



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes



La elaboración de la Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes ha sido financiada por la Unión Europea.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
Viena

Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2010

© Naciones Unidas, diciembre de 2010. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	1
Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes	
Capítulo I. Disposiciones generales.....	5
Artículo 1. Declaración de finalidad	5
Artículo 2. Interpretación	8
Artículo 3. Definiciones	12
Artículo 4. Jurisdicción.....	21
Capítulo II. Penalización	29
<i>Delitos principales: opción A</i>	
Artículo 5.A. Tráfico ilícito de migrantes	33
Artículo 5.B. Delitos relacionados con los documentos de viaje o de identidad	34
Artículo 5.C. Habilitación para la residencia ilegal.....	35
Artículo 5.D. Tentativas.....	36
Artículo 5.E. Participación como cómplice.....	36
Artículo 5.F. Organización o dirección.....	37
<i>Delitos principales: opción B</i>	
Artículo 5.G. Tráfico ilícito de migrantes y habilitación para la permanencia ilegal	38
Artículo 5.H. Penalización en relación con documentos de viaje o de identidad falsos	40
<i>Delitos principales: opción C</i>	
Artículo 5.I. Delitos en relación con el tráfico ilícito de migrantes.....	42
Artículo 6. Circunstancias agravantes.....	43
Artículo 7. Abuso de la vulnerabilidad de los migrantes objeto de tráfico ilícito.....	56
Artículo 8. Medidas subsidiarias [adicionales].....	58
Artículo 9. Responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico ilícito	60

Artículo 10. Deberes y penalización de los transportistas comerciales	61
Artículo 11. Facilitación de la entrada o la permanencia con miras a procesos judiciales	66
Capítulo III. Medidas de protección y asistencia.	69
Artículo 12. Derecho a asistencia médica urgente	70
Artículo 13. Protección de los migrantes contra la violencia	71
Artículo 14. Asistencia a los migrantes cuya vida o seguridad esté en peligro	73
Artículo 15. Proceso [judicial] [civil]	74
Artículo 16. Migrantes objeto de tráfico ilícito que sean niños	75
Artículo 17. Acceso de los migrantes objeto de tráfico ilícito a funcionarios consulares	78
Capítulo IV. Coordinación y cooperación	81
Artículo 18. Establecimiento de un comité coordinador nacional	81
Artículo 19. Capacitación y prevención.	83
Capítulo V. Cooperación relativa al tráfico ilícito de migrantes por mar	87
Artículo 20. Ampliación de la jurisdicción a tenor del presente capítulo	90
Artículo 21. Designación de la autoridad competente nacional	91
Artículo 22. Designación de funcionarios u oficiales autorizados	92
Artículo 23. Condiciones y limitaciones del ejercicio de las facultades especiales de cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios y oficiales autorizados	93
Artículo 24. Marco operativo de las medidas que se adopten en el mar.	96
Artículo 25. Salvaguardias relativas a vidas en peligro en el mar	100
Artículo 26. Indemnización por perjuicios o daños.	102
Capítulo VI. Procedimientos relativos a la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito	105
Artículo 27. Designación de uno o más organismos.	105
Artículo 28. Remisión de migrantes con necesidades específicas de protección	106
Artículo 29. Garantía de la seguridad en el intercambio de información	107

	<i>Página</i>
Artículo 30. Legitimidad y validez de los documentos	108
Artículo 31. Facilitación de la repatriación de migrantes objeto de tráfico ilícito	109
Artículo 32. Protección de los migrantes objeto de tráfico ilícito en el proceso de repatriación	111
Artículo 33. Protección de los arreglos existentes	114

Introducción¹

La Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes ha sido elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en respuesta a una petición dirigida por la Asamblea General al Secretario General para que promoviese y facilitara las iniciativas de los Estados Miembros dirigidas a hacerse parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, así como a darles aplicación². Se ha redactado en particular para ayudar a los Estados a aplicar las disposiciones que figuran en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención.

La Ley modelo facilitará y a la vez servirá de ayuda para sistematizar la prestación de asistencia legislativa por parte de la UNODC así como para agilizar el examen y enmienda de la legislación existente y la adopción de nuevas leyes por los Estados. Se ha concebido de modo que se adapte a las necesidades de cada Estado, sean cuales fueren su tradición jurídica y condiciones sociales, económicas, culturales y geográficas.

La Ley modelo contiene todas las disposiciones que el Protocolo exige o recomienda a los Estados que introduzcan en su derecho interno. El comentario a la misma indica qué disposiciones son obligatorias y cuáles son facultativas. Esta distinción no se hace en lo que respecta a las disposiciones generales (capítulo I) y las definiciones (artículo 3), pues aunque constituyen parte integrante de la Ley modelo, el Protocolo no las estipula preceptivamente *per se*. Las disposiciones recomendadas pueden también dimanar de otros instrumentos internacionales, entre ellos la normativa internacional de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de refugiados. Cuando es conveniente o necesario, se sugieren opciones para redactar la disposición con el fin de reflejar las diferencias existentes entre las diversas culturas jurídicas.

El comentario indica también el origen de la disposición y, en algunos casos, ofrece alternativas al texto sugerido o bien ejemplos de la legislación nacional

¹La finalidad de esta introducción es servir de nota explicativa sobre la génesis, naturaleza y ámbito de la Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. No forma parte del texto de la Ley modelo.

²Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 2225, 2237, 2241 y 2326, núm. 39574.

de diversos Estados (en traducción oficiosa cuando es preciso)³. También se tiene debidamente en cuenta las notas interpretativas de los documentos oficiales (*Travaux Préparatoires*) del Protocolo⁴, y las *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*⁵.

Conviene subrayar que los temas relacionados con la cooperación internacional en cuestiones penales, así como con los delitos de participación en un grupo delictivo organizado, corrupción, obstrucción de la justicia y blanqueo de dinero, que a menudo surgen en el contexto del tráfico ilícito de migrantes, se tratan en el documento “matriz”, que es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Por consiguiente, es esencial que las disposiciones del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes se lean y apliquen en combinación con las disposiciones de la Convención y que se elaboren leyes internas para aplicar no solo el Protocolo, sino también la Convención. Además, es de especial importancia que toda ley sobre el tráfico ilícito de migrantes esté en armonía con los principios constitucionales de cada Estado, las concepciones básicas de su sistema jurídico, su estructura legal vigente y sus mecanismos de aplicación de la ley, así como que las definiciones empleadas en la legislación sobre el tráfico ilícito de migrantes estén en concordancia con las definiciones análogas establecidas en otras leyes. No se pretende que la Ley modelo sea incorporada al derecho interno tal como se presenta, sin un examen cuidadoso de todo el contexto legislativo de un Estado determinado. También en este aspecto la Ley modelo no puede ser un instrumento independiente y para su eficacia son fundamentales unas leyes nacionales que apliquen la Convención.

La Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes es fruto del programa mundial de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para combatir dicho tráfico. Los trabajos sobre la Ley modelo los han realizado la Dependencia de Lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, así como otros colegas de la Subdivisión de Lucha contra la Delincuencia Organizada y el Tráfico Ilícito de la División para Asuntos de Tratados. La UNODC contó a este respecto con la asistencia de dos consultoras: la Sra. Fiona David, redactora principal, que elaboró los proyectos de texto de la Ley modelo, y la Sra. Georgina Vaz Cabral, que prestó

³En los casos en que no se disponía de una versión oficial de la ley en inglés, la versión utilizada es la proporcionada por expertos nacionales del Estado interesado.

⁴Notas interpretativas de los documentos oficiales (*Travaux Préparatoires*) de las negociaciones sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (A/55/383/Add.1).

⁵Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.2.

servicios especializados en materia de derecho civil. Un grupo de expertos⁶ en la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, de diversas tradiciones jurídicas y regiones geográficas, celebró tres reuniones especializadas para debatir y examinar el proyecto de texto de la Ley modelo. Las reuniones del grupo de expertos se organizaron en el marco de un proyecto mundial, financiado por la Unión Europea, cuyo fin es promover la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, complementarios ambos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Gobierno del Canadá contribuyó a la organización de una de las reuniones de expertos.

⁶En las tres reuniones de expertos participaron especialistas de los siguientes países: Albania, Bélgica, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, India, Jamaica, Kuwait, Marruecos, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Serbia, Sudán, Tailandia, Túnez y Yemen. Además, tomaron parte en las reuniones representantes de las oficinas, organizaciones y procesos regionales siguientes: División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar; Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Organización Internacional para las Migraciones, Conferencia Regional sobre Migración (“Proceso de Puebla”); y Proceso de Bali (con Tailandia como Copresidente). La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Organización Internacional del Trabajo presentaron observaciones entre las reuniones.

Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. Declaración de finalidad

Opción A

1. La presente ley da efecto al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
2. La finalidad de la presente ley es:
 - a) Prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes;
 - b) Promover y facilitar la cooperación nacional e internacional con el fin de lograr estos objetivos; y
 - c) Proteger los derechos de los migrantes objeto de tráfico ilícito.o bien

Opción B

1. La presente ley da efecto al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
2. La finalidad de la presente ley es:
 - a) Prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes;
 - b) Proteger los derechos de los migrantes objeto de tráfico ilícito; y
 - c) Promover y facilitar la cooperación nacional e internacional con el fin de lograr estos objetivos.

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículos 1 y 2; léase juntamente con el artículo 1 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Véase también el artículo 5 y el párrafo 4 del artículo 6 del Protocolo.

La finalidad de la Ley modelo es dar efecto al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, el cual ha de leerse juntamente con la Convención. El artículo 2 del Protocolo afirma que “el propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”. Ese artículo tiene que leerse en conjunción con el artículo 1 de la Convención, el cual estipula que “el propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”.

Para el artículo 1 de la Ley modelo se presentan dos opciones, cuya única diferencia es el orden de los apartados enumerados en el párrafo 2. La opción A es la que se ciñe más estrictamente al texto del artículo 2 del Protocolo. La opción B altera el orden de los apartados y traslada la protección de los derechos humanos de los migrantes objeto de tráfico ilícito a un lugar más elevado en la lista. La opción B refleja una sugerencia formulada por cierto número de participantes en el proceso de redacción, incluso en las consultas celebradas con los países norteafricanos en El Cairo en noviembre de 2009, para dar más notoriedad y prioridad a los derechos humanos de los migrantes objeto de tráfico.

Es esencial que los redactores de leyes nacionales comprendan las directrices fundamentales que establece el Protocolo mismo. Es decir, el Protocolo centra su atención en el tráfico ilícito de migrantes por parte de grupos delictivos organizados y no en la mera migración o los migrantes mismos. Como se señala en la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes:

La mera entrada ilegal puede constituir delito en algunos países, pero no se reconoce como una forma de delincuencia organizada y por lo tanto se sustrae al ámbito de la Convención y sus Protocolos. La facilitación de la entrada o la residencia ilegal de los migrantes por un grupo delictivo organizado (término que comprende un aspecto de beneficios económicos u otros beneficios de orden material), en cambio, se ha reconocido como una forma grave de delincuencia organizada transnacional, y por ello es uno de los aspectos principales en que se centra el Protocolo⁷.

El Protocolo, por su parte, adopta una actitud neutral sobre si las personas que migran ilegalmente debieran ser imputadas por algún otro delito (por ejemplo, un delito previsto en una ley sobre entradas ilegales). Como se indica en la Guía legislativa:

⁷Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.2), tercera parte, cap. II, párr. 28, pág. 345.

En el artículo 5 se asegura que ninguna disposición del Protocolo propiamente dicho pueda interpretarse como la exigencia de penalizar a los meros migrantes ni la de tipificar como delito conductas en que estos puedan incurrir, en contraposición a los miembros de grupos delictivos organizados o las personas vinculadas a ellos. Al mismo tiempo, en el párrafo 4 del artículo 6 se asegura que ninguna disposición del Protocolo limite las facultades en vigor de cada Estado Parte para adoptar medidas contra las personas cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

(Guía legislativa, tercera parte, cap. II, párr. 50, pág. 352)

Cuando un Estado quiera explicitar con toda claridad a los responsables de aplicar la ley que el aspecto central no es la mera migración ni los migrantes, puede ser útil incluir una declaración más de intenciones (por ejemplo, “La presente ley tiene la finalidad de penalizar la conducta de quienes se benefician del tráfico ilícito de migrantes o un comportamiento afín con obtención de un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Su objetivo no es penalizar la migración como tal”). Sin embargo, no es obligatorio insertar dicha declaración.

