

## Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI\*

*Claudia Storini\*\**

Esta investigación analiza con detalle la evolución conceptual y la heterogeneidad de definiciones entre dos tipos principales de tráfico de personas, esto es, la trata para la explotación de seres humanos y el tráfico de migrantes. Conjuntamente se estudia el desarrollo de la cooperación internacional de la acción supranacional y nacional en materia de lucha contra el tráfico de personas, se describen los aspectos más significativos y se analizan los obstáculos que la limitan o frenan, con el fin de vislumbrar instrumentos analíticos útiles para superarlos, como, por ejemplo, en el caso de la trata, los incluidos en el Convenio del Consejo de Europa, abierto a la firma el 16 de mayo de 2005.

FORO

### LA DISTINCIÓN ENTRE TRATA DE SERES HUMANOS Y TRÁFICO DE MIGRANTES

**E**n un período de menos de diez años, la lucha contra las diversas formas de tráfico de personas se ha impuesto como una importante prioridad para la cooperación internacional en diversos niveles, así como para la acción de las principales organizaciones internacionales y supranacionales, ya sea a nivel mundial (Naciones Unidas), o regional (en particular en el marco de la Unión Europea). Así, en pocos años, se ha afirmado en el debate internacional una temática, que aún no siendo novedosa, asume una relevancia política inédita.

Las causas y las dinámicas internas de este proceso, bastante complejas e interesantes, merecerían un estudio a parte. Diversos aspectos concurren, de hecho, para hacer de la lucha contra el tráfico de personas un caso emblemático del modo en que se desarrollan los procesos político-decisionales internacionales, en una época de

---

\* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto I+D de la Generalidad Valenciana GV 2005-205: "Inmigración y nuevas formas de esclavitud en el S. XXI: La trata de seres humanos".

\*\* Investigadora del Programa Juan de la Cierva, Valencia, España.

creciente internacionalización/globalización económica y cultural. En el terreno específico de la lucha contra el tráfico se han reflejado con particular evidencia transformaciones de carácter más general, como: las profundas y rápidas mutaciones en curso en la percepción de la seguridad internacional; el papel cada vez más significativo de las ONG y de los medios de comunicación en la construcción de los temas; la erosión de la soberanía nacional también en campos de la política tradicionalmente sustraídos a los procesos de coordinación, convergencia y armonización a escala internacional.<sup>1</sup>

Este no es, sin embargo, el objeto de esta parte del trabajo. En las páginas que siguen habrá que concentrarse en los desarrollos concretos de la cooperación internacional y de la acción supranacional en materia de lucha contra el tráfico de personas, describiendo los aspectos más significativos e intentando enfocar los mayores obstáculos encontrados, que limitan o frenan tal cooperación. La perspectiva adoptada no es por tanto de tipo puramente interpretativo; se trata por el contrario de un intento de reconstrucción con el fin de poner de relieve los principales problemas surgidos y de sugerir algunos instrumentos analíticos útiles para superarlos. Se examinarán los problemas conexos a la definición del fenómeno con fines prescriptivos, es decir, con la finalidad de una intervención reguladora por parte de sujetos institucionales nacionales o supranacionales.

La premisa necesaria, que se desarrollará en los párrafos que siguen, está dada en considerar que cualquier intervención reguladora, de carácter preventivo, o represivo, frente a fenómenos sociales nuevos, o que se presentan con características nuevas, supone que sea dada previamente una definición del fenómeno en cuestión. Es decir, la trata y el tráfico de migrantes.

Podrá tratarse de una definición genérica o detallada, rígida o flexible, pero alguna forma de definición es lógicamente indispensable para intervenir sobre el fenómeno mismo. Es evidente que la definición del fenómeno no es nunca neutral, sino, al contrario, siempre funcional a los objetivos reguladores del sujeto decisorio. Asimismo, en el caso de procesos decisionales complejos, como aquellos que tienen lugar a nivel internacional, la definición misma del fenómeno por regular es a menudo materia de confrontación, objeto de negociaciones y de compromisos.

Desde este punto de vista, la trata de personas y el tráfico de migrantes no son una excepción. La definición del fenómeno con fines preventivos y represivos constituye objeto de encendidos debates, tanto a nivel nacional, en los diversos países implicados, como a nivel internacional, en el seno de las instituciones supranacionales. El análisis de los términos fundamentales de este debate es útil en cuanto permite enfo-

---

1. U. Beck, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

car algunas opciones técnicas fundamentales y de valores todavía no resueltas, en la definición de una estrategia global de lucha contra el tráfico internacional de personas. Las fuerzas de policía y, más en general, los organismos públicos investidos de poder de *law enforcement*, tienen a menudo un rol guía, al menos en una fase inicial, en la individualización y definición de los riesgos emergentes para el orden público y la legalidad. Salvo casos relativamente raros de construcción plenamente política de un tema “de seguridad”, el poder político interviene solo en una fase posterior, para enfatizar, amortiguar o redefinir el alcance y el contenido de algo que hoy se considera como una amenaza.

Esta dinámica parece haberse producido, en el curso del último decenio, también en el terreno específico del tráfico de personas, en sus diversas formas. En presencia de un fenómeno nuevo, diversificado y en rápida evolución, algunos, entre los más precoces esfuerzos de análisis y de definición, se han llevado a cabo en ámbitos de investigación nacionales e internacionales.

Estos esfuerzos han conducido a la cristalización y a una difundida aceptación (preponderantemente, si bien no solo, en ámbitos de investigación) de una distinción fundamental entre dos tipos principales de tráfico de personas; la trata finalizada a la explotación de las personas (*trafficking of human beings*); el tráfico de migrantes (*smuggling of migrants*).

A lo largo de los años noventa la distinción entre tráfico y trata se ha impuesto en la praxis de numerosos órganos policiales tanto a nivel nacional como internacional; por ejemplo, en el ámbito del la INTERPOL, sus raíces son complejas, de un lado refleja y reproduce divisiones de competencias entre diferentes órganos de *law enforcement* –diferentes cuerpos de policía o diferentes secciones operativas dentro del mismo cuerpo–; de otro lado, esta distinción refleja una separación entre organizaciones criminales que se dedican a uno u otro tipo de actividad.

Al igual que la gran parte de las definiciones de fenómenos sociales que se desarrollan gradualmente en el ámbito policial, la distinción entre tráfico y trata se caracteriza inicialmente por su escaso grado de formalización y por el cruce en su interior de elementos descriptivos y preceptivos. Solo en una fase posterior la distinción operativa se formaliza y se incluye en textos normativos que le otorgan relevancia jurídica.

