

*La protección de los menores víctimas de la
trata de seres humanos: algunas precisiones en
torno al principio de diligencia debida*
*The protection of Child, Victims of Human
Trafficking: Some Clarifications about the
Principle of Due Diligence*

Carmen Pérez González*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.37>

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo ha sido también seleccionado para su publicación en el número homenaje al profesor Ángel Chueca de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*.

Lex



La familia. Óleo sobre tela (120 x 90 cm).

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar algunas de las obligaciones que incumben a los Estados en relación con la identificación y protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos. En particular, dicho análisis se centrará en el grupo formado por los niños y niñas que acceden irregularmente a territorio español acompañados de adultos que afirman ser sus progenitores.

Palabras clave: *migración internacional, lucha contra la trata, protección de los menores, políticas de control de fronteras, diligencia debida, inscripción de nacimientos.*

ABSTRACT

This article aims to analyze the content of the obligations imposed to States related to the identification and protection of children victims of human trafficking. In particular, this analysis will focus on the children who illegally access Spanish territory accompanied by adults who claim to be their parents.

Key words: *international migration, fight against human trafficking, protection of minors, border management policies, due diligence, birth registration.*

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

En el año 2012, un Informe del Defensor del Pueblo español, titulado “Trata de seres humanos en España: víctimas invisibles”,¹ puso de manifiesto severas deficiencias en la protección en España de los menores víctimas de la trata de seres humanos. Entre ellas, una que justifica la presente contribución: la desprotección extrema a la que se ven a menudo abocados los menores de corta edad que acceden al territorio español de manera irregular acompañados de adultos, víctimas a su vez de las redes de trata de seres humanos, que dicen ser sus progenitores. En otras ocasiones, además, son mujeres embarazadas las que acceden a territorio español de la misma manera. En el supuesto de que dichas mujeres sean víctimas de trata, también los bebés que nazcan una vez que las madres han llegado a nuestro país podrían llegar a encontrarse, si no se toman las medidas oportunas, en una situación de vulnerabilidad.²

Son varias las preguntas que quiero plantear. ¿Deben todos estos menores ser, a su vez, considerados víctimas de la trata de seres humanos? Dada la evidencia de la situación de vulnerabilidad en la que podrían encontrarse: ¿qué obligaciones incumben al Estado en relación con su identificación, primero, y protección, después? Y, finalmente, ¿de qué modo deben articularse las políticas de control de fronteras y de lucha contra la inmigración irregular para lograr esa protección? A todas ellas trataré de dar respuesta aquí. La profunda vinculación de estas cuestiones con la, más general, de la protección de los derechos de los migrantes (que aquí serían menores, extranjeros en situación administrativa irregular y víctimas de trata³) es evidente.

¹ El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Defensor_del_Pueblo_trata.pdf. Todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 21 de marzo de 2014.

² En noviembre de 2013, la prensa española se hacía eco de la liberación de dos menores de edad secuestrados por una organización que obligaba a sus madres, de origen nigeriano, a ejercer la prostitución en Francia. También se han hecho públicos casos de malos tratos, e incluso de muerte, de menores a cargo de las personas a las que la red encomendaba su “cuidado”.

³ No siempre las víctimas de trata son además migrantes. De hecho, y tal y como veremos enseguida, es ese uno de los elementos que nos permite distinguir la trata de seres humanos del tráfico ilícito de migrantes. Con todo, la realidad demuestra que ambos fenómenos pueden darse conjuntamente, esto es, que tratantes y traficantes colaboran para lograr que sus víctimas lleguen al país de destino.

De acuerdo con los datos más o menos recientes que proporciona Naciones Unidas (NNUU),⁴ los niños (10 %) y las niñas (17 %) sumaban el 27 % del total de las víctimas de trata en 2009. Es, por tanto, un fenómeno nada despreciable desde un punto de vista meramente cuantitativo.⁵ Aún así, lo que interesa subrayar en este trabajo es la seriedad de las vulneraciones de los derechos humanos que ese fenómeno comporta, esto es, su importancia *cualitativa*. Tal y como ha apuntado el Alto Comisionado de NNUU para los Derechos Humanos (ACNUDH), las infracciones a los derechos humanos son a la vez causa y consecuencia de la trata de personas, y los derechos humanos de las personas objeto de trata deben constituir el centro de toda la labor desarrollada para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas.⁶