3. La presente ley se aplicará a todas las formas de tráfico ilícito de migrantes, se realicen o no en vinculación con la delincuencia organizada [un grupo delictivo organizado].

Comentario

Fuente: Artículo 4 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes; léase en conjunción con el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención.

El artículo 4 del Protocolo establece que este se aplicará, salvo disposición en contrario, a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6, cuando estos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

El artículo 4 del Protocolo ha de leerse en relación con el artículo 34 de la Convención, especialmente con el párrafo 2, que establece lo siguiente:

Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículo 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado.

Según la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo, si se adopta el principio de *mutatis mutandis*, debería interpretarse que el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención es aplicable a cualquier delito tipificado con arreglo a la Convención, incluidos los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. En consecuencia:

En el caso del tráfico ilícito de migrantes la comisión de los delitos tipificados en el derecho interno dará lugar a enjuiciamiento incluso cuando el delito no revista carácter transnacional o cuando no haya participación de un grupo delictivo organizado, o cuando ello no se pueda probar.

(Guía legislativa, tercera parte, cap. I, párr. 20, pág. 338)

La Ley modelo no distingue entre disposiciones que exijan los elementos de transnacionalidad y delincuencia organizada y disposiciones que no los exijan, a fin de asegurar el tratamiento en condiciones de igualdad por parte de las autoridades nacionales en todos los casos de tráfico ilícito de migrantes dentro de su territorio.

Artículo 2. Interpretación

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 y 4 del artículo 16 y artículo 19.

El cumplimiento de los artículos 16 y 19 es obligatorio. Ahora bien, la manera de lograr este cumplimiento puede variar.

Perspectiva general

Sea cualquiera su situación inmigratoria, las personas objeto de tráfico ilícito tienen ciertos derechos inalienables basados en la normativa jurídica internacional. Estos derechos se definen en tratados internacionales fundamentales, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹⁰, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹¹, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹² y el derecho internacional consuetudinario. Se prescriben disposiciones protectoras más concretas, relativas a las normas de tratamiento de las personas que se hallen fuera de su país de origen, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹³ y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967¹⁴, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵ y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹⁶. Como se reconoce en el Protocolo, los Estados Parte han convenido en garantizar que estos derechos no se vean comprometidos en forma alguna por la aplicación de medidas contra el tráfico ilícito de migrantes.

⁸Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo.

⁹Ibíd.

¹⁰Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841.

¹¹Ibíd., vol. 1249, núm. 20378.

¹²Ibíd., vol. 660, núm. 9464.

¹³Ibíd., vol. 189, núm. 2545.

¹⁴Ibíd., vol. 606, núm. 8791.

¹⁵Ibíd., vol. 1577, núm. 27531.

¹⁶Ibíd., vol. 2220, núm. 39481.

La presente ley se interpretará y aplicará de manera que:

a) No sea discriminatoria por ningún motivo tal como raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 2 del artículo 19.

El cumplimiento del artículo 19 del Protocolo es obligatorio. Ahora bien, la forma de conseguir tal cumplimiento puede variar. En el párrafo 2 del artículo 19 se mencionan concretamente los “principios de no discriminación internacionalmente reconocidos”. Toda ley nacional cuyo objetivo sea aplicar el Protocolo ha de ser congruente con esas obligaciones internacionales.

El texto del apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley modelo refleja los términos utilizados en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva **contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social** (pasaje impreso con caracteres corrientes en el texto original).

Como en el Pacto Internacional citado, incluyendo en la Ley modelo los términos “por motivos de ...” y “o cualquier otra condición social” se asegura la posibilidad de ampliar la lista.

La opción de redacción presentada en la Ley modelo no es la única formulación posible en cuanto al tema de la discriminación. Por ejemplo, los redactores de la Ley modelo contra la trata de personas¹⁷ adoptaron la siguiente fórmula:

Las medidas previstas en la presente ley [en particular la identificación de las víctimas y las medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas] se interpretarán y aplicarán sin discriminación alguna, como la motivada por **la raza, el color, la religión, las creencias, la edad, la situación familiar, la cultura, el idioma, la etnia, el origen nacional o social, la ciudadanía, el género, la orientación sexual, las opiniones políticas o de otro tipo, la discapacidad, el patrimonio, el nacimiento, la situación de inmigración, el hecho de que la persona haya sido objeto de trata o haya participado en la industria del sexo, o cualquiera otra condición.**

(Ley modelo contra la trata de personas, párrafo 2 del artículo 3)

¹⁷Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.09.V.11.

Los redactores de las leyes nacionales pueden optar por servirse de otros modelos, por ejemplo, los tratados regionales de derechos humanos.

b) Esté en concordancia con el principio de *non-refoulement*;

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 19.

El párrafo 1 del artículo 19 del Protocolo establece taxativamente que nada de lo dispuesto en el Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos así como la relativa a los refugiados. Como se señala en las notas interpretativas referentes a los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de las negociaciones del Protocolo¹⁸, el Protocolo no pretende regular ni considerar la situación de los refugiados.

c) Sea congruente con las demás obligaciones dimanantes de las contraídas por [nombre del Estado] con arreglo al derecho internacional, [especialmente los derechos humanos, la normativa humanitaria y la de refugiados] [inclusive, si bien la enumeración no es exhaustiva, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 así como el derecho internacional consuetudinario]; y

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 16 y párrafo 1 del artículo 19.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes no entraña menoscabo alguno de los derechos, obligaciones y responsabilidades vigentes de los Estados Parte dimanantes de otros instrumentos internacionales como los mencionados en

¹⁸Notas interpretativas de los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de las negociaciones sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, párrs. 117 y 118, citado en los *travaux préparatoires* de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.06.V.5), pág. 585.

este artículo de la Ley modelo. Los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados de otro instrumento vienen determinados por las disposiciones de ese instrumento y por el hecho de que el Estado en cuestión sea parte en él, y no por las disposiciones del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. En consecuencia, todo Estado que pase a ser parte en el Protocolo pero no sea parte en otro instrumento internacional a que se aluda en el Protocolo no tendrá ningún derecho, obligación o responsabilidad conforme a ese otro instrumento.

(Notas interpretativas, párr. 118; *Travaux Préparatoires*, pág. 585)

La cuestión fundamental es que al redactar y aplicar las leyes nacionales sobre el tráfico ilícito de migrantes, los Estados Parte han de velar por el cumplimiento de las obligaciones vigentes derivadas del derecho internacional, incluido tanto el derecho de tratados (bilaterales, regionales o multinacionales) como el derecho internacional consuetudinario. Los redactores deberían examinar atentamente las obligaciones existentes en derecho internacional para evitar toda discordancia entre un proyecto de ley nacional y las obligaciones internacionales.

Mención de tratados o leyes nacionales concretos que den aplicación a las obligaciones en materia de derechos humanos

Cuando existan leyes nacionales de derechos humanos puede ser conveniente mencionarlas directamente en las leyes nacionales sobre tráfico ilícito de migrantes. Ahora bien, si no se ha establecido ya una ley nacional de derechos humanos, puede ser necesario hacer referencia directa a los instrumentos internacionales pertinentes como los citados a continuación:

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹;
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- d) La Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos²⁰;
- e) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;
- f) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;
- g) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- h) La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;
- i) La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967;
- j) La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad²¹;

¹⁹Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

²⁰Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1577, 2171 y 2173, núm. 27531.

²¹Resolución 61/106 de la Asamblea General, anexo I.

k) Todo tratado regional pertinente, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²² o el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales²³.

No es obligatorio señalar o enumerar concretamente todos los tratados pertinentes. De todas formas, la inclusión de tal lista puede aumentar la relevancia de las obligaciones correspondientes ante los responsables de ejecutar y aplicar las leyes sobre el tráfico ilícito de migrantes.

d) Tenga en cuenta las necesidades especiales de las personas objeto de tráfico ilícito que sean [mujeres o niños] [o que tengan necesidades especiales por otras razones].

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 4 del artículo 16.

El Protocolo exige que los Estados Parte tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños. Ahora bien, puede ser que un Estado quiera reconocer a otros grupos de personas con necesidades especiales (por ejemplo, los mayores, las personas traumatizadas, las personas con discapacidad). Aunque este principio solo se refiere al artículo 16 del Protocolo, se sugiere reconocerlo con carácter general en la aplicación de la ley.

Artículo 3. Definiciones

Comentario

En algunos sistemas jurídicos se inserta en la ley en cuestión, al principio o al final de la misma, un capítulo sobre definiciones. En otros sistemas el código o las leyes penales contienen un capítulo general dedicado a definiciones, en cuyo caso tal vez sea preciso incluir algunas de las que figuran a continuación. En algunos contextos los Estados estiman preferible dejar la interpretación a discreción de los tribunales. Las definiciones que figuran en este artículo deberían leerse en relación con el capítulo 2, relativo a penalización, de la Ley modelo.

En lo posible, las definiciones adoptadas en la Ley modelo se derivan del Protocolo, la Convención u otros instrumentos internacionales vigentes. En algunos casos se citan ejemplos de leyes nacionales en vigor. En general, es importante cuidarse de que toda definición usada en la ley esté en concordancia con la legislación nacional vigente.

El presente artículo contiene solo definiciones específicas para el tráfico ilícito de migrantes. No se definen los términos generales como “tentativa”, “territorio” y “conducta”, pues lo probable es que ya estén tratados en las leyes nacionales vigentes.

²²Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955.

²³*Ibíd.*, vol. 213, núm. 2889.

En la presente ley:

- a) Por “niño” se entenderá una persona menor de 18 años;

Comentario

Fuente: Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1.

En algunos contextos puede ser conveniente utilizar la expresión “persona menor de 18 años” en lugar de la palabra “niño”. Ello puede ser útil, por ejemplo, si la ley nacional distingue entre ciertas clases de niños (por ejemplo los menores de 14 años y los menores de 18 años).

- b) Por “transportista comercial” se entenderá una persona jurídica o natural que se ocupa del transporte de mercancías o personas con fines comerciales;

Comentario

Esta definición puede ser necesaria para asegurar la claridad del ámbito abarcado por las disposiciones referentes a la responsabilidad de los transportistas comerciales en la Ley modelo. En aras de la congruencia, esta definición es la misma que la empleada en la Ley modelo contra la trata de personas. Sin embargo puede ser de interés tener en cuenta otras definiciones de “transportista comercial” entre ellas las siguientes:

- a) Por “transportista comercial” se entiende una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso” (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, apartado d) del artículo 1);

- b) Por “transportista” se entenderá toda persona natural o jurídica cuya ocupación sea proporcionar a pasajeros transporte por aire, mar o tierra”. (Convenio de 1990 para la aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, artículo 1).

- c) “Beneficio financiero u otro beneficio de orden material” incluirá cualquier tipo de incentivo financiero o no financiero, pago, soborno, recompensa, ventaja, privilegio o servicio (incluso los servicios sexuales o de otra índole);

Comentario

Fuente: La expresión “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” forma parte de la definición de “tráfico ilícito de migrantes” que figura en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes (apartado a) del artículo 3) y se emplea para definir los delitos cuya tipificación prescribe el artículo 6 del Protocolo; también se usa en el apartado a) del artículo 2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada como parte de la definición de “grupo delictivo organizado”.

En las notas interpretativas referentes al apartado a) del artículo 2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se señala que “las palabras ‘con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material’ deberían entenderse de forma amplia a fin de incluir, por ejemplo, los delitos cuya motivación predominante fuese la gratificación sexual, como la recepción o el intercambio de materiales por miembros de redes de pornografía infantil, la trata de niños por miembros de redes pedófilas o la participación en los gastos entre miembros de esas redes”. (A/55/383/Add.1, párr. 3; *Travaux Préparatoires*, pág. 18)

El pago o el beneficio resultante del tráfico ilícito de migrantes pueden incluir incentivos no financieros como un billete gratuito de ferrocarril o de avión, o bienes, por ejemplo un automóvil. Así pues, es importante cuidar de que la definición de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” sea lo más amplia y global posible.

En las notas interpretativas sobre el apartado a) del artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes se señala que la referencia a “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se insertó como elemento de la definición para recalcar que la intención era abarcar las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan movidos por el lucro, pero que quedaban excluidas las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas (A/55/383/Add.1, párr. 88; *Travaux Préparatoires*, pág. 498).