## LA DEFINICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y DEL CONSEJO DE EUROPA

En la Convención sobre la Esclavitud se definió la “trata de esclavos” como “todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de

someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavo”.<sup>2</sup>

La definición de trata de esclavos fue corroborada por la Convención suplementaria mediante la adición de “sea cual fuere el medio de transporte empleado”, con lo que se incluyó el transporte por aire.<sup>3</sup>

Los instrumentos internacionales relativos a la trata de personas, que se aplicaban en la primera parte del siglo XX, limitaban su previsión a los casos en que se transportaba a mujeres y niñas a través de fronteras internacionales, con y sin su consentimiento, con fines de prostitución.<sup>4</sup> Por consiguiente, durante mucho tiempo la trata de personas en los tratados ha estado asociada a la prostitución. El 4 de mayo de 1910 se firmó la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas* que impuso a los estados la obligación de castigar a toda persona que introdujera a una menor en la práctica de la prostitución, aun con su consentimiento.<sup>5</sup> El art. 1 la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad* estableció la obligación de prohibir, evitar y castigar la trata de mujeres, aun con el consentimiento de éstas. Este Convenio de 11 de octubre de 1933 se refiere específicamente a la trata internacional de mujeres mayores de edad con su consentimiento, pero únicamente en las situaciones en que existe la trata de un país a otro. Lo cual era útil para permitir que un Estado pudiera tolerar a nivel nacional lo que se condenaba a nivel internacional. Esta tendencia en considerar delito el reclutamiento de mujeres en un país para que ejerzan la prostitución en otro, con o sin su conocimiento y consentimiento previos, continuó después de la Segunda Guerra Mundial con la adopción en 1949 la Convención para la represión de la trata.<sup>6</sup> Este tratado unificó los ins-

---

2. Art. 1. de la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, cit.

3. Párrafo 2 del art. 1. de la Convención suplementaria, cit.

4. Estos instrumentos eran: el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, de 18 de mayo de 1904, la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas*, de 4 de mayo de 1910, la Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921, (entró en vigor para cada país en la fecha de su ratificación o adhesión); y la Convención internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933.

5. La expresión “trata de blancas” de origen francés, se desarrolló en la sociedad burguesa decimonónica como contrapunto a la trata de negros. De hecho a la voz “trata” del diccionario de la RAE de 1869 seguía esta definición: “Comercio de negros bozales, que consiste en llevarlos á vender como esclavos de las costas de África a América”. En 1925 la RAE incluyó en su *Diccionario* la entrada “trata de blancas” con la siguiente definición “tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas”. Esta definición se ha mantenido sin cambios hasta el 2001. Por tanto, la presencia del anacronismo “trata de blancas” en algunos documentos de la Unión Europea no tiene justificación alguna.

6. Parece conveniente apuntar que además en 1948 fue proclamada la *Declaración Universal de los Derechos del hombre* que establece la universalidad de algunos principios como la libertad, la igualdad, la dignidad y al mis-

trumentos anteriores relativos a la “trata de blancas” y al tráfico de mujeres y niños, definiendo como delito el hecho de que una persona explote la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.<sup>7</sup> De ahí que, según lo dispuesto en la Convención para la represión de la trata, la cuestión del consentimiento de la víctima carece de importancia. Por consiguiente, los estados parte están obligados a castigar la concertación tanto voluntaria como involuntaria de la prostitución de otra persona. Este planteamiento refleja la intención general expresada en el Preámbulo de la Convención, donde se define la prostitución como una práctica “incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana”. Si bien, a tenor del art. 17 del mencionado Convenio, se exige a los estados que, en relación con la inmigración y la emigración, comprueben si dicha trata tiene por finalidad la prostitución, no es necesario que la captación sea transfronteriza para poder calificarla de “trata”. La Convención también obliga a los estados parte a adoptar medidas específicas para proteger a los inmigrantes y emigrantes, posibles víctimas de la trata, proporcionándoles información pertinente para evitar que caigan en manos de los tratantes. De conformidad con el art. 1 la Convención, la trata debe tener por finalidad “satisfacer las pasiones de otra persona” con miras a su “prostitución”. Dado que la exigencia relativa al carácter intencional del delito podía suponer dificultades prácticas de aplicación, se consideró oportuna la preparación de instrumentos adicionales que hiciera, en algunos casos, más flexible esta condición relativa al aspecto subjetivo del delito. De este Convenio trae origen la *llamada teoría abolicionista* que ha inspirado a numerosas legislaciones nacionales en el tema de la prostitución. Su objetivo era la planificación de la acción de los estados para una estrategia común de lucha contra la trata. En él, por primera vez, se utiliza la expresión *trafic in persons*, aunque sea indisolublemente atada a la prostitución de la que se considera presupuesto necesario. La parte innovadora de la Convención es aquella en la que se defienden los derechos de la persona, criminalizando la trata y la explotación de la mujer, pero no la prostitución como opción de vida, y ha llevado a la no ratificación del mismo por parte de algunos paises como, por ejemplo, Suecia y Países Bajos en razón de divergencias acerca de cómo enfrentarse al fenómeno de la prostitución.<sup>8</sup>

Ya en 1965 la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) recomendó a las Naciones Unidas que se ampliase la Convención para la represión de la trata “para abarcar los casos de ‘trata oculta’ es decir, la contratación de personas pa-

---

mo tiempo prohíbe toda forma de esclavitud y de servidumbre como violación de estos derechos universalmente reconocidos.

7. Apartado 1 del art. 1 de la Convención para la represión de la Trata, cit.

8. M. P. Svevo (coord.), *La tratta delle donne tra violazione dei diritti umani e schiavitù nei documenti internazionali ed europei*, Associazione Lule, Milan, 2000, p. 7.

ra empleos en el extranjero que las exponen a la prostitución”.<sup>9</sup> Sin embargo, esa sugerencia no fue atendida. La noción de trata en la Convención estaba vinculada de manera inextricable a la prostitución, lo que se traducía en una interpretación restringida de la trata. Sin embargo, en la actualidad las personas son objeto de trata no solo para su explotación en la industria del sexo, sino también por muchas otras razones. La misma comunidad internacional ha reconocido en numerosas ocasiones que el tráfico ilícito de personas a través de fronteras internacionales en circunstancias abusivas e ilegales tiene múltiples finalidades, además de la prostitución.<sup>10</sup> La Convención suplementaria adoptada por las Naciones Unidas en 1956, exactamente siete años después, la Convención para la represión de la trata, también contiene disposiciones relativas a la trata de esclavos y al transporte de esclavos o de personas de condición servil de un país a otro. Con arreglo a su art. 3 constituye delito participar en la trata de esclavos, y se exige a los estados parte que intercambien información pertinente en un esfuerzo coordinado para combatir la trata de esclavos. Además, de conformidad con el párrafo 1 del art. 6, constituye delito “el hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad” para quedar reducida a esclavitud o a condición servil. A la condición de esclavitud o servil una persona puede acceder de diferentes maneras. Los principales son los siguientes: el secuestro, la compra o la captación mediante las promesas engañosas de un empleo y de una vida mejor. Desde que se aprobó en 1949 la Convención para la represión de la trata, se han hecho varias sugerencias para que se amplíen la definición de “trata de personas”, de manera que pueda abarcar formas de captación que no guarden exclusiva vinculación con la prostitución como en el caso, por ejemplo, del movimiento transfronterizo de hombres, mujeres o niños con fines distintos de la prostitución, cuando

---

9. Citado en el Estudio sobre el estado de la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena. Informe del Secretario General, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.2/1982/13 (1982).