Son, claro, violaciones de derechos humanos de las que resultan directamente responsables las redes de trata de seres humanos. Dejando a un lado ahora los casos en los que un funcionario o autoridad pública intervienen en la comisión del delito (aceptando pagos a cambio de facilitar el cruce de una frontera, por ejemplo),⁷ serán por lo general actores no estatales —las redes de trata— los que realicen los actos típicos que constituirán trata de seres humanos. Esto no quiere decir que no pueda hablarse de responsabilidad del Estado también en esos casos. En general, los Estados estarían obligados a proteger a los individuos bajo su jurisdicción de las violaciones de derechos humanos perpetradas por actores no estatales.⁸ En relación con la trata de seres humanos, esos Estados han asumido obligaciones, más o menos específicas, en relación no solo con la represión penal del fenómeno sino también con la prevención del fenómeno y la identificación y protección de sus víctimas.⁹ Cierta diligencia debida resulta

⁴ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. Disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf

⁵ Resulta preocupante, además, que las cifras de niños traficados son cada vez mayores: entre 2003 y 2006 el 20% de las víctimas de trata detectadas eran menores. Así se pone de manifiesto en: NNUU. *Toward a World Free from Violence. Global Survey on Violence against Children*. 2013. Disponible en <http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/Toward%20a%20World%20Free%20from%20Violence.pdf> (p. 18).

⁶ Cfr. la directriz número 1 de los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* (E/2002/68/Add.1). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.obchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf>.

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

⁸ Sobre la cuestión, *Vid.*: N. Carillo Santarelli. “Non-State Actor’s Human Rights Obligations and Responsibility under International Law”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 15 (2008). Recuperado el 21 de marzo de 2014 desde www.reei.org; y A. Reinisch. “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”. En *Non-State Actors and Human Rights*, ed. Ph. Alston. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 37-89.

⁹ Un interesante trabajo al respecto es el de R. Piotrowicz. “States’ Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”. *International Journal of Refugee Law*, 2, vol. 24 (2012), pp. 181-201.

exigible en el cumplimiento de las mismas.¹⁰ El incumplimiento o un mal cumplimiento de esas obligaciones traería como consecuencia que las víctimas no fuesen identificadas o protegidas debidamente.

En relación con el supuesto al que nos queremos referir en este trabajo, parece evidente que el diligente cumplimiento de las obligaciones que en el ámbito de la trata de seres humanos ha asumido España resulta clave para no frustrar los objetivos de prevenir, identificar y proteger a los menores víctimas. El propio Informe del Defensor del Pueblo trata de concretar esas obligaciones al afirmar, por ejemplo, que la situación en la que esos niños y niñas se encuentran se agrava como consecuencia de la ausencia de “protocolos de activación de la actuación de las entidades públicas de protección de menores ante situaciones de riesgo para los menores de edad”.¹¹ Esa es una de las razones por las que las autoridades españolas se habrían mostrado a menudo incapaces de detectar a tiempo que esos menores se encuentran, como mínimo, en una situación de riesgo merecedora de atención.

En realidad, por tanto, el problema en el que quiero centrar mi análisis está íntimamente relacionado con el de las dificultades que, en general, encuentran los Estados para identificar correctamente a las víctimas de la trata de seres humanos. Una identificación temprana y adecuada es absolutamente esencial para detectar las necesidades de protección de las víctimas y lograr su garantía.¹² Los instrumentos internacionales adoptados más recientemente con el propósito de lograr dicha protección son conscientes de ello e imponen, por esa razón, obligaciones específicas en este sentido. Al contenido de esas obligaciones voy a referirme aquí para tratar de establecer qué medidas deberían ser adoptadas en este caso. También será necesario referirse, fuera del ámbito estricto de la trata de seres humanos, a algunas obligaciones internacionales relativas a la protección de los niños frente a la violencia.¹³

Las razones por las cuales los Estados —España en este caso— son incapaces de garantizar la debida protección a las víctimas de la trata de seres humanos son complejas y variadas. Entre ellas, sin embargo, una debe destacarse en relación con el supuesto que nos interesa ahora. Cuando la llegada a territorio español se produce de forma irregular y por vía marítima, la

¹⁰ Así lo afirma expresamente el ACNUDH en los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* (*Vid.*, supra, nota 6): “Los Estados tienen la obligación, con arreglo al Derecho Internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella”.

¹¹ Defensor del Pueblo. “Trata de seres humanos en España: víctimas invisibles”. 2012. Recuperado el 21 de marzo de 2014 desde http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Defensor_del_Pueblo_trata.pdf, 2012, p. 256.

¹² Sobre esta cuestión *Vid.*, por ejemplo, el trabajo de J. Elliot. “(Mis)identification of Victims of Human Trafficking: The Case of R v. O”. *International Journal of Refugee Law*, 4, vol. 21 (2009), pp. 727-741.

