

**EL TRÁFICO DE SERES HUMANOS Y LA ASISTENCIA A LA
INMIGRACIÓN IRREGULAR.¹ LA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO**

**HUMAN TRAFFICKING AND IRREGULAR
IMMIGRATION ASSISTANCE. THE RESPONSE
OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW**



ANTONIO MUÑOZ AUNION *

¹ A diferencia del tráfico de seres humanos que podrá ser tanto de carácter internacional (dos o más Estados) como nacional (esto es, dentro de las fronteras de un solo Estado) por definición la asistencia a la inmigración irregular tendrá siempre un carácter internacional. La definición de Europol de migración organizada ilegal que se encuentra en su Convenio es. " (...) actividades dirigidas deliberadamente a facilitar por motivos económicos, la entrada en, la residencia o el empleo, en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea contrariamente a las reglas y requisitos aplicados por los Estados miembros. " (art. 2. Anexo Mencionado en el artículo 2. Lista de otras formas graves de delincuencia internacional de las que Europol podría ocuparse además de las ya enunciadas en el apartado 2 del artículo 2 y en cumplimiento de los objetivos de Europol según se enuncian en el apartado 1 del artículo 2. Convenio basado en el artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una Oficina Europea de Policía.)

I. Introducción. II. Las distintas clases de tráfico. III. Precisiones conceptuales. IV. Principales problemas que el tráfico de seres humanos implica en el contexto actual. Conclusión. Referencias Bibliográficas. Fecha de recepción 26/10/2012 fecha de aceptación 25/11/2012.

RESUMEN

El Derecho internacional de las migraciones se encuentra superado por los movimientos migratorios contemporáneos. Asimismo, se contempla por los países receptores a la migración como un peligro vinculado a cuestiones de terrorismo y de pobreza en las regiones de origen, este enfoque miope impide que exista una aproximación global al problema lo cual repercute en un aumento de la desigualdad y en la aparición de una nueva esclavitud. Desde Naciones Unidas, la acción es básicamente testimonial y ni los relatores ni los convenios internacionales impulsados por la misma han tenido efectos. Mientras tanto, las redes migratorias y bancarias clandestinas toman el relevo y extienden su cobertura y en ocasiones resultan contaminadas por la criminalidad organizada. Es labor de las Naciones Unidas, de los gobiernos, y de las organizaciones regionales de integración económica establecer órganos de monitorización de las transacciones comerciales y de las remesas realizadas por los emigrantes a sus países de destino y diluir todo rastro de economía no legítima debido a su amenaza potencia.

ABSTRACT

The international migration law is overwhelmed by contemporary migration. It is also contemplated by recipient countries to migration as a risk linked to issues of

* Doctor en Derecho Internacional. Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Chile

terrorism and poverty in regions of origin, this short sighted approach prevents the coming into age of a global approach to the problem which is causing a rise in inequality and the emergence of new forms of slavery. From the United Nations actions are basically testimonial, both international Conventions & Rapporteurs drive have had the same poor effect. Meanwhile, migration networks and underground banking take over and extend their coverage and are sometimes contaminated by organized crime. It is the call of the United Nations, governments, and regional economic integration organizations to establish monitoring bodies of commercial transactions and remittances made by migrants to their countries of destination and to diffuse all traces of blurred economy given its global menace.

PALABRAS CLAVES

Trata de seres humanos, inmigración clandestina, seguridad humana, refugiados económicos, acción proactiva de organismos internacionales.

KEYWORDS

Human Trafficking, Irregular Migration, Human Security, Economic Refugees, proactive action by international institutions.

I- INTRODUCCIÓN

La conducta migratoria del extranjero que ha ingresado en el territorio estatal sin autorización administrativa no se ha conceptualizado tradicionalmente como delictiva.² Sin embargo, si se han castigado desde siempre los

² Se apunta que los Estados determinan los pasos o puntos especialmente habilitados para el ingreso o salida de sus territorios, puesto que es en esa instancia cuando las autoridades estarán en condiciones de rechazar o admitir el ingreso de un extranjero: En ese marco, se considera irregular el ingreso de un extranjero: a) por un lugar no habilitado para el control migratorio, b) por

comportamientos favorecedores de tal inmigración incluso, hoy día, se llegan a prever sanciones por acciones muchas veces humanitarias (por ejemplo, dar cobijo a inmigrantes indocumentados, ayudarlos a recorrer un trayecto, proporcionarles ayuda³ o una remuneración a cambio de una prestación laboral – sin incurrir en abuso alguno.) Se apunta que sólo en el contexto de entradas no documentadas o con documentos falsos ofrecidos mediante el pago debería estar sujeto el tráfico a penas. (NADIG, A.; 2002 pp. 1- 25)

Ciertamente la pena es distinta para estas actividades sensiblemente menor a las que sancionan el tráfico de seres humanos. En cualquier caso, la inmigración irregular es prácticamente siempre fuente de tragedias humanas y presa fácil para el crimen internacional. La violencia en las zonas fronterizas, de distinta clase y en distinto grado, acompaña los cruces fronterizos en distintas zonas del mundo, lo que aumenta la vulnerabilidad de las víctimas y la falta de protección de los migrantes, especialmente, mujeres y niños.

Nos encontramos principalmente ante un problema principalmente de legalidad mezclado con la costumbre y la tolerancia, tanto a nivel internacional,

un lugar habilitado pero eludiendo el control migratorio, o c) utilizando documentación falsa. En cuanto a la permanencia, la irregularidad estará determinada: a) por el ingreso ilegal, b) por permanecer en el país una vez vencido el plazo autorizado, o c) cuando, intimado a abandonar el país, no lo hace en el plazo otorgado para hacerlo. (ROMAGNOLI 1999) *Aspectos Jurídicos de las Migraciones Internacionales*. Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina edición especial julio.

La tendencia actual es a criminalizar la acción del inmigrante lo cual lo coloca en una situación de desventaja cultural frente a los procedimientos.

³ Actividades, por ejemplo que se desarrollan hoy día en la frontera entre México y EEUU, en la que ONG's colocan recipientes con agua en las zonas despobladas con objeto de ayudar a mantener con vida a los emigrantes irregulares que intentan cruzar al otro lado. La línea divisoria entre esta asistencia y actividades ilegales de acogida de inmigrantes no está bien delimitada. Vid. http://www.humaneborders.org/about/about_wstations.html

como nacional.⁴ Un ejemplo de esto lo encontramos en 1850 cuando el Congreso norteamericano tuvo que adoptar la Ley del Esclavo Fugitivo que convertía en delito sancionable con seis meses de prisión y una multa de 1000 dólares al que asistiera a un esclavo, precisamente, por el éxito del *Underground Railroad* que ayudaba a los esclavos huidos a ir hacia los estados del Norte y Canadá. Los abolicionistas odiaban tanto esta "peculiar institución" que conscientemente violaban la ley y seguían ayudando a las víctimas a alcanzar la libertad.⁵

Un siglo después durante la Guerra Fría, muchos tipos de personas se involucraron en el peligroso mundo del tráfico de seres humanos para ayudar a aquellos que se encontraban detrás del telón de acero.⁶ Algo que se toleraba en

⁴ Con independencia de problemas de seguridad, tradicionalmente, la actitud respecto de los trabajadores no documentados ha sido la siguiente: 1) *laissez faire* representada por una tolerancia de los trabajadores indocumentados, sin reconocimiento formal de su existencia mientras que contribuyan a la economía, permanezcan invisibles y no reivindiquen sus derechos humanos; 2) represiva, sancionando a los inmigrantes indocumentados, y la criminalización de sus actividades; 3) instrumental, reconociendo el valor de su contribución tanto a la sociedad de acogida mediante su trabajo y a la sociedad de origen mediante el envío de remesas, y asegurando la protección de sus derechos mediante una variedad de medios.

⁵ En la actualidad este término sigue teniendo su importancia. Vid. *Migration Newsheet*, *passim* for church actions in support of asylum seekers. Sobre el movimiento antiesclavista, véase, John Brown's Provisional Constitution, y la obra sobre su vida de David S. Reynolds *John Brown. Abolitionist: The Man who killed slavery. Sparked the Civil War and Seeded Civil Rights* 2005.

⁶ Sobre este tema, en mayor detalle, véase DUPRE, P.; *Caught in the Act* 1988 Costello. Londres. Así como las actividades anteriores de Varian Fry, Oscar Schindler, Wallenberg, Foley o Nicholas Winton, en la década de los 30 y 40, y la acción de los pescadores daneses que transportaron a refugiados judíos a áreas seguras pero a cambio de un pago por sus servicios. vid *The Saviour*, CAROLL.; D. *The Independent Magazine* Londres 11 marzo 1995; THOMAS KENEALLY (1992) *Schindler's Ark*; Sharon Línea (1993) *Raoul Wallenberg: The Man who Stopped Death*; MICHAEL SMITH (1999) *Foley: The Spy who saved 10.000 jews*. Holder & Stoughton London; Nicholas Winton organizó el transporte de niños para ayudar a los niños a huir de Praga en 1939 en Nicholas

parte debido a una deuda de conciencia. Según (LOESCHER, 2003, P. 584) " lo único relevante para el inmigrante del bloque soviético era el refugio, y éste era sinónimo, a los ojos occidentales, de deserción. "

Ciertamente, pocos traficantes han llevado a cabo esta actividad por motivos humanitarios, ⁷ existen muchas actividades asociadas al tráfico y asistencia a la Inmigración Ilegal que son delictivas y que llevan a numerosos abusos individuales. No es menos cierto que ser llevado de forma ilegal a un **santuario** es cada vez más, hoy día, la única opción para los solicitantes de asilo. ⁸ Sin embargo, aquel solicitante de asilo que acude a un traficante puede

Winton and the Rescued Generation: Save One Life, Save the World (The Library of Holocaust Testimonies) (eds) [MURIEL EMANUEL](#), [VERA GISSING](#) 3rd ed. London ; Portland, OR : Vallentine Mitchell, 2002, ©2001.

⁷ En realidad, los traficantes se alimentan de las crisis humanitarias. En 1999 abrieron una lucrativa ruta entre Indonesia y Australia para afganos e iraquíes desesperados que huían del caos en sus países y que tenían una evidente necesidad de protección. Otras bandas ofrecían a los refugiados kosovares en Albania y Macedonia viajes a Europa occidental por el equivalente a unos 1000 dólares. Trafficking in Migrants Quarterly Bulletin N. 19 1999 Traffickers Make Money Through Humanitarian Crises p. 1

⁸ Como MICHAEL DUMMETT apunta " la culpa de la existencia de estos despreciables traficantes de seres humanos se encuentra principalmente en los gobiernos que han erigido barreras que estos ayudan a personas asustadas a sortear." " Immigration and Refugees London Routledge 2001 p. 44 vid. también, KHALID KOSER, The Smuggling of Asylum Seekers into Western Europe. Contradictions, Conundrums and Dilemmas. Refugee Studies Centre Library Paper. 11 April 2001.