Ejemplo 1

Un beneficio financiero u otro beneficio de orden material incluyen cualquier tipo de incentivo financiero o no financiero, pago, soborno, recompensa, ventaja o servicio.

(Proceso de Bali, Ley modelo sobre la penalización del tráfico ilícito de migrantes)

Ejemplo 2

Obtener un beneficio de orden material, en relación con la comisión de un acto, significa obtener, directa o indirectamente, cualquier clase de mercancías, dinero, ventaja pecuniaria, privilegio, bienes, u otra contraprestación valiosa de cualquier tipo por cometer el acto (o hacer algo que forme parte de la comisión del acto).

(Sección 2 de la Ley penal de 1961, núm. 43, Nueva Zelandia)

Ejemplo 3

La legislación anticorrupción de Sudáfrica define el término “gratificación” de manera amplia. La definición incluye una serie de conceptos como la “liquidación de una deuda” y la “evitación de una pérdida o de responsabilidad” que pueden tener relevancia en el contexto de la legislación contra el tráfico ilícito de migrantes:

Una “gratificación” incluye:

- a) Dinero, sea en efectivo o en otra forma;
- b) Toda donación, regalo, préstamo, honorario, recompensa, título valioso, bienes o derechos sobre bienes de cualquier tipo, sean muebles o inmuebles, o cualquier otra ventaja similar;
- c) La evitación de una pérdida, responsabilidad, penalización, decomiso, sanción u otro perjuicio;
- d) Cualquier cargo, estatus social, distinción, empleo, contrato de empleo o servicios, todo acuerdo de dar empleo o prestar servicios al título que fuere y alojamiento de tipo residencial o vacacional;
- e) Todo pago, liberación, cancelación o liquidación de cualquier préstamo, obligación u otra responsabilidad, ya sea íntegramente o en parte;
- f) Toda abstención de exigir cualquier suma monetaria o valor monetario u objeto valioso;
- g) Todo otro servicio o favor o ventaja de cualquier tipo, incluso la protección frente a cualquier sanción o inhabilitación sufrida o temida o frente a cualquier actuación o procedimiento de naturaleza disciplinaria, civil o penal, se haya incoado ya o no, e incluye el ejercicio o la abstención de ejercer cualquier derecho o cualquier facultad o deber oficial;
- h) Todo derecho o privilegio;
- i) Toda ayuda real o simulada, voto, consentimiento, influencia o abstención de votar; o
- j) Toda contraprestación o beneficio valioso de cualquier clase, incluso cualquier descuento, comisión, rebaja, bonificación, deducción o porcentaje.

(Ley de prevención y lucha contra las actividades corruptas, 2004, apartado ix) de la Sección 1, Sudáfrica)

Ejemplo 4

En Bélgica las sentencias judiciales ofrecen orientación sobre la forma de probar un “beneficio financiero o de orden material”. En algunas situaciones existen claras pruebas materiales de que se ha recibido un beneficio. En cambio, es posible que en otras situaciones no existan tales pruebas, pero pueden darse circunstancias que sean sólido indicio de que se ha obtenido un beneficio (por ejemplo, una persona dispone de abundantes recursos financieros inexplicados). En esos casos, los tribunales han considerado que esas pruebas indiciarias pueden ser suficientes. Por ejemplo, en un caso ocurrido en Bélgica, el tribunal hizo observar que era insólito que el sospechoso, una persona que trabajaba

solo a tiempo parcial con un pequeño salario, poseyera dos teléfonos móviles y fondos suficientes para pagar la alimentación y alojamiento en Alemania y Bélgica de dos personas extranjeras a las que no conocía hasta entonces. El tribunal concluyó, basándose en estas circunstancias, que era evidente que el acusado había conseguido, gracias a sus actividades delictivas, un beneficio financiero que no podría haber obtenido de otra manera.

(Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Brujas del 11 de julio de 2007, Bélgica)

d) Por “documento de identidad o de viaje falso” se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:

- i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o la entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado;
- ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o
- iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado c) del artículo 3.

En las notas interpretativas sobre el artículo 3 del Protocolo se señala que:

Las palabras “elaborado o expedido de forma espuria o alterado” deberán entenderse en el sentido de que se refieren no solo a la creación de documentos falsos sino también a la alteración de documentos legítimos y a la práctica de llenar los espacios en blanco de documentos robados. Deberán también indicar que su finalidad es incluir tanto los documentos que hayan sido falsificados como los documentos auténticos que hayan sido válidamente emitidos pero que estén siendo utilizados por una persona que no sea su titular o legítimo tenedor.

(*Travaux Préparatoires*, pág. 498)

La finalidad de la definición de “documento de identidad o de viaje falso” es cubrir una serie de situaciones, en particular cada una de las siguientes:

- a) El caso en que una persona usa los documentos legítimos de otra sin hacer cambio alguno en esos documentos. Esto sería posible si, por ejemplo, la persona es muy parecida al titular legítimo de los documentos;
- b) El caso en que los datos, por ejemplo los nombres o fotografías de los documentos legítimos se han alterado ilícitamente;
- c) El caso en que los documentos se han falsificado completamente;

d) El caso en que los documentos son legítimos pero se han obtenido fraudulentamente (por ejemplo, dando información incorrecta en los formularios de solicitud o usando otros documentos falsos para obtener el documento en cuestión).

Ejemplo 1

Por “documento de identidad o de viaje falso” se entiende un documento de viaje o de identidad:

a) Elaborado o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de identidad o de viaje en nombre de un país; o

b) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilícita; o

c) Utilizado indebidamente por una persona que no sea su titular legítimo.

(Proceso de Bali, Ley modelo sobre la penalización del tráfico ilícito de personas)

Ejemplo 2

73.7 Significado de “documento de identidad o de viaje falso”:

1) Para los efectos de la presente Subdivisión un documento de identidad o de viaje es falso únicamente cuando:

a) El documento o cualquiera de sus partes:

i) Pretende hacer creer que ha sido elaborado en la forma en que está elaborado por una persona que no lo elaboró en tal forma; o

ii) Pretende hacer creer que ha sido elaborado en la forma en que está elaborado por autorización de una persona que no autorizó su elaboración en esa forma; o

b) El documento, o cualquiera de sus partes:

i) Pretende hacer creer que ha sido elaborado en los términos en que está elaborado por una persona que no lo elaboró en esos términos; o

ii) Pretende hacer creer que ha sido elaborado en los términos en que está elaborado por autorización de una persona que no autorizó su elaboración en esos términos; o

c) El documento o cualquiera de sus partes:

i) Pretende hacer creer que ha sido alterado en cualquier aspecto por una persona que no lo alteró en ese aspecto; o

ii) Pretende hacer creer que ha sido alterado en algún aspecto por autorización de una persona que no autorizó su alteración en ese aspecto; o

d) El documento o cualquiera de sus partes:

i) Pretende hacer creer que ha sido elaborado o alterado por una persona que no existió; o

- ii) Pretende hacer creer que ha sido elaborado o alterado por autorización de una persona que no existió; o
 - e) El documento o cualquiera de sus partes pretende hacer creer que ha sido elaborado o alterado en una fecha, en un momento, en un lugar, o bien en otras circunstancias en que no se elaboró ni alteró;
- 2) Para los efectos de esta Subdivisión, se considera que una persona elabora un documento falso de viaje o de identidad si la persona altera dicho documento de manera que lo convierta en falso (fuera o no un documento de viaje o de identidad falso ya antes de la alteración).
- 3) En el caso de un documento que pretenda hacer creer ser copia auténtica de otro documento, la presente sección surtirá efecto como si se tratara del documento o original.

(Sección 73.7 del Código Penal (Commonwealth), Australia)

e) Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado b) del artículo 3.

Los redactores del texto pueden optar por incluir en la definición una referencia a las leyes nacionales concretas que definan la entrada legal.

f) La expresión “non-refoulement” denota el principio de derecho internacional que prohíbe la devolución por un Estado, en cualquier forma que sea, de una persona a las fronteras de territorios en los que su vida o libertad estaría amenazada por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o bien correría el riesgo de tortura, trato inhumano y degradante u otras formas de daño irreparable. “Refoulement” incluye cualquier medida cuyo efecto sea la devolución de la persona a un Estado, en particular la expulsión, deportación, extradición, rechazo en la frontera (límite), interceptación extraterritorial y devolución material;

Comentario

Como el principio de “non-refoulement” se menciona en varios lugares a lo largo del texto de la Ley modelo, lo más práctico tal vez sea insertar una definición fundamental de este importante término en el artículo de la ley nacional dedicado a definiciones.

“Non-refoulement” se refiere al principio establecido en el párrafo 1 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, según el cual:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

No podrá invocar los beneficios de este principio “el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

(Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, párrs. 1 y 2 del artículo 33)

El principio de “non-refoulement” se refleja también en la normativa de derechos humanos y prohíbe la devolución de una persona cuando corra un riesgo real de tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras formas de daño irreparable. Véase, por ejemplo, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el apartado a) del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el derecho internacional consuetudinario. Las obligaciones en materia de “non-refoulement” dimanantes de estos tratados son aplicables a todas las personas (o bien, en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, a todas las comprendidas en la definición de “niño”) con independencia de que sean solicitantes de asilo o refugiados.

Véase la Observación general núm. 20 (1992) del Comité de Derechos Humanos, relativa a la prohibición de la tortura y los tratos o castigos crueles, donde se afirma que “los Estados Parte no han de exponer a personas al peligro de torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes cuando sean devueltas a otro país mediante su extradición, expulsión o ‘refoulement’” (párr. 9), y la Observación general núm. 31 (2004) del Comité, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴.

Análogamente el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general núm. 6 (2005), relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, afirma, en su párrafo 27, que los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño no devolverán a ningún niño a un país cuando haya razones fundadas para creer que hay un riesgo real de daño irreparable al niño, como, por ejemplo, aunque la enumeración no es en modo alguno exhaustiva, los contemplados en los artículos 6 [sobre el derecho a la vida] y 37 [sobre la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a no ser arbitrariamente privado de libertad], contenidos en la Convención²⁵.

g) Por “delito grave” se entenderá un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

²⁴ Accesible en www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm.

²⁵ Accesible en www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm.

Comentario

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, apartado b) del artículo 2.

h) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá toda conducta penalizada con arreglo al capítulo II de la presente ley;

i) Por “migrante objeto de tráfico ilícito” se entenderá toda persona que haya sido objeto de las conductas penalizadas con arreglo al capítulo II de la presente ley, aun cuando el infractor no haya sido identificado, aprehendido, enjuiciado, o condenado;

Comentario

El apartado a) del artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes define el “tráfico ilícito de migrantes” como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Ahora bien, esta no es la única conducta penalizada por el Protocolo. El artículo 6 del mismo exige, entre otras cosas, penalizar la habilitación para residencia ilegal y la organización o dirección de otras personas para cometer un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo. Ello es importante porque varias obligaciones establecidas en el Protocolo (por ejemplo, las relativas a la verificación de los documentos de identidad, y la devolución de los migrantes objeto de tráfico, tratada en el capítulo VI de la presente ley) son de aplicación a todos “los delitos tipificados con arreglo al artículo 6” y no solo al tráfico ilícito de migrantes. En consecuencia, importa aclarar que las referencias genéricas contenidas en la presente ley a un “migrante objeto de tráfico ilícito” o a la lucha contra el “tráfico ilícito de migrantes” se hacen con intención de incluir todas las formas de conducta penalizada por la presente ley y no meramente el “tráfico ilícito de migrantes” en el sentido estricto de facilitar la entrada ilegal para obtener un beneficio. Por ejemplo, las obligaciones en materia de devolución son igualmente aplicables a las personas a las que se ha habilitado para la residencia ilegal, independientemente de que esa conducta incluyera la entrada ilegal.