¹³ Desde luego, la trata representa una severa forma de violencia que algún autor ha propuesto incluso calificar de tortura: L. McGregor. “Applying the Definition of Torture to the Acts of Non-State Actors: The Case of Trafficking in Human Beings”. *Human Rights Quarterly*, 1, vol. 36, (2014), pp. 210-241.

víctima de trata formará parte de lo que denominados “flujos mixtos”. Esto es, encontraremos en el grupo que llega no solo víctimas de trata, sino también inmigrantes económicos, menores extranjeros no acompañados¹⁴ y/o personas que podrían ser beneficiarias de algún tipo de protección internacional. La obsesión por encontrar medidas que frenen de manera eficaz estas llegadas ha llevado a los Estados a postergar un enfoque basado en derechos, a hacer primar, en definitiva, la lucha contra la inmigración irregular sobre la necesaria protección de los derechos humanos de los migrantes.¹⁵ Siendo esto preocupante en general, lo es particularmente en relación con las víctimas de trata, especialmente si son menores de edad, debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

II. LA TRATA DE MENORES: DEFINICIÓN

El análisis del fenómeno de la trata de menores exige tener en cuenta algunas particularidades que se refieren, en primer lugar, a su definición. De acuerdo con el artículo 3.c) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo),¹⁶ se considerará trata de personas la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño¹⁷ con fines de explotación. Esto es, no será necesario que cualquiera de esas acciones se realice recurriendo a los medios a los que se refiere el apartado a) del mismo artículo.¹⁸ En el mismo sentido se pronuncian los artículos 4.c) del Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos¹⁹ y 5.2 de la Directiva 2011/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, rela-

¹⁴ No quiero dejar de apuntar que de confirmarse que los adultos que viajan con los menores cuya situación está en el origen de este trabajo no son en realidad sus progenitores, los mismos serían en realidad menores extranjeros no acompañados. Sobre este colectivo puede verse: J.M. López Ulla. “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46 (2013), pp. 1061-1090 y C. Pérez González. “La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 3 (2012), pp. 247-272.

¹⁵ Tres elementos nos permitirían diferenciar la trata de seres humanos del tráfico ilícito de inmigrantes. En primer lugar, el consentimiento. En el caso de la trata, dicho consentimiento no existe o, de haberlo, se ha obtenido de modo ilícito. El inmigrante “traficado”, sin embargo, recurre voluntariamente a los “servicios” del traficante para hacer un viaje que de otro modo, seguramente, no podría hacer. En segundo lugar, la relación entre el inmigrante “traficado” y el traficante finaliza una vez que el viaje ha concluido. La relación de explotación que vincula a la víctima de trata con la red de trata, sin embargo, sigue una vez que la primera llega a su destino. En último lugar, y como se ha dicho ya, la trata no implica siempre el cruce de fronteras.

¹⁶ Aprobado mediante la Resolución de la Asamblea General de las NNUU 55/25, de 15 de noviembre de 2000, y disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltrafficking_sp.pdf

¹⁷ A los efectos del Protocolo de Palermo, se entiende por niño al menor de 18 años (*cf.* el artículo 3.d).

¹⁸ La amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

¹⁹ Firmado en Varsovia, el 16 de mayo de 2005, y en vigor desde el 1 de febrero de 2008. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/197.htm>

tiva a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.²⁰

Como ocurre en el caso de los adultos, la trata de menores puede tener distintos propósitos: la explotación sexual o laboral, el tráfico ilícito de órganos, los matrimonios forzados, las adopciones ilegales, el ejercicio de la mendicidad o la comisión de delitos menores en el país de destino son algunos de ellos. Además, en línea con lo propuesto por UNICEF, se entiende aquí que son también víctimas de trata los niños concebidos y nacidos de las víctimas de trata.²¹

Por tanto, de los tres elementos generalmente exigidos para constatar la existencia de un supuesto de trata de seres humanos, un tipo de acción determinada que se logra a través de unos determinados medios y que busca la explotación de la víctima, solo el primero y el tercero serán exigibles en el caso de los menores.²²

III. PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE MENORES Y LA PROTECCIÓN DE SUS VÍCTIMAS

La trata de seres humanos se traduce en una violación muy severa de los derechos humanos de sus víctimas y es, además, un delito de complicada represión. Una creciente concienciación por parte de Organizaciones Internacionales y Estados sobre la necesidad de cooperar internacionalmente para prevenirlo y mejorar la protección de las víctimas y para lograr reprimirlo eficazmente ha traído consigo la proliferación de instrumentos y mecanismos tendentes a la consecución de ambos objetivos. Aunque una enumeración exhaustiva de los mismos excede con mucho el propósito de este trabajo,²³ sí me parece necesario ejemplificar de qué modo algunos de esos instrumentos imponen obligaciones específicas en relación con la identificación y protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos. Dicho de otro modo: tratará de examinarse, someramente, qué fuentes de Derecho Internacional son relevantes a los efectos de nuestro análisis.²⁴ Como enseguida se verá, la correcta identificación y pro-

²⁰ Diario Oficial, Serie L, núm. 101, de 15 de abril de 2011.