Por ejemplo, en octubre del 2001. un barco cargado de " inmigrantes ilegales " con destino a Australia naufragó en las cercanías de sus costas, ahogándose tres menores cuyo padre se encontraba refugiado en Australia bajo un régimen de " Visa Temporal de Protección " que le impedía que su esposa e hijas se les unieran. No teniendo otra opción que acudir a manos de traficantes. Al mismo tiempo que el Primer ministro declaró su pesar por lo ocurrido, no se le eximió de otra condición de su visa, la cual tenía el efecto de sí salía del país para visitar a su esposa, no se le permitiría regresar a Australia. GREENLESS D./ WALKER V.; " Photo all that remains of little girls. " Australian, 25 October 2001.

gravemente comprometer su petición a los ojos de muchos Estados. Se presenta una imputación de doble criminalidad: - no sólo los refugiados desprecian las fronteras nacionales sino que además se asocian a grupos criminales de tráfico para hacerlo. (LOESCHER, GIL & MILNER, JAMES.; 2003, p. 585) ⁹

Sin embargo, (JOHNSON, 1980) apunta que ni en el Convenio de 1951 ni en el Protocolo de 1967,

“ en ninguno de dichos instrumentos, no obstante, se hace ninguna indicación de que se realice un pago en orden a salir del país de origen como un factor relevante. Por tanto, en relación a la definición convencional de refugiado, no queda lugar para la controversia: los pagos hechos a las autoridades de las que una persona esta escapando no afectan a la valoración de su estatuto de refugiado. Tampoco hay razón para sugerir que el hecho de los pagos afecta en medida alguna los deberes respecto de los refugiados, por parte de los Estados bajo el derecho internacional consuetudinario, en todo lo que puedan existir estos deberes. ... ” ¹⁰

⁹ Además, sobre la criminalización de los refugiados, vid. MORRISON, JOHN.; “ How Anti – Trafficking Initiatives Criminalize Refugees ” Campaign Against Racism and Fascism. April / May 2001. FELLER, E.; “ The Convention at 50. The Way Ahead for Refugee Protection. ” Forced Migration Review issue 10. pág. 6-7 Para el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, ÁLVARO GIL- ROBLES – una persona que realmente necesite de esta protección del Convenio de Ginebra de 1951 no puede tener una esperanza realista de entrar de forma legal en el territorio del país cuya protección busca. – cit. Migration as a Challenge for the 21st Century, and the limits of the Human Rights Paradigm. p.4 <http://www.forcedmigration.org/events/prague2004>.

¹⁰ Vid, asimismo, GUY GOODWIN – GILL que afirma “ el hecho de que un solicitante de asilo haya pagado por su pasaje no perjudica su estatuto como refugiado, las personas han pagado para escapar de la opresión por siglos y otras se han beneficiado de eso durante el mismo período de tiempo. ” Declaración realizada en la Conferencia sobre Refugiados indo- chinos Australia National University 30- 31 July 1979.

El tráfico de seres humanos ocurre con facilidad por qué a las víctimas se las hace creer que tendrán una oportunidad de trabajo con un empleo decente y con un salario adecuado. A pesar de que dan su consentimiento a acudir al país de destino, este se obtiene mediante argucias, siendo viciado.¹¹ De ahí que en toda definición de tráfico se deba reconocer que éste nunca es producto de consenso.

En líneas generales, el tráfico interno de seres humanos es al tráfico internacional de seres humanos, lo que el desplazamiento interno a los movimientos de refugiados, si bien los límites de la soberanía para el Derecho Internacional hacen que las situaciones que ocurren en el interior de las fronteras sea más difícil de regular.

Respecto de los sujetos activos, el tráfico de seres humanos, en las últimas décadas, ha sido también un trabajo fácil ya que, en la mayoría de las veces, los traficantes quedaban impunes. Existiendo pocas normas según las cuales podían ser castigados y pocas veces eran aplicadas. Cuando los traficantes eran detenidos y juzgados, no llegaban a ser condenados en razón a: la corrupción,¹²

¹¹ Los Traficantes no sólo hacen dinero de los pagos que les hacen las víctimas sino también del trabajo que estos desempeñan.

¹² En su Resolución 55/61 de 4 de diciembre de 2000, la Asamblea General reconoció que un instrumento legal internacional efectivo contra la corrupción, independiente del Convenio de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional era deseable y decidió establecer un Comité Ad Hoc para la negociación de dicho instrumento, el texto del Convenio fue negociado durante siete sesiones del Comité entre el 21 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003 El Convenio aprobado por el Comité Ad Hoc fue adoptado por la Asamblea General por Resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003 quedando abierta a la firma hasta el 9 de diciembre de 2005.

Además, es de destacar, como un elemento positivo, el artículo 13 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Corrupción de 31 de octubre de 2003 que permite la participación activa de individuos y grupos como integrantes de la Sociedad civil, ONG's y organizaciones humanitarias, en la lucha contra la corrupción.

la falta de testigos, la débil protección de los mismos, o el temor de las víctimas a la deportación o a partes intervinientes en procedimientos penales, a pesar del principio de no criminalización de los actos de las víctimas del tráfico.¹³ Además, las víctimas temen las represalias de los traficantes, las recriminaciones por parte de sus familias o en sus lugares de origen, y por cuanto a las mujeres, el estigma de quedar estigmatizadas como prostitutas.

(RUSSELL K.; 1984) apunta que “ (...) la historia del mercado mundial del trabajo desde los tiempos de la esclavitud ha acordado siempre a los emigrantes un valor económico, pero si bien anteriormente, el trabajo del inmigrante tras la llegada al país de destino era el principal recurso del que disponían y del que los empresarios se beneficiaban. (de hecho, entre la mitad y dos terceras partes de la inmigración de raza blanca que llegó a las colonias británicas norteamericanas entre 1630 y la Revolución lo hizo bajo “ servidumbre apalabrada” por la cual intercambiaban su fuerza de trabajo y libertad, de forma temporal, por un pasaje a las Colonias, respetándose mutuamente, por regla general, el acuerdo.)¹⁴

Hoy día, son los inmigrantes quienes soportan el coste de la migración y el acto de la inmigración irregular al que le ponen precio los *expertos en el cruce de fronteras*. En otras palabras, “ existe un tipo de *sociedad mercantil irregular de la inmigración clandestina*, en el que la economía migratoria se articula a través del funcionamiento económico del proceso migratorio propiamente dicho, y no a través del cálculo de los beneficios entre las sociedades de envío y de acogida.”¹⁵

¹³ A nivel internacional, un buen ejemplo, lo encontramos en el Reglamento de Naciones Unidas n. 2002/4 sobre la Prohibición del Tráfico de Personas en Kosovo, en el que se afirma: “ una persona no es penalmente responsable de la prostitución o entrada ilegal, presencia o trabajo ilegal, en Kosovo, si dicha persona dispone de pruebas que apoyan la creencia razonable de que él o ella fueron víctimas del tráfico. ”

¹⁵ KING R. A.; Celebration of Migration Brighton University of Sussex Public Lecture 1996 p. 16 También, Vid. “ International Migration Forum: A Tentative Summary. ” EUI Review European

El tráfico se encontraría en un nivel superior al de la introducción ilegal, en términos económicos.

Además socavan todo esfuerzo hacia el establecimiento de canales organizados de inmigración. Esta *sociedad irregular* también sirve para fomentar otras actividades criminales reinvertiendo en ellas, cerrando un círculo vicioso. De ahí que sea necesaria una regulación minuciosa de las agencias de empleo, tanto las pequeñas y especializadas como las empresas multinacionales, en los países de destino así como sus oficinas en los de origen.¹⁶

Para agravar aún más la situación, en numerosos países siguen sin existir normas nacionales para sancionar los crímenes del tráfico de seres humanos, de ahí que el tráfico en estas zonas sea de difícil control y que el problema se incremente.¹⁷

University Institute Nov. 1998. " El Tráfico organizado de personas por cárteles del crimen organizado operados de forma transnacional, ha venido a ser un mediador cada vez más importante de la Inmigración en Europa, reemplazando parcialmente o al menos recubriendo los factores de atracción y empuje clásicos entre países de origen y destino, o la migración basada en relaciones personales y redes familiares. " [http:// iue.it/General/EUI.Review](http://iue.it/General/EUI.Review).

¹⁶ Con objeto de evitar, situaciones como que los términos del contrato legal firmado no se correspondan con la realidad; la retención de pasaportes o salarios, etc. Vid. [Handbook on establishing effective labour migration policies in countries of origin and destination. OSCE-IOM-ILO](#). Parte III. Developing policies in countries of origin to Project migrant workers p. 44 2006. Asimismo, BARUAH, N.; The Regulation of Recruitment Agencies: Experience and Good Practices in Countries of Origin in Asia " en C. Kuptsch (ed) Merchants of Labour ILO Geneva. 2006.

¹⁷ Por ejemplo, la legislación penal boliviana no tipificó hasta el 2005 como delito el tráfico de seres humanos, sólo aplicable a menores de 18 años, imposibilitando de esta manera la acción plena de la justicia sobre los autores de este atentado a los derechos humanos. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ubicó a Bolivia, en un estudio sobre el tráfico ilegal de personas en el denominado "tercer nivel". Al menos 25 países disponen de una legislación amplia anti – tráfico, esto es que cumple con la triple aproximación de prevención, protección y persecución, y considera el problema como uno de derechos humanos. Otros 15 países se

Si bien el tráfico de seres humanos es un problema tanto para los Estados de origen como de destino, los esfuerzos en la lucha contra el tráfico se han dirigido, principalmente, hacia los países de origen.

Los factores que fomentan el tráfico en estos países son: altos niveles de desempleo, mercados laborales cerrados a las mujeres,¹⁸ discriminación sexual o étnica,¹⁹ pobreza,²⁰ huida de persecuciones, violencia, abusos, o violaciones de los derechos humano, las condiciones medioambientales, la percepción de condiciones mejores en otros países, entre otras. La Organización Internacional

encuentran considerando la adopción de normas de este contenido. Alrededor de 100 países tienen disposiciones en sus códigos penales que tipifican el tráfico de personas como un crimen lo cual cumple con el art. 5 del Protocolo.

¹⁸ Los informes de la OIT muestran que las mujeres necesitan más y son más vulnerables a las redes de tráfico debido a " su limitado acceso a información, falta de tiempo para buscar los cauces legales de inmigración, falta de recursos financieros con los que pagar los gastos, la naturaleza del trabajo y las formas migratorias que quedan abiertas para las mujeres. " International Labour Organisation. Preventing Discrimination, Exploitation and Abuse Migrant Workers. An Information Guide Booklet 1 The Focus on Women International Migrant Workers (2003)

¹⁹ Existe un vínculo efectivo entre tráfico y discriminación racial, así respecto de las mujeres, las de cierto grupo racial o étnico están más sujetas a abusos en mayor medida que otras. No sólo puede representar un factor de riesgo para el tráfico sino que también puede determinar las vivencias de la mujer en los países de destino. Además, la ideología racista, la discriminación racial, étnica y de género puede crear una demanda en la región, país de destino que puede contribuir al tráfico de mujeres y niñas. Vid. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y Formas Conexas de Intolerancia. Durban. Convocada por la Asamblea General en 1997. 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001.

²⁰ El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales define la pobreza como " una condición humana caracterizada por una privación crónica o duradera de los recursos, capacidades, elecciones, seguridad y poder, suficientes para el disfrute de un estándar de vida adecuado y otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

del Trabajo ha relacionado el aumento del tráfico con las políticas que siguen ciertos gobiernos con el propósito de promover la exportación de mano de obra de cara a un trabajo en el extranjero aumentando de esta forma las remesas de los inmigrantes y ocultando de paso los problemas de paro y de orden interno.

Los principales aspectos de los derechos humanos de las personas traficadas que tienen que protegerse en los países de destino son: el acceso a cuidados médicos, psicológicos, y legales, períodos de reflexión y permisos de temporales de residencia, derecho a la seguridad, derecho a un pronto restablecimiento del trauma, la posibilidad de iniciar procedimientos penales, el derecho a un estatuto de residencia, el derecho a una compensación por daños materiales y morales, el derecho a protección de sus datos, el derecho a integrarse socialmente tanto en el país de origen como de destino.

II. LAS DISTINTAS CLASES DE TRÁFICO Y SUS RESPUESTAS TEÓRICAS

A. DISTINTAS CLASES DE TRÁFICO POR SUJETOS

En todo el mundo desde los pueblos en los rincones de Asia hasta las ciudades del Este de Europa, mujeres, menores,²¹ y hombres son objeto de tráfico en el mercado internacional del sexo,²² del empleo sumergido²³ o del

²¹ Los menores no son solo víctimas necesitadas de protección, sino también sujetos de derechos en línea con su Estatuto; (bajo la Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, BOE núm. 313 de 1 de diciembre de 1990 -) capaces de decisiones y acciones cuyas opiniones deben ser tenidas en cuenta de conformidad con el artículo 12 del Convenio que garantiza que los Estados partes permitirán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Esta facultad del menor es crucial tanto para la prevención del tráfico como para su recuperación y reintegración.