10. Véase el documento del Consejo Económico y Social titulado *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género*, informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/68 (2000), en su apartado 13 se afirma lo siguiente: “La documentación y las investigaciones demuestran que la trata tiene lugar por muchísimos motivos de explotación a los cuales las víctimas de la trata no han dado su consentimiento, como el trabajo forzado, el trabajo en servidumbre o ambos casos, incluido el comercio sexual, el matrimonio forzado y otras prácticas análogas a la esclavitud, pero sin limitarse a ellas. La definición se ocupa del carácter no consensual y explotador o servil que tienen los fines de la trata. Por consiguiente la Relatora Especial cree que es necesario una definición ampliada de la trata de personas que abarque los elementos comunes del proceso de la trata. Los elementos comunes son el negocio, acompañado por la situación de explotación o servil del trabajo o de la relación en la que acaba la persona objeto del trato y combinado con la falta de consentimiento para llegar a esta situación. La estructura de la definición de la trata de personas debe distinguir y separar la trata, como una violación, de sus partes componentes”. Este documento puede encontrarse en la página de Internet, dirección URL: [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3f413fe0a9a67859802568be0054e32f/\\$FILE/G0011337.doc](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3f413fe0a9a67859802568be0054e32f/$FILE/G0011337.doc).

estén sujetos a coacción o hayan sido engañados con respecto a la naturaleza de la situación que les espera.<sup>11</sup> En la Resolución 49/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de febrero de 1995 se condenó

el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales o internacionales, principalmente de países en desarrollo y algunos países con economías en transición, con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas.<sup>12</sup>

Así, el proceso que ha llevado la comunidad internacional a definir preceptivamente las conductas de trata de seres humanos y tráfico de migrantes ha sido lento. Los trabajos preparatorios para la creación de la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen internacional organizado (en adelante Convención) y de los Protocolos adicionales (Protocolos de Palermo), han durado cerca de dos años, encontrando un amplio interés y participación. La Asamblea General aprobó la resolución 53/111 de enero 20 de 1999, a través de la cual se decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta, con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional, y de examinar la elaboración, si procediera, de instrumentos internacionales que abordan la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar.<sup>13</sup> El Comité se reunió en once sesiones, entre enero 1999 y octubre 2000.

La necesidad de elaborar unas definiciones capaces de diferenciar estos dos supuestos ha tomado fuerza por diferentes motivos. Se trata de razones relacionadas con las praxis de los órganos de policía, con componentes criminológicos, con características de las víctimas y con elementos de orden político:

- 
11. Así en la p. 2 de la Resolución, accesible en la página de Internet, dirección URL: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/769/78/PDF/N9576978.pdf?OpenElement>. Véase también el "Seminario sobre la acción contra la trata de mujeres y la prostitución forzada: Nota del Secretario General", documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.2/1992/8 (1992), en el que se propone que las Naciones Unidas consideren la posibilidad de ampliar el alcance de los instrumentos internacionales pertinentes para que incluyan todas las formas de trata de personas, independientemente de la actividad a que obedezca esa trata.
  12. Este documento puede encontrarse en la página de Internet, dirección URL: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/1bcf525dba41b94b802567b40030ef20?OpenDocument>
  13. Documento accesible en la página de Internet, dirección URL: <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/53/ares53111.pdf>

En primer lugar a nivel de competencias de investigación nacional, la competencia de las dos actividades suele ser atribuida a órganos diferentes. En segundo lugar, los grupos u organizaciones criminales que se dedican a la una o a la otra actividad son diferentes y operan bajo distintas modalidades. En tercer lugar, las víctimas de la trata se diferencian por sus características y tipo de relación con las víctimas del tráfico y, por último, trata y tráfico han tenido una diferente relevancia en el tiempo. Mientras la inmigración clandestina siempre ha sido una prioridad nacional e internacional, la trata ha adquirido relevancia para los gobiernos y organismos internacionales tan solo ahora de manera sucesiva.

A lo largo de los años 90 la distinción fue consolidándose, hasta llegar a ser formalizada en algunos instrumentos normativos y, por último, definitivamente en los dos Protocolos suplementarios a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000.<sup>14</sup>

El primer Protocolo que contempla la Convención de las Naciones Unidas, esto es, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, contra la delincuencia organizada transnacional, tiene como objeto la trata cuyo fin es la explotación, mientras el segundo, es decir, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, enfrenta la cuestión relativa al tráfico de migrantes.

Como ya se apuntó, estos Protocolos han sido elaborados para llenar las lagunas existentes en la disciplina internacional y promover, entre otros objetivos, la armonización de las legislaciones penales de los países firmantes contra la trata y el tráfico de migrantes. La definición de *trafficking in persons*, que viene traducida con la expresión trata de personas o de seres humanos con fines de explotación, se encuentra en el art. 3 del Protocolo sobre la trata, y se configura como aquella actividad que consiste en “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

---

14. La Convención y los Protocolos suplementarios han sido adoptados por el Comité *ad hoc* para su elaboración el 28 de octubre 2000, sucesivamente aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York y abiertos a las firmas en la Conferencia internacional que tuvo lugar en Palermo entre el 12 y el 16 de diciembre de 2000. El texto de la Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, después del 90o. día del depósito del 40o. instrumento de ratificación. El Protocolo sobre la trata entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, ha sido firmado por 117 países y ratificado por 97. Finalmente, el Protocolo sobre tráfico de migrantes, en vigor desde el 28 de enero de 2004, ha sido firmado por 112 países y ratificado por 88. La situación actualizada del estado de las firmas y ratificaciones de los instrumentos citados puede consultarse en *UN Office on Drugs and Crime. Signatories to the UN Convention against Transnational Crime and its Protocols* en la dirección Internet: URL: [http://www.unodc.org/unodc/crime\\_cicp\\_signatures.html](http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_signatures.html).

a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”.

Esta definición constituye la base jurídica para la penalización de las conductas indicadas que los estados firmantes deberán respetar, según lo dispuesto en el art. 5 del Protocolo sobre la trata. La amplitud de la discrecionalidad que las disposiciones de los Protocolos permiten acerca de las modalidades y de los medios coercitivos a utilizar por parte de los estados ha sido decisión para permitir la inclusión de una extensa gama de comportamientos que conllevan a la trata de personas.<sup>15</sup>

El apartado b) del art. 3 determina la irrelevancia del consentimiento otorgado en cualquier momento por parte de la víctima de la trata, en todos los casos en los que se verifica el uso de algunos de los medio antes indicados.<sup>16</sup> Esta previsión es de fundamental importancia pues en la realidad ocurre que en un primer momento subsista una actitud de consenso de la víctima que, sin embargo, desaparece con posterioridad o que el consenso haya sido otorgado por otras personas en lugar de la víctima.<sup>17</sup>

Uno de los aspectos más discutidos a lo largo de la elaboración del Protocolo fue la referencia al “abuso de una posición de vulnerabilidad”. Con esta expresión se entiende una actitud de persuasión, realizada por parte de los traficantes sobre la víctima, que se beneficie de su condición de inferioridad. Esta inferioridad no debe necesariamente depender de una situación psíquica sino que puede derivar también de una situación de subdesarrollo social o cultural o bien de variables personales o familia-

---

15. Así en el Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11o., documento NU A/55/383, 10 de noviembre de 2000, pp. 37 y ss. Todos los documentos relativos a los trabajos preparatorios pueden encontrarse en la página de Internet de la ONU, dirección URL: [http://www.unodc.org/unodc/crime\\_cicp\\_convention\\_documents.html](http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_convention_documents.html).