²¹ UNICEF. "Guidelines on the protection of child victims of trafficking". 2006. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.unicef.org/ceecis/0610-Unicef_Victims_Guidelines_en.pdf

²² "All three elements must be present for the convention to become operational within a given fact-situation. The only exception is for children for whom the requirements relating to means are waived": A. Gallagher. "Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis". *Human Rights Quarterly*, 4, vol. 23 (2001), p. 987.

²³ Es todavía de utilidad, en este sentido, la recopilación editada por la profesora Ana Badía en 2008: A. Badía Martí. *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008.

²⁴ Al respecto, *Vid.*: A. Badía Martí. "La trata de niños en el ámbito jurídico internacional". En *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales*, Dirs. F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: AEPDIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2010, pp. 115-128.

tección requiere —en realidad no podría ser de otra forma— que los Estados implementen mecanismos eficaces para la correcta identificación de las potenciales víctimas de trata. Es esencial que dichos mecanismos sirvan efectivamente al propósito de detectar la llegada de una víctima de trata al territorio de los Estados.

1. De ámbito universal

En el ámbito propio de la lucha contra la trata de seres humanos, vuelve a ser referencia obligada el ya citado Protocolo de Palermo. Su artículo 6 se refiere a las obligaciones que incumben a los Estados parte en relación con la asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas. A pesar de que el artículo 2 incluye entre los objetivos del Protocolo la protección de las víctimas, lo cierto es que el texto no es suficientemente exigente en este sentido.²⁵ El apartado 4 del artículo 6 insta a los Estados parte a tener en cuenta, cuando de la protección de las víctimas se trate, su edad, su sexo y sus necesidades especiales, “*en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados*”.²⁶ Tampoco se concretan suficientemente en el Protocolo las obligaciones de prevención.²⁷ En este sentido, el artículo 10, en su apartado segundo, se refiere a las obligaciones de capacitación de funcionarios que incumben a los Estados parte.²⁸ Y llama la atención, finalmente, la ausencia de una regulación específica de las obligaciones que incumben a los Estados respecto de la implementación de procedimientos que permitan la identificación eficaz de las víctimas.

No puede dejar de tenerse en cuenta que, también en el ámbito universal, NNUU ha protagonizado el proceso de adopción de instrumentos jurídicos internacionales que pretenden la protección de los menores frente a diversas formas de violencia. Entre ellas, la trata de seres humanos. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño²⁹ debe ser citada

²⁵ Expresiones como “cuando proceda y en la medida en que lo permita su Derecho interno”, “cada Estado parte considerará la posibilidad de” o “cada Estado parte se esforzará por”, incluidas en los distintos apartados de este artículo 6, permiten que concluyamos que, en lo que hace al alcance de las obligaciones de protección de las víctimas, el Protocolo no pasa de ser una norma de *soft law*.

²⁶ La cursiva es mía.

²⁷ *Cfr.* su artículo 9.

²⁸ “Los Estados parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según proceda. Esta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil”.

²⁹ De 20 de noviembre de 1989, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

en primer lugar. Varios de sus artículos resultan relevantes en este momento: el artículo 2.1,³⁰ el artículo 7.1,³¹ el artículo 19³² y los artículos 34,³³ 35³⁴ y 36.³⁵

De entre ellos, me gustaría destacar ahora el artículo 7.1, que guarda relación directa con nuestro trabajo. El derecho del niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a adquirir una nacionalidad había sido ya recogido en los apartados 2 y 3 del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁶. Tal y como el Comité de Derechos Humanos tuvo ocasión de señalar en su Observación General número 17 (1989) relativa a este artículo 24, “the main purpose of the obligation to register children after birth is to reduce the danger of abduction, sale of or traffic in children, or of other types of treatment that are incompatible with the enjoyment of the rights provided for in the Covenant”.³⁷ En el mismo sentido, la más reciente Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 9 de

³⁰ “Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

³¹ “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

³² “1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”. La Observación General número 13 (2011) del Comité de Derechos del Niño, relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, incluye la trata entre las formas de violencia contra las que los menores bajo la jurisdicción de los Estados parte deben ser protegidos. La Observación General está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

³³ “Los Estados parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

³⁴ “Los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

³⁵ “Los Estados parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.

³⁶ De 16 de diciembre de 1966, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

³⁷ El texto de esta Observación General puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.refworld.org/docid/45139b464.html>. La no inscripción, ni en su país de origen ni en España, de un menor de origen nigeriano cuya madre fue expulsada en octubre de 2001 dificultó posteriormente el intento de localización de ella e impidió una eventual reagrupación familiar entre la madre y el niño. Del caso —e indirectamente de la legalidad de esa expulsión— ha conocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia de 10 de abril de 2012 dictada en el asunto K.A.B. c. España (demanda número 59819/08), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>

abril de 2013, relativa a la inscripción de los nacimientos y el derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica, recuerda a los Estados “su obligación de proceder a la inscripción de los nacimientos sin discriminación de ninguna clase e independientemente de la situación legal de los progenitores”.³⁸

El 25 de mayo de 2000³⁹ se adoptó un Protocolo facultativo a la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. La creciente preocupación de la Comunidad Internacional por el fenómeno de la trata se cuenta entre los motivos que fundamentaron esa adopción. El Protocolo incorpora una serie de obligaciones adicionales en el marco de la represión penal y el enjuiciamiento de los responsables de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

2. De ámbito regional: especial referencia a la cooperación en Europa

En el plano regional europeo,⁴⁰ me voy a referir principalmente a dos instrumentos normativos, ya citados aquí. De un lado, al Convenio europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos, y de otro, a la Directiva 2011/36/UE. Debe tenerse en cuenta, además, que la Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa (OSCE) creó en 2003 la figura del Representante Especial y Coordinador para Combatir la Trata de Seres Humanos. También la UE cuenta desde 2011 con una figura semejante: la Coordinadora antitrata, designada por la Comisión Europea.

En el ámbito, en primer lugar, del Consejo de Europa,⁴¹ debe señalarse primero que el Convenio de 2005 sí presta una atención minuciosa a las obligaciones que incumben a los Estados parte respecto de la identificación, primero, y la protección, después, de las víctimas de la trata de seres humanos.⁴² Se refiere el Convenio a la obligación de los Estados de contar con personal formado y cualificado para la prevención de la trata de seres humanos y la lucha

³⁸ A/HRC/RES/22/7. El Consejo de Derechos Humanos le pide en esta resolución a la Oficina del Alto Comisionado de las NNUU para los Derechos Humanos que prepare un informe sobre, entre otras cuestiones, “las buenas prácticas adoptadas por los Estados para cumplir su obligación de garantizar la inscripción de los nacimientos”. El Informe deberá presentarse al Consejo de Derechos Humanos en su 27º período de sesiones.

³⁹ Mediante la resolución de la Asamblea General de las NNUU 54/263. El texto del Protocolo está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>

⁴⁰ Fuera del ámbito europeo, numerosas iniciativas regionales y subregionales, de distinta naturaleza y alcance, se dirigen a prevenir y sancionar la trata de personas y a proteger a sus víctimas. Un buen resumen de las mismas puede encontrarse entre los considerandos del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, aprobado por la Asamblea General mediante su resolución 64/293, de 12 de agosto de 2010 y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refs/world/rwmain/ opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4caae0052>

⁴¹ Algunas recomendaciones del Comité de Ministros ya se habían ocupado, directa o indirectamente, de la protección de los menores frente a la trata. Véanse, en este sentido, la Recomendación núm. R (91) 11, sobre explotación sexual, pornografía, prostitución, así como la trata de niños y jóvenes y la Recomendación núm. R (2001) 16, sobre la protección de los niños frente a la explotación sexual. Ambas están disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/cm/home_en.asp

⁴² Cfr. el capítulo III (artículos 10-17).

contra la misma y para la identificación de las víctimas, especialmente cuando se trata de niños, así como con un procedimiento de identificación que tenga en cuenta sus necesidades específicas (artículo 10.1).

Por su parte, la Directiva 2011/36/UE dedica los artículos 13, 14, 15 y 16 a enumerar qué obligaciones incumben a los Estados miembros de la UE en relación con la asistencia y protección de las víctimas de la trata de seres humanos. El artículo 13 contiene una disposición general sobre las medidas de asistencia, apoyo y protección a los menores víctimas de la trata de seres humanos; el artículo 14 concreta alguna de esas obligaciones relativas a la asistencia y el apoyo; el artículo 15 se centra en la protección de los menores víctimas de trata en el marco de las investigaciones y los procesos penales, y el artículo 16 tiene en cuenta la particular situación de los menores extranjeros no acompañados víctimas de trata.

Desde luego, ninguna medida de protección de las previstas tiene sentido si la víctima no es correctamente identificada, esto es, si las autoridades públicas no son capaces de detectar la presencia de una víctima o de una víctima potencial. Ello exige asignar los recursos suficientes a la adecuada formación de los funcionarios que, en el desempeño de sus funciones, puedan entrar en contacto con ellas, y la existencia de procedimientos verdaderamente eficaces en ese sentido. En el ámbito del control de fronteras y la lucha contra la inmigración irregular, esta cuestión de la identificación adquiere una importancia fundamental.

IV. MENORES VÍCTIMAS DE TRATA E INMIGRACIÓN IRREGULAR: LA NECESARIA SUPERACIÓN DEL ENFOQUE SECURITARIO

Hay una abundante literatura jurídica relativa al alcance de las obligaciones que incumben a los Estados, en relación con la protección debida a los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional, y que desarrolla el alcance de las mismas cuando dichos individuos utilizan canales irregulares para migrar y forman parte de lo que conocemos como “flujos mixtos”. Muchas de las consideraciones que vienen repitiéndose desde hace años en ese ámbito son útiles aquí. Y es que el por ahora indiscutible derecho del Estado a controlar sus fronteras debe hacerse compatible con las obligaciones que le incumben en relación con la protección de los derechos humanos de los migrantes.⁴³ Lo viene recordando desde hace años la Asamblea General de Naciones Unidas del siguiente modo: al tiempo que afirma “el derecho soberano” de los Estados “de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras”, les recuerda que cuando ejercen ese derecho los Estados “deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los dere-

⁴³ Me ocupo de esta cuestión en: C. Pérez González. *Migraciones irregulares y Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 52 y ss.

chos humanos de los migrantes”.⁴⁴ Todos los instrumentos de derechos humanos citados por la Asamblea General en su resolución extienden su ámbito de aplicación personal a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado parte, y también a los inmigrantes, que se encuentran a menudo en una situación de vulnerabilidad a lo largo de toda la ruta migratoria.

Las víctimas menores de la trata de seres humanos —el colectivo en el que me he querido centrar aquí— están en una situación de especialísima vulnerabilidad. Ello exige, por parte del Estado, un reforzamiento de las medidas tendentes a su identificación y protección. Del mismo modo que parece haberse asentado ya con claridad en el Derecho Internacional la consideración de que la lucha contra la inmigración irregular y las tareas de controlar la frontera no pueden ser de tal naturaleza que impidan al Estado el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del principio de no devolución,⁴⁵ las medidas que se adopten para la consecución de aquellos fines deben igualmente tomar en consideración que la realidad de las migraciones internacionales demuestra que las víctimas de la trata de seres humanos permanecerán a menudo invisibilizadas si el Estado no adopta una actitud proactiva en relación con su identificación y protección. El principio de diligencia debida, aunque todavía insuficientemente explorado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, puede resultar muy útil en este sentido, esto es, a la hora de concretar las obligaciones que del mismo se derivarían en este ámbito.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Se han analizado someramente en este trabajo las obligaciones que, respecto de la prevención de la trata de menores y de la identificación y protección de sus víctimas, ha asumido España. El modo en que el Estado interprete el alcance de esas obligaciones y decida darle contenido determinará de modo evidente la fortaleza y eficacia de las medidas que se pongan en marcha para lograr aquellos objetivos. Esa interpretación debe estar inspirada, creo, por el principio de diligencia debida, de tal modo que solo cuando se alcancen los estándares que cabría deducir del mismo, podrá decirse que se está dando correcto cumplimiento a dichas obligaciones.

La labor de los mecanismos nacionales e internacionales de protección de derechos humanos puede resultar clave en este sentido. Más allá de las consideraciones, sin duda útiles,

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la resolución 67/172, de 3 de abril de 2013, en su apartado 3. La resolución está disponible en <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r67sp.shtml>

⁴⁵ Un exponente reciente e interesante en este sentido lo constituye la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictada el 23 de febrero de 2012 en el asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia (demanda número 27765/09). Sobre esta sentencia *Vid.*: M. Den Heijer. “Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case”. *International Journal of Refugee Law*, 2, vol. 25, (2013), pp. 265-290 y V. Moreno-Lax. “Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control”? *Human Rights Law Review*, 3, vol. 13 (2012), pp. 574-589.

que se hagan en los diferentes informes periódicos o informes-país,⁴⁶ creo que deben incentivarse y facilitarse los mecanismos de queja o denuncia que permiten que las víctimas acudan directamente a ellos. Ello contribuiría significativamente a que se pongan de manifiesto las lagunas y deficiencias de protección en casos concretos.⁴⁷

De hecho, la jurisprudencia de los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos proporciona ya elementos interesantes en este sentido. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009 dictada en el asunto conocido como del “Campo Algodonero”⁴⁸ estableció lo siguiente respecto de la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos:

La Corte ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado

Ahora bien, conforme a jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro

⁴⁶ Es un ejemplo valioso en este sentido el primer Informe sobre España presentado el 27 de septiembre de 2013 por el Grupo de Expertos sobre la acción contra la trata de seres humanos (GRETA, en sus siglas en inglés). GRETA supervisa de qué modo los Estados parte del Convenio Europeo contra la trata de seres humanos cumplen con las obligaciones impuestas por el mismo. El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dgbl/monitoring/trafficking/docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf. Es muy importante también la labor desarrollada en este sentido por la Relatora especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños (<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/TraffickingIndex.aspx>) y Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/ChildrenIndex.aspx>). También el Relator Especial de NNUU sobre los derechos de los migrantes ha alertado sobre su situación. Ha señalado, en este sentido, lo siguiente: “Al Relator Especial le preocupa la situación de los niños que nacen y viven en países a los que sus madres han sido trasladadas como víctimas de la trata, especialmente cuando se teme fundamentalmente que los traficantes tomen represalias contra ellos y cuando los niños quedan atrás porque sus madres, víctimas de la trata, se encuentran bajo custodia policial o en centros de internamiento a resultas de redadas realizadas por la policía o los servicios de inmigración” (Cfr. el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de 14 de mayo de 2009 [A/HRC/11/7], disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/SRMigrantsIndex.aspx>).

⁴⁷ Tal y como se ha dicho “(t)he lack of detailed attention to complaint mechanisms and the duty to identify are particular deficiencies that impact the level of engagement and protection that international human rights can offer. Accordingly, they require much closer and creative consideration in order to ensure that complaints mechanism are tailored and accessible for victims of trafficking, that they are aware of them, that they are not at risk of prosecution themselves, and that protection is not made conditional on cooperation with authorities in the prosecution of traffickers”: L. McGregor. “Applying the Definition of Torture to the Acts of Non-State Actors: The Case of Trafficking in Human Beings”. *Human Rights Quarterly*, 1, vol. 36, (2014), pp. 224.

⁴⁸ Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.⁴⁹

Son, en mi opinión, precisiones plenamente aplicables a nuestro caso de estudio. Y también lo son, sin duda, las hechas por el TEDH sobre las obligaciones que incumben a los Estados parte en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) en relación con la prevención del fenómeno de la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas en su sentencia de 7 de junio de 2010, dictada en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*.⁵⁰ Es destacable de esta sentencia que para concluir la violación del artículo 4 del CEDH⁵¹ por parte de Chipre, el Tribunal tiene en cuenta que un informe del Ombudsman de 2003 y algunos informes del Consejo de Europa alertaban sobre el riesgo de ser tratadas con fines de explotación sexual que corrían las jóvenes extranjeras en Chipre. En la sentencia, el Tribunal analiza si en el caso concreto las obligaciones convencionales —principalmente las incorporadas al Protocolo de Palermo y al Convenio europeo contra la trata de seres humanos— asumidas por Chipre y Rusia en relación con la identificación y protección de las víctimas de trata podían considerarse cumplidas.⁵²

⁴⁹ *Cfr.* los apartados 252 y 280 de la sentencia. El demandante en este asunto es el padre de una nacional rusa, de 20 años, que fue trasladada, forzada a ejercer la prostitución en Chipre y finalmente muerta al intentar huir del lugar donde la tenía retenida.

⁵⁰ Demanda número 25965/04, disponible en la siguiente dirección electrónica: www.echr.coe.int

⁵¹ Este artículo prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado. El TEDH ya había hecho caer la trata de seres humanos (en ese caso con fines de explotación laboral) bajo el ámbito de aplicación de este artículo en una sentencia anterior: la dictada el 26 de julio de 2005 en el asunto *Siliadin c. Francia* (demanda núm. 73316/01), disponible en la siguiente dirección electrónica: www.echr.coe.int

⁵² Y llega incluso, por ejemplo, a deducir consecuencias de la obligación contenida en el artículo 10.2 del Protocolo de Palermo (*supra*, nota 28) respecto de la capacitación de funcionarios en este ámbito: “The Court recalls the obligations undertaken by the Cypriot authorities in the context of the Palermo Protocol and, subsequently, the Anti-Trafficking Convention to ensure adequate training to those working in relevant fields to enable them to identify potential trafficking victims (see paragraphs 155 and 167 above). In particular, under Article 10 of the Palermo Protocol, States undertake to provide or strengthen training for law enforcement, immigration and other relevant officials in the prevention of trafficking in persons. In the Court’s opinion, there were sufficient indicators available to the police authorities, against the general backdrop of trafficking issues in Cyprus, for them to have been aware of circumstances giving rise to a credible suspicion that Ms Rantseva was, or was at real and immediate risk of being, a victim of trafficking or exploitation. Accordingly, a positive obligation arose to investigate without delay and to take any necessary operational measures to protect Ms Rantseva”.

Los mecanismos nacionales de protección de derechos humanos están, sin duda, en una posición privilegiada en este sentido. El Informe del Defensor del Pueblo al que me he referido en la introducción de este trabajo recomendaba a la Secretaría de Estado de Seguridad el establecimiento de “una base de datos específica, en la que deberán ser registrados todos aquellos menores de edad indocumentados que sean interceptados por la policía al intentar acceder de manera irregular a territorio nacional. Y adoptar, en su caso, con la autorización del Ministerio Fiscal, las medidas necesarias para comprobar el vínculo de filiación con los adultos que los acompañan”. En octubre de 2013, con ocasión de la actualización de dicho Informe,⁵³ la Institución señalaba, entre los avances logrados, la emisión de un Dictamen de la Fiscalía General del Estado, el número 2/2012, sobre el tratamiento a dar a los menores extranjeros no acompañados cuya filiación no resulta acreditada, y la adopción, por parte de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Instrucción 2/2013 sobre actuaciones a realizar ante la detección de menores extranjeros no acompañados o que se encuentran en situación de riesgo. Además, la actualización destaca como “buenas prácticas” la celebración de dos reuniones de coordinación en las que se buscaba avanzar en la mejora del procedimiento de filiación e identificación de los menores extranjeros que llegan a España, de un lado, y, por otro, en la elaboración de un protocolo de actuación que deberá activarse en aquellos casos de inexistencia de vínculo de filiación y en el que participan la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, la Fiscalía y la Dirección General del Menor y la Familia de la Consejería de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Es evidente, como la propia actualización pone de manifiesto, que queda aún mucho trabajo por delante. A avanzar puede contribuir —y esa es quizás la conclusión más importante de este análisis— la labor de los órganos de protección nacional e internacional de derechos humanos. Resultará clave —y es urgente— que se facilite el acceso de las víctimas de trata a esos mecanismos.

⁵³ Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1383823585002.html

REFERENCIAS

- Badía Martí, A. *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008.
- Badía Martí, A. “La trata de niños en el ámbito jurídico internacional”. En *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales*, Dirs. F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: AEPDIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2010, pp. 115-128.
- Carillo Santarelli, N. “Non-State Actor’s Human Rights Obligations and Responsibility under International Law”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 15 (2008). Recuperado el 21 de marzo de 2014 desde *www.reei.org*
- Den Heijer, M. “Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case”. *International Journal of Refugee Law*, 2, vol. 25, (2013), pp. 265-290.
- Elliot, J. “(Mis)identification of Victims of Human Trafficking: The Case of R v. O”. *International Journal of Refugee Law*, 4, vol. 21 (2009), pp. 727-741.
- Gallagher, A. “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”. *Human Rights Quarterly*, 4, vol. 23 (2001), pp. 975-1004.
- López Ulla, J.M. “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46 (2013), pp. 1061-1090
- McGregor, L. “Applying the Definition of Torture to the Acts of Non-State Actors: The Case of Trafficking in Human Beings”. *Human Rights Quarterly*, 1, vol. 36, (2014), pp. 210-241.
- Moreno-Lax, V. “Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control”? *Human Rights Law Review*, 3, vol. 13 (2012), pp. 574-589.
- Pérez González, C. “La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 3 (2012), pp. 247-272.
- Pérez González, C. *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

- Piotrowicz, R. "States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations". *International Journal of Refugee Law*, 2, vol. 24 (2012), pp. 181-201.
- Reinisch, A. "The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors". En *Non-State Actors and Human Rights*, ed. Ph. Alston. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 37-89

Recibido: 12/04/2014
Aprobado: 24/04/2014



Rostro. Óleo sobre madera (60 x 50 cm).