²² Vid. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el tráfico de mujeres para fines de explotación sexual. COM (96) 567: " El Tráfico para fines de explotación sexual cubre a aquellas mujeres que han sufrido intimidación y/o violencia durante el proceso de tráfico. El Consentimiento inicial no es relevante ya que algunas entran en la cadena de tráfico a sabiendas de que trabajarán como prostitutas, pero posteriormente van a verse privadas de sus derechos humanos básicos, en condiciones similares a la esclavitud. " Vid, ibidem, (2000) Informe de la 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. Documento E/CN.4 /2000. 68 NNUU.

²³ El Tráfico de Seres Humanos se encuentra situado en el tercer lugar del crimen organizado por beneficio, detrás del tráfico de drogas y de armas. Vid. MADELEINE K. ALBRIGHT. *Remarks at the Meeting on Trafficking in Women in Children*. Mumbai, India (Mar. 24, 2000). Como afirma STOECKER, S.; (2000) " el tráfico de seres humanos es, sin dudas, una rama principal del crimen organizado. " A diferencia del tráfico de drogas, el tráfico de personas ha pasado a ser menos arriesgado, las penas son mucho menos severas, la inversión inicial menor, y las pruebas tienen movilidad y suelen desaparecer. "

tráfico de órganos.²⁴ Si bien el desvalor, respecto de estos dos primeras, es distinto, como afirmó, el Comité Especial encargado de elaborar la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.²⁵

COOMARASWAMY señala que “ la trata de personas para responder a sus manifestaciones modernas se centra más en el trabajo forzado o en prácticas análogas a la esclavitud en lugar de hacerlo específicamente en la prostitución o la explotación sexual, los objetivos de la trata exceden los trabajos sexuales, concentrándose en el trabajo doméstico, manual o industrial y el matrimonio y adopción u otras relaciones íntimas pero sin limitarse a ellas. ”

El tráfico sexual discurre en paralelo a los flujos migratorios y laborales.²⁶ Existiendo la tendencia de situar éste en el escalafón más alto de la preocupación internacional.²⁷

²⁴ Respecto del mercado de tejidos humanos y partes del cuerpo, la falta de información no permite una estimación adecuada. Utilizando información sobre trasplantes legales, se puede dar una imagen aproximada. Entre 1978 y 1994, alrededor de 300.000 trasplantes de todo tipo se realizaron en el mundo con Estados Unidos a la cabeza. La Corporación *Baxter Health Care* estima que la demanda de las operaciones de trasplantes alrededor del mundo se incrementa en un 15% anual mientras que la donación de órganos ha permanecido inalterada. El déficit de órganos se espera que aumente entre cierto grupo de personas que están sanas y que desean vivir más de lo que sus cuerpos puedan naturalmente permitir. Vid. TROUNG, THANH – DAM.; “ Human Trafficking and Organized Crime ” July 2001 Institute of Social Studies. Working Paper n. 339. The Hague. p. 2

²⁵ En su primer período de sesiones, de 15 de enero de 1999 A/AC. 254/8 “ *Teniendo presente* que, además, ambas categorías de personas son más vulnerables que los hombres para ser víctimas de ciertos tipos de actos ilícitos. ” DEREK SCALLY.; Human Trafficking: Examining the International Trade in Human Life. Irish Times Oct. 21 2001. Vid. También, Comisión de las Comunidades Europeas Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación de los niños y la pornografía infantil. Bruselas 22.12.2000 COM (2000) 854 final 2001/0024 (CNS) pág. 1 `` Vid. CORENE, R.; “ The Victimization of Women Through Human Trafficking – An Aftermath of War ¿ (2002) 10 European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice.

Respecto de las mujeres de los países en desarrollo o subdesarrollados, éstas son objeto de promesa de transporte a países más desarrollados bajo la idea de que van a desempeñar trabajos en comercios, como camareras, o asistentes del hogar. La realidad es bien distinta.²⁶ En relación con esto, la *emergente* sociedad civil en los países de origen, es víctima indirecta y no acaba de afianzarse, debido a la financiación de los Gobiernos en los países de destino, de ONG's para promover una legislación en estos países tolerante con el tráfico y

²⁶ La internacionalización de los mercados laborales, el libre comercio representa también la internacionalización del cuerpo de la mujer para el mercado sexual. (DE DIOS, 1993 p. 3- 11) en CHILLA BULBECK,; Re – Orienting Western Feminism Women's Diversity in a Postcolonial World. Cambridge University Press 1998. La celebración de acontecimientos internacionales, también puede incrementar el comercio sexual. Vid. Sobre la Celebración del Campeonato Mundial de Fútbol en Alemania en el verano del 2006 la delegación sueca llamó la atención a sus colegas del Consejo del riesgo de un aumento del tráfico / trata de seres humanos (prostitución) en el contexto del mismo. Comunicado de Prensa 2709 th Reunión del Consejo Justicia e Interior Bruselas 21 de febrero de 2006. 6077/06 (Presse 38)

²⁷ Aún en el año 2002, el Consejo de Europa, en su Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1545 de 2002 mantenía: " en las sociedades europeas, el tráfico es un asunto muy complicado estrechamente unido a la prostitución y formas subrepticias de explotación, como la esclavitud doméstica, los matrimonios por catálogo, y el turismo sexual. Alrededor del 78% de las mujeres víctimas del tráfico son, de una forma u otra, explotadas sexualmente. "

²⁸ " El Tráfico no es más que una moderna forma de esclavitud, un crimen incalificable e imperdonable contra los miembros más vulnerables de la sociedad global. " Es importante, realizar la distinción entre " empleo ilícito " y " prostitución forzosa ", sólo cuando una situación es comparable a la esclavitud, la explotación puede ser considerada como tráfico de seres humanos. Vid. Global Alliance Against Trafficking in Women 2002.

El gobierno estadounidense estima entre 1 y 2 millones la cifra de mujeres y niños que son objeto de tráfico cada año. Por su parte, la Comisión Europea estima que unas 120 000 mujeres y niños son objeto de tráfico en la Unión Europea. <http://europa.eu.int/comm/eurostat/Public/datashop/print-catalogue/EN?catalogue=Eurostat>. Según la OIT, afecta cada año a alrededor de 2, 5 millones de personas en el mundo. En términos absolutos, el 80 % de los afectados son mujeres y niños.

la prostitución: su objetivo indirecto es legitimar y mantener un flujo de mujeres para las industrias del sexo en el extranjero. De ahí que las verdaderas voces de los ciudadanos en los países de origen queden suplantadas por la voz de los países de destino, resultando en una corrupción de la Sociedad Civil.²⁹

Por su parte, el tráfico de menores se puede dividir, al menos en tres subcategorías, en relación a las distintas edades: 1) La primera es la de adolescentes con edades comprendidas entre 15 a 17 años, lo suficientemente maduros para decidir abandonar sus hogares. 2) el segundo grupo comprende a los menores preadolescentes que son traficados en ciertas áreas del mundo para el trabajo y la mendicidad 3) el tercer grupo comprende a los recién nacidos, en la mayor parte traficados para la adopción ilegal.³⁰

A pesar de la escasez de información, existe la amplia opinión de que la mayoría de las víctimas del tráfico son mujeres³¹ y menores.

COOMARASWAMY, antigua Relatora especial, explica la predominancia de las mujeres como víctimas del tráfico de seres humanos, como sigue: " (...) la falta de derechos concedidos a las mujeres sirve como factor causal principal en el

²⁹ Si bien un número de organizaciones no gubernamentales y grupos de apoyo a las mujeres han desarrollado estrategias de intercepción junto a miembros de las fuerzas de seguridad dirigidos a prevenir la migración de mujeres que se trasladan en lo que parecen circunstancias "sospechosas" y las reubican en lugares protegidos, estas intervenciones acaban terminando en restricción de los derechos de las mujeres o en el fomento de la corrupción. Dale Huntington, Population Council, *Anti-Trafficking Programs in South Asia: Appropriate Activities, Indicators and Evaluation Methodologies* 21 (Mar. 2002), available at http://www.popcouncil.org/pdfs/rr/anti_trafficking_asia.pdf.

³⁰ Esta venta ilegal no representa tráfico de seres humanos siempre que el recién nacido no sea explotado. La venta de bebés generalmente resulta en una situación que no es explotadora respecto del menor.

origen de la migración de la mujer y del tráfico. El fracaso de las estructuras existentes económicas, políticas y sociales en prestar oportunidades justas e igualitarias para las mujeres en el trabajo ha contribuido a la feminización de la pobreza, que a su vez ha dado lugar a la feminización de la migración, al dejar las mujeres sus hogares a la búsqueda de opciones económicas viables. Además, los conflictos políticos, la inestabilidad, el militarismo, conflictos civiles, conflictos armados internos y desastres naturales también aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y puede resultar en un incremento del tráfico. ”

Si bien no hay pruebas que apoyen esta afirmación,³² si existe evidencia clara que sugiere que los menores (en número cada vez más amplio) son víctimas del tráfico.³³ Los textos internacionales ponen especial énfasis en la obligación de los padres de no abusar de su posición de autoridad o de la vulnerabilidad de los menores a su cargo. El texto de referencia que enmarca los derechos del menor es el Convenio sobre los derechos del menor de 20 de noviembre de 1989, y en él se establecen obligaciones jurídicas para los Estados partes vinculadas con la trata, se refiere a los abusos sexuales, y a la venta de niños. El Comité encargado de velar por el cumplimiento de sus disposiciones consideró que era importante tratar asuntos como la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los

³² ANDERSON, BRIDGET / JULIA O´CONNELL DAVIDSON. ; ” Trafficking – a demand led problem? Part 1: Review of Evidence and Debates ” Report of the University of Nottingham and Save the Children Sweden 2004 p. 22. Un dato puede ser que el resultado de la investigación sobre prácticas de personas alojadas en refugios en los que las mujeres y menores representan la mayor parte de las personas traficadas, esto puede ser debido al hecho de que tanto unos como otras, suelen ser identificados con mayor facilidad por los cauces oficiales de detección. GALLAGHER, A.; PEARSON, E.; ” The High Cost of Freedom: A Legal and Policy Analysis of Shelter Detention for victims of Trafficking ” 32 Human Rights Quarterly 73, 95 (2010)

³³ Vid. Human Rights Watch: ILO – IPEC, 2002 a; ILO – IPEC. 2002 b

niños en la pornografía, y esta situación llevó a la adopción de un Protocolo facultativo que se aprobó en la Asamblea General el 16 de mayo de 2000.³⁴

B. LAS RESPUESTAS TEÓRICAS

Esta plaga – compuesta de la esclavitud, el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos³⁵ a modo de jinetes del Apocalipsis - aflige a la humanidad y en el curso de los últimos 20 – 30 años, el fenómeno ha alcanzado dimensiones realmente preocupantes que los Estados a título individual son incapaces de combatir.³⁶ El G- 8, en 1999, se comprometió a luchar contra la cara oscura de la Globalización, “ el crimen internacional organizado que amenaza a la sociedad y a

³⁴ En mayor detalle, véase, BADÍA MARTÍ, A. M.; “ Noción Jurídica internacional de la trata de personas ... ” en *Libro Homenaje a J. A Carrillo Salcedo. Soberanía del Estado y Derecho Internacional* vol. 1 pp. 186 y ssgs; también, véase DÍAZ BARRADO, C.M.; “ La Convención sobre los derechos del niño ” *Estudios Jurídicos: en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho. Córdoba – Universidad v. 2. v. 1 1991. pp. 181-221*

³⁵ El concepto de tráfico de personas (en español "trata" en las discusiones preparatorias en Naciones Unidas) se diferencia del término contrabando de personas, o traslado ilícito de personas (Smuggling), y esta diferencia es importante para comprender la necesidad de proporcionar protección adecuada a las víctimas de tráfico o trata.

³⁶ Al crecimiento de estas actividades se las ha denominado como “ la cara oculta de la globalización ” Comunicado de la Conferencia de Ministros de los países del G- 8 sobre la lucha contra el crimen transnacional organizado Moscú 19- 20 octubre 1999. Las estadísticas oficiales son seguramente mucho menores que el número real de personas víctimas de tráfico. LACZKO FRANK (2002) “ Human Trafficking: The Need for Better Data ” IOM November 1

la economía, el tráfico de seres humanos fue uno de los crímenes internacionales mencionados. " ³⁷

Como apunta (ZIEGLER, K.; 1998) " ... en la cruzada contra el crimen organizado, se constata que el crimen transfronterizo no puede ser suficientemente controlado exclusivamente mediante la cooperación entre los Estados, un mecanismo alternativo puede ser el de la instrumentalización de las víctimas que permita la persecución de los criminales organizados, el problema es que estas víctimas son en muchas ocasiones también sujetos activos de la infracción, al violar disposiciones migratorias, lo que resulta en su falta de interés en poner bajo alerta a las autoridades. " ³⁸.

Esta situación ha dado lugar a un incremento de las normas anti- tráfico.(OBOKATA, 2005) afirma que " el tráfico de personas se ha considerado siempre como un problema de Derechos Humanos, pero la atención se ha centrado, principalmente, en el tráfico como facilitación de la inmigración ilegal. " ³⁹

Sin embargo, el Tráfico no puede reprimirse a través de la óptica del control migratorio, los esfuerzos de intercepción sólo llevarán a los traficantes a otros lugares y harán poco en proteger a las víctimas. Es un problema de derechos

³⁷ Communiqué of the Ministerial Conference of the G- 8 Countries on Combating Transnational Organized Crime Moscow 19-20 October 1999. ZIEGLER, J.; pone de manifiesto el importante papel del tráfico de seres humanos en el Crimen Organizado, véase, " A spectre devastates Europe: Organised Crime." en *Les Seigneurs du crime. Les nouvelles mafias contre la démocratie*. Paris Seuil 1998

³⁹ Ibid. "Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non- State - ---" *International Journal of Refugee Law* (2005) 17 p. 394. Además, vid. Anti-Slavery International, *The Migration-Trafficking Nexus: Combating Trafficking through the Protection of Migrants' Human Rights* (London: Anti-Slavery International) (2003), at 19–20.

humanos que requiere la condena absoluta y la respuesta integrada y concertada de la Comunidad Internacional.

Las respuestas a este problema deben realizarse de forma transversal,⁴⁰ combinando estrategias represivas con otras dispositivas, como apunta (SKELDON, 2000) " la eliminación del tráfico no puede ser, de forma realista, contenida a través de legislación y declaraciones de intención, sino mediante la mejora en el estatus socio- económico de la población. " ⁴¹

El primer aspecto se refiere a actividades que se centran en la supresión de fenómenos que se perciben como negativos relacionados con el tráfico, como la migración ilegal, la migración laboral, el trabajo ilegal y forzado, *la prostitución*, el trabajo de menores, o el crimen organizado. Estas estrategias están diseñadas para frenar las actividades indeseables o ilegales y son emitidas por agencias estatales que implementan políticas nacionales restrictivas y sancionan a los culpables de crímenes relacionados con el tráfico y recientemente también, a través de la *Cooperación Regional Transnacional*, término que encaja mejor con la resolución de asuntos problemáticos conectados a la inmigración ilegal transfronteriza y con el tráfico de seres humanos.⁴²

⁴⁰ Tal como apunto, el Ministro británico de Interior, JACK STRAW, en la " declaración de intenciones " del Foreign and Commonwealth Office " la política exterior ya no es realmente exterior " . Con estas palabras, el ministro se refería a que asuntos como la trata y el tráfico ilegal inciden en las agendas de los ministros de exteriores. Foreign and Commonwealth Office (2003). UK International Priorities: A Strategy for the FCO Cn. 6052 Londres HMSO.

⁴¹ SKELDON, R.; " Trafficking: A Perspective from Asia " International Migration Special Issue 2000/1 p. 8

⁴² OBYDENKOVA, A.; " Democratization, Europaization and Regionalization. Beyond the European Union: Search for Empirical Evidence." European Integration – Online Papers Vol. 10 (2006) n. 1

El segundo aspecto se refiere, por otro lado, a permitir a las personas, especialmente, a las víctimas potenciales del tráfico a que se protejan frente a este, dirigiéndose a las causas de origen del crimen a través de mecanismos de prevención.⁴³ Estas estrategias pueden incluir medidas para reducir la pobreza, la vulnerabilidad; la regulación de la discriminación y la eliminación de la marginalización en el proceso de búsqueda de empleo y la promoción de la migración laboral, de manera transparente y tomando en consideración los derechos y las necesidades de las personas migrantes, al igual que medidas que permitan a la gente a formarse sus propias decisiones y tomar opciones.⁴⁴

Consideramos que el tráfico de personas hoy en día puede considerarse como el equivalente contemporáneo al negocio de la esclavitud en el siglo XIX.⁴⁵

⁴³ Vid. SADRUDDIN, AGA KHAN; "Study on Human Rights and massive exodus " UN Commission on Human Rights 38 th Session E /CN 4 / 1503, 1981; SCHOLDAN, B.; " Addressing the root causes: Relief and development assistance between Peace building and preventive refugee flows " The Journal of Humanitarian Assistance July 2000 www.jha.ac/articles/ao58htm. Vid. ALT, J.; " Root Causes of Forced Migration. " European Seminar of Pax. Christi Herzogenrath 26 september 1992 (1992) no publicado.

⁴⁴ Más específicamente, las actividades pueden incluir: Apoyar a los grupos vulnerables; proveer actividades educativas para las personas vulnerables; ajustar la educación a las necesidades del mercado laboral; proteger los derechos de los trabajadores migrantes; obtención de cuotas para los trabajadores migrantes; regular el tema de la demanda y proveer información sobre las leyes laborales en el país de destino; proteger y apoyar a las víctimas del tráfico, incluyendo la inclusión social y reforzando el ambiente protector para los menores víctimas del tráfico.

⁴⁵ De hecho, se utiliza la expresión de " Nueva Esclavitud. " La prohibición de la Esclavitud fue la culminación de una larga serie de esfuerzos: en 1792 por Dinamarca; la Declaración de las potencias sobre el tráfico de negros, de Viena el 8 de enero de 1815; las declaraciones de los Congresos de Aquisgrán (1818), Verona (1822); por Inglaterra (1833); el Tratado de Londres (1841); Acta General de la Conferencia de Berlín (1885); Acta General de la Conferencia contra la Esclavitud (1890) Bruselas 17 Martens Nouveau Recueil (ser.2) 345.

De ahí que sea extensible al tráfico de seres humanos, una vez identificado éste, el principio de que nos encontramos ante normas de Derecho Internacional consuetudinario de *ius cogens*⁴⁶ por lo que todas las Naciones están obligadas a perseguir y castigar a los individuos que se dedican a la esclavitud y a prácticas similares con independencia de que hayan o no ratificado los convenios existentes.⁴⁷ La duración de estos derechos de propiedad es un factor a tener en cuenta a la hora de determinar si una persona ha sido sometido a esclavitud, pero la ausencia de esta no implica que no pueda existir un caso de tráfico.⁴⁸

Como afirma (VELÁSQUEZ ELIZARRAS, 2001, pp. 363-365) " se puede considerar la esclavitud, el tráfico internacional ilegal, (...) en este caso de personas, y las actividades contra la seguridad de los medios de transporte, incluyendo cualquier acto que ponga en peligro a una persona en un medio de transporte, como delitos contra los intereses internacionales. " ⁴⁹

⁴⁶ Según BASSIOUNI, CH. Existen dos acepciones de *ius cogens*, para unos el *ius cogens* es un espacio del Derecho natural, de validez incondicionada, universal y constante, y para otros se trata de una codificación pactada por la Comunidad Internacional, obligatoria en los términos de la proclamación que se haga y la obligación inderogable que se adquiera, a la que no se podrán sustraer posteriormente los miembros de esa Comunidad. Ambas se traducen en que nos encontramos ante las más firmes y arraigadas convicciones de la Humanidad, producto de una cultura y unos principios ampliamente compartidos. Vid. BASSIOUNI CH.; *International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes* 59 *Law & Contempo. Probs.* 63 1996.

⁴⁷ La primera vez que se condenó la esclavitud que reducía al hombre a un simple bien, fue en Europa en 1815, con la adopción de la *Declaración Relativa a la Abolición Universal de la Trata de Esclavos*. No siendo hasta 1926 que la Sociedad de Naciones dio por vez primera una definición jurídica internacional de la Esclavitud, según la cual, " es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o alguna de ellas " artículo 1 del Convenio Internacional relativo a la Esclavitud adoptado en 1926. Vid. BASSIOUNI, CH.; " *Slavery as an International Crime.*" *New York University Journal of International Law and Politics* 1991 vol. 23 p. 445-517

⁴⁸ Asunto Fiscal v. Kunarac TIAY 96 – 23 22 febrero 2201

La explotación del ser humano por su semejante ha sido una constante en la historia de la Humanidad, las tres categorías a las que nos hemos referido en este trabajo, mujeres, menores, y hombres, han estado a lo largo de la historia sujetas al yugo del más fuerte, las primeras, bajo la figura de la trata de blancas sometidas a una esclavitud de naturaleza sexual, los hombres a varias formas de sometimiento. Esta situación se repite en el tráfico de seres humanos con el añadido de la figura del menor que es utilizado para distintas finalidades.

Si bien los acuerdos existentes no han reducido de forma efectiva el alcance de la Esclavitud, así (BALES y ROBBINS 2001) entienden que " se debe identificar un sistema de clasificación que cubra una definición universal de Esclavitud que utilice tres elementos: el control completo de una persona sobre otra; la apropiación de su trabajo; y la aplicación de estas condiciones mediante amenazas o actos de violencia. "

III. PRECISIONES CONCEPTUALES.

1. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD HUMANA EN UN MARCO INTERNACIONAL

Para (WEINER, 1995) las cuestiones migratorias constituyen un asunto de interés para la Seguridad.⁵⁰ Por tanto, también las personas en situación irregular y las cuestiones de seguridad serán temas entrelazados. Así, la situación en que la presencia de un gran número de migrantes irregulares puede servir como una " reserva *preparada de reclutas* " para la creación de desórdenes públicos o apoyo a actividades subversivas. Por ejemplo, los disturbios producidos en Kano, Nigeria, en 1980 y 1982 en los que los inmigrantes ilegales de 5 países de África occidental fueron culpabilizados por su participación en los mismos, ejemplificando

el riesgo para la Seguridad asociado a la migración irregular.⁵¹ Por otro lado se puede llegar a la exacerbación del racismo y la xenofobia y al sinsentido, como ocurrió en abril del año 2000 cuando el gobernador de la ciudad de Tokio, sugirió que los extranjeros podrían provocar un levantamiento durante una catástrofe natural como un terremoto.⁵² El gobierno japonés manifestó, evidentemente, el consiguiente distanciamiento de esta postura xenófoba.

Estos ejemplos ponen de relieve que el Concepto de Seguridad internacional es complejo,⁵³ en el mismo se plantea todo un mosaico de potenciales contradicciones que se han incrementado durante la década de los noventa lo que ha hecho que se haya extendido la lista de amenazas a la seguridad para incluir asuntos tales como el tráfico de seres humanos, el narcotráfico, las amenazas medioambientales, la inmigración y los refugiados, o las enfermedades infecciosas, o la carencia de agua potable, por ejemplo, entre otros.⁵⁴

Este concepto de *Seguridad ampliado*- aproximación *low politics*⁵⁵ - ha pasado a denominarse con el término de *Seguridad Humana* que aparece en 1994

⁵¹ Vid. ADEPOJOU, A.; " Undocumented migration in Africa South: Trends and policies" International Migration vol. xxi. no. 2 1983

⁵² Financial Times, 12 abril 2000

⁵³ GRAHAM, D. T / POKU, N. K Redefining Security. Population Movements and National Security. Westport Connecticut London, Praeger Publishers

⁵⁴ KRAUSE K Y M. WILLIAMS.; Critical Security Studies. Concepts and Cases London UCL Press 1997

Además,, el Genocidio, las torturas sistemáticas, los tratos inhumanos o degradantes, desapariciones, esclavitud y los crímenes contra la humanidad y de Guerra son formas de inseguridad intolerables que quiebran la seguridad humana.

cuando se utilizó en el Informe de Desarrollo Humano, como respuesta a los especiales retos posteriores a la Guerra Fría. Definiéndose como "freedom of fear and freedom of want"⁵⁶ que encontró oposición del G. 77⁵⁷ por temor a que llevará a violaciones de la soberanía estatal. Posteriormente, entre 2001 – 2003, el concepto se revitalizó en el debate sobre "la responsabilidad de proteger" impulsada por la Comisión Internacional Canadiense sobre Intervención y Soberanía Estatal⁵⁸ y en las discusiones sobre la "Responsabilidad para el Desarrollo" iniciada por la Comisión Japonesa de Seguridad Humana.⁵⁹

En los años 2004 – 2005, la seguridad humana se ha convertido en un tema de interés para la Reforma de las Naciones Unidas.⁶⁰ Por ejemplo, el Secretario

⁵⁵ La visión realista o *high politics*, al contrario, de las relaciones internacionales busca enfatizar en la dimensión más limitada, geoestratégica y política de la Seguridad. Según esta, los Estados soberanos configuran las relaciones internacionales de forma que sólo la paz y la guerra cuentan. Cualquier acto que amenace a la soberanía estatal o se circunscriba a su ámbito de interés puede considerarse como amenaza a la seguridad.

⁵⁶ Sobre estos términos, vid. ANNAN, K.; "In Larger Freedom. Decision Time at the UN." *Foreign Affairs* may/june 2005

⁵⁷ El Grupo 77 se creó en junio de 1964 cuando 77 países adoptaron en la conclusión de la Primera Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo una Declaración conjunta denominada Declaración Conjunta de los 77 Estados.

⁵⁸ Creada como respuesta al reto del Secretario General a la Comunidad internacional de intentar establecer un consenso internacional sobre cómo responder a las violaciones masivas de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Véase, informe en <http://www.lciss.ca/menu-en-asp>

⁵⁹ Con una visión más amplia de Seguridad que incluirían acciones para eliminar la inseguridad de generaciones venideras.

⁶⁰ Por ejemplo, RIQUELME CORTADO, ROSA MARIA, *La Reforma del Consejo de Seguridad de la ONU* Dykinson 1 ed. 2000

General de la Organización colocó la cuestión de la Seguridad humana en el centro del debate en su declaración a la Sesión 54 de la Asamblea General al dejar clara su intención de " analizar las perspectivas de seguridad humana e intervención en el próximo siglo. " (Annan K. 2005)

La Seguridad Humana es una condición o situación que se caracteriza por la ausencia de amenazas graves a los derechos de los individuos, su seguridad o sus vidas.⁶¹ Se refiere principalmente, a la persona, enfatizando la acción de las personas, en lugar de su dependencia, y además se considera a los individuos como actores sociales.⁶²

⁶¹ Por Seguridad humana en el discurso internacional entendemos la seguridad física de las personas, su bienestar económico y social y la protección de sus libertades y derechos fundamentales. vid. Plan de Acción para el Siglo XXI del Secretario General de Naciones Unidas. Nous, les peuples 3 abril 2000.Un Programa para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social [http: www. undp.org/es/informes/mundial/idh/1994](http://www.undp.org/es/informes/mundial/idh/1994)

Esta concepción humana de seguridad podría completar y debería en fin de cuentas, reemplazar la percepción tradicionalmente estrecha de la seguridad internacional que se limita al territorio y a la existencia de Estados y que se abstrae de la de los seres humanos. Por ejemplo, una aproximación a la seguridad humana para la Unión Europea debe significar " que tiene que contribuir a la protección de todo individuo y no sólo a la defensa de las fronteras de la Unión, como exige la aproximación a la Seguridad según los Estados – nación. Vid. A Human Security Doctrine for Europe. The Barcelona Report of the Study Group on Europe 's Security Capabilities p.. 5

Con este nuevo concepto de seguridad humana desplazamos el eje principal del debate de la intervención humanitaria, de la seguridad territorial mediante la fuerza de las armas, a la seguridad en el desarrollo humano a través del acceso a la alimentación, al empleo, etc.

⁶² Esto último ofrece una oportunidad significativa para regular los aspectos prácticos de cuestiones de género de forma adecuada. Vid. ELLEN LENNERS " Refugees, Gender and Human Security: A Theoretical Introduction and Annotated Bibliography Utrecht International Books 1999

En cualquier caso resulta un concepto más amplio que el de la simple preocupación por los derechos humanos, más cercano a una categoría, limitada, de protección de los mismos. Su contenido se extiende tanto a personas como a Estados, esto es, resulta inclusivo. Es un bien común que constituye una responsabilidad para el Estado, pero existe un deber complementario para las personas de participar en el proceso. La seguridad humana no es simplemente el reto de "proteger" y "proveer" si no que requiere también conceder poderes a las personas y hacerles participar. Las personas no son simplemente receptores pasivos o víctimas de la ausencia de seguridad, si no sujetos activos que deben contribuir directamente a identificar e implementar soluciones a los problemas de seguridad. A pesar de que la ausencia de "personas" como agentes de cambio resulte llamativa en las relaciones interestatales, esta situación comienza a cambiar.⁶³

Al centrarnos en la seguridad de los individuos se presenta la cuestión de la relación entre la seguridad humana y la seguridad nacional. Contrariamente, a ciertas afirmaciones,⁶⁴ la seguridad humana y la seguridad estatal no son incompatibles.⁶⁵

⁶³ Véase, Pérez Prats Durbán, L.; *Sociedad Civil y Derecho Internacional* 2004 Ed. Tirant Valencia.

⁶⁴ Ciertos Estados y entidades políticas, incluyendo los Estados Unidos y la Unión Europea han designado los asuntos de asilo e inmigración como asuntos de Seguridad (Por ejemplo, como se indica en el Pacto de Estabilidad para la Seguridad en Europa, en el Sureste de Europa o en la atribución de funciones sobre Inmigración y Asilo al Departamento de Seguridad Nacional en el año 2003. Teniendo su origen en el verano de 1993 cuando una serie de barcos que se dedicaba n al tráfico de personas de origen chino alcanzaron las costas norteamericanas. El Presidente de Estados Unidos declaró que esta táctica representaba una amenaza a la seguridad nacional y autorizo al Consejo de Seguridad Nacional a articular una respuesta (New York Times 16 de septiembre de 1994.)

⁶⁵ Contrariamente, a lo que se ha mantenido de que, la seguridad humana es la antítesis de la seguridad interestatal. Vid. Informe final de la Comisión sobre Seguridad Humana nombrado por el

Ambas han venido convergiendo en la práctica a través de un conjunto amplio de dinámicas políticas, sociales y económicas que van más allá del marco de la seguridad estatal, y la primera tiende a englobar a esta última.⁶⁶

Cuando los Estados actúan en la seguridad de los intereses de sus individuos, ambas son complementarias. La construcción de un efectivo Estado democrático que valore a su propia población y proteja a los grupos minoritarios es fundamental para promover la seguridad humana. Al mismo tiempo, mejorar la seguridad humana de su pueblo refuerza la legitimidad, la estabilidad y la seguridad del Estado. La importancia de Estados efectivos es clara ya que cuando la seguridad humana existe, como hecho más que como aspiración, se atribuye en gran medida a un gobierno eficaz y se evita el deslizamiento hacia hipotéticas situaciones de Estados fallidos, (Chomsky Noah, 1995)

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Refah Partisi c. Turquía⁶⁷ ha incidido en el nexo entre democracia y derechos humanos,

Secretario General de las Naciones Unidas en www.humansecurity.org/final/report/outline.html. y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo New Dimensions in Human Security. New York OUP 1994 vid. También, A Human Security Doctrine for Europe. Informe de un grupo de académicos y expertos internacionales presentado por el Alto Representante de Política Exterior y de Seguridad de la UE.

⁶⁶ Véase, Asunto Fainberg relativo a tratos de la mafia rusa para adquirir un submarino y helicópteros militares rusos para introducir cocaína en los Estados Unidos procedente de Colombia. www.economist.com/node/145395

⁶⁷ Refah Partisi, Erbakan, Kazan y Tendal c. Turquía CEDH 31.07.2001 No. 41340/98 & 41342-4/98. Rafah Partisi (Partido para el Bienestar) era un partido político fundado en 1983. El 21 de mayo de 1997, el Consejo Estatal Principal de la Corte de Casación presentó un procedimiento en el Tribunal Constitucional de Turquía para la disolución del partido al que acusaba de haberse convertido en " un centro de actividades contra el principio del secularismo. " El 16 de enero de 1998 el Tribunal Constitucional tomó la decisión de disolver el partido. Los demandantes denunciaban una violación de sus derechos humanos incluyendo los artículos 9, libertad de

en su sentencia, la mayoría de jueces declararon " no puede existir democracia, cuando la mayoría de la población de un Estado, en una decisión mayoritaria, abandonan los poderes legislativo y judicial, a favor de una entidad que no es responsable frente a la población que gobierna. " El Tribunal consideró que al propugnar por modificaciones constitucionales, un partido político estaría bajo la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos sí: (1) los mecanismos utilizados para estos fines fueran legales y democráticos desde todo punto de vista y (2) si las modificaciones propuestas eran compatibles con los principios democráticos fundamentales. Se infiere de esta decisión, que un partido político, con independencia de su apoyo mayoritario, no puede avanzar en una política que incide en un equilibrio incorrecto entre valores democráticos y de derechos humanos. El disfrute de derechos igualitarios básicos representa la misma base de la democracia y por tanto, " no puede ser antidemocrático dar a estos derechos una protección legal de tal forma que los ponga fuera del alcance de toda decisión mayoritaria. " ⁶⁸

A nivel de Organizaciones internacionales cada vez existe un mayor convencimiento de que el impacto humano de las acciones internacionales no se puede considerar como colateral a otras acciones sino que debe ser una preocupación principal para todos los implicados, por lo tanto, la protección de la seguridad humana debe ser uno de los objetivos fundamentales de las Instituciones internacionales contemporáneas.

pensamiento; artículo 10, libertad de expresión; y artículo 11 libertad de asociación del CEDH. Vid. QUESADA ALCALÁ C.; " La prohibición de un partido político turco: sentencia del TEDH, Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2002 " Revista General de Derecho Europeo N^o. 1, 2003.

⁶⁸ BEETHAM, D.; " Democracy and Human Rights: Contrast and Convergente " Expert Paper presentado en el Seminario sobre Interdependencia entre Democracy y Derechos Humanos en ACNUR.

2. LA DIFÍCIL CORRESPONDENCIA DEL CONCEPTO DE FRONTERA TRADICIONAL EN EL SIGLO XXI.⁶⁹

El Secretario General de Naciones Unidas, ante la situación contemporánea, ya apuntó lo siguiente: “ (...) se desdibujan las fronteras nacionales ante el avance de las comunicaciones y el comercio mundial, así como por obra de las decisiones de los Estados de ceder ciertas prerrogativas soberanas a asociaciones políticas comunes de mayor envergadura.”⁷⁰ Los factores que coadyuvan a ello son varios; evolución tecnológica en las comunicaciones, globalización de los intercambios económicos, la emergencia de nuevos actores internacionales, etc.⁷¹

⁶⁹ HASSNER, P.; “ Fixed Borders or moving borderlands? A new type of border for a new type of entity ” en Zielonka, J(ed) *Europe Unbound. Enlarging and reshaping the boundaries of the European Union* London Routledge 2002; CARLIER J. Y “Les frontières juridiques de l’Europe” in P.-A. Deproost et B. Coulie (dir.), *Frontières. Imaginaires européens*, Paris, L’Harmattan, 2004; JACQUES. A; “ Les frontières: etude de géographie politique.” *Recueil des Cours* (1936), volume 55, issue I, p. 203-297. Anderson, M y Bort, E (eds). *The Frontiers of Europe*. London, Washington: Pinter;; Bhagwati, J “ Borders Beyond Control ” *Foreign Affairs* January – February 98-114 Este concepto tradicional de frontera coexiste con enclaves virtuales, así como apunta SAGER. I.; “ el negocio del tráfico de seres humanos se lleva a cabo con ayuda de internet a modo de enclave virtual. Red tiene especial importancia en el reclutamiento de mujeres para el tráfico sexual. (...) ” *Vid. ---.* “ The Underground Web. *Business Week* September 2 pp. 67-74

⁷⁰ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas de 27 de junio de 1992 y Suplemento de 3 de enero de 1995. Un Programa de Paz, Diplomacia Preventiva, Establecimiento de la Paz. P. 1 párrafo 4. El concepto de soberanía estatal como apareció en Westfalia en 1648, no debe ser visto como algo estático. Los Estados modernos se han adaptado constantemente en respuesta a exigencias de fuerzas transnacionales y a las modificaciones en la sociedad mundial. Así desde el final de la Guerra Fría esto ha llevado a la cooperación internacional y la coalición. Sus modos de operación son expresión de la evolución del Estado nación para preservar su autoridad e influencia en un mundo en transformación y no son muestra de una menor preocupación por su integridad territorial o seguridad.

El Derecho Internacional afirma la autoridad de los Estados para regular la circulación de personas a través de sus fronteras. Para SIBERT, M; este tránsito se basa en dos principios distintos; por un lado, el principio de la soberanía estatal, comprendido en su vertiente absoluta, y segundo, el principio de la interdependencia entre los Estados.⁷² La zona fronteriza además como sostiene (Devetak, 1995, pp. 27-30) suele ser un área periférica marginal del Estado en la que la población se siente excluida del centro.⁷³

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido históricamente dos clases de fronteras: naturales y artificiales, estas últimas pueden ser visibles o invisibles. La noción de frontera es una noción histórica, que ha evolucionado hasta llegar a adoptar la forma con la que hoy la conocemos. Por frontera internacional entendemos la línea de contacto entre dos áreas de jurisdicción respectiva de dos Estados. Dentro de la misma el Estado disfruta de la soberanía territorial que es el poder de actuación exclusiva que el Estado tiene sobre su territorio, con los únicos límites que el Derecho Internacional haya establecido. Según, (ANDERSON, 1996) “ (...) las fronteras además han venido desempeñando desde siempre un papel psicológico en la formación e identidad nacional. (...). Los Gobiernos necesitan transmitir a sus ciudadanos que tienen el control sobre el acceso. ”

⁷¹ Por ejemplo, existen muchas compañías de envío de dinero que no cooperan con las autoridades a la hora de identificar los flujos de dinero enviados por personas que son objeto de tráfico o por los mismos traficantes. En IOM, *Trafficking in Women to Italy for Sexual Exploitation* 1996.

⁷² TUROFF, M. D.; “Illegal Aliens: Can Monetary Damages be recovered from countries of origin under an exception to the Foreign Sovereign Immunities Act ?” *Brooklyn Journal of International Law* vol. xxxviii num. 1 2002 p. 192

No obstante, hoy día se debe de hablar de un concepto de frontera amplia, así existen fronteras territoriales,⁷⁴ (lugares donde se ejercer el derecho soberano del Estado a la exclusión) fronteras organizativas (los mercados laborales y estados de bienestar)⁷⁵ y fronteras conceptuales (de pertenencia y derecho) y es esta relación la que va a ser un componente central de los desafíos futuros para la política migratoria a nivel internacional. La respuesta hasta la fecha ha sido la de proyectar las fronteras territoriales a través de una cada vez más importante dimensión exterior de la política migratoria con el objetivo de un mejor mantenimiento de las fronteras organizativas y territoriales. Esto es lo que ha denominado, de forma crítica, VALLE – GÁLVEZ, como " ficción de territorio liminar interior, esto es un imaginario fronterizo que crea artificialmente espacios fronterizos donde no hay frontera alguna. Esta ficción liminar confirma la diferencia entre frontera – línea y las funciones de la frontera – línea. De por sí, no constituye una novedad histórica. " El problema principal es la situación de inseguridad jurídica que se crea, así se les ha venido a denominar como " état de non- droit " ⁷⁶ o al abuso del Derecho. ⁷⁷

⁷⁴ Según KUEHLS y FERGUSON " lo que entendemos por territorio es el resultado de la territorialización en la que elementos heterogéneos se transforman y reagrupan y tienen experiencias como entidad. " KUEHLS, T. 1996, *Beyond Sovereign Territory: The Spaces of Ecopolitics*, Minneapolis: University of Minnesota Press. FERGUSON, K. 1996, 'Unmapping and Remapping the World: Foreign Policy as Aesthetic Practice,' in *Challenging Boundaries: Global Flows, Territorial Identities*, (eds) M. SHAPIRO and H. R. ALKER, Minneapolis: University of Minnesota Press.

⁷⁵ Son aquellos puntos en los que tiene lugar la relación entre los inmigrantes recién llegados (y sus familias) y la sociedad de acogida. Engloban instituciones sociales claves como el mercado laboral, el Estado del bienestar, y para algunos emigrantes, la ciudadanía nacional.

⁷⁶ Así, sobre esto, destacamos en el asunto *Consort s. Amuur c. France* de 25 de junio de 1996 El Tribunal ha admitido la violación del artículo 5.1 del Convenio. En efecto, el mantener una zona de espera comporta una restricción de la libertad que no debe prolongarse excesivamente, so pena de transformarse en una verdadera privación de libertad. Además, vid. ANDRYSEK, O.; " Gaps in International Protection and the Potential for Redress through International Complaints Procedures " *International Journal of Refugee Law* (1997) 9 (3) pág. 392- 414.

Un ejemplo de esta ficción jurídica, en este caso extrema,⁷⁸ lo encontramos en *la Solución del Pacífico*, por la cual, las políticas de Australia respecto de los solicitantes de asilo, trabajadores ilegales y aquellos que sobrepasan la estancia permitida en sus visados los llevan a su detención en campos vigilados mientras que se adopta una decisión definitiva. Por un lado, en el Estado soberano de Nauru que acepta asistencia financiera a cambio de recibir a estos grupos de personas;⁷⁹ segundo el rechazo, mediante la coerción de buques que presuntamente transportan personas no documentadas; y finalmente, la adopción de legislación interna por la que se escinde ciertos islotes del territorio australiano; tercero, la modificación legislativa, por la cual se permite que determinados territorios australianos y " espacios escindidos fuera de la costa " sean excluidos de la zona migratoria con la finalidad de limitar la capacidad de los no- ciudadanos ilegales, de presentar solicitudes de acceso.⁸⁰ Este modelo se intentó utilizar por

⁷⁷ Vid. ALEXANDRE KISS, *Abuse of Rights* en *EPIL I* (1992), 4, (5); NORDQUIST, S. *Anm.* 8 *Vil.* XVI Rn. 300. 5; *Free Zones of Upper Savoy and District of Gex. France v. Switzerland* 46 *PCIJ Ser. A/B* 167 (1932)

⁷⁸ Llegándose incluso a la intervención armada en el portacontenedores Tampa por parte de fuerzas especiales del Ejército australiano. Tanto esto, como las exigencias anteriores de entrar en las aguas territoriales, la prohibición de desembarcar en territorio australiano, a pesar de encontrarse el buque en una situación de emergencia, representaban una violación del Derecho Internacional. Vid los hechos, en *Federal Court of Australia. Victorian Council for Civil Liberties Incorporated v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs* (2001) *FCA* 1297 Rn. 14 ff.

⁷⁹ País en bancarrota de 20 kms cuadrados, y 8000 mil habitantes con escasos recursos hídricos, otros Estados en situaciones parecidas, son: Kiribati, Fiji, Tuvalu, Palau, o Papua Nueva Guinea. Aproximación del gobierno australiano que ha sido considerada como propia de la *diplomacia del cheque*, que fomenta la prostitución y corrupción de estos países, e indirectamente los hace partícipes del negocio del tráfico de seres humanos.

⁸⁰ Enmienda de la Ley de Migración (Escisión de la Zona Migratoria de 2001 en la que se reforma la definición de " espacio escindido de la costa " de la sección 5 de la Ley de Migración de 1958. La

la Unión Europea en el arco mediterráneo pero las presiones del ACNUR hicieron que los gobiernos se mostraran finalmente reticentes a impulsarlo.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de las zonas de tránsito en los aeropuertos, ha venido a declarar que si una persona entra en una zona de tránsito, se debe asumir que no ha cruzado las fronteras del Estado miembro en cuestión. Añadiéndose un argumento más para considerar una zona de tránsito como no perteneciente al territorio de un Estado miembro en razón de la existencia de visados internacionales especiales de tránsito.⁸¹

Respecto de determinados países, como afirman (PECOUD /GUCHTENERIE, 2005) “ en los que las fronteras han venido siendo tradicionalmente ´ permeables ´ debido a la larga historia de movimientos humanos en los que la libre circulación era la norma, - por ejemplo, en África occidental – los controles fronterizos durante la época posterior a la independencia y la creación de los Estados llevaron a la ansiedad social y al conflicto a diferentes niveles de la sociedad, especialmente, en tiempos de incertidumbre económica. ”⁸²

nota que acompaña a esta definición declara: “ El efecto de esta definición es el de excluir los lugares e instalaciones listadas de la zona migratoria con el objetivo de limitar las posibilidades de entrada de fuera de la costa de personas para presentar solicitudes válidas de entrada”. La disposición también impide la apertura de procedimientos legales contra el gobierno respecto de la entrada, estatuto, detención y transferencia de todo no – ciudadano ilegal que entre en Australia y en un lugar excluido de la costa.

⁸¹ Vid. C- 170/96 STJCE 05-12-1998

⁸² De hecho, el período colonial en África provocó una migración laboral a gran escala, para el trabajo de las plantaciones o en las minas; para los grupos étnicos divididos por trazos en mapas entre países adyacentes, estos movimientos por las fronteras artificiales se consideraban como una extensión de la migración interna, en línea con conceptos bien definidos de solidaridad étnica. El libre movimiento entre fronteras se veía fortalecido por las afinidades culturales. En algunas zonas, esta migración no documentada se realizaba sin impedimentos de ninguna clase, por ejemplo, ausencia de controles policiales y de referentes geográficos. Por ejemplo, entre Ghana

3. - LA PRETENDIDA FIGURA DE LOS REFUGIADOS ECONÓMICOS.- UNA RUTA A MEDIAS EXPLORADA

A. Concepto de Derechos Económicos

Los derechos económicos han existido durante mucho tiempo, antecediendo a la Carta de las Naciones Unidas.⁸³ Correspondió al Presidente Roosevelt quien por vez primera trajo la idea de los derechos económicos a la primera línea del discurso legal internacional contemporáneo. Caracterizó los derechos económicos como "freedom of want" que engloba: "el derecho a un trabajo útil remunerado; el derecho a disponer de un salario que sea suficiente para cubrir necesidades alimenticias, de vestuario y de ocio ..."; el derecho de toda familia a una vivienda adecuada, el derecho a cuidados médicos apropiados; "el derecho a una protección adecuada respecto a necesidades futuras para cubrir la situación de vejez, enfermedades, accidentes o desempleo y el derecho a una buena educación." En la actualidad los derechos económicos forman parte de los derechos fundamentales de segunda generación.⁸⁴

/Togo y Nigeria /Benín los trabajadores fronterizos se han desplazado diariamente entre sus hogares y sus lugares de empleo

⁸³ L. LEMARCHE.; *Perpectives Occidentaux du Droit International des Droits Economiques de la Personne* 35 (1995)

⁸⁴ Por ejemplo, el derecho al empleo, el derecho a la libre elección de empleo, y a unas condiciones de trabajo dignas y justas, el derecho a formar parte y a ser miembros en sindicatos, el derecho a la huelga. Estos derechos económicos se consideran que requieren acción por parte de los Estados mediante una legislación específica. De ahí que la realización de estos derechos se considere como progresiva, la propia legislación internacional establece que la pena realización de los mismos se hará en el transcurso del tiempo pero que los Estados si tienen la obligación de realizar acciones inmediatas hacia su consecución, además toda acción, sea política o legal, para disminuir la protección existente y los niveles de cumplimiento de estos derechos quedará

Estas necesidades cuando no son cubiertas son causa de migraciones forzosas,⁸⁵ en nada distintas a las que originan desplazamiento poblacional, si bien más escandalosas, al cruzar distintos espacios soberanos.