La definición de “migrante objeto de tráfico ilícito” remite a una persona que ha sido objeto de esa conducta delictiva. El empleo de la palabra “objeto” en lugar de “víctima” de la conducta penalizada en la presente ley es coherente con el Protocolo (véase, por ejemplo, el artículo 5 del mismo). Como se señala en la próxima publicación de la UNODC titulada *Manual de capacitación básica sobre investigación y enjuiciamiento en materia de tráfico ilícito de migrantes*, un migrante objeto de tráfico ilícito no se considera una “víctima del tráfico ilícito de migrantes” porque, por lo general, una persona consiente en someterse a ese tráfico. Ahora bien, un migrante objeto de tráfico puede ser víctima de otros delitos en el transcurso del tráfico. Por ejemplo puede hacerse uso de la violencia contra él, o su vida puede correr peligro a manos de los traficantes. Los migrantes objeto de tráfico ilícito pueden, por ejemplo, retirar su consentimiento en someterse a dicho tráfico si, verbigracia, consideran que las condiciones de transporte son demasiado peligrosas pero, no obstante, son forzados a continuar

en el proceso de tráfico ilícito. Por ejemplo, un migrante objeto de tráfico puede ser forzado físicamente a subir a bordo de un buque. La cuestión esencial es que un migrante no es víctima del tráfico ilícito, pero puede ser víctima de otros delitos como resultado de ser objeto del mismo.

Los redactores del Protocolo decidieron que no era apropiado usar el término “víctima” en la declaración de finalidad que figura en el artículo 2 del Protocolo, aunque ese término se había utilizado en la correspondiente declaración de finalidad del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (*Travaux Préparatoires*, pág. 489). No obstante, el empleo de la palabra “víctima” es sin duda apropiado en cualquier contexto en que el migrante objeto de tráfico haya sido sometido a otros actos delictivos, a tenor de la legislación nacional.

j) Por “Estado Parte en el Protocolo” se entenderá un Estado Parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;

k) Por “buque” se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por este y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado d) del artículo 3.

La definición de “buque” que figura en la Ley modelo se basa en la definición contenida en el Protocolo. Ahora bien, los Estados pueden haber formulado otras definiciones de las que deseen servirse. Siempre que esas definiciones abarquen, como mínimo, los tipos de buques especificados en el Protocolo, el empleo de definiciones más amplias no debería ser un obstáculo para la aplicación del Protocolo.

Artículo 4. Jurisdicción

Comentario

Para combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes, y en vista de su naturaleza transnacional, es esencial que los Estados sometan a su jurisdicción conductas que posiblemente hayan tenido lugar más allá de sus fronteras nacionales, a fin de posibilitar, por ejemplo, el enjuiciamiento de personas que intenten sin éxito introducir a otras personas por mar en el territorio de otro Estado o que organicen y dirijan el tráfico clandestino de migrantes desde un lugar “seguro” en un tercer

país. El establecimiento de la jurisdicción más allá de los territorios nacionales puede también tener repercusiones en la extradición y la asistencia judicial recíproca. En algunos casos la extradición puede denegarse cuando el delito se ha cometido fuera del territorio de cualquiera de los dos Estados Parte y las leyes del Estado requerido no prevén que su jurisdicción se extienda a un delito de ese tipo cometido fuera del territorio nacional en circunstancias comparables (véase el apartado *e*) del artículo 4 del Tratado modelo de extradición (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo, enmendada por resolución 52/88 de la Asamblea General). En ausencia de regímenes de jurisdicción complementarios, puede ser difícil establecer la doble criminalidad, y verse así frustradas las iniciativas encaminadas a la asistencia recíproca o la extradición.

1. La presente ley se aplicará a todo delito tipificado con arreglo a la misma cuando:

a) El delito se cometa [total o parcialmente] en el territorio de [nombre del Estado]; o

b) El delito se cometa [total o parcialmente] a bordo de un buque que enarbole el pabellón de [nombre del Estado] o de una aeronave matriculada conforme a las leyes de [nombre del Estado] en el momento de la comisión del delito; o

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, apartados *a)* y *b)* del párrafo 1 del artículo 15.

Es posible que el tema de la jurisdicción se haya considerado ya en las leyes nacionales vigentes. Sin embargo, si no es así, deberían incorporarse al derecho interno los apartados *a)* y *b)*, al menos en la medida en que se extiendan al delito del tráfico ilícito de migrantes.

En conformidad con los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1 del artículo 15 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, es obligatorio que los Estados establezcan su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo en su territorio. Este requisito refleja el “principio territorial” de la jurisdicción, según el cual los Estados están facultados para afirmar su jurisdicción con respecto a conductas prohibidas que tengan lugar, total o parcialmente, en el territorio del Estado, en barcos que enarboles el pabellón del Estado o en aeronaves matriculadas en ese Estado²⁶. La capacidad de invocar la jurisdicción territorial y la jurisdicción a bordo de un buque que enarbole el pabellón del Estado o una aeronave matriculada en el Estado (el denominado principio del “Estado de la bandera”) está ampliamente reconocida y debería suscitar pocas controversias.

²⁶McClean, David, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the United Nations Convention and its Protocols* (Oxford University Press, 2007), pág. 164.

Se señala también a la atención el párrafo 1 del artículo 23 de la Ley modelo, relativo al ejercicio de facultades de aplicación coercitiva con respecto a los buques que enarbolan el pabellón del Estado.

El territorio incluye el mar territorial

Si el Estado es un Estado costero, debe entenderse que el uso del término “territorio” a lo largo del texto de la presente ley incluye el mar territorial. En muchos casos esto quedará ya bien claro en otras leyes nacionales vigentes. Pero, si no es así, debería puntualizarse en lo que respecta al tráfico ilícito de migrantes. Este enfoque es coherente con el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar²⁷, que establece lo siguiente:

1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.
2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.
3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.

El mar territorial puede extenderse hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas, medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 3).

Con arreglo al derecho internacional del mar, un Estado costero puede adoptar medidas dentro de su mar territorial contra un buque extranjero involucrado en el tráfico ilícito de migrantes. Conforme al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los buques de todos los Estados gozan del derecho de “paso inocente” a través del mar territorial. Sin embargo, el paso de un buque extranjero se considerará “perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad” del Estado ribereño (y, por lo tanto, no se tratará de un paso inocente) si, en el mar territorial, embarca o desembarca cualquier persona contraviniendo las leyes y reglamentos de inmigración del Estado ribereño (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, apartado *g*) del párr. 2 del art. 19). El Estado ribereño podrá dictar, de conformidad con el derecho internacional, leyes y reglamentos relativos al paso inocente por el mar territorial, con el fin de prevenir la infracción de las leyes de inmigración (apartado *h*) del párr. 1 del art. 21). Este derecho de protección del Estado ribereño incluye la adopción de las medidas necesarias en su mar territorial para impedir el paso de un buque extranjero que no sea “inocente” (párr. 1 del art. 25). En el ejercicio de su derecho de protección, no es necesario que el Estado ribereño obtenga el consentimiento del Estado del pabellón del buque extranjero (art. 25).

Un Estado costero puede también ejercer jurisdicción penal a bordo de un buque extranjero que pase por su mar territorial en determinadas circunstancias, en particular cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño o sea de

²⁷Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363.

tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial (art. 27). En esas circunstancias no es necesario que el Estado costero obtenga el consentimiento del Estado del pabellón.

En el comentario sobre el capítulo V de la Ley modelo figuran otras consideraciones sobre el derecho internacional del mar, en particular sobre las medidas que puede adoptar un Estado contra un buque extranjero involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar.

c) El delito sea cometido por un nacional de [nombre del Estado] presente en el territorio de [nombre del Estado] cuya extradición se niegue por razones de nacionalidad; o

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, párrafo 3 del artículo 15.

El apartado c) tiene carácter obligatorio, pues da efecto al párrafo 3 del artículo 15 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, el cual prescribe que los Estados establecerán su jurisdicción sobre los nacionales –independientemente del lugar donde ocurrió realmente el delito– cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y se niegue la extradición por razones de nacionalidad. Esta disposición podría abarcar situaciones como la siguiente: el delincuente comete el delito en el extranjero y después regresa a su país de origen; o el delincuente comete el delito desde el país de origen pero en circunstancias en que el objeto previsto del delito se encuentra en otro país.

d) El delito se cometa por una persona presente en [nombre del Estado] cuya extradición se deniegue por cualquier motivo.

Comentario:

Requisito facultativo

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, párrafo 4 del artículo 15.

El apartado d) es facultativo y da efecto al párrafo 4 del artículo 15 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, el cual estipula que cada Estado Parte podrá establecer su jurisdicción respecto de delitos cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite por cualquier razón. Obsérvese que si se adopta el apartado d) no es necesario incluir el apartado c), puesto que el apartado d) comprende las situaciones en que la extradición se niega por cualquier razón, incluida la nacionalidad.

2. La presente ley se aplicará también a todo delito tipificado conforme a ella cuando:

a) El migrante objeto de tráfico ilícito sea un nacional [o residente permanente] [o residente habitual] de [nombre del Estado];

b) El delito sea cometido por un nacional [o residente permanente] [o residente habitual] de [nombre del Estado];

c) El delito sea cometido fuera del territorio de [nombre del Estado] con miras a la comisión de un delito grave dentro del territorio de [nombre del Estado].

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, apartados a) a c) del párrafo 2 del artículo 15.

La aplicación de la jurisdicción con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 de la Convención contra la Delincuencia Organizada es facultativa. También es importante recordar que la aplicación de la jurisdicción a los delitos que ocurran “fuera del territorio” está sujeta a los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los demás Estados, como preceptúa el artículo 4 de la mencionada Convención.

El apartado a) del párrafo 2 del artículo 4 de la Ley modelo se refiere a los delitos cometidos contra un nacional, aunque también se incluyen las opciones adicionales de “residente permanente” y “residente habitual”. Como ha señalado McClean, el alcance del término “nacional” no está bien definido. Puede incluir, por ejemplo, no solo a los residentes permanentes sino también a los residentes habituales (McClean, *Transnational Organized Crime*, págs. 164 y 169). La nota interpretativa referente al apartado a) del párrafo 2 del artículo 15 de la Convención dice que:

Los Estados Parte han de tener en cuenta la necesidad de hacer extensiva la eventual protección que pudiese derivarse de su establecimiento de jurisdicción a las personas apátridas que pudiesen ser residentes habituales o permanentes en su territorio.

(A/55/383/Add.1, párr. 26)

La mención en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 15 de la Convención de delitos cometidos por un nacional, un residente permanente o un residente habitual refleja el principio de la personalidad activa. Como McClean ha señalado, el principio de la nacionalidad activa está claramente reconocido en derecho internacional (McClean, *Transnational Organized Crime*, pág. 168). Algunos Estados que asientan su jurisdicción sobre esta base la hacen extensiva a todos los residentes habituales. Sin embargo, la Convención contra la Delincuencia Organizada se refiere solamente a los residentes habituales “apátridas” (McClean, *Transnational Organized Crime*, pág. 169).

La mención en el apartado c) del párrafo 2 de delitos cometidos fuera del territorio con miras a la comisión de delitos graves en el territorio se sustenta en el apartado c) i) del párrafo 2 del artículo 15 de la Convención. Como McClean ha señalado, ello refleja la naturaleza esencialmente transnacional de una gran parte

de la delincuencia organizada, en la que los que conciben y planean grandes delitos se aíslan cuidadosamente de la participación directa en la ejecución de sus planes incluso hasta el punto de permanecer en otro país (McClean, *Transnational Organized Crime*, pág. 169).

Los legisladores nacionales tal vez deseen considerar una afirmación de la jurisdicción aún más amplia que la del apartado c) del párrafo 2, por ejemplo, respecto de cualquier delito contemplado en la presente ley que se cometa fuera del territorio, cuando las consecuencias del mismo se dirijan o conlleven el propósito de infringir las leyes del Estado. El apartado c) del párrafo 2 del artículo 4 de la Ley modelo se limita a los delitos "graves", es decir, los que se reprimen con una pena de al menos cuatro años de prisión o una pena más grave. La afirmación de la jurisdicción respecto de cualquier delito (independientemente de la pena) cometido en el contexto de esta ley podría sustentarse en el principio de protección, el cual propugna la jurisdicción cuando las conductas delictivas amenacen los intereses del propio Estado. Ejemplo de ello sería el caso de una persona que vive en país A y que organiza el tráfico ilícito de migrantes del país B al país C. Aunque la persona no es nacional ni está presente en el país B o C, debería de todas formas ser susceptible de enjuiciamiento en esos países, dado el resultado de su conducta. Si se adopta este enfoque, podría incluirse otro párrafo en los siguientes términos:

El delito se cometa fuera del territorio pero las consecuencias del mismo se dirijan a, o conlleven el propósito de, infringir la ley de [nombre del Estado].

Ejemplo 1

El derecho penal francés es aplicable a los delitos cometidos fuera de las aguas territoriales cuando las convenciones internacionales y el derecho internacional así lo prevean.