16. Las discrepancias que se pusieron de manifiesto en relación al tema del consentimiento fueron muy fuertes a lo largo de los trabajos preparatorios. Desde distintas ONG se defendió la inclusión de la frase “con su consentimiento o no”, por entender que de este modo se amplía la protección, impidiendo que los traficantes puedan utilizar una supuesta existencia de consentimiento en su defensa y evitando que la carga de la prueba tenga que recaer sobre la víctima, sino sobre la persona que la explota. Aunque no se haya incluido tal propuesta, el texto ha dejado abierta la posibilidad de una interpretación amplia de la existencia de un consentimiento forzado. Así en las notas interpretativas anexa al Informe del Comité Especial. Documento NU A/55/383/Add.1, 3 de noviembre de 2000, p. 13.

17. Se hace referencia a las hipótesis en las que las víctimas de trata sean menores de edad o personas sujetas a peculiares formas de relación interpersonal en las que puede ejercerse algún tipo de control sobre ellas. En estos casos puede verificarse que sea el sujeto que dispone de un poder de control sobre la persona el que otorgue el consentimiento para que esta sea restada por parte de los traficantes. La falta de un rechazo por parte de la víctima es en estos casos imputada al estado de inmadurez psicológica que le impide tener una representación real de la realidad a la que se enfrenta. De esta manera, se ha querido, también, incluir en la disposición en palabras todas las posibles conductas de “cesión” o “autorización” por parte de quien tenga un poder jurídico o de hecho sobre la víctima. E. Rosi, “La trata di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali”, en *Cassazione Penale*, Giuffré, Milan, 2001, pp. 1989 y 1990.

res. De allí que en los trabajos preparatorios se optó por interpretar la situación de vulnerabilidad como “la situación en la que la persona involucrada no tiene una real y aceptable alternativa a la de someterse al abuso”.<sup>18</sup>

La trata de menores recibe una disciplina autónoma en el apartado c) del art. 3 del Protocolo. En estos casos se considera como realizada la conducta consistente en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación”; también en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a).

Un elemento ulterior que configura la trata es la finalidad perseguida. La explotación de la persona traficada representa de hecho el objeto de la trata. La segunda parte del art. 3 apartado a) indica las modalidades de explotación que incluyen “como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La indefinición de la expresión “explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual” no es casual, por el contrario, se debe a dos motivos. En primer lugar, la voluntad de evidenciar la estrecha relación existente entre este tipo de explotación y las actividades de reclutamiento y transporte y, en segundo lugar, a una decisión política de compromiso necesaria frente a la posibilidad de no adhesión de algunos de los países participantes. Se prefirió dejar a la competencia estatal la especificación de los contenidos y el alcance de las varias formas de explotación sexual, para no limitar las legislaciones nacionales resultado de diferentes posiciones políticas, sociales y culturales en materia de prostitución.<sup>19</sup>

---

18. Los términos “el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad” y el lenguaje de la nota 13 al protocolo, aclaran que la trata puede ocurrir sin el empleo de fuerza. La definición reconoce que las personas tratadas pueden ser víctimas a través de alguien cercano, como un padre, un esposo o un líder de la comunidad. En estas situaciones las personas quedan impedidas desde el punto de vista cultural o legal a rehusarse y entonces “se someten” a la situación. Ellos son todavía personas tratadas. Así en las notas interpretativas documento cit., p. 12.

19. Según la nota Interpretativa de Naciones Unidas No. 64: “En los *Travaux préparatoires* se indica que el Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la trata de personas. Los términos “explotación de la prostitución ajena” u “otras formas de explotación sexual” no se definen en el Protocolo, que en consecuencia no prejuzga la manera en que los estados parte aborden la prostitución en su respectivo derecho interno”. Así en el documento A/55/383/Add.1, cit., p. 13.

Las más de 100 delegaciones de países que negociaron el Protocolo contra la trata, en la Comisión de Crimen de Naciones Unidas, fueron incapaces de acordar definiciones para estos dos términos y entonces decidieron dejarlos indefinidos. La mayoría de los delegados y el *caucus* de Derechos Humanos entendieron que los países tienen diferentes leyes y políticas sobre el trabajo sexual adulto. Muchos países no querían o no podría firmar el Protocolo contra la trata si esto les hubiera obligado a cambiar sus leyes internas relacionadas con la prostitución. Unos delegados y algunas ONG en las negociaciones insistieron en que toda la prostitución adulta, incluyendo la prostitución voluntaria y hasta legal que implica a adultos, tenía que ser clasificada como trata de personas, esta postura obligó a casi un año de debate en las negociaciones sobre este tema. La mayoría de delegados rechazaron la posibilidad de que la participación voluntaria, no-obligada por adultos en el trabajo sexual se

Por lo que concierne a las otras hipótesis de explotación como se vio al principio de este trabajo, cada una de ellas encuentra su definición en otros instrumentos de derecho internacional.

La trata de personas para el comercio de órganos humanos se configura tan solo si una persona es transportada con el objetivo de utilizar sus órganos. El Protocolo contra la Trata no cubre el transporte de los órganos por sí mismo. También hay que apuntar que según la nota interpretativa de las Naciones Unidas “la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor, por razones médicas o terapéuticas legítimas no debe considerarse explotación”.<sup>20</sup>

Según lo dispuesto por el apartado a) art. 3 del Protocolo contra el tráfico de migrantes, por *smuggling of migrants*, esto es, *tráfico ilícito de migrantes*, se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte, del cual dicha persona no sea nacional o residente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Según el apartado b) de la misma disposición por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Para que pueda configurarse el tráfico de migrante es además necesario que dicha actividad sea para obtener una ventaja material o patrimonial.

También para el tráfico, como para la trata, se prevé la obligación de penalización de las conductas indicadas, por parte de los estados que hayan ratificado el Protocolo.

Aunque uno de los objetivos del Protocolo sea el de proteger los derechos de los migrantes traficados (art. 2), la definición de tráfico de migrantes delineada por sus disposiciones, no hace ninguna referencia al migrante como víctima, ni a su consentimiento. La decisión de no considerar como víctima a la persona que voluntariamente se entrega a grupos criminales, que se lucran con la inmigración ilegal, encuentra su justificación en el diferente papel desarrollado por estas últimas, que no es pasivo sino activo, en el sentido de que hay conocimiento y determinación de emprender un

---

calificara como trata de personas aunque fuera abusivo y explotador, debía ser considerado como trata solo en el caso en el que implique violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas como trabajo forzado, esclavitud o servidumbre. Ante ello había que llegar a una solución de compromiso que permitiera a todos los países firmar el Protocolo, incluyendo tanto aquellos que tienen leyes que criminalizan el trabajo sexual adulto, como a los que permiten el trabajo sexual adulto. A no existir un acuerdo internacional sobre el significado de “explotación sexual”, los miembros decidieron incluir el término dejándolo indefinido. Esta decisión de compromiso permitía a cada Estado decidir libremente acerca del tratamiento legal del trabajo sexual voluntario del adulto. Así, la Nota Interpretativa No. 14, documento A/55/383/Add.1, cit., explica el lenguaje de compromiso y reconoce la posible inclusión en la “explotación sexual” tanto de la participación obligada como de la participación voluntaria en el trabajo sexual adulto.

20. Así en las notas interpretativas A/55/383/Add.1, párrafo 65, cit., p. 13.

proceso migratorio de manera ilícita invirtiendo un capital propio. La operación de tráfico se basa a menudo en relaciones de tipo contractual entre migrante y traficante. El primero, adquiere un servicio, el transporte dentro de los confines del Estado a favor del segundo, que generalmente consiste en una suma de dinero a pagar y ello justifica, según los redactores del Protocolo la exclusión del estatus de víctima.

## **LA AYUDA A LA ENTRADA, A LA CIRCULACIÓN Y A LA ESTANCIA IRREGULAR EN LA UNIÓN EUROPEA**

La misma distinción entre tráfico y trata que se desarrolló a nivel internacional, se ha impuesto progresivamente en el ámbito europeo, como criterio guía, para la acción de las instituciones de la Unión y para coordinar las políticas nacionales en materia de lucha al tráfico. Ya desde antes de la aprobación del tratado de Ámsterdam, en la Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, al Consejo y al Parlamento Europeo, relativo a la trata de blancas con fines de explotación sexual, puede leerse la siguiente definición:

“La comunicación define la trata como el transporte de mujeres desde terceros países a la Unión Europea (incluyendo quizás movimientos subsiguientes entre sus estados miembros) con el propósito de explotación sexual”.<sup>21</sup>

Es importante subrayar que, en el ámbito de la Unión Europea, a mediados del decenio en curso, se impuso exclusivamente el problema de definir la trata con fines de explotación y, como en el caso citado anteriormente, tan solo circunscrito al sexo femenino de la víctima y a la naturalza sexual de la explotación. Ello porque el tráfico había sido ya objeto de definiciones, también normativas, así como de una intensa actividad de cooperación intergubernamental en diferentes ámbitos, de los cuales el más importante fue el creado por el Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación del 14 de junio de 1985, cuyo objetivo era eliminar las fronteras interiores entre los estados firmantes, la libre circulación de las personas y la cooperación en cuestiones de policía y seguridad.

El Anexo al Convenio Europol,<sup>22</sup> con el que se crea la Oficina Europea de Poli-

---

21. COM/96/0567 FINAL, accesible en la página de Internet, dirección URL: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type\\_doc=COMfinal&andoc=1996&nu\\_doc=567](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&andoc=1996&nu_doc=567).

22. Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 relativo al establecimiento de la Convención, basado en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) (95/C 316/01) *DO C 316 de 27/11/1995* p. 1 y Convenio basado en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) *DO C 316 de 27/11/1995* pp. 2-32. El Anexo contiene la lista de otras formas graves de delincuencia internacional de las que Europol podría ocuparse además de las ya enunciadas en el apartado 2 del art. 2 y en cumplimiento de los objetivos de Europol, según se

cía, contiene las descripciones técnicas de las que se consideran formas graves de delincuencia de las que este organismo está autorizado a ocuparse. Por lo que respecta, en particular a los crímenes relacionados con la inmigración clandestina y al tráfico de personas, el anexo en cuestión se expresa en los siguientes términos:

Se entiende por introducción ilegal de inmigrantes: “las acciones destinadas a facilitar deliberadamente, con fines de lucro, la entrada, la estancia o el trabajo en el territorio de los estados miembros de la Unión Europea, con incumplimiento de las reglamentaciones y las condiciones aplicables en los estados miembros”. Y como trata de seres humanos “el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas, mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños”.

La escueta y circunscrita definición elaborada por la Comisión en 1996 ha sido sucesivamente especificada y ampliada en dos Acciones Comunes relativas al delito del tráfico de seres humanos: la del 29 de noviembre de 1996 y la del 24 de febrero de 1997.<sup>23</sup>

La primera Acción Común establece un programa de iniciación y de intercambio, destinado a los responsables de la acción contra el tráfico de seres humanos y de la explotación sexual de los niños. Se trata del programa STOP. La segunda acción define los conceptos de tráfico de seres humanos, explotación sexual de un niño o de un adulto y hace recomendaciones a los estados miembros indicando los puntos sobre los cuales sería conveniente revisar las legislaciones nacionales para armonizarlas con las directrices comunitarias.

La Acción Común de 1997 en el apartado B del título I establece que:

A fin de mejorar la cooperación judicial en la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, cada Estado miembro se compromete, dentro del res-

---

enuncian en el apartado 1 del art. 2. El texto de la Convención y el anexo pueden ser consultados en la página de Internet, dirección URL: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127\(01\):ES:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127(01):ES:HTML)

23. Acción Común 96/699/JAI de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al intercambio de información sobre la descripción del perfil químico de las drogas, para facilitar la mejora de la cooperación entre los estados miembros en la lucha contra el tráfico de drogas, *DO L 322 de 12/12/1996*, pp. 5-6, disponible en la dirección de Internet URL: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0700:ES:HTML> y Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. *DOL 63 de 04.03.1997*, pp. 2-6, accesible en la página de Internet, dirección URL: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997F0154:ES:HTML>

peto de las normas constitucionales y de las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro, (...) a revisar la legislación nacional vigente relativa a las medidas previstas en los títulos II y III para las siguientes conductas intencionadas:

- a) explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos, en la que:
  - se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas,
  - se recurra al engaño, o
  - haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto;
- b) trata de personas que no sean niños con fines lucrativos para la explotación sexual de aquéllas en las condiciones descritas en la letra a);
- c) explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños;
- d) trata de niños con fines de explotación sexual o abuso de estos.

Asimismo el apartado a) del mismo título se establece que “en el contexto de la presente Acción común se entenderá por:

- i) “Trata”, cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro para los fines expuestos en las letras a), b) y d) de la parte B del presente título;
- ii) “explotación sexual”, con respecto a un niño, cualquiera de las siguientes conductas:
  - a) persuadir o coaccionar a un niño para participar en cualquier actividad sexual ilícita;
  - b) la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
  - c) la explotación de niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material;
- iii) “explotación sexual”, con respecto a un adulto, al menos la explotación del adulto mediante la prostitución.

Esta compleja definición resultó poco operativa, y aunque pueden observarse unos progresos en las políticas y legislaciones de los estados miembros, las disparidades y divergencias existentes dificultan, en la práctica, la aplicación de una cooperación judicial y policial eficaz en estos ámbitos.

Con el Consejo extraordinario de Tampere se dio un nuevo impulso a la armonización de las legislaciones penales, en las Conclusiones de la Presidencia puede leerse:

el Consejo Europeo está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigu-

rosas para este grave delito. Se invita al Consejo a que, basándose en una propuesta de la Comisión, adopte una legislación para tal efecto antes de finales de 2000. Los estados miembros, junto con Europol, deberían orientar sus esfuerzos a detectar y dismantelar las redes de delincuencia implicadas. Deberán salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños (y más detalladamente). Sin perjuicio de los ámbitos más amplios contemplados en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena, el Consejo Europeo considera que, con respecto al derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse, en primer lugar, en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro), el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico.<sup>24</sup>

La Comisión por su parte, llegó a la conclusión de que la principal razón por la que la aplicación de la Acción Común de febrero de 1997 no haya alcanzado los objetivos fijados residía en la ausencia de definiciones, inculpaciones y sanciones comunes en el Derecho penal de los estados miembros.<sup>25</sup> Con el objetivo de poner remedio a esta situación y cumplir con las directrices del Consejo Europeo, elaboró dos propuestas de Decisiones Marco relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Por lo que se refiere a la lucha contra la trata de seres humanos, la Comisión hace hincapié en que los principales objetivos de la propuesta de Decisión son, por una parte, el de combatir además de las infracciones vinculadas a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, las vinculadas a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Y, por otra parte, completar las importantes iniciativas presentadas por la Presidencia francesa sobre la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares.