B. Jurisprudencia

El origen del término de *refugiados económicos* se encuentra en una jurisprudencia progresista y antigua relativa a los refugiados en Alemania⁸⁶ planteándose la difícil distinción entre refugiados "políticos" y "económicos"⁸⁷ Estas personas reclamaban el estatuto de refugiado sobre la base de una persecución que era de naturaleza económica, apuntando a un mínimo de derechos humanos económicos, el de toda persona a tener un empleo que sea "adecuado" o "mesurado" a su formación y cualificación.⁸⁸ Los análisis de los Tribunales alemanes sobre las medidas económicas que se equiparan a persecución son:

prohibida. Véase, McCherney, A.; *Promoting Defending Economic, Social and Cultural Rights*. Washington DC 2000 p. 18

⁸⁵ Según la Profesora PICAZO existe una distinción entre "lo forzado" y "lo forzoso", para la autora, la migración forzosa es la que se produce cuando el desplazamiento de las personas se ve obligado por la fuerza de circunstancias insuperables, si bien de orden principalmente social y económico, que dificultan el desenvolvimiento normal de una vida personal, familiar, colectiva, plena, (...) es decir situaciones de subdesarrollo. Por el contrario, la "migración forzada" implica una respuesta a un grado superior de coerción, violencia, peligrando la propia integridad física de las personas amenazadas... . Vid. GARCIA PICAZO, P.; *Migraciones: Entre la Intolerancia y la Utopía. Sobre la Globalización de la "Cultura de la Pobreza"* 11 Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2006)

⁸⁶ Vid. GRAHL MADSEN.A.; *The Status of Refugees in International Law* vol. 1 Leyden A. W Sijthoff 1966 pp. 201- 209.

⁸⁷ Para GRAHL MADSEN. A.; este último término " es una equivocación que debe evitarse. " vid. arriba. p. 76

⁸⁸ El hecho de que el salario sea reducido no venía a ser suficiente para establecer la persecución.

(1) Las dificultades económicas representan una práctica tan establecida y severa que impiden a la persona conseguir cualquier medio de subsistencia (...) representan una persecución en el sentido del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados. (2) Estas dificultades se consideran que existen en los supuestos de negación sistemática de empleo. (3) También se considera persecución si a una persona se le niega todo el trabajo para el cual está "preparado" o está en "conformidad" con su formación o cualificaciones, o se le niega una remuneración "razonable" por su trabajo. No obstante, las desventajas económicas cuyo término implica un salario reducido no resultan suficientes para que represente una persecución. Sólo ocurrirá así, si el salario es excesivamente bajo entonces una persona puede reclamar refugio. (4) La negación de oportunidades para ascender profesionalmente no se considera persecución, así como tampoco el rechazo de personas mayores o de trabajos mejor pagados. (5) La asignación de trabajos en exceso duros o desagradables *per se* no se considera persecución siempre que no se varíe en exceso con los conocimientos de la persona. (6) El hecho de que una persona tenga que abandonar su negocio privado no se considera persecución, siempre que no sea resultado de una política general fiscal o económica, por ejemplo, impuestos., y la persona en cuestión tenga permitido tener ingresos suficientes de otra forma. (7) La expropiación o confiscación de la propiedad no se considera persecución siempre que se lleve a cabo de conformidad con una política general y la persona en cuestión puede tener otros medios de vida. (8) Las medidas dirigidas a una parcelación equitativa de un espacio disponible reducido para construir no se considera persecución.

Indudablemente, la privación de los medios de vida incide en la seguridad de la persona respecto de amenazas a su vida, ya que la incapacidad de

conseguir un empleo significa que la persona no puede alimentarse,⁸⁹ vestirse, alojarse, y cuidar de si mismo o de sus descendientes.

C Los Estándares Mínimos Políticos - Económicos.

Un *sistema político - económico*⁹⁰ que es resultado directo de las acciones del gobierno central y que priva a la persona o personas de todos los medios de subsistencia, por lo cual, las necesidades básicas de la vida no pueden ser cubiertas, está en violación de los mínimos económicos necesarios para mantener un adecuado nivel de los derechos humanos. Las personas que puedan demostrar que están buscando refugio debido a dichas condiciones son elegibles para el estatuto como emigrantes *políticos – económicos* y se les concederá el mismo estatuto que a los refugiados políticos que buscan refugio debido a un temor inmediato por su integridad física.

Un *sistema político - económico* que discrimina a una persona de tal forma que se le niega un empleo razonable que es medurado a su formación y capacidad viola un derecho humano económico básico. Si una persona puede demostrar la huida de tales condiciones será elegible para el estatuto de migrante político – económico, y le será concedido un estatuto no mayor del de aquellos que huyen de la discriminación que los priva de sus derechos políticos – civiles, pero sí un estatuto más elevado que el otorgado a los migrantes puramente económicos, esto es un estatuto de protección temporal.

⁸⁹ Compilation of General Comments n. 12 " Derecho a Alimentos Adecuados " (1999) en el cual el Comité (para. 20) afirmó que " todos los miembros de la sociedad – individuos, familias, comunidades locales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil al igual que el sector empresarial privado tenían responsabilidad en la realización del derecho a alimentos adecuados "

⁹⁰ Sobre los varios tipos de sistemas, vid. RAYMOND D. GASTIL (ed) Freedom in the World: Political Rights and Civil Liberties 1979 New York Freedom House 1979 pp. 39- 44

IV- PRINCIPALES PROBLEMAS QUE EL TRÁFICO DE SERES HUMANOS IMPLICA EN EL CONTEXTO ACTUAL

En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, este tráfico representa al día de hoy un crimen de “lesa humanidad”⁹¹ consistente en el acto de separar o desarraigar a una persona, normalmente con un grado de violencia, de su entorno u origen para explotarla en otro lugar, viola la dignidad humana, y la integridad física inherentes al derecho a no sufrir torturas ni tratamientos inhumanos o degradantes (art.7 PIDCP, art. 5 CADH y art. 3 CEDH); la libertad personal, la libertad de circulación, la intimidad, y el derecho a la autodeterminación, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre,⁹² en ocasiones la libertad sexual (art. 8 PIDCP, art. 6 CADH, art. 4 CEDH).⁹³ El Comité de Derechos Humanos ha

⁹¹ El Tráfico de Seres Humanos en el Estatuto del Tribunal Permanente Penal Internacional se encuentra regulado en el artículo 7, apartado c) “ Por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.” Vid. POCAR,: “ Traffico di esseri umani: crimine contro l’umanita, en Traffico di esseri umani, alle ricerca di nuove strategie di intervento ” – Atti del convegno Roma 24- 25 ottobre 2000 a cura di G. FARAMONDI E P. IZZI. Direzione centrale della políttica criminale 2001 p. 35 y ssgs

⁹² Asimismo, y por definición, las víctimas de la esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, se verán privadas del derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente su residencia (art. 12 PIDCP) o en los casos más graves, existirá privación de identidad, obligación de hablar en otro idioma, cambio de religión, impedimento de contraer matrimonio o de fundar una familia, o la prohibición de poseer o heredar propiedades.

⁹³ Si bien la Corte Penal Internacional no es, ni debe ser, considerada como una Corte de Derechos Humanos, su funcionamiento apoyará normas establecidas dentro de los derechos humanos y de la legislación humanitaria. Existiendo un vínculo entre el respeto a los derechos humanos y el cumplimiento de las leyes internacionales a través del establecimiento de un sistema penal coherente y sostenible. Todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos son aplicables a los migrantes dentro de los crímenes del Estatuto, algunos están directamente vinculados a distintos aspectos de los derechos humanos de los migrantes.

afirmado que la reclusión forzada en un domicilio representa una detención arbitraria según el artículo 9 del Pacto. Los Estados tienen la obligación de castigar con penas severas estas reclusiones forzosas como garantes de los derechos humanos de aquellos bajo su jurisdicción con independencia de su condición migratoria.

Segundo, el Tráfico de seres humanos está estrechamente vinculado a los flujos migratorios, de ahí que a efectos de instaurar medidas preventivas se deba acudir a las causas que motivan estos.⁹⁴ Según (HELGA KONRAD, 2003) “ (...) las estrategias de prevención en la lucha contra el tráfico humano son pocas y no están coordinadas. A pesar de que la prevención es la clave del éxito para frenar este crimen.”

Así en la Resolución de la Asamblea General “ Migración Internacional y Desarrollo ” (A/RES/54/212, de 1 de febrero de 2000) se declara “ (...) entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de amplios segmentos de la población de la economía mundial, ha contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”.

⁹⁴ El Tráfico de personas tiene su origen en las condiciones económicas y sociales en los países de origen. El énfasis de la prevención tiene que realizarse en la regeneración económica y en la necesidad de reducir el número de personas en grupos vulnerables a través de una mejora económica. Esto requiere un análisis de estrategias de inversión y acuerdos de reestructuración, valoración de la existencia y tipos de empleo, en especial, para mujeres y el alcance de la discriminación. Estos factores pueden ser resueltos, *inter alia*, estableciendo e implementando la no discriminación en leyes relativas a la educación, empleo, acceso a facilidades de crédito, etc. Los grupos vulnerables deben ser identificados y priorizados para asistencia económica, en particular, los menores no protegidos, y las mujeres de zonas económicas desfavorecidas

Una dificultad añadida para erradicar este tráfico se encuentra en que nos encontramos ante un problema complejo en el que convergen distintos intereses y materias: la inmigración, el crimen organizado,⁹⁵ la prostitución, las relaciones laborales, relaciones internacionales económicas injustas, asuntos de género, violencia contra las mujeres, la feminización de la pobreza,⁹⁶ o la existencia de **población oculta**,⁹⁷ entre los principales.

⁹⁵ El crimen organizado es un fenómeno que ha surgido en distintas culturas, sociedades y países de todo el mundo, ha pasado a tener una escala global y ha dejado de ser exclusivo de un área geográfica determinada, de un grupo étnico o de sistemas sociales particulares. En el primer informe de la Task Force de los Estados Unidos sobre el Crimen Organizado publicado en 1967 se declaraba de forma explícita que " el núcleo de la actividad del crimen organizado era proveer de bienes y servicios ilegales ... a un número indeterminado de ciudadanos clientes. " Posteriormente, las doctrinas económicas sostuvieron esta afirmación y se concluía que el crimen organizado depende no de las víctimas si no de los clientes. " SCHELLING., " What is the Business of Organised Crime ? 1971 20 J. Pub. L 71 p. 71

⁹⁶ Para un vínculo entre pobreza, en general, y auxilio y tráfico de seres humanos. Vid. *Report of the Independent Expert on Human Rights and Extreme Poverty* E/CN/ 4/2003/52. paras. 30- 35 La feminización de la pobreza se define como el incremento en la proporción numérica de mujeres entre los pobres. Respecto de la feminización de la pobreza, por ejemplo, altos niveles de pobreza en las mujeres, analfabetismo, crisis económicas, conflictos civiles y locales tienen un efecto sobredimensionado en las mujeres unido a su bajo estado social en determinados países. Vid. KELLY E HYLAND.; " Protecting Human Victims of Trafficking: An American Framework " 16 Berkeley Women's Law Journal 35 (2001) SHEARER DEMIR, J.; "Trafficking of Women for Sexual Exploitation. A Gender Based –well founded fear? " *Journal of Humanitarian Assistance* March 2003 pp. 12

⁹⁷ Población oculta compuesta tanto de traficantes como de sus víctimas, debido a que los casos de tráfico competen a la jurisdicción de distintos países, y a que los grupos criminales son difíciles de desarmar, que forman parte de este sector de la población cuya característica es que como grupo de individuos, su tamaño y sus límites son desconocidos, y para los que no existe un marco donde encuadrarlos. Además, la pertenencia a estos grupos a menudo conlleva un comportamiento que conduce a estigmas o a la ilegalidad, que lleva a los individuos a rechazar todo tipo de cooperación o a ofrecer respuestas carentes de veracidad para proteger su intimidad,

Además existe una relación simbiótica entre corrupción y tráfico ⁹⁸ lo que aumenta el riesgo de los trabajadores migrantes y facilita el proceso de tráfico de personas para su explotación laboral. ⁹⁹ Por corrupción adoptamos, la definición contenida en el art. 8 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. ¹⁰⁰ Esta relación se puede medir con instrumentos como el *Índice de Percepción de Transparencia de la Corrupción Internacional* (CPI) ¹⁰¹ y la *Lista de Estados Unidos sobre Personas Traficadas* (TIP). Estas listas permiten determinar

esto es al ostracismo social. (HECKATHORN (1997) " Respondent – driven Sampling: a new approach to the Study of Hidden populations " *Social Problems* 44 (2) p. 174-178

⁹⁸ La corrupción se puede presentar antes, durante y tras la comisión del delito de tráfico, esto significa que la corrupción no queda limitada a los países de origen y tránsito sino que también facilita la explotación de las víctimas del tráfico una vez en sus destinos. Véase, *The Vienna Forum to Fight Trafficking 13- 15 february 2008. Austria Center Vienna Background Paper UN. GIFT*

⁹⁹ Vid. LOVEBAND A.; " The Trafficking of Migrant Workers: What are the Links between Labour Trafficking and Corruption. " *International Migration* Vol. 42(5) 2004 Vid. Ley Anti- Tráfico de Estados Unidos Sección 102 (b) (8) " el tráfico de personas viene asistido, en ocasiones, por la corrupción oficial en países de origen, tránsito y destino. " Como apunta, FITZGIBBON, " ... los sobornos que los traficantes pagan también minan la capacidad de un gobierno de combatir la corrupción entre las fuerzas de seguridad, de inmigración, judiciales, etc. " FITZGIBBON, K.; (2003) *Modern – Day Slavery ? The scope of trafficking in Persons in Africa* " *Africa Security Review* 12(1) pp. 81-89

¹⁰⁰ Penalización de la Corrupción (...) a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. b) La solicitud o aceptación por un funcionario público directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

¹⁰¹ Transparencia Internacional es la única organización global – no gubernamental exclusivamente dedicada a la lucha contra la corrupción, con miembros de la sociedad civil, de las empresas y de los gobiernos.

hasta qué punto un país tolera el tráfico en o a través de su territorio y hasta qué grado se considera corrupto.

Primero, entre las prácticas anticorrupción que se han venido utilizando con éxito podemos destacar: la realización de exámenes psicológicos a los oficiales de la Administración de Justicia incluyendo tests de estabilidad emocional, inteligencia, personalidad, ética y lealtad, cursos de aprendizaje sobre ética, la emisión de documentos estándares de identificación, llevar a cabo tests de integridad aleatorios, la distribución y uso de manuales de buenas prácticas,¹⁰² el examen aleatorio de las pertenencias personales de los funcionarios, el dar publicidad a números de denuncia anónimas, la rotación de personal especialmente en los puntos fronterizos con alto nivel de tránsito, la elevación de los salarios, la concesión de incentivos al desempeño profesional, una formación que ayude a estas personas a comprender mejor la importancia de su trabajo, el requerir un juramento de servicio, y establecer controles administrativos y fiscales rutinarios.

Segundo, entre las prácticas de control migratorio, destacamos que las autoridades desempeñan un papel particularmente importante en la detección del tráfico de seres humanos debido a que su trabajo frecuentemente las lleva a sitios potenciales de tráfico o las pone en contacto directo con personas que son víctimas potenciales o verdaderas del tráfico.¹⁰³

¹⁰² Siguiendo a SCHATZI, T.; son cuatro los componentes que forman las prácticas: 1) Objetivos: Toda práctica se basa en la consecución de un objetivo; 2) Conocimiento del problema que va a ser objeto de intervención; 3) Un conjunto de reglas a modo de directrices institucionales que guíen la acción y el comportamiento; 4) Valores, resultan importantes para las prácticas, estas acciones se adoptan en nombre de ciertos valores que pueden definirse bien institucionalmente o en términos sociales más amplios. Estos 4 elementos permiten valorar las prácticas según criterios lógicos y prácticos. Vid. *ibidem*, "Practices minded- orders" en *The Practical Turn in Contemporary Theory* eds. Theodore R. Schatzki, Karin Knorr Cetina, y Elke von Savigny London Routledge 2001

Paradójicamente este blindaje de los mismos regímenes internacionales de protección, cada vez más rígidos, hace que la mayoría de los refugiados en el mundo tengan que acudir a la figura de las redes de inmigración ilegal o de tráfico de seres humanos, forzando el sistema ¹⁰⁴ y produciendo efectos de mayor rigidez ¹⁰⁵ lo que lleva a un círculo vicioso. ¹⁰⁶

¹⁰³ Por ejemplo: -- Los empleados consulares que autorizan visados a futuras esposas o trabajadoras domésticas pueden proveer información a las mujeres sobre sus derechos en el país de destino y facilitarles los nombres de ONG a las cuales pueden acudir por ayuda. También deberían examinar los contratos de las trabajadoras domésticas en busca de indicios de tráfico de seres humanos, como violaciones atroces de las leyes laborales nacionales. Los empleadores que usan esos contratos con frecuencia son traficantes.

¹⁰⁴ MORRISON; *The Trafficking and Smuggling of Refugees: The end game in European Asylum policies?* Informe del ACNUR 7 de julio de 2000 p. 60- 79.

“ Algunos mantienen que cuando se refiere a solicitantes de asilo, los traficantes pueden considerarse como “ caballeros andantes ” que prestan asistencia a escapar de la persecución cuando no existe ninguna otra. Para otros, los solicitantes de asilo así como con otros inmigrantes, están bajo explotación de los traficantes y pueden encontrarse en deuda o trabajar forzosamente en la industria del sexo. ”

¹⁰⁵ De ahí, que como apunta la Comisión Europea, sea necesaria una reforma del régimen de protección internacional para hacerlo más accesible, mejor gestionado y primero y más importante, más justo. Una forma de mejorar esta situación sería a través de la apertura de canales de inmigración legal para las personas que huyen por temor mediante la exención de la obligación de visados. Además de analizar la posibilidad de la emisión de visados humanitarios sí la Unión Europea tiene realmente la intención de encontrar una solución digna a la inmigración ilegal, el tráfico de seres humanos y el tráfico de personas hacia su territorio. Vid. ECRE Press Release 18 de octubre de 2004 ECRE calls on EU States to exempt nationals from the top refugee-producing countries from visa obligations, and to explore issuing humanitarian visas. En www.ecre.org/press/Florence.doc

¹⁰⁶ ILO Office. *A Global Alliance against forced labour* 46 (2005)

Conclusión

Los regímenes actuales migratorios no son válidos criminalizan de manera general y son contrarios a los derechos humanos además no cubren las necesidades de los Gobiernos, de las empresas, y lo más importante, las de los mismos inmigrantes. La situación se ha calificado como la de un creciente desajuste. El aumento del tráfico y la trata es una consecuencia directa del fracaso global de la regulación de la Inmigración y de las causas que la originan. Así como un ejemplo de la crisis que padece el sistema internacional de protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se deriva de la ineficacia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de los Pactos Internacionales. Para BATTISTELLA, G. " la migración no documentada representa también una manifestación de la afirmación por parte de los individuos de su derecho de movilidad. " ¹⁰⁷

Las acciones que se adopten tienen que ser armonizadas a nivel regional y global con la finalidad de alcanzar un objetivo común, la gestión de la migración. Un eslabón débil en la red es una oportunidad para los delincuentes, y toda laguna jurídica es utilizada por estos. Los países individualmente poco pueden hacer, no obstante, los países más desarrollados deben ceder alguno de sus privilegios y reducir las restricciones a la migración legal, y los países menos desarrollados deben admitir su responsabilidad en la gestión de la seguridad humana y luchar contra la impunidad de la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, M.; *Frontiers: Territory and State Formation in the Modern World*. Cambridge: Polity Press 1996

BALES, KEVIN; ROBBINS PETER, T. " No one shall be held in Slavery or Servitude: A critical analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery " *Human Rights Review* vol. 2 n. 2 enero (2001) p. 239.

BATTISTELLA, G.; " Philippine Migration Policy: Dilemma of a Crisis. " *Sojourn* 14 (1) p. 248 (1991)

COOMARASWAMY (2000) Informe de la 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. Documento E/CN.4 /2000. 68 NNUU. Informe del Relator al Consejo Económico Social. <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Simbol%29/E.CN4.2000.68>

DEVETAK, R.; (1995) " The project of modernity and International Theory " *Millenium Journal of International Studies* 24: 1 2009

FARELL, A.; HANSEN R.; " Markets Against Politics: Migration, EU Development and the Idea of Europe " *Journal of Ethnic and Migration Studies* vol. 28 N. 4 Carfax Publishers. (2002)

GALENSON, D.; " The Rise and Fall of Indentured Servitude in the Americas. An Economic Analysis. " *Journal of Economic History* vol. 44 (1) (1984) pp. 1-26

JOHNSON, D.; " Refugees, Departures and Illegal Migrants " *University of Sydney Law Journal* 9 (1980) p. 23

KONRAD, H.; 2003 Update on Situation and Responses to trafficking in human beings www.unicef.es/contenidos/284/trafico_serres_humanos.pdf

LOESCHER, GIL & MILNER, J.; " The Missing Link: The Need for Comprehensive Engagement in Regions of Refugee Origin. " *International Affairs* 79. 3 (2003) pp. 595.

NADIG, A.; " Human Smuggling, National Security and Refugee Protection " *Journal of Refugee Studies* 15(1): 2002

PECOUD, A.; / DE GUCHTENEIRE, P.; " Migration without Borders: An Investigation into the Free Movement of People. Geneva. *Global Comisión on International Migration* (2005) p. 20-21.

STOECKER, S.; " The Rise in Human Trafficking and the Role of Organized Crime." *Demokratizatsiya* 8 (2000).

VELAZQUEZ ELIZARRAS, J.C.; El Derecho Internacional Penal y la Justicia Penal Internacional en el Tercer Milenio. " *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* VOL. I 2001

WEINER, M.; *The Global Migration Crisis: Challenge to Status and Human Rights.* New York Harper Collins 1995.

ZIEGLER, K.; " Criminal Victims / Witnesses of Crimes: The Criminal Offences of Smuggling and Trafficking of Human Beings in Germany. Discretionary Residency Rights and Other Ways of Protecting Victims. " 6 *German Law Journal* N. 3. Marzo 2005.