(Código Penal de Francia, artículo 113-12)

Ejemplo 2

Sección 4. Aplicabilidad a actos cometidos en barcos y aeronaves alemanes

El derecho penal alemán se aplicará, con independencia del derecho del lugar donde el acto se cometa, a los actos cometidos en un barco o una aeronave que tenga autorización para enarbolar el pabellón federal o la insignia nacional de la República Federal de Alemania.

Sección 6. Actos cometidos en el extranjero contra derechos reconocidos por la ley internacionalmente protegidos

El derecho penal alemán se aplicará asimismo, con independencia del derecho del lugar de su comisión, a los siguientes actos cometidos en el extranjero:

... 9) Los actos que, con arreglo a un acuerdo internacional vinculante para la República Federal de Alemania sean también objeto de enjuiciamiento si se cometen en el extranjero.

Sección 7. Aplicabilidad a actos cometidos en el extranjero en otros casos

1) El derecho penal alemán se aplicará a los actos que se cometan en el extranjero contra un nacional alemán si el acto es punible en el lugar de su comisión o el lugar de su comisión no está sometido a aplicación coercitiva del derecho penal.

2) El derecho penal alemán se aplicará a otros actos cometidos en el extranjero si el acto es punible en el lugar de su comisión o el lugar de su comisión no está sometido a aplicación coercitiva del derecho penal y si el autor:

1. Era un nacional alemán en el momento del acto o pasó a serlo después del acto;

o

2. Era un nacional extranjero en el momento del acto, fue hallado en Alemania y, aunque la Ley de extradición permitiría extraditarlo por tal acto, no es extraditado porque la petición de extradición no se ha presentado, se ha rechazado o la extradición no es viable.

(Código Penal de Alemania (Strafgesetzbuch). Promulgado el 13 de noviembre de 1998 (Gaceta Jurídica Federal I, pág. 945, pág. 3322))²⁸

²⁸Traducción al inglés para el original en inglés de la Ley modelo facilitada por el Ministerio Federal de Justicia de Alemania, accesible en www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

Capítulo II. Penalización

Comentario

Perspectiva general de los requisitos principales

El artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes estipula que los Estados Parte tipificarán como delito determinadas conductas. Se trata, pues, de un requisito obligatorio. El punto de partida para la comprensión de esta obligación es el artículo 3 del Protocolo, que define el “tráfico ilícito de migrantes” como sigue:

... la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

La referencia en esta definición a “un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se introdujo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados cuyo móvil es el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. Como se señala en las notas interpretativas, el Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas (Notas interpretativas, A/55/383/Add.1, párr. 88, *Travaux Préparatoires*, pág. 498).

En resumen, como consecuencia del artículo 6 del Protocolo, los Estados Parte tienen obligación de penalizar las siguientes conductas:

- a) El tráfico ilícito de migrantes (Protocolo, apartado a) del párr. 1 del art. 6);
- b) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado recurriendo a medios ilegales (Protocolo, apartado c) del párr. 1 del art. 6);
- c) La creación, la facilitación, el suministro o la posesión de documentos de viaje o de identidad falsos con el propósito de hacer posible el tráfico ilícito de migrantes (Protocolo, apartado b) del párr. 1 del art. 6);
- d) La organización o dirección de cualquiera de los delitos anteriores (Protocolo, apartado c) del párr. 2 del art. 6);
- e) La tentativa de comisión de cualquiera de los delitos anteriores, con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado Parte (Protocolo, apartado a) del párr. 2 del art. 6);

f) La participación como cómplice en la comisión de cualquiera de los delitos anteriores, con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado Parte (Protocolo, apartado b) del párr. 2 del art. 6).

Como consecuencia del artículo 5 del Protocolo, los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 de Protocolo. Así pues, todas las disposiciones de penalización establecidas para dar efecto al Protocolo deberían dirigir su mira a los traficantes y no a las personas objeto de tráfico.

Los refugiados tienen que recurrir con frecuencia a los traficantes para huir de persecuciones, violaciones graves de los derechos humanos o conflictos. El párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados estipula que los refugiados no deberían ser penalizados por esa conducta, siempre que se cumplan ciertas condiciones, a saber:

Los Estados Contratantes no impondrán sanción, a causa de su entrada o su estancia ilegal, a los refugiados que, llegando directamente de un territorio donde su vida o su libertad esté en peligro en el sentido del artículo 1 [de la Convención], entren o se encuentren en su territorio sin autorización, siempre que los refugiados se presenten sin demora a las autoridades y expongan razones reconocidas como válidas de su entrada o presencia ilegal.

La protección concedida a los refugiados en virtud del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados obra en favor del refugiado, pero no del traficante. Puede haber situaciones en que los traficantes abusen o se valgan ilícitamente del proceso de asilo de manera deliberada (por ejemplo, presentando solicitudes fraudulentas de asilo) como parte de su manera de actuar para posibilitar la entrada, el tránsito o la residencia ilegal. Los traficantes que estén en esa situación no gozan en modo alguno de la protección del artículo 31 de la Convención, y sus acciones se inscribirían probablemente en el ámbito del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes (por ejemplo, al facilitar o suministrar un documento de viaje obtenido fraudulentamente para hacer posible la entrada o la residencia ilegal).

Responsabilidad de las personas jurídicas

El artículo 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada estipula que todos los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos tipificados en cualquier Protocolo (véase el párrafo 3 del artículo 1 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes). El párrafo 2 del artículo 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada estipula que, con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Véase la Guía legislativa (págs. 117 a 131) para un examen más amplio de esta cuestión y ejemplos de leyes nacionales.

Se elaborarán disposiciones modelo sobre este tema en el marco de la Ley modelo para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada, que redactará la UNODC.

Cuestiones que considerar en el proceso de redacción

No existe una opción de redacción única que sea ideal para dar efecto a las obligaciones formuladas en el artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. Esas obligaciones podrían satisfacerse más bien mediante leyes nacionales redactadas de diversas maneras, siempre que se hagan constar los elementos esenciales de los delitos.

Una opción es establecer una figura de delito amplia que abarque no solo el tráfico ilícito de migrantes, sino también los delitos relativos a la habilitación para la residencia ilegal y a los documentos. Incumbiría al ministerio fiscal especificar en cada caso qué elementos del delito eran objeto de acción penal. Una figura de delito amplia tiene sus ventajas, entre ellas dar la seguridad de que queda abarcado todo el proceso de tráfico ilícito y de que no existen lagunas entre cada tipo de conducta (por ejemplo, lagunas entre “tráfico ilícito de migrantes” y “habilitación para la residencia ilegal” así como los delitos relativos a documentos).

Otra opción es establecer tres figuras de delito por separado, relativas a tráfico ilícito de migrantes, a la habilitación para la residencia ilegal y a los documentos. Pero debe tenerse cuidado de evitar que existan lagunas entre las diversas formas de conducta. También puede ser necesario prestar atención si, por ejemplo, una conducta relacionada con falsedad en documentos podría o no reprimirse a la vez como delito de tráfico ilícito de migrantes y delito relativo a documentos.

Los Estados deberían considerar si desean o no que los redactores del texto legal establezcan una distinción entre los delitos en grado de tentativa y los delitos consumados. Aunque en el Protocolo se hace referencia a “tentativas”, no se estipula que las leyes nacionales diferencien entre “tentativas” y “delitos consumados” pues algunas leyes pueden incluir la preparación, las tentativas y los delitos consumados “con éxito” en una sola disposición penalizadora. Este enfoque puede ser más adecuado en ciertas circunstancias. Por ejemplo, en muchos contextos, una fuerte presencia del servicio de guardacostas significará que los migrantes objeto de tráfico ilícito que traten de entrar ilegalmente en un país por mar rara vez conseguirán esa entrada. Ahora bien, el *modus operandi* de los traficantes es llevar a los migrantes hasta ponerlos a vista de tierra y echarlos entonces al mar, sabiendo (o esperando) que serán capaces de nadar hasta la costa o serán rescatados por la guardia costera. En consecuencia, la guardia costera procurará intervenir proactivamente en esas situaciones para evitar la pérdida de vidas humanas. Esas situaciones, en que la guardia costera interviene antes de que los migrantes hayan sido echados por la borda, ¿deberían denominarse “tentativas” de tráfico ilícito? Vista de una manera, la conducta puede no haber dado por resultado la “entrada ilegal” y por tanto es “no consumada”. Vista de otra manera, parecería preferible que la disposición penalizadora cubriese el proceso de tráfico completo (desde la preparación hasta la consumación “con éxito”).

En los Estados hay muchas maneras diferentes de regular la cuestión de la preparación y las tentativas. Por ejemplo, la Ley de Tailandia contra la trata de personas tipifica el siguiente delito: “El que prepare la comisión de un delito previsto en la sección 6 (trata de personas) podrá ser castigado con un tercio de la sanción estipulada para ese delito”. Una “tentativa” se castiga también con la mitad de la sanción estipulada para el delito consumado. Dado que existen tantas

opciones diferentes, será preciso resolver esta cuestión en consonancia con las leyes nacionales vigentes.

Por último, si bien en la definición de “tráfico ilícito de migrantes” que figura en el apartado *a*) del artículo 3 del Protocolo se hace referencia a la entrada ilegal “en un Estado Parte”, en las leyes nacionales puede ser más práctico referirse a la entrada ilegal en “cualquier Estado”, para no restringir el ámbito del delito limitándolo a las demás Partes en el Protocolo. Varios Estados han establecido disposiciones penalizadoras redactadas de esta manera (por ejemplo, Australia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). Cuando no exista una figura de delito similar, especialmente en los países de origen y de tránsito, pueden surgir problemas con respecto a la inexistencia de una doble penalización que sirva de base para la asistencia judicial recíproca o la extradición.

Relación con los delitos estipulados en la Convención contra la Delincuencia Organizada

Es esencial asegurarse de que, además de los delitos principales prescritos por el Protocolo, las leyes nacionales penalicen adecuadamente la participación en un grupo delictivo organizado (Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 5), el blanqueo del producto del delito (Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 6), la corrupción (Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 8), y la obstrucción de la justicia (Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 23). Además, han de adoptarse medidas para establecer la responsabilidad con arreglo a la ley de las personas jurídicas (Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 10). La UNODC se propone elaborar prácticas óptimas y disposiciones modelo para la aplicación de los artículos mencionados *supra*, en el contexto de la redacción de una ley modelo para dar efecto a la Convención contra la Delincuencia Organizada.

Opciones presentadas en la Ley modelo

La Ley modelo contiene cuatro opciones de redacción referentes a los delitos principales estipulados en el Protocolo. La opción A es la que más se ajusta al Protocolo, pero también puede que sea la más restrictiva en cuanto a la cobertura de conductas delictivas. Como en esta opción se reproducen simplemente muchos de los términos usados en el Protocolo, algunas formas de expresión pueden ser demasiado imprecisas para su aplicación en el marco nacional. La opción B adopta un enfoque más flexible de las cuestiones y presenta expresiones que posiblemente sean más adecuadas para su aplicación a nivel nacional. Por ejemplo, la opción B presenta la noción de “gestión” además de “facilitación”. Finalmente, la opción C ofrece un ejemplo de enfoque amplio, en el que todas las conductas tratadas en el artículo 6 del Protocolo son objeto de un solo artículo legislativo.

En el comentario sobre cada opción se señalan algunas de las ventajas e inconvenientes de cada enfoque. Los redactores nacionales deberían tenerlos en cuenta.

Delitos principales: opción A

La opción A es la más restrictiva de las cuatro presentadas en la Ley modelo. Es la más adecuada para los Estados Parte que quieran redactar leyes nacionales que se ajusten fielmente a los términos empleados y la estructura adoptada en el artículo 6 del Protocolo.

La opción A enuncia por separado los delitos referentes a cada tipo de conducta especificado en el artículo 6 del Protocolo, y el orden de los elementos se ajusta al orden del artículo 6. Los términos empleados se ciñen estrictamente a los utilizados en el Protocolo. Las tentativas, la participación y la organización figuran como elementos por separado.

Este enfoque tiene la ventaja de seguir claramente el Protocolo, pero también el inconveniente de que algunos de los términos usados en el Protocolo pueden ser inadecuados en un contexto legal nacional (por ejemplo, la expresión “cualquier medio ilegal” puede considerarse ambigua en algunos sistemas jurídicos). Además, pueden plantearse cuestiones acerca de si los delitos relacionados con los documentos podrían también ser enjuiciados en el marco del delito de “tráfico ilícito de migrantes”.

