



Asamblea General

Distr. general
8 de febrero de 2000
Español
Original: inglés

Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional

Octavo período de sesiones

Viena, 21 de febrero a 3 de marzo de 2000

Nota de la Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y la Organización Internacional para las Migraciones sobre los proyectos de protocolo relativos al tráfico de migrantes y la trata de personas

A. Introducción y observaciones generales

1. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) desean, en primer lugar, expresar su apoyo a la labor del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional. La Oficina, el UNICEF y la OIM consideran muy alentador que los Estados Miembros hayan acordado elaborar instrumentos específicamente relacionados con el tráfico de migrantes (proyecto revisado de protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (A/AC.254/4/Add.1/Rev.4), el “protocolo sobre los migrantes”) y con la trata de personas (proyecto revisado de 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 organizada transnacional (A/AC.254/4/Add.3/Rev.5), el “protocolo sobre la trata”). En la presente nota se plantean varias cuestiones importantes con respecto a ambos protocolos. La Oficina, el UNICEF y la OIM tienen particular interés en prestar asistencia a los Estados para velar por que estos instrumentos no contravengan las normas jurídicas internacionales vigentes ni las afecten de cualquier otro modo.

2. Una cuestión que la Oficina, el UNICEF y la OIM desean señalar ante todo es la relación entre los dos proyectos de protocolo. Aunque se ha intentado determinar las disposiciones comunes, prácticamente no se ha examinado la posibilidad de que exista contradicción entre ellos. La distinción que se ha hecho entre personas sometidas a la trata y migrantes víctimas del tráfico es a todas luces útil. Sin embargo, la Oficina, el UNICEF y la OIM observan que dichas distinciones son menos claras sobre el terreno donde existe

considerable fluctuación y superposición entre ambas categorías. Durante consultas oficiosas dedicadas al examen de los proyectos de protocolo se determinó que debía brindarse más protección a las personas sometidas a la trata que a los migrantes víctimas de tráfico. No obstante, ninguno de los dos instrumentos proporciona suficiente orientación con poco respecto a la forma y a los encargados de llevar a cabo el proceso de identificación. En las consultas oficiosas se podrían tal vez examinar las repercusiones del hecho de que, con arreglo a los proyectos en su forma actual, la identificación de una persona como víctima de trata entraña responsabilidades diferentes para el Estado Parte interesado que la identificación de esa misma persona como migrante víctima de tráfico. Las consultas oficiosas podrían tal vez examinar asimismo las posibles consecuencias de que un Estado calificase uno y no ambos instrumentos.

B. Proyecto revisado de protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

1. Finalidad del Protocolo

3. La Oficina, el UNICEF y la OIM respaldan plenamente la opinión expresada durante las consultas oficiosas en el sentido de que el Protocolo sobre la trata ha de cumplir dos finalidades principales: contribuir a la eliminación de la trata vinculada con la delincuencia organizada transnacional y brindar apoyo y protección a sus víctimas. En aras de ese compromiso, se propone que ambas finalidades se señalen explícitamente en el artículo 1 del Protocolo.

2. Definición de la trata

4. La Oficina, el UNICEF y la OIM son partidarios de una definición amplia y general de trata y de que se revise la actual opción I del artículo 2 para que defina expresamente la trata como la abducción, el transporte, el traslado, o el cobijamiento o la recepción de personas con cualquier finalidad o en cualquier forma, incluidos la obducción, el transporte, el traslado o el cobijamiento o la recepción de personas mediante la amenaza o el empleo de la fuerza o por medio de secuestro, superchería, engaño, coacción o abuso de poder con el fin de someterla a esclavitud, trabajos forzados (incluido el trabajo en condiciones de servidumbre y la servidumbre por deudas) y otras formas de servidumbre. Debe entenderse que el término “servidumbre” empleado en este contexto comprende las prácticas definidas en otro instrumento como “formas contemporáneas de la esclavitud”, como la prostitución forzosa. Como se señaló en la comunicación anterior de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/AC.254/16, párr. 12), las referencias a la esclavitud, los trabajos forzados, el trabajo en condiciones de servidumbre y la servidumbre son compatibles con el derecho internacional vigente (véase por ejemplo, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo)).

3. Definición de la trata de niños

5. La Oficina, el UNICEF y la OIM son partidarios de que la trata de niños se defina por separado. Esa definición debería comprender una referencia a la abducción, el transporte, el traslado, el cobijamiento o la recepción de un niño o el ofrecimiento de pago u otros beneficios para lograr el consentimiento de una persona a cuyo cargo esté un niño para los fines señalados en el párrafo 2 *supra*, así como con el objeto de utilizar, adquirir u ofrecer a un niño para la explotación sexual, incluida la producción de pornografía, o para que preste servicios pornográficos. Además, en el marco del Protocolo y con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25, anexo), el término “niño” debe referirse a toda persona menor de 18 años. En relación con los términos “prostitución infantil” y “pornografía” podría ser útil hacer referencia a las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (el Convenio 182), aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 17 de junio de 1999.

4. Protección de los derechos y los intereses de los niños sometidos a trata

6. El Protocolo debe reconocer expresamente que los niños tienen derechos especiales con arreglo al derecho internacional, en particular en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño; que los niños sometidos a trata tienen necesidades especiales que los Estados Partes deben tener presentes y satisfacer; que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para impedir la trata de niños; y que al ocuparse de los niños víctimas de trata han de tener prioridad en todo momento los intereses superiores del niño (incluido, específicamente, su derecho a la rehabilitación física y psicológica y a la integración social). También es importante reconocer con claridad la necesidad de impedir que queden impunes los responsables de la trata, garantizando al mismo tiempo que no se penalice en modo alguno al niño. En ese contexto, cabe señalar que la abrumadora mayoría de los Estados ha contraído ya estas obligaciones jurídicas al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, con arreglo al derecho internacional vigente, los Estados tendrían que garantizar, entre otras cosas, que la asistencia y protección a los niños víctimas de trata no estén sujetas al arbitrio de las autoridades nacionales ni dependan en ningún otro modo de sus decisiones. Conforme al artículo 2 de la Convención, los niños víctimas de trata tienen derecho a la misma protección que los nacionales del Estado receptor en todos los aspectos, incluidos los relacionados con la protección de su privacidad y de su integridad física y moral.

5. Protección de las personas sometidas a trata

7. La Oficina, el UNICEF y la OIM observan que las principales disposiciones del artículo 4 (Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas) están limitadas por la frase “en los casos en que proceda”. Se estima que esa salvedad es innecesariamente restrictiva y no se ajusta a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos, que disponen claramente que las víctimas de violaciones de derechos humanos como la trata deben tener acceso a recursos de protección suficientes y apropiados. Como mínimo, los Estados Partes deberían tener la obligación de suministrar a las víctimas de trata información sobre la posibilidad de acceso a tales recursos, incluida la indemnización por la trata y por otros actos delictivos a que hayan sido sometidas, así como de prestar

asistencia a dichas víctimas, teniendo presentes en particular las necesidades especiales de los niños, a fin de que puedan recurrir a los medios de protección a que tienen derecho.

6. Situación jurídica y repatriación

8. Se señala a la atención de las consultas oficiosas la comunicación anterior de la Oficina en la que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó la opinión de que “el retorno sin riesgo y, en la medida de lo posible, voluntario debería constituir la base de toda estrategia de protección digna de crédito de las víctimas de la trata de personas. El hecho de no incluir una disposición sobre el retorno sin riesgo y (en la medida de lo posible) voluntario significaría prácticamente condonar la deportación y la repatriación forzadas de las víctimas de la trata de personas. Cuando la trata de personas se produce en el contexto de la delincuencia organizada, esa condonación plantea un inaceptable riesgo en cuanto a la seguridad de las víctimas” (A/AC.254/16, párr. 20).

9. La Oficina, el UNICEF y la OIM instan a los participantes en las consultas oficiosas a que velen, como mínimo absoluto, por que la identificación de una persona como víctima de trata baste para garantizar que no se proceda a su expulsión inmediata y contraria a su voluntad y porque se apliquen en el acto las disposiciones de protección y asistencia del Protocolo. Debe prestarse especial atención a la situación de los niños, velando por garantizar desde su protección y el ejercicio de sus derechos, como el derecho a la educación y a la atención médica, hasta la localización de sus familiares, así como por la adopción de medidas razonables y adecuadas con miras a la reinserción del niño en el seno de su familia.

7. Controles fronterizos

10. Las actuales disposiciones del Protocolo en materia de controles fronterizos que figuran en el artículo 8 parecen hasta cierto punto estar en contraposición con las finalidades declaradas del Protocolo sobre la trata y ponen en entredicho la distinción aceptada entre personas sometidas a trata y migrantes objeto de tráfico. La Oficina, el UNICEF y la OIM concuerdan con las observaciones formuladas por varias delegaciones en el sexto período de sesiones del Comité Especial en el sentido de que dichas disposiciones podrían servir para restringir la libertad de movimiento de las personas que se hallen bajo protección con arreglo al Protocolo. Habida cuenta de que la mayoría de las personas víctimas de trata son mujeres y niñas, la imposición de dichas restricciones sería, a primera vista, discriminatoria. Es evidente que el reforzamiento de los controles fronterizos es un aspecto importante de la prevención de la trata. Sin embargo, en el artículo 8 debe hacerse hincapié en las medidas encaminadas a ayudar a las autoridades fronterizas a identificar y proteger a las víctimas, así como a interceptar a los responsables de la trata.

11. Por otra parte, si bien consideran legítimo el interés de los Estados por reforzar los controles fronterizos para detectar y prevenir la trata, la Oficina, el UNICEF y la OIM se sienten llamadas a subrayar la necesidad de velar por que esas medidas no menoscaben los derechos humanos de la persona consagrados en los principales instrumentos internacionales, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹ y la Convención sobre los Derechos del Niño. Es especialmente importante garantizar que las medidas de control

fronterizo no limiten el derecho de la persona a solicitar y recibir en otros países asilo contra la persecución, conforme a lo previsto en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados. En particular, las disposiciones del proyecto de protocolo no deben socavar el principio fundamental de no devolución (véase el párr. párr. 21, *infra*).

8. Prevención de la trata de personas

12. La Oficina, el UNICEF y la OIM apoyan la propuesta de elaborar una versión simplificada de las disposiciones sobre protección contenidas en la presente versión del proyecto de protocolo a fin de aclarar las obligaciones y permitir la debida flexibilidad para hacer frente a las nuevas formas de trata en la medida y el momento en que éstas se presenten. Sin embargo, es importante que la revisión propuesta se base en la comprensión y el reconocimiento de las causas fundamentales de la trata, incluidos factores económicos como la pobreza, el desempleo y el endeudamiento; factores sociales y culturales como la violencia contra la mujer y la niña y la discriminación por razón de sexo en la familia, la comunidad y el Estado; factores políticos y jurídicos como la falta de legislación apropiada y la corrupción del sector público; y factores internacionales como la creciente feminización de la migración laboral, por una parte, y las políticas de inmigración cada vez más restrictivas de los países receptores, por otra. Si bien el tratamiento de estas otras cuestiones en profundidad rebasa claramente el ámbito de aplicación del Protocolo, tal vez sería útil hacer referencia a las medidas que podrían adoptar los Estados Partes para hacer frente a las causas fundamentales de la trata. Entre ellas podrían incluirse medidas jurídicas, así como las iniciativas sociales y económicas ya señaladas en el párrafo 2 del artículo 10 del proyecto de protocolo.

13. También es pertinente señalar que las medidas adoptadas en el plano nacional a fin de prevenir la trata se han utilizado en algunas situaciones para discriminar contra la mujer y otros grupos de un modo que equivale a negarles su derecho básico a abandonar un país y a migrar legalmente. La inclusión de una cláusula general de no discriminación, como se sugiere en el párrafo que figura a continuación, contribuiría en mucho a asegurar que esa discriminación no pase a ser un efecto secundario no intencional del Protocolo.

9. Necesidad de incluir una cláusula de no discriminación

14. Como se señaló en una comunicación anterior de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/AC.254/16, párr. 15), el principio de no discriminación es una norma fundamental del derecho internacional particularmente pertinente a la situación y vulnerabilidad de los migrantes indocumentados o ilegales. La Oficina, el UNICEF y la OIM instan a los participantes en las consultas oficiosas a que incluyan una disposición amplia de no discriminación como la que figura en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (A/CONF.183/9, artículo 21, párr. 3).

B. Proyecto revisado de protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

1. Los derechos de los migrantes

15. La Oficina, el UNICEF y la OIM reconocen que el objetivo principal del Protocolo sobre los migrantes es hacer frente al delito de tráfico de migrantes. No obstante, como lo

reconocieron varias delegaciones en el sexto período de sesiones, es a todas luces necesario garantizar la protección de las víctimas de esas prácticas. La vulnerabilidad de los migrantes, en particular los migrantes indocumentados debido a su situación precaria en la sociedad, hace que con frecuencia sean objeto de violaciones de los derechos humanos más fundamentales. El proyecto de protocolo se centra en los migrantes que son o han sido víctimas de explotación delictiva en sus países de origen o en los países de tránsito o de acogida. Esta situación expone aun más a esas personas a ulterior explotación. Por ello es imperativo que el Protocolo resguarde y procure defender los derechos humanos fundamentales de todas las personas, incluidos los migrantes objeto de tráfico. Sin embargo, el respeto de esos derechos no afecta ni restringe de ningún otro modo el derecho soberano de todos los Estados a decidir quién puede o no entrar en su territorio.

2. Necesidad de incorporar en el Protocolo sobre los migrantes una disposición relativa a la protección

16. La Oficina, el UNICEF y la OIM acogen con beneplácito las referencias explícitas a las obligaciones de los Estados Partes conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados² como salvaguardias para garantizar que la aprobación del Protocolo sobre los migrantes no debilite las obligaciones de los Estados Partes en la Convención de 1951 ni vaya en detrimento de la capacidad de los solicitantes de asilo para obtener protección contra la persecución.

17. La Oficina, el UNICEF y la OIM instan a que se mantengan y, cuando proceda, se refuercen aun más las salvaguardias antes mencionadas. La inclusión de una referencia expresa a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos en el Protocolo sobre los migrantes se considera especialmente importante. Se recomienda insertar una cláusula de protección como la que figura en el Protocolo sobre la trata, que haga alusión a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y las normas jurídicas internacionales de derechos humanos aplicables, así como, en particular, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

18. En este contexto, es indispensable reconocer que se transporta a un número cada vez mayor de solicitantes de asilo, entre ellos personas con legítimo derecho a gozar de la condición de refugiado, por medios comprendidos en el proyecto de protocolo. El principio de no devolución, que constituye la base de la protección internacional de los refugiados y que está reconocido como norma del derecho internacional consuetudinario, debe conservarse expresamente en dicho instrumento. La Oficina, el UNICEF y la OIM están decididamente a favor de incorporar una disposición en el sentido de que el ingreso ilegal en un Estado no afectará el derecho de la persona a solicitar asilo. Además, a fin de dar eficacia a dicha disposición, debe exigirse a los signatarios que velen por que se brinden amplias oportunidades a los migrantes víctimas de tráfico (incluso mediante el suministro de información suficiente) para solicitar asilo o presentar cualquier otra justificación con miras a su permanencia en el país, así como porque dichas solicitudes se examinen caso por caso. Dicha disposición podría insertarse como cláusula de salvaguardia o, si resulta más adecuado, agregarse a la cláusula de protección.

3. Necesidad de incluir disposiciones específicas sobre la protección de los niños víctimas de tráfico

19. Como en el caso del Protocolo sobre la trata, la Oficina, el UNICEF y la OIM opinan que el Protocolo sobre los migrantes debe incluir el reconocimiento explícito de que los niños tienen derechos específicos con arreglo al derecho internacional; que los niños víctimas de tráfico tienen necesidades particulares y merecen protección especial; y que al ocuparse de los niños víctimas de tráfico deben ser primordiales en todo momento los intereses superiores del niño. Con arreglo al artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños víctimas de tráfico tienen derecho a la misma protección que los nacionales del Estado receptor en todos los aspectos, incluidos los relativos a la protección de su privacidad e integridad física y moral.

4. La cuestión del retorno

20. Para lograr que el instrumento sea de alcance amplio y compatible con las normas vigentes, la Oficina, el UNICEF y la OIM son partidarios de que se incluya una disposición sobre el retorno. El derecho internacional reconoce claramente el derecho de todas las personas a retornar a su país de origen. Los Estados deben cumplir su obligación de aceptar y facilitar el regreso de sus nacionales. Debe prestarse atención especial a la situación de los niños, incluso en los casos en que retornen a su país a efectos de la reunificación de la familia con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular los artículos 10 y 22. Sin embargo, un eventual artículo sobre el retorno debe ir acompañado de cláusulas de salvaguardia o protección firmes y eficaces que garanticen el derecho a la protección internacional contra la devolución, así como los derechos humanos fundamentales de los migrantes interesados. A la luz de su experiencia en operaciones de retorno emprendidas en nombre de los Estados, la OIM sugiere que se obligue a los Estados a expedir documentos de viaje a petición de otro Estado Parte o de una organización internacional pertinente (véase el párrafo 3 del artículo 15 del proyecto de protocolo (A/AC.254/4/Add.1/Rev.4)

5. Prevención del tráfico de migrantes

21. La intensificación de los controles fronterizos y las demás medidas previstas en el proyecto de protocolo para prevenir el tráfico de migrantes deben aplicarse de modo que no menoscabe el derecho de la persona a solicitar asilo ni exponga a los refugiados y solicitantes de asilo al riesgo de devolución.

22. En relación con la capacitación de los funcionarios de inmigración y otros funcionarios competentes, la Oficina, el UNICEF y la OIM recomiendan que el proyecto de artículo pertinente incluya una referencia expresa a la capacitación en materia de normas jurídicas internacionales de derechos humanos, en particular el derecho internacional de los refugiados, los derechos de la mujer y los derechos del niño. Habida cuenta de la posibilidad de controversia en la aplicación de los protocolos sobre los migrantes y la trata, la Oficina, el UNICEF y la OIM sugieren además que se haga alusión expresa a la capacitación para garantizar la identificación correcta y oportuna de las personas víctimas de trata o tráfico, así como su tratamiento y atención en calidad de víctimas y no de delincuentes.

Notas

¹ *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, vol. 1, segunda parte (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.94.XIV.1 (vol. I, 2ª Parte)), sección O.

² *Ibíd.*