los órganos de protección internacional de derechos humanos. Así ha ocurrido ya en el pasado. La sentencia del TEDH dictada en el asunto *Ranstev c. Chipre y Rusia*, o determinados pronunciamientos de algunos órganos de protección del sistema de Naciones Unidas, son un buen ejemplo de ello.

¹⁷³ OBOKATA, T., “Trafficking of human beings as a crime against humanity...*cit.*”, p. 454.

¹⁷⁴ TAVAKOLI, N., “A Crime that Offends the Conscience of Humanity: A proposal to Reclassify Trafficking in Women as an International Crime”, *International Criminal Law Review*, vol. 9, 2009, p. 78.

¹⁷⁵ *Vid.*, al respecto, los Informes citados *supra* en las notas 23 y 82.