Artículo 5.A. Tráfico ilícito de migrantes

Toda persona que intencionalmente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, facilite la entrada ilegal de una persona en un Estado del Protocolo, del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, comete un delito punible con [insertar la pena].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado a) del artículo 3 y apartado a) del párrafo 1 del artículo 6.

Como se ha señalado antes, el apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo establece que los Estados Parte penalizarán el “tráfico ilícito de migrantes”. El artículo 5.A de la Ley modelo hace referencia al importante concepto de “beneficio financiero y otro beneficio de orden material”, especificado en la sección dedicada a definiciones (artículo 3) de la Ley modelo. El artículo 5.A también hace referencia al acto de “facilitar”, término que se emplea pero no se define en el Protocolo. Cuando el significado del término “facilitar” no haya sido precisado ya por la legislación nacional o los principios básicos de interpretación de las leyes nacionales, puede ser necesario incluir una definición de este término. Por ejemplo, podría utilizarse la siguiente definición: “por ‘facilitar’ se entenderá conseguir algo o lograr un fin obrando con empeño”.

Esta sugerencia se basa en las definiciones de diccionarios de lengua española. Por ejemplo el *Diccionario de la R.A.E.* define como sigue el verbo “procurar”:

- a) Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin;
- b) Proporcionar o entregar.

(*Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001)

Ejemplo

98C: Tráfico ilícito de migrantes

1) Estará sujeto a la pena enunciada en la subsección 3) todo aquél que adopte disposiciones para que un migrante no autorizado entre en Nueva Zelandia o en cualquier otro Estado, si el que así obra:

- a) Lo hace por un beneficio de orden material; y
- b) Sabe que la persona es un migrante no autorizado o actúa con ignorancia imprudente a ese respecto.

2) Estará sujeto a la pena enunciada en la subsección 3) todo aquél que organice el traslado de un migrante no autorizado a Nueva Zelandia o a cualquier otro Estado, si el que así obra:

- a) Lo hace por un beneficio de orden material; y
- b) Sabe que la persona es un migrante no autorizado o actúa con ignorancia imprudente a ese respecto; y
- c) O bien:
 - i) Sabe que la persona tiene intención de entrar en el Estado; o bien
 - ii) Obra con ignorancia imprudente en cuanto a si la persona tiene intención de intentar entrar en el Estado.

3) La pena es de prisión por un periodo no superior a 20 años, una multa no superior a 500.000 dólares, o las dos cosas.

4) Se podrá incoar actuaciones a tenor de la subsección 1) aunque el migrante no autorizado no haya en realidad entrado en el Estado interesado.

5) Se podrá incoar actuaciones a tenor de la subsección 2) aunque el migrante no autorizado no haya sido en realidad trasladado al Estado interesado.

(Sección 98C, Ley penal de 1961, Nueva Zelandia)

Artículo 5.B. Delitos relacionados con los documentos de viaje o de identidad

Toda persona que intencionalmente, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, crea, facilita, suministra o posee un documento de viaje o de identidad falso

con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, comete un delito punible con [insertar la pena].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado c) del artículo 3 y apartado b) del párrafo 1 del artículo 6.

Como se ha indicado *supra*, el Protocolo estipula que los Estados Parte penalizarán los actos de crear, facilitar, suministrar o poseer un documento de viaje o de identidad falso, cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes. Como se señala en la Guía legislativa, en términos estrictos, este delito requerirá la prueba de tres elementos intencionales distintos:

Debe haber existido la intención de crear, facilitar la obtención, suministrar o poseer el documento, con la intención o el propósito suplementario de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Sin embargo, en el caso de los delitos relativos a documentos, también debe existir la intención o la finalidad de facilitar el tráfico ilícito de migrantes. Ello constituye una salvaguardia suplementaria contra la penalización de las personas que procuran su propio tráfico ilícito (véase A/55/383/Add.1, párr. 93).

(Guía legislativa, tercera parte, cap. II, párr. 41, pág. 348)

Artículo 5.C. Habilitación para la residencia ilegal

Toda persona que intencionalmente, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero o un beneficio de orden material, haga uso de medios ilegales para la habilitación de una persona, que no sea nacional o residente permanente, para permanecer en el territorio del Estado sin haber cumplido los requisitos necesarios para permanecer legalmente en el territorio del Estado, comete un delito punible con [insertar la pena].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado c) del párrafo 1 del artículo 6.

Las notas interpretativas del apartado c) del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo indican que las palabras “cualquier otro medio ilegal” se refieren a todo medio conceptuado como ilegal por el derecho interno (A/55/383/Add.1, párr. 94; *travaux préparatoires*, pág. 518). Puede ser necesario que, a nivel nacional, los encargados de la redacción especifiquen qué delitos concretos o qué leyes nacionales son los abarcados por la expresión “medio ilegal”.

Artículo 5.D. Tentativas

Toda persona que intente cometer un delito previsto en el presente capítulo estará sujeta a [insertar la pena].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado a) del párrafo 2 del artículo 6.

La obligación de penalizar las tentativas se prescribe en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 6 del Protocolo “con sujeción a los conceptos básicos” del respectivo ordenamiento jurídico. Como se indica en las notas interpretativas de los *Travaux Préparatoires*:

La tentativa de comisión de un delito tipificado en el derecho interno con arreglo al apartado a) del párrafo 2 será entendida en algunos países en el sentido de que abarca no solo los actos perpetrados en preparación de un delito sino también los que den lugar a una tentativa frustrada de delito, siempre que esos actos sean también culpables o punibles con arreglo al derecho interno.

(A/55/383/Add.1, párr. 95; *Travaux Préparatoires*, pág. 518)

En algunos ordenamientos jurídicos, no en todos, las tentativas se sancionan con la misma pena que el delito consumado. En otros ordenamientos, las tentativas están sometidas a una pena menor. Esta disposición solo es necesario incluirla si no figura ya en el código o la legislación penal nacional.

Artículo 5.E. Participación como cómplice

Toda persona que participe como cómplice en [un delito contemplado en los artículos 5.A, 5.B o 5.C cuando ello implique la creación de un documento de viaje o de identidad falso] [un delito contemplado en este capítulo] estará sujeta a [insertar la pena].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado b) del párrafo 2 del artículo 6.

El apartado *b)* del párrafo 2 del artículo 6 del Protocolo exige penalizar la participación como cómplice en “el tráfico ilícito de migrantes”, “la habilitación para la residencia ilegal” y la “creación de un documento de viaje o de identidad falso”. En cambio, la ampliación de la penalización para incluir la participación como cómplice en “la facilitación, el suministro o la posesión” de tal documento se prescribe “con sujeción a los conceptos básicos” del ordenamiento jurídico.

Artículo 5.F. Organización o dirección

Toda persona que organice o dirija a otra persona o personas para la comisión de un delito previsto en el presente capítulo estará sujeta a [insertar la pena].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado *c)* del párrafo 2 del artículo 6.

Solo es necesario incluir esta disposición si no figura ya en el código o la legislación penal nacional.

Delitos principales: opción B

Comentario

La opción B pone el acento en una serie de cuestiones diferentes que cabría considerar en el proceso de redacción. Esta opción abarca en potencia una diversidad más amplia de conductas que podrían tener cabida en el *modus operandi* de los traficantes. En lugar de usar la palabra “facilitar”, en esta opción se hace uso de la expresión “incurrir en una conducta cuyo fin sea facilitar” que, en potencia, comprende la preparación, las tentativas y las personas que participen en la comisión del delito sin ser el delincuente principal. En consecuencia, no se abordan por separado las “tentativas” ni la “participación como cómplice”.

La expresión “incurrir en una conducta cuyo fin sea” es sumamente habitual en el derecho de tradición anglosajona. Se incluye aquí, como alternativa con efecto similar, una opción análoga que prescinde del uso de los términos “incurrir en una conducta cuyo fin sea” (utilizando en cambio los términos directos “facilita, gestiona o favorece, o intenta (hacer lo que se indica)”). Se destacan en letra negrita los ligeros cambios de redacción existentes entre las dos alternativas.

Artículo 5.G. Tráfico ilícito de migrantes y habilitación para la permanencia ilegal

Toda persona que intencionalmente, con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio financiero o un beneficio de orden material, incurra en una conducta cuyo fin sea facilitar, gestionar o favorecer la entrada, el tránsito o la permanencia de otra persona, se cometan en realidad tales actos o se proyecten, en el territorio de [nombre del Estado] o de un Estado del Protocolo, infringiendo la ley, comete un delito punible con [insertar la pena].

o bien

Toda persona que intencionalmente, con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio financiero o un beneficio de orden material, facilite, gestione o favorezca o intente facilitar, gestionar o favorecer la entrada, el tránsito o la permanencia de otra persona, se cometan en realidad tales actos o se proyecten, en el territorio de [nombre del Estado] o de un Estado del Protocolo, infringiendo la ley, comete un delito punible con [insertar la pena].

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartados a) y c) del párrafo 1 del artículo 6.

En las dos opciones de redacción ofrecidas para el artículo 5.G se combinan los conceptos de “tráfico ilícito de migrantes” y “residencia ilegal” en un solo artículo, dado que los elementos de estos delitos son en su mayoría idénticos. Asimismo, se añaden los términos “gestionar o favorecer” a la expresión básica del Protocolo (“facilitar”) para asegurar la cobertura amplia de una serie de conductas inherentes al proceso de tráfico ilícito. Si bien este enfoque puede no ser adecuado para todos los ordenamientos jurídicos, los términos reflejan las expresiones utilizadas en cierto número de leyes nacionales.

En las dos opciones se habla de actos de entrada, tránsito o permanencia que “se cometan en realidad o se proyecten”. Con tal redacción, esos delitos podrían imputarse a los que hacen preparativos para el tráfico ilícito de migrantes y a los que intentan ese tráfico sin éxito. Este planteamiento refleja los propósitos del Protocolo, que son prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes.

En estas opciones también se hace referencia a la entrada ilegal de “otra persona”, con lo que queda claro que la intención es penalizar a los que se dedican al tráfico ilícito de terceros con fines de lucro, y no a los propios migrantes objeto de tráfico. Cuando se adopte ese enfoque puede ser redundante una declaración de exención de responsabilidad (como las contenidas en el artículo 9 de la Ley modelo).

En estas opciones se utilizan los términos “entrada o tránsito”, lo que obedece a la realidad de que, en muchos Estados, la legislación o la jurispruden-

cia nacional específica que se considera que una persona no ha “entrado” mientras permanezca en la zona de tránsito de un aeropuerto o un puerto de mar. La inclusión de la palabra “tránsito” ha resultado importante en el caso de diversos países. Por ejemplo, en Bélgica, la ley hablaba antes solo de “ayudar a una persona no nacional a entrar o residir en el territorio del Reino”. En 1999 el Tribunal de Apelación de Bruselas falló que la presencia de no nacionales en la zona de tránsito del aeropuerto, con la intención de viajar a otro país, no estaba comprendida en el significado de “ayudar a una persona no nacional a entrar en” el Reino. Como consecuencia de esa sentencia, fue imposible enjuiciar a traficantes ilícitos que utilizaban Bélgica simplemente como lugar de tránsito. También se dio un caso similar en 1999, en el que el Tribunal de Casación de Bélgica estatuyó que el elemento material del delito del tráfico ilícito no se había probado en una situación en que un no nacional fue interceptado en un punto de control fronterizo. El Tribunal falló que el delito solo se podía cometer una vez que la persona “entrara” en el Reino, lo que en realidad no había ocurrido, puesto que había sido interceptada antes de entrar. Como consecuencia de estas resoluciones, se introdujo explícitamente el concepto de “tránsito” en la definición del delito de tráfico ilícito de migrantes en la legislación belga.

(Ley de protección penal de menores, de 28 de noviembre de 2000 (Moniteur Belge, 17 de marzo de 2001))

Estas opciones de redacción se refieren a la entrada ilegal (real o como tentativa) en el territorio de otro Estado del Protocolo. La legalidad o ilegalidad de esa entrada deberá, pues, probarse como elemento del delito. Incumbirá a la autoridad investigadora reunir pruebas de este hecho en consonancia con la normativa aplicable a la admisión de documentos extranjeros y otras disposiciones de orden probatorio. Los mecanismos concretos a los que pueda recurrirse para probar la situación legal en otro país varían. Por ejemplo, en Francia existe el “certificat de coutume” para informar al juez acerca de la situación legal en otro país, y varias leyes del Reino Unido permiten a los fiscales presentar certificados de una autoridad extranjera con el fin de verificar la situación legal en otro país.