Con la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, que formaliza la propuesta de la Comisión antes citada, la Unión hace suya la definición de trata prevista en el *Protocolo de Palermo*, estableciendo en art. 1 apartado 1, que:

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente

---

24. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. A este documento puede accederse en la página de Internet, dirección URL: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm)

25. Así en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. COM (2000) 854 finales, Bruselas 22 de diciembre de 2000, DO C35 E de 28.2.2002, p. 114, accesible en la página de Internet, dirección URL: [http://europa.eu.int/eurlex/es/com/pdf/2000/es\\_500PC0854\\_01.pdf](http://europa.eu.int/eurlex/es/com/pdf/2000/es_500PC0854_01.pdf)

recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

Y en el apartado tercero que: “cuando estas conductas afecten a un niño, constituirá delito punible de trata, aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1”.

Como puede comprobarse las diferencias con respecto al art. 3 del Protocolo de Palermo sobre la trata son casi inexistentes.

La necesidad de esta reiteración se explica, de un lado, por la falta de aprobación por parte de las Instituciones Comunitarias del citado Protocolo y, por otra, por los diferentes ámbitos de aplicación del mismo.<sup>26</sup>

En relación con el tráfico de migrantes la Directiva 2002/90 de 28 de noviembre de 2002 denomina este supuesto como “ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular”. Lo cual, por sí mismo, indica una extensión de la tipificación de los supuestos de delito en relación con cuanto está previsto en el art. 3 del Protocolo que solo se refiere a la “entrada ilegal”.

Las diferencias con el Protocolo de Palermo, sin embargo, no se limitan a ello. El art. 1 de la directiva establece que:

Los estados miembros adoptarán sanciones adecuadas: a) *contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros*; b) *contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona*

---

26. Así mientras la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional se aprobó con la Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, 2004/579/CE, *Diario Oficial No. L 261 de 06/08/2004*, p. 69. La *Propuesta* de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que la complementa así como la relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada se encuentran todavía en fase de aprobación. Las etapas de los procedimientos de aprobación así como la Decisión del Consejo No. 2004/579, pueden consultarse en la página de Internet, dirección URL: [http://europa.eu.int/prelex/liste\\_resultats.cfm?CL=es&ReqId=0&DocType=COM&DocYear=2003&DocNum=0512](http://europa.eu.int/prelex/liste_resultats.cfm?CL=es&ReqId=0&DocType=COM&DocYear=2003&DocNum=0512)

que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.<sup>27</sup>

El apartado a) de este art. en relación con el art. 3 del Protocolo sobre la trata, introduce un nuevo y peligroso supuesto de hecho, esto es, la posibilidad de criminalizar la ayuda humanitaria. En este sentido se expresó el Parlamento Europeo en su informe sobre la propuesta de directiva en el marco de la justificación a una enmienda que introducía la aclaración de la que se hizo parcialmente eco el Consejo limitándose a introducir el punto b).<sup>28</sup>

## LA HETEROGENEIDAD DE LAS DEFINICIONES NACIONALES

A lo largo de los años, el proceso de construcción de la *issue* “tráfico” y “trata” en el ámbito internacional se ha cruzado, en la mayoría de países destinatarios de dicho tráfico, con el desarrollo de intensos debates sobre la definición jurídica y la disciplina de estos supuestos, por parte de cada uno de los ordenamientos nacionales.

Frente a una serie de fenómenos nuevos o, de alguna manera, muy diferentes respecto al pasado, considerados socialmente dañinos y políticamente inaceptables por los estados afectados por el tráfico y la trata, los de la Unión Europea en especial, han empezado a preguntarse acerca de las mejores estrategias para contrastar dichos fenómenos. También a nivel nacional, como en el internacional y comunitario, uno de los primeros problemas por resolver fue el de la definición del fenómeno que hay que combatir con el fin de reprimirlo penalmente.

Las estrategias de política criminal, como se verá más adelante, adoptadas por los diferentes estados europeos en el ámbito de la lucha contra la trata y tráfico de migrantes son muy heterogéneos, aunque bajo ciertos perfiles, pueden observarse confluencias muy significativas.

---

27. Directiva del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Documento 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002, *DO L 328 de 05/12/2002*, pp. 17 y 18. Accesible en la página de Internet, dirección URL: [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2002/l\\_328/l\\_32820021205es00170018.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2002/l_328/l_32820021205es00170018.pdf)

28. “No deben confundirse las redes de inmigración ilegal con la ayuda humanitaria a las personas que huyen de su país. Es importante incluir en la definición, por consiguiente, la precisión, habitual en la legislación de los estados miembros, es decir, el ‘beneficio económico’. Del mismo modo conviene aclarar que el beneficio económico puede ser directo e indirecto, dependiendo de la naturaleza de la acción, siendo el beneficio económico directo aquél derivado de la participación y organización directa de las infracciones tipificadas, mientras que el beneficio económico indirecto será aquél que derive del lucro de las actividades laborales de los inmigrantes”. Así en el Informe del PE sobre la iniciativa de la República Francesa, cit. p. 8.

Acerca de la directa y específica definición de la trata de personas y del tráfico de inmigrantes los estados europeos han tenido diferentes reacciones. En algunos casos, al utilizar los instrumentos existentes en derecho penal, sin prever un supuesto específico, no se ha procedido a una definición de los mismos. Iguales consideraciones deben hacerse acerca de aquellos ordenamientos que han previsto el tráfico y la trata como tipos agravados de delitos ya existentes.

No obstante, gracias a la influencia de las definiciones internacionales y regionales son cada vez más los ordenamientos que aunque, como veremos, parcialmente han decidido crear supuestos de delito *ad hoc*. Los países que primero han experimentado esta solución son Alemania, con la introducción en 1999 de normas específicas en el Código penal, más precisamente el art. 180 bis y 181, y Bélgica, en este caso parcialmente en cuanto solo con relación al tráfico, con la ley de 13 de abril de 1995 que introduce en el art. 77 bis en la Ley de 15 de diciembre 1980, sobre la entrada en el territorio, residencia, establecimiento y expulsión de extranjeros. En la misma línea se colocan las reformas introducidas en Italia, España y Francia.<sup>29</sup>

La definición prevista por el ordenamiento alemán se limita a la trata y a los casos de explotación de la prostitución sin tomar en consideración la explotación económica.<sup>30</sup>

Aunque la reforma belga introduce explícitamente normas para la disciplina de la represión de la trata el tenor literal del supuesto al que la reforma hace referencia es bastante amplio y parece incluir también el supuesto de tráfico, el art. 77-bis de la Ley de 1980 sanciona a:

todo aquel que contribuya de cualquier manera, directamente o por un intermediario, a permitir la entrada o la estancia de un extranjero en el Reino y, al hacerlo: a) haga uso respecto del extranjero, de forma directa o indirecta, de maniobras fraudulentas, violencia, amenaza o cualquier forma de coacción; b) o abuse de la situación particularmente vulnerable en la que se encuentra el extranjero debido a su situación administrativa ilegal o precaria, de un estado de embarazo, de una enfermedad, una discapacidad o una deficiencia física o mental.

Como fácilmente puede comprobarse la conducta típica consiste en contribuir de cualquier manera, directamente o por un intermediario, a permitir la entrada o la estancia de un extranjero en el país. En una redacción tan amplia no cabe duda de que

---

29. Se trata respectivamente, de las Leyes 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y de la Ley 228/2003 de 11 de agosto, de medidas contra la trata de personas.

30. El art. 180b relativo a la trata de personas reprime el hecho de obligar o incitar a prostituirse abusando de su situación de vulnerabilidad y de desamparo en relación con su estancia en un país extranjero.

puedan reconocerse ambos supuestos. En relación con el supuesto alemán, el art. 77 bis amplía aún más la noción de vulnerabilidad que llega a incluir, acertadamente, la situación en la que se encuentra el extranjero, debido a su situación administrativa ilegal o precaria.

En Francia con la Ley 2003-239<sup>31</sup> se introdujo, en el capítulo V, que se disciplina “los atentados contra la dignidad de las personas”; la sección I bis sobre la trata de seres humanos, y dentro de ella el art. 225-4-1 establece que la trata se configura cuando:

A cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, se recluta, transporta, transfiere, alberga o acoge una persona, para ponerla a disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin, bien de permitirle la comisión contra esta persona de infracciones de proxenetismo agresión o atentados sexuales, explotación de la mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, bien de obligar a esta persona a cometer cualquier crimen o delito.

La reforma del Código penal para establecer en el ordenamiento español el supuesto de tráfico de migrantes se llevó a cabo a través de la Disposición final segunda de la LO 4/2000.<sup>32</sup> En esta última se prevé la creación del nuevo título XV bis denominado: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Y dentro de él el art. el 318 bis que prevé: “1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Después de tan solo dos años la redacción de este artículo será reformado por la Ley Orgánica 11/2003 dirigida a desarrollar el Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el gobierno en septiembre de 2002, con diferentes finalidades, entre las cuales se encuentran, endurecer las penas y, probablemente, diferenciar, de manera muy poco lograda, la trata de la inmigración clandestina. Según su nueva redacción el art. 318 bis sanciona: “***El que, directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de cuatro a ocho años de prisión***”.<sup>33</sup>

Junto a este precepto también se castiga la inmigración clandestina, en el art. 313.1 del CP pero con la limitación del sujeto pasivo, que tiene que tener la condi-

---

31. De 18 de marzo de 2003.

32. Ley de 11 de enero sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

33. Negritas de la autora para resaltar las modificaciones introducidas con la Ley 11/2003; el anterior texto establecía: “Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

ción de trabajador,<sup>34</sup> y el art. 312.2 que sanciona el tráfico ilegal de mano de obra.

Otra modalidad de conductas, que parecía acercarse más al supuesto de trata, de personas, aparecía hasta el 1 de octubre de 2003 –fecha de la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre– recogida en el art. 188.2 C.P. que sancionaba al que “*directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*”. El precepto fue redactado con el Código penal de 1995 ya vigente, a través de la Ley 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del Código penal y como respuesta a la acción común aprobada por el Consejo de la Unión europea de 24 de febrero de 1997 para la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Actualmente, tras la reforma planteada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, aparece recogido en el apartado segundo del art. 318 bis con el siguiente tenor: “*si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión*”.

La constante utilización de los dos términos tráfico ilegal e inmigración clandestina como algo diferentemente puede atribuirse a la utilización del primero en un sentido amplio y general, que se entremezcla con otros como por ejemplo redes o mafias de inmigración clandestina, tráfico de seres humanos, etc., lo cual no deja de sorprender, no solo frente a la importancia que tiene una correcta distinción de los dos supuestos desde el punto de vista penal sino, y sobre todo, frente al proceso de homogeneización internacional y comunitario que dichos términos han experimentado antes de que se produjeran algunas de las reformas analizadas. Bien podía, el legislador español a la hora de cumplir con sus obligaciones comunitarias hacer propia las definiciones que en este ámbito se habían elaborado.

Con la Ley 11 de agosto No. 228/2003 sobre *Medidas contra la trata de personas*, el legislador italiano ha puesto remedio a los vacíos de la anterior disciplina con atención a las nuevas exigencias planteadas por la evolución de este supuesto.

Uno de los aspectos sobre los cuales la reforma ha incidido con mayor fuerza son las sanciones previstas para contrastar los delitos relacionados con el fenómeno de la trata de personas. Las disposiciones del Código penal que, con muchas dificultades y con interpretaciones jurisprudenciales contrastantes, habían sido anteriormente utilizadas para configurar ese supuesto, vienen profundamente modificadas con el fin de consentir una mayor correspondencia entre las disposiciones legislativas y las di-

---

34. Según este art.: “El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior...”.

námicas modernas del fenómeno criminal. En particular, vienen reformuladas las normas que delineaban la esclavitud (art. 600 CP), la trata y comercio de esclavos (art. 602 CP); y además, se crea un nuevo supuesto de hecho dirigido a reprimir las asociaciones criminales involucradas en la trata y en los delitos relacionados con ella.

El conjunto de estas reformas, prevista en los tres primeros arts. de la citada Ley 228/2003, adecua el ordenamiento italiano a las exigencias de armonización, previstas tanto por el ordenamiento internacional como por el comunitario.

La adecuación no se limita a la represión de la trata de personas, incide también en otras conductas criminales relacionadas con ésta. En particular, se presta atención a los perfiles asociativos de las conductas perseguidas y se prevé la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas, sociedades y asociaciones para los delitos previstos en los *nuevos* arts. 600, 6001 y 6002 del CP. La aplicación del precedente del art. 600 CP había creado numerosas dificultades interpretativas y aplicativas, debido principalmente a la redacción de esta disposición, que representaba un ejemplo de lo que en doctrina se ha definido como *normazione sisentica*.<sup>35</sup> El nuevo art. 600 responde a esta exigencia de mayor precisión y propone una detallada descripción del elemento objetivo del delito.<sup>36</sup>

Entre las conductas incriminadas se incluyen tanto el ingreso en la condición de esclavitud, como su mantenimiento, además, vienen explícitamente definidas solo algunas de sus formas de manifestación, dejando abierta la posibilidad de introducir nuevos supuestos en función de las formas que vaya adquiriendo la esclavitud en el futuro.<sup>37</sup> A través de la reformulación del art. 601 y 602 del CP inherentes respectivamente a la trata y a la alienación de esclavos se sancionan varios supuestos.

El art. 601 sanciona por lo menos tres conductas; la trata de personas que se encuentran en las condiciones previstas por el art. 600, la introducción mediante enga-

---

35. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 72.

36. Art. 600 CP "Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi".

37. Acerca de los problemas interpretativos que esta indefinición puede provocar véase, G. Amato, "Un nuovo sistema sanzionatorio e investigativo per una lotta efficace contro la schiavitù", *Guida al diritto*, No. 35, 2003, pp. 44-45.

ño con fines de esclavitud o servidumbre; la constrictión mediante violencia o amenaza, abuso de autoridad, de una situación de inferioridad psíquica, de necesidad o mediante la promesa o el pago con dinero o con otras ventajas a la persona que sobre ella tiene autoridad, con el fin de explotación de la esclavitud o servidumbre.

Con la finalidad de reprimir las manifestaciones criminales que se han desarrollado alrededor del fenómeno de la inmigración el legislador italiano ha adoptado el Decreto Legislativo 286 de 1998 (DLgs 286/98) que contiene la disciplina de la inmigración y de la condición de extranjero. Este decreto ha sido objeto de innumerables modificaciones, la más importante de las cuales se ha introducido con la Ley de 30 de julio de 2002, No. 189 (Ley 189/02), más conocida como ley Bossi-Fini y con la Ley No. 271 de 14 de septiembre de 2004.<sup>38</sup>

Es importante resaltar que en esta ley se delinean de manera más detallada las configuraciones de los delitos, entre los cuales está el de ayuda a la inmigración clandestina, volviendo penalmente relevantes dichas actividades y atacando de manera más directa las actividades desarrolladas por las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de los inmigrantes, tanto en Italia como al extranjero.

El primer apartado del art. 12 del DLgs 286/98, disciplina los supuestos simples de ayuda a la entrada clandestina que se configuran como aquellos “actos encaminados a favorecer el ingreso en el territorio del Estado de un extranjero o bien los actos encaminados a procurar el ingreso ilegal en otro Estado del que la persona no sea ciudadana o no haya título de residente permanente” (art. 12). Con esta disposición se sanciona, además de la ayuda a la entrada clandestina en Italia, también el tránsito de los clandestinos en el mismo hacia otros países de la Comunidad Europea, esto es, todos aquellos casos en los cuales los extranjeros, objeto de tráfico, no entran en el territorio italiano para quedarse, sino que se limitan a transitar, con el fin de llegar al destino final de su ilegal proyecto migratorio. En ambos casos, esta norma está dirigida a tutelar el interés público y no bienes jurídicos individuales.<sup>39</sup>

El art. 12 sanciona específicamente la actividad directa de procurar el ingreso en el territorio nacional en violación de las normas que disciplinan esta materia. El cumplimiento de dicha actividad constituye, por tanto, el objeto del crimen estudiado que

---

38. Sobre estas reformas véase, A. Caputo, “Prime note sulle modifiche alle norme penali del Testo unico sull’immigrazione”, *Questione Giustizia, bimestrale promosso da Magistratura democratica*, No. 2, 2005, pp. 244-263, F. Spiezia, F. Frezza, N. Pace, *Traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, Giuffrè, Milano 2002; U. Augustinis (de), S. Ferrajolo, F.A. Genovese, E. Rosi, E. M.R. San Giorgio, (coords.), “La Nuova legge sull’immigrazione, Commento alla Legge No. 189 del 30/7/2002 e al D.L. No. 195 del 9/9/2002”, en *Diritto e giustizia*, No. 45, 2002, pp. 1-192.

39. Acerca de la problemática del bien jurídico protegido por las normas de derecho penal en materia de extranjería, véase F. Muñoz Conde., *Derecho. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 342 y ss.

se configura con la conciencia y voluntad del sujeto de ayudar a la entrada del inmigrante.

Entre las hipótesis que integran este supuesto de delito pueden mencionarse: la entrada clandestina de extranjeros fuera de los límites fronterizos, la consignación al extranjero de documentación falsificada o de otros medios útiles para desviar el control de las fronteras o que legitiman el acceso, así como la falta de señalación a las autoridades de frontera del transporte de clandestinos.

La Corte Suprema en su sentencia de 19 de mayo de 2000 ha especificado que

en materia de ayuda a la entrada clandestina de los extranjeros en el territorio del Estado en violación de la ley no deben entenderse solo aquellas conductas específicamente dirigidas a permitir la llegada de los extranjeros, sino también, aquellas inmediatamente sucesivas a dicho ingreso, dirigidas a garantizar el éxito de la operación (...) y, en general, todas aquellas actividades de cooperación con las actividades que directamente y en sentido restringido pueden ser relacionadas con la entrada de clandestinos.<sup>40</sup>

Sin embargo, no pueden, según el apartado segundo del art. 12, configurarse como delito “las actividades de auxilio y asistencia humanitaria prestadas en Italia a los extranjeros en condición de necesidad”.

Configuran tipos agravados del delito de ayuda a la inmigración clandestina en primer lugar, su realización con el objetivo de explotación directa o indirecta y, en segundo lugar, si el hecho es cometido por tres o más personas conjuntamente o si se utilizan servicios internacionales de transporte, documentos falsos, alterados o ilegalmente obtenidos.

## CONCLUSIONES

Debe ahora evidenciarse que estos intentos de armonización aprobados a nivel europeo no han conseguido todavía los efectos esperados, y ello no en razón del incumplimiento formal, por parte de los estados miembros, de las obligaciones comunitarias, sino por haber procedido a su recepción, en primer lugar de manera muy heterogénea entre ellos; y en segundo lugar sin una visión de conjunto de los dos supuestos en palabras, lo cual ha llevado a que dentro de un mismo ordenamiento las definiciones de *trata* y de *tráfico* a veces se solapan hasta llegar, en algunos casos, a confundirse.

---

40. Sentencia de 19 de mayo de 2000, sección I.

La citada heterogeneidad puede ser reconducida a un único criterio común: el orden cronológico con el que se introdujeron en los diferentes ordenamientos estatales los supuestos de trata y tráfico.

Siguiendo este criterio es posible evidenciar cómo la atención de los estados se dirigió en un primer momento, esto es, en los años que van aproximadamente de 1992 a 2000, al tráfico de migrantes. Para ocuparse de la disciplina de la trata tan solo después del año 2002 y en razón de los plazos impuestos por la citada Decisión Marco de 19 de julio de ese mismo año.

Sin embargo, las diferencias se evidencian a partir de la misma denominación de los supuestos delictivos ya que, por ejemplo, en el caso de tráfico de migrantes se habla indistintamente de tráfico de extranjeros, de inmigración clandestina, de tráfico ilegal de personas, hasta llegar en el caso español a utilizar conjuntamente las dos últimas expresiones para disciplinar, en un mismo artículo y con la misma denominación, la trata con fines de explotación sexual y el tráfico de migrantes. O en el caso austriaco, a utilizar la denominación de “tráfico explotador” cuya conducta delictiva consiste en engañar a personas acerca de sus oportunidades para obtener la residencia y un empleo legal en un país para inducirlos a pagar o asumir el pago de la ayuda a la inmigración clandestina. En el caso de trata, muchos ordenamientos siguen el modelo español, definiendo como tráfico para la explotación sexual o inmigración clandestina de trabajadores.

De igual manera son diferentes las conductas tipificadas, los sujetos activos y pasivos y los bienes jurídicos protegidos.

Sin entrar aquí en el amplio haz de cuestiones, a las que dan lugar cada una de estas diferencias, parece importante destacar que, en primer lugar, no todos los estados cumplen con el deber de sancionar penalmente todos los supuestos de esclavitud, ello, claro está, no implica que los mismos no puedan deducirse a través de una interpretación más o menos extensiva de los existentes. Sin embargo, es igualmente cierto que, por una parte, dicha discrecionalidad recae en el juez, lo cual tratándose de supuestos penales no es lo más conveniente, y, por otra, en algunos casos la dificultad de encontrar cobertura legal para sancionar ciertos supuestos puede recaer en detrimento de la garantía de los derechos de la víctima.

Una mayor sistematización de las disciplinas nacionales puede lograrse optando por seguir el modelo comunitario que a su vez traslada el de Naciones Unidas. Asimismo, limitadamente a la trata, lo aconsejable sería seguir el Convenio del Consejo de Europa, abierto a la firma el 16 de mayo de 2005, y que hay que promover que entre pronto en vigor, por su mismo talante garantista.