



Asamblea General



Distr. general
1º de junio de 1999
Español
Original: inglés

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

Cuarto período de sesiones

Viena, 28 de junio a 9 de julio de 1999

Nota oficiosa de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

A. Introducción y observaciones generales

1. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se siente muy alentada por el hecho de que los Estados Miembros hayan convenido en elaborar instrumentos que se refieran concretamente al tráfico y al transporte ilícitos de migrantes (el Protocolo relativo a los migrantes) y a la trata de personas (el Protocolo relativo a la trata de personas) en el marco de la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Por la presente nota, la Alta Comisionada desea manifestar su preocupación por las cuestiones que se intenta abordar con esos instrumentos, así como formular diversas observaciones sobre algunos aspectos de ambos proyectos de texto (A/AC.254/4/Add.1 y A/AC.254/4/Add.3/Rev.1). La nota contiene también algunas recomendaciones generales que la Alta Comisionada está dispuesta a dilucidar a pedido de los interesados.

2. La Alta Comisionada también señala a la atención de los Estados Miembros el análisis detallado del Protocolo relativo a la trata de personas que la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, ha preparado por separado para su examen. Si bien ese documento no refleja necesariamente la posición de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Alta Comisionada desea recordar que la Comisión de Derechos Humanos nombró a la Relatora Especial en 1994 para que estudiara la cuestión de la violencia contra la mujer, cuestión que, según ha determinado la Relatora Especial (reflejando la posición adoptada por la Asamblea General en el artículo 2 de su Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (resolución 48/104)), abarca el fenómeno de la trata de personas en la medida en que afecta a las mujeres y las niñas.

3. La Alta Comisionada es consciente de que los instrumentos que se elaboran actualmente no son tratados de derechos humanos, sino más bien acuerdos de cooperación transnacional particularmente centrados en la delincuencia organizada. Sin embargo, es

importante que los nuevos instrumentos internacionales no sean incompatibles con el derecho internacional en materia de derechos humanos, ni lo socaven de modo alguno. En opinión de la Alta Comisionada, algunos aspectos de ambos proyectos de Protocolo dan lugar a ciertas preocupaciones, que se mencionan brevemente a continuación.

B. Proyecto de Protocolo contra el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

1. Derechos de los migrantes indocumentados o ilegales

4. La vulnerabilidad de los migrantes, en particular los indocumentados o ilegales, como resultado de su situación precaria en la sociedad, frecuentemente les expone a la violación de sus derechos humanos más elementales. El presente proyecto de Protocolo se centra en los migrantes que han sido o son víctimas de explotación delictiva en su país de origen, en los países de tránsito o en los países receptores. Las personas en esa situación resultan aún más expuestas a una mayor explotación y a la violación de sus derechos.

5. La Alta Comisionada opina que la finalidad de todo instrumento relativo a esta cuestión -independientemente de su perspectiva- debe ser la de preservar y proteger los derechos fundamentales a los que todas las personas pueden acogerse, incluidos los migrantes ilegales. Por supuesto, el respeto de los derechos fundamentales no prejuzga ni restringe de modo alguno el derecho soberano de todos los Estados de decidir quién debe y quién no debe ingresar en su territorio.

2. Necesidad de incluir en el Protocolo una disposición relativa a la protección

6. A pesar de que en el preámbulo del proyecto de Protocolo se reconoce que *“el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes son una forma particularmente nefanda de explotación transnacional de personas en situación precaria”*, el propio Protocolo no contiene ningún principio relativo a su protección. Además de los efectos negativos que ello supone para los migrantes víctimas del tráfico ilícito, el desatender las cuestiones que les atañen bien puede comprometer la aplicación eficaz del instrumento. La Alta Comisionada insta a que se estudie la posibilidad de incluir una disposición por la cual los Estados Miembros estén obligados a garantizar el respeto y la protección de los derechos de los migrantes ilegales, a los que pueden acogerse con arreglo al derecho internacional aplicable. Una disposición general de ese tipo podría tener más fuerza si se hiciera referencia a los derechos básicos que los migrantes indocumentados o ilegales pueden invocar, entre ellos el derecho a la vida; la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y el principio de no discriminación.

3. Necesidad de abordar la cuestión de la detención

7. Como se reconoce en el derecho internacional, los migrantes indocumentados o ilegales detenidos por el Estado receptor tienen derecho a ser tratados con humanidad y con dignidad, tanto antes como después de que se determine la legalidad de su detención. La importancia práctica de este derecho justifica que en el Protocolo se haga referencia a él en forma específica y directa.

4. Necesidad de proteger a los solicitantes de asilo que también son migrantes indocumentados o ilegales

8. La Alta Comisionada señala el hecho de que un número cada vez mayor de solicitantes de asilo -entre ellos quienes genuinamente pueden acogerse a la condición de refugiados- son transportados por medios que se contemplarían en el presente Protocolo. El principio de *no devolución*, que constituye la base de la protección internacional de los refugiados y se reconoce como norma del derecho internacional consuetudinario, debe preservarse en este instrumento. La Alta Comisionada propugna decididamente que se incluya una disposición por la cual la ilegalidad del ingreso de un individuo en un Estado no sea un factor que afecte negativamente el derecho de esa persona de solicitar asilo. A fin de que esa disposición tenga aplicación eficaz, los signatarios deberían estar obligados a velar por que los migrantes ilegales contemplados en el ámbito del presente instrumento tuvieran plena oportunidad (incluso mediante el suministro de información pertinente) de presentar una demanda de asilo o cualquier otra justificación para permanecer en el país y que esas demandas se examinaran caso por caso.

5. Prostitución y explotación sexual

9. En el preámbulo se hace referencia a la prostitución y la explotación sexual, pero este punto no se retoma en el proyecto de texto.

6. Una cláusula de salvaguardia

10. Se debería estudiar la posibilidad de incluir una cláusula de salvaguardia como la que figura en el artículo 15 del proyecto de Protocolo relativo a la trata de personas.

C. Proyecto de Protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de mujeres y niños [personas], que complementa a la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

7. Importancia del Protocolo

11. Las observaciones de la Alta Comisionada relativas al presente Protocolo se derivan en parte de una percepción de la importancia que podría revestir este instrumento. Como se observa en el preámbulo, aún no existe ningún instrumento universal que tenga por objeto todos los aspectos de la trata de personas. De hecho, jamás se ha definido la “trata” de manera precisa en el derecho internacional y el instrumento internacional más reciente sobre la trata de personas y cuestiones conexas tiene ya más de medio siglo.

8. Definición de la trata de personas

12. Desde esa perspectiva, la Alta Comisionada acoge con beneplácito, en general, el enfoque encaminado a definir la “trata de personas” que se refleja en la opción 1 del artículo 2. Una definición amplia y exhaustiva es decisiva para asegurar la pertinencia actual y futura del instrumento. Al respecto, cabe observar que cambian constantemente los métodos empleados para la trata de personas, al igual que los fines o propósitos que con ello se persigue. Si bien en el proyecto de definición se reconoce que la trata de personas se produce por razones que van más allá de la prostitución forzada (se hace referencia a la “explotación sexual”), en cambio, los demás fines de la trata de personas se limitan al

“trabajo forzado”. Sería preferible y más preciso que al enunciar los propósitos se hiciera referencia al trabajo forzado y/o al trabajo obligatorio por deudas y/o a la servidumbre. (Debe entenderse que el término “servidumbre”, cuando se utiliza en este contexto, abarca las prácticas que se han definido en otros documentos como “formas contemporáneas de esclavitud”, por ejemplo la prostitución forzada.) Ello estaría en consonancia con el derecho internacional en vigor (véase, por ejemplo, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo). Asimismo, serviría para evitar, en la fase de aplicación, las dificultades inherentes al empleo de términos no definidos, imprecisos y emotivos, como “explotación sexual”, cuando se emplean en relación con los adultos.

9. Definición de la trata de niños

13. En aras de la claridad, la Alta Comisionada sugiere que la definición de la trata de niños sea objeto de una sección separada. En esa sección se debería también reconocer que los niños gozan de derechos especiales en virtud del derecho internacional, y que los niños que son víctimas de la trata de personas tienen necesidades especiales que los Estados partes deberían reconocer y satisfacer.

14. En aras de la coherencia con el derecho internacional en vigor, es indispensable que se entienda por “niño” “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo)). Al definir los propósitos de la trata de niños, se debe hacer referencia a la explotación tanto sexual como económica. La Alta Comisionada insta a que se incluya una referencia concreta a la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refiere tanto a la explotación económica (artículo 32) como a la explotación sexual (artículo 34). Asimismo, cabe observar que la abrumadora mayoría de Estados tienen ya la obligación jurídica de adoptar medidas “para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma” (artículo 35).

10. Necesidad de velar por el respeto del principio de no discriminación

15. El principio de no discriminación es una norma fundamental del derecho internacional y resulta particularmente pertinente a la situación y vulnerabilidad de los migrantes indocumentados o ilegales. La Alta Comisionada opina que el Protocolo debería contener una disposición general relativa a la no discriminación. La cláusula sobre la no discriminación que figura en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (A/CONF.183/9, artículo 21, párr. 3) podría, al parecer, constituir un modelo útil para tal disposición.

11. Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

16. La Alta Comisionada ha observado con preocupación que, a pesar del compromiso que se trasluce en el preámbulo del proyecto de Protocolo, las disposiciones relativas a la protección y asistencia a las víctimas son muy vagas en el texto del instrumento. Como observación general, la Alta Comisionada señala que, según el actual proyecto de texto, las víctimas de la trata de personas al parecer muy poco ganarían al cooperar con las autoridades nacionales en el enjuiciamiento de los tratantes de personas. Las disposiciones sobre la asistencia y la protección deberían, por lo menos, ajustarse a las normas internacionales básicas en materia de derechos humanos. Desde esa perspectiva, habría que

hacer referencia concreta al suministro de una vivienda adecuada, la atención apropiada de la salud y demás servicios de apoyo necesarios.

17. En las disposiciones en materia de asistencia y protección también se debería tener en cuenta el hecho de que, en general, las víctimas de la trata de personas se encuentran en una situación sumamente vulnerable y pueden ser objeto de represalias por parte de los tratantes. Además, cabe observar que esas víctimas suelen ser detenidas y enjuiciadas por delitos relacionados con su situación (entre ellos la violación de las leyes de inmigración, la prostitución, etc.). Debería prescribirse a los Estados partes que se abstuvieran de detener o enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por tales delitos relacionados con su situación.

18. El requisito de que los Estados partes preserven la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a la trata de personas (párrafo 1 del proyecto de artículo 4) no debería limitarse a “los casos en que proceda y en la medida que lo permita” el “derecho interno”. El derecho a la protección de la vida privada está consagrado en las normas internacionales en materia de derechos humanos y es especialmente importante en las situaciones que abarca el presente Protocolo, en que la seguridad constante de las víctimas de la trata de personas debe ser una consideración primordial.

19. La amplia discreción implícita en el uso de la expresión “en los casos en que proceda”, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 4, también debería limitarse. Cuando se ha determinado que un individuo es víctima de la trata de personas y que el presente Protocolo se aplica a su caso, el suministro de información con respecto a eventuales actuaciones judiciales y administrativas; la prestación de asistencia para que el individuo pueda presentar sus opiniones y preocupaciones y que éstas puedan ser examinadas; y la satisfacción de sus necesidades de vivienda, educación y atención infantil no deberían depender de la determinación subjetiva de que el caso “procede”.

12. Situación/retorno de las víctimas de la trata de personas

20. La Alta Comisionada opina 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.

21. Como mínimo, la identificación de un individuo como víctima de la trata de personas debería ser suficiente para evitar que se produzca su expulsión inmediata contra su voluntad y para que puedan aplicarse inmediatamente las disposiciones del Protocolo de amplia protección y asistencia que fueron sugeridas *supra*. La Alta Comisionada insta a los Estados Miembros a que estudien la posibilidad de aprobar una disposición por la cual las víctimas de la trata de personas podrían tener la opción de permanecer por lo menos temporalmente en el país receptor. Esa disposición, además de constituir una medida de seguridad, alentaría a las víctimas de la trata de personas a cooperar con las autoridades y, de esa manera, contribuir al logro de los objetivos del Protocolo en materia de aplicación de la ley. En ese contexto, es importante observar que la protección de las víctimas debe examinarse separadamente de la protección de los testigos, ya que los organismos encargados de la investigación y enjuiciamiento no seleccionarán a todas las víctimas de la trata de personas para que actúen como testigos en las actuaciones penales.

13. Rehabilitación de las víctimas

22. La Alta Comisionada estima que la limitación a “los casos en que proceda” en el proyecto de artículo 7 es innecesariamente restrictiva y contraviene las leyes internacionales en materia de derechos humanos, en que claramente se estipula que las víctimas de violaciones de los derechos humanos, como en el caso de la trata de personas, deben tener acceso a recursos válidos y apropiados de satisfacción. El actual párrafo 1 del artículo 7 podría fortalecerse incluyendo una disposición general por la que los Estados partes estuvieran obligados a suministrar información a las víctimas de la trata de personas sobre sus posibilidades de obtener reparación, incluida la indemnización por la trata de personas y otros actos delictivos de que hubieran sido víctimas, y a prestar una asistencia razonable a esas víctimas para que pudieran obtener la reparación a la que tuviesen derecho con arreglo a la legislación nacional.

23. La obligación de los Estados de considerar la posibilidad de aplicar medidas “para proveer al restablecimiento físico, psicológico y social de las víctimas” de la trata de personas debería precisarse más. La Alta Comisionada sugiere que se incluya una disposición por la que los Estados partes (individualmente o por conducto de la asistencia y cooperación internacionales) deban adoptar medidas para proveer al restablecimiento físico, psicológico y social de las víctimas de la trata de personas.

24. Por último, la Alta Comisionada observa que el término “rehabilitación”, tal como se utiliza en los textos jurídicos internacionales, se reserva en general para los malhechores. Los términos utilizados en los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder - “resarcimiento”, “indemnización” y “asistencia” en favor de las víctimas- (véase la resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo) serían mucho más apropiados en este contexto.

14. Prevención de la trata de personas

25. La Alta Comisionada señala que, en algunas situaciones, las medidas nacionales de lucha contra la trata de personas se han utilizado para discriminar contra la mujer y otros grupos de manera tal que se les deniegue su derecho fundamental a abandonar el país y emigrar en forma legal. En el proyecto de artículo 12, podría ser útil incluir una disposición por la cual las medidas destinadas a prevenir la trata de personas no tuviesen efectos discriminatorios ni violasen el derecho del individuo a dejar su país o emigrar legalmente a otro.

D. Relación entre ambos protocolos

Necesidad de velar por la compatibilidad de ambos protocolos y evitar conflictos en su aplicación

26. La Alta Comisionada hace suyo el concepto de elaborar dos Protocolos, uno relativo a la migración ilícita y otro relativo a la trata de personas. Sin embargo, es menester garantizar la compatibilidad de ambos instrumentos y evitar conflictos en su aplicación, tanto independiente como conjunta.