Ejemplo 1

Toda persona que preste ayuda para la entrada o tránsito ilegal de un extranjero en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado vecino de Austria con la intención de lucro ilícito de ella misma, o de un tercero, mediante pago hecho con tal fin podrá ser castigada con una pena de prisión máxima de dos años impuesta por un tribunal.

(Párr. 1 del artículo 114 de la Ley de policía de extranjeros de 2005, Austria)

Ejemplo 2

Ayudar, en la forma que fuere, directamente o mediante un intermediario, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar, transitar por o residir en el territorio del Estado miembro mencionado, o de un Estado Parte en un acuerdo internacional sobre el paso de las fronteras

exteriores que sea vinculante para Bélgica, violando las leyes del Estado mencionado, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, una ganancia.

(Artículo 77 bis) de la Ley de 15 de diciembre de 1980 relativa a la entrada, residencia, establecimiento y traslado de extranjeros, Bélgica)

Ejemplo 3

1. Será culpable de tráfico ilícito de personas y será condenado a una pena máxima de cuatro años o a una pena pecuniaria de quinta categoría todo aquel que ayude a otra persona a conseguir la entrada en los Países Bajos o a transitar por los Países Bajos, otro Estado miembro de la Unión Europea, Islandia, Noruega u otro Estado que se haya adherido al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, firmado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, o brinde a esa persona una oportunidad, los medios o la información que le permitan conseguir esos fines, sabiendo o teniendo motivos fundados para creer que dicha entrada o tránsito es ilegal.

2. Se impondrá una pena máxima de cuatro años o una pena pecuniaria de quinta categoría a todo aquel que, con el fin de obtener un beneficio, ayude a otra persona a conseguir la residencia en los Países Bajos, otro Estado miembro de la Unión Europea, Islandia, Noruega u otro Estado que se haya adherido al Protocolo mencionado en el primer párrafo, o brinde a esa persona una oportunidad, los medios o la información que le permitan conseguirla, sabiendo o teniendo motivos fundados para creer que dicha residencia es ilegal.

(Apartado a) del artículo 197, Tráfico ilícito de personas, Código Penal, Países Bajos)

Artículo 5.H. Penalización en relación con documentos de viaje o de identidad falsos

La persona que intencionalmente, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, incurra en una conducta cuyo fin sea ofrecer, distribuir, crear, facilitar, suministrar o poseer un documento de viaje o de identidad falso, en circunstancias en que esa persona sepa o debiera razonablemente haber sabido o sospechado que el documento se va a utilizar con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, comete un delito punible con [insertar la pena].

o bien

La persona que intencionalmente, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, ofrezca, distribuya, cree, facilite, suministre o posea un documento de viaje

o de identidad falso, en circunstancias en que esa persona sepa o debiera razonablemente haber sabido o sospechado que el documento se va a utilizar con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, comete un delito punible con [insertar la pena].

Comentario:

Fuente: Apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.

Las dos opciones de redacción del artículo 5.H incluyen los elementos de “ofrecer” y “distribuir”, adicionales a los requisitos básicos del Protocolo relativos a “creación, facilitación, suministro o posesión”. Los actos de ofrecer y distribuir documentos falsos son decisivos en el proceso mismo de tráfico ilícito.

En términos estrictos, el apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo es solo aplicable en relación con el “tráfico ilícito de migrantes” y no con la “habilitación para la residencia ilegal” (véase la Guía legislativa, tercera parte, cap. II, párr. 41, pág. 349). No obstante, los redactores deberían tomar nota de que los legisladores que den efecto al Protocolo pueden aplicar los delitos relativos a documentos a los dos delitos principales (tráfico ilícito de migrantes y habilitación para la residencia ilegal) si optan por ello, en conformidad con el párrafo 3 del artículo 34 de la Convención. En consecuencia, puede darse preferencia a combinar los tres elementos (tráfico ilícito de migrantes, delitos relativos a documentos y habilitación para la residencia ilegal) en un solo delito. En la Ley modelo, delitos principales: opción C, figura una sugerencia de redacción de este tipo.

Ejemplo

Elaboración, suministro o posesión de un documento de viaje o de identidad falso.

Una persona (la primera persona) es culpable de un delito si:

a) La primera persona elabora, suministra o posee un documento de viaje o de identidad falso; y

b) La intención de la primera persona es que el documento se utilice para facilitar la entrada de otra persona (la otra persona) en un país extranjero, cuando la entrada de la otra persona en el país extranjero no se ajuste a los requisitos prescritos por las leyes de ese país para la entrada en el mismo; y

c) La primera persona elaboró, suministró o poseyó el documento:

i) Habiendo obtenido (directa o indirectamente) un beneficio por elaborarlo; o

ii) Con la intención de obtener (directa o indirectamente) un beneficio.

Penas: Prisión por diez años o 1.000 unidades de penalización, o ambas cosas.

(Sección 73.8 del Código Penal (Commonwealth), Australia)

Delitos principales: Opción C

Comentario

Esta opción combina todos los elementos del artículo 6 del Protocolo en una sola disposición de carácter amplio. Los fiscales tendrían que especificar la conducta punible en cualquier escrito inculpatario o acta de acusación. El enfoque de carácter amplio puede tener ventajas prácticas:

- Usando una terminología de alcance general se rehúye en las actuaciones penales de los exámenes técnicos promovidos por la defensa sobre el significado de determinadas palabras y de la argumentación letrada en el sentido de que la conducta del acusado no está incluida en esa definición (privando así de validez a las actuaciones penales por el delito), pues la significación queda aclarada por la concatenación de las palabras usadas en el artículo.
- Este enfoque abarca cada una de las fases del proceso de tráfico ilícito y reconoce que los vínculos entre ellas, aunque sean menores, constituyen elementos importantes en el encadenamiento global de los hechos y la criminalidad.
- Este enfoque obvia la necesidad de un delito por separado relativo a documentos o tentativas. Así se minimiza el riesgo de que el juez de la sentencia se forme la opinión de que la intención de los legisladores era dar a entender que había grados diferentes de culpabilidad en delitos diferentes. Desde el punto de vista del enjuiciamiento de estos delitos, es posible que haya poca o ninguna diferencia en el grado de culpabilidad de los diferentes actores involucrados en las distintas fases del proceso de tráfico ilícito.

Esta opción puede ser la más adecuada para los Estados Parte de tradición jurídica anglosajona que quieran asegurar una cobertura amplia de todo el proceso de tráfico ilícito, sin dar lugar a ninguna de las pequeñas lagunas que pueden surgir por inadvertencia cuando se enuncian tres tipos de conducta por separado (tráfico ilícito de migrantes, habilitación para la residencia ilegal y delitos relativos a documentos).

Artículo 5.I. Delitos en relación con el tráfico ilícito de migrantes

1. La persona que, con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, incurra intencionalmente en una conducta cuyo fin sea [gestionar o] procurar habilitación para que una persona, no nacional o residente permanente de [nombre del Estado] o de un Estado del Protocolo, entre, transite o se halle en el territorio del Estado, infringiendo la ley de inmigración, comete un delito.
2. La persona condenada con arreglo al párrafo 1 supra estará sujeta a una pena de [insertar una gradación de penas que permita un margen de discreción judicial suficiente para responder adecuadamente a la variedad de conductas].

Comentario

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 y 2 del artículo 6.

En el artículo 5.1 se habla de “hallarse en un Estado” la persona, en lugar de “residir en”, para evitar la argumentación de que “residencia” tiene un significado técnico (por ejemplo, pudiera alegarse que “residencia” denota un indicio de la intención de quedarse permanentemente). Asimismo, la expresión “hallarse en un Estado” es aplicable, por ejemplo, a las situaciones en que un acusado recibe a un grupo de migrantes que llegan por avión y los aloja durante unos pocos días, les proporciona teléfonos móviles y pasajes aéreos antes de trasladarlos al próximo destino.

Dado que esta figura de delito puede abarcar una amplia serie de conductas, se sugiere ofrecer a los jueces una gradación de las penas para permitirles un margen de discreción y reservar las sanciones más graves a los delincuentes más duros. Ahora bien, esta cuestión tal vez se haya considerado ya en el marco de la legislación nacional vigente.

Ejemplo

Sección 171a. Paso de fronteras nacionales sin permiso y tráfico ilícito

1) El que, con la intención de obtener para sí mismo o para otra persona, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, y en favor de una persona que no sea nacional de la República Eslovaca ni posea residencia permanente en el territorio de la República Eslovaca:

a) Organice sin permiso el paso de la frontera nacional de la República Eslovaca o el traslado por su territorio, o haga posibles tales actos, o preste asistencia en ellos,

b) Con el fin indicado en la subsección a) obtenga, suministre o posea un documento de viaje falso o una prueba de identidad falsa, o

c) Permita a una persona o la ayude a permanecer a trabajar en el territorio de la República Eslovaca, será condenado a privación de libertad por un período de dos a ocho años.

(Ley núm. 300/2005, Código Penal, República Eslovaca)

Artículo 6. Circunstancias agravantes

Comentario

En virtud de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo, los Estados Parte deben asegurarse de que las siguientes circunstancias se consideren como agravantes: las circunstancias que pongan en peligro o tiendan a poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados, y las circunstancias que den lugar a un tratamiento inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

Son varias las opciones de redacción que podrían utilizarse para dar cumplimiento a esta obligación. Por ejemplo, en algunos contextos, puede ser adecuado aludir a “factores que han de tenerse en cuenta al imponer la pena” en lugar de a “circunstancias agravantes”. En otros contextos, puede ser adecuado tipificar “delitos con agravantes”. La manera concreta de satisfacer la obligación no es importante. En cambio, lo que importa es que cuando concurren las circunstancias siguientes, los delincuentes estén sujetos a penas más severas que las que se les impondría si no existieran tales circunstancias.

Además de las prescritas en el párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo, en la Ley modelo se incluye para su consideración una lista de otras circunstancias agravantes facultativas. Corresponden a una serie de situaciones significativas en el contexto del tráfico ilícito. Cuando proceda, los legisladores nacionales pueden seleccionar los puntos de la lista que deseen o incluso añadir otros factores que respondan a las realidades locales. Los redactores nacionales deberían cuidarse de dar orientación a la judicatura sobre la forma de responder, en consonancia con la política nacional en este tema, a las situaciones que entrañen más de una circunstancia agravante.

Algunas de las circunstancias agravantes pueden enjuiciarse como delitos independientes (por ejemplo, asesinato, agresión).

Si se cumple cualquiera de los supuestos siguientes, los delitos enunciados en el presente capítulo serán punibles con [insertar una pena mayor que en el caso de los delitos básicos]:

a) En el delito concurren circunstancias que pusieron en peligro o pudieron poner en peligro la vida o la seguridad del migrante objeto de tráfico ilícito;

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Apartado a) del párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.

Lamentablemente existen numerosos ejemplos de migrantes clandestinos que han sido expuestos a peligros en el proceso de tráfico. Esto incluye, por ejemplo, los casos de migrantes transportados en barcos no aptos para la navegación en que existía el riesgo de muerte por ahogamiento, en contenedores sellados (por ejemplo, en contenedores de transporte o en camiones) donde el oxígeno era escaso o los migrantes se encontraban expuestos a temperaturas extremas. Hay también casos de migrantes abandonados en el mar, en el desierto o en parajes glaciales, en los que tenían pocas posibilidades de sobrevivir. Cuando se den estas circunstancias, los responsables deberían ser objeto de penas mayores que las impuestas a los individuos que practican el tráfico ilícito de migrantes sin originar peligro para la vida o la seguridad.

Según sea la política nacional, los redactores quizá estimen oportuno considerar la posibilidad de ampliar la cobertura de esta circunstancia agravante a las situaciones en que el delito de tráfico ilícito entrañó circunstancias que pusieron en peligro o bien pudieron poner en peligro la vida o la seguridad no solo de los migrantes objeto de tráfico sino también de terceros. Por ejemplo el *modus operandi* de los traficantes puede entrañar actos que pongan en peligro la vida de los funcionarios públicos u oficiales que traten de reprimir el tráfico de migrantes o incluso traten de realizar un salvamento en el mar.

b) En el delito concurren circunstancias que dieron lugar a un trato inhumano o degradante, en particular con el propósito de explotación de los migrantes objeto de tráfico;

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, apartado b) del párrafo 3 del artículo 6.

Es obligatorio cuidarse de especificar como circunstancias agravantes aquellas que den lugar a “un trato inhumano o degradante, en particular con el propósito de explotación”. El significado de esta oración no se precisa en el Protocolo. En las notas interpretativas del mismo se dice que:

Sin perjuicio del ámbito de aplicación propio del protocolo relativo a la trata de personas, la expresión “trato inhumano o degradante” utilizada en el apartado b) tiene por objeto abarcar también ciertas formas de explotación.

(*Travaux Préparatoires*, pág. 518)

La expresión “trato inhumano o degradante” figura no solo en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes sino también en otros muchos instrumentos internacionales, en particular los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7)
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 16)
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁹ (artículo 7)
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 10)
- Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 3)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5)

²⁹Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544.

El concepto de “tratamiento inhumano o degradante” no se define en ninguno de esos instrumentos. Sin embargo, examinando la jurisprudencia y los comentarios sobre este tema, es posible determinar alguna de las características del trato que, se afirma, constituye un “trato inhumano o degradante”.

En primer lugar, está claro que el trato inhumano o degradante comprende no solo los actos que causan sufrimiento físico, sino también los que causan sufrimiento psíquico a la víctima³⁰.

En segundo lugar, la expresión “trato inhumano o degradante” designa una variedad de tratamientos que causan sufrimiento físico o psíquico que no pueden calificarse de “tortura” porque falta uno de los elementos requeridos. Como Manfred Nowak, Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ha señalado, “tortura” se define en la Convención contra la Tortura como situación en la que existen actos de autoridades públicas que infligen deliberadamente grandes dolores o sufrimientos físicos o psíquicos para conseguir cierto fin como la extorsión de información o confesiones³¹. Nowak ha señalado que:

Otras acciones u omisiones no se consideran tortura sino más bien, según su naturaleza, propósito y gravedad, trato cruel, inhumano o degradante; en estos casos se inflige un cierto mínimo de dolor o sufrimiento, pero faltan uno o varios de los elementos esenciales del término tortura: intencionalidad, logro de un cierto propósito y/o intensidad del dolor fuerte³².

Nowak da el ejemplo de un recluso austriaco olvidado por las autoridades, que se quedó durante 20 días sin alimentación ni agua y temía morir de hambre lentamente. Dados los profundos dolores físicos y psíquicos que supuso, ello se considera un ejemplo de trato inhumano o cruel. Sin embargo como no hubo iniciativa, intención ni decisión activa, no constituyó tortura³³.

En tercer lugar, el trato tiene que alcanzar un cierto nivel de gravedad para que pueda constituir un “trato inhumano o degradante”. Remitiéndose a un caso que marcó un hito en 1979, relacionado con las técnicas de interrogación puestas aplicadas por el Reino Unido a personas sospechosas de Irlanda del Norte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el tratamiento es inhumano cuando fue premeditado, se aplicó durante horas seguidas y causó una

³⁰Párr. 5 de la Observación general núm. 20 del Comité de Derechos Humanos; véase también el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que menciona específicamente el derecho de toda persona a que “se respete su integridad física, psíquica y moral”. Véase asimismo el caso de *Smith y Grady contra el Reino Unido* (Solicitudes núms. 33985/96 y 33986/96), fallo en Estrasburgo el 27 de septiembre de 1999 § 120; y el caso de *Chipre contra Turquía* (Solicitud núm. 25781/94), fallo en Estrasburgo el 10 de mayo de 2001 § 157 y §309-310.

³¹Nowak, Manfred, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, segunda edición revisada (Kehl am Rhein, Engel, 2005), pág. 161. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tratado también de establecer una distinción entre “tortura” y “tratamiento cruel, inhumano o degradante” en el caso de Irlanda contra el Reino Unido, 25 Trib. Eur. Der. Hum. (ser.A) (1978), en el que la tortura se define como trato situado en el extremo superior de la escala de malos tratos.

³²Nowak, Manfred, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, pág. 161. Nowak hace esta observación en su informe en su calidad de Relator Especial sobre la Tortura (E/CN.4/2006/6, párr. 35).

³³Nowak, Manfred, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, pág. 161.

lesión corporal real o intenso sufrimiento físico y psíquico. Ha sostenido también que el trato fue degradante porque fue de naturaleza tal que despertó en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y rebajarlos³⁴.

Es importante que los redactores tengan en cuenta la interacción o el posible traslape de esta circunstancia agravante con leyes ya existentes sobre la trata de personas. Como se señala en la Guía legislativa, el “trato inhumano o degradante” puede incluir el infligido con el propósito de alguna forma de explotación. Conviene señalar que la presencia del elemento explotación en lo que de otro modo sería un caso de tráfico ilícito puede hacer que sea aplicable el delito de trata de personas si el Estado Parte interesado ha ratificado y dado efecto al Protocolo contra la trata de personas. Por ejemplo, es muy difícil concebir una situación en la que un migrante haya sido objeto de tráfico con el propósito de someterlo a trabajo forzado o esclavitud, sin que haya habido también algún elemento de engaño o coacción en el proceso (el elemento “medio” de la definición de trata). Esto haría que la conducta entrase de lleno en el ámbito de la definición de “trata de personas” que figura en el Protocolo contra dicha trata. Como se ha señalado *supra*, las notas interpretativas indican que el término de explotación se utiliza aquí sin perjuicio del mencionado Protocolo (A/55/383/Add.1, párr. 96).

Consideraciones de redacción

En muchos ordenamientos jurídicos la significación precisa de la expresión “trato inhumano o degradante, inclusive explotación” se dejará a la consideración de los tribunales. Sin embargo, si se prefiere precisar su significado, puede ser útil la definición siguiente (basada en la legislación antes señalada):

Trato inhumano o degradante es en particular un trato infligido por cualquier persona, que causa grandes dolores físicos o psíquicos, sufrimiento o lesión, o sentimientos de temor, angustia o inferioridad capaces de humillar y rebajar a una persona.

Como el concepto de “trato inhumano o degradante” tiende a emplearse más habitualmente en relación con funcionarios públicos, puede ser importante señalar que dicho concepto se usa con intención de denotar un trato infligido por “cualquier persona” (tanto si se trata de un funcionario público como de un particular).

Ejemplo 1

98E: Factores agravantes:

1) Al determinar la pena que se ha de imponer, u otra forma de castigar, a una persona condenada por un delito contra la sección 98C o la sección 98D, el tribunal ha de tener en cuenta:

³⁴Este tipo de razonamiento tuvo su origen en el caso de Irlanda contra el Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 Trib. Eur. Der. Hum. (1978); 2 EHRR 25 (1979-1980). Puede verse un ejemplo reciente de aplicación de tal razonamiento en el caso de Yordanov contra Bulgaria (Solicitud núm. 56856/00), fallo en Estrasburgo de 10 de agosto de 2006; caso de Chipre contra Turquía (Solicitud núm. 25781/94), fallo en Estrasburgo de 10 de mayo de 2001 § 157 y §309-310; caso de Smith y Grady contra el Reino Unido (Solicitudes núms. 33985/96 y 33986/96), fallo en Estrasburgo de 27 de septiembre de 1999 § 120.

a) Si durante la comisión del delito hubo daño corporal o muerte (sea de la persona respecto de la cual se cometió el delito o de alguna otra persona);

[...]

c) Si la persona respecto de la cual se cometió el delito fue objeto de trato inhumano o degradante a consecuencia de la comisión del delito;

[...]

2) Al determinar la pena que se ha de imponer, u otra forma de castigar, a una persona condenada por un delito contra la sección 98D, el tribunal ha de tener también en cuenta:

a) Si la persona respecto de la cual se cometió el delito estuvo sometida a explotación (por ejemplo, a explotación sexual, a la exigencia de realizar trabajos forzados o a la extracción de órganos) a consecuencia de la comisión del delito.

(Sección 98E, Ley penal de 1961, Nueva Zelanda)

Ejemplo 2

El artículo 77 quáter, 3º, 4º o 5º de la Ley de extranjería de 1980 (Bélgica) estipula que son circunstancias agravantes las siguientes:

- La violencia o la coacción directa o indirecta
- El abuso de la posición especialmente vulnerable de una persona a causa de su situación administrativa ilegal o precaria, su situación social, embarazo, enfermedad o discapacidad o deficiencia mental o física tal que la persona no tenga más opción verdadera y aceptable que someterse al abuso
- Cuando la vida de la víctima se pone en peligro deliberadamente o por negligencia grave (por ejemplo, dejar que la víctima muera de hambre)
- Cuando hay consecuencias graves para la salud mental o física del migrante.

Ejemplo 3

Sección 171a. Paso de fronteras nacionales sin permiso y tráfico ilícito

2) La persona que cometa los delitos enunciados en la Subsección 1 será condenada a privación de libertad por un plazo de cinco a diez años si:

[...]

c) Comete el delito de manera que amenace la vida o la salud de las personas trasladadas o que suponga un trato inhumano o humillante de esas personas, o abuso de las mismas;

[...]

4) La persona hallada culpable del delito enunciado en la Subsección 1 será condenada a privación de libertad por un plazo de ocho a doce años si el delito:

a) Causa un daño corporal grave o la muerte

(Ley núm. 300/2005, Código Penal, República Eslovaca)

Ejemplo 4

5. Si uno de los delitos enunciados en los párrafos primero y tercero tiene por resultado lesiones corporales graves o se teme que ponga en peligro la vida de una persona, se impondrá una pena máxima de 12 años o una pena pecuniaria de quinta categoría.

6. Si uno de los delitos enunciados en los párrafos primero y tercero tiene resultado de muerte, se impondrá una pena máxima de 15 años y una pena pecuniaria de quinta categoría.

(Artículo 197a del Código Penal, Tráfico ilícito de seres humanos, Países Bajos)

c) El delito llevó aparejada una lesión grave o la muerte del migrante objeto de tráfico o de otra persona, incluida la muerte por suicidio;

Comentario

Requisito facultativo

Esta opción es reflejo del relieve que se da en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo a las circunstancias que pongan en peligro a los migrantes objeto de tráfico. El apartado c) se aplica a los casos en que, como resultado del tráfico ilícito, hubo lesión grave o muerte, y no simple exposición de los migrantes a ese riesgo. Tal vez los redactores de leyes nacionales consideren oportuno ofrecer orientación sobre cómo determinar lo que constituye una “lesión grave” como la enunciada en el apartado c) de este artículo de la Ley modelo.

En esta opción se menciona la lesión grave o la muerte de un migrante objeto de tráfico pero también la de “otra persona”. La inclusión de este requisito adicional puede ser importante si, por ejemplo, el proceso de tráfico ilícito de migrantes implica un *modus operandi* que ponga en peligro a los funcionarios que traten de reprimir dicho tráfico.

d) El delincuente [se aprovechó] [abusó] de la vulnerabilidad o la dependencia especial del migrante objeto de tráfico para obtener un beneficio financiero o de orden material;

Comentario

Requisito facultativo

Según sea la política seguida por el país, es posible que quiera declarar circunstancias agravantes las situaciones en que el delincuente “se aprovechó” o “abusó” del migrante objeto de tráfico ilícito para obtener un determinado beneficio financiero o de otro orden material.

Los siguientes escenarios ofrecen ejemplos:

- Unos migrantes, abandonados en el desierto y sin ninguna otra opción, aceptan los servicios de un traficante que pasa casualmente por allí, pero tienen que pagarle el triple del precio normalmente convenido cuando se parte de la ciudad más cercana.
 - Un agente gestiona, como parte del “paquete de servicios” del tráfico ilícito, que los migrantes alquilen una casa destaralada que posee en una ciudad de tránsito por una cantidad completamente exagerada, y que compren paquetes de alimentos que él suministra a precios muy elevados, mientras que los migrantes esperan conectar con la próxima etapa.
- e) El delincuente ha cometido antes los mismos delitos u otros similares;
- f) El delito se cometió como parte de la actividad de un grupo delictivo organizado;
- g) El delincuente utilizó drogas, medicamentos o armas en la comisión del delito;

Comentario

Los apartados e) a g) son facultativos.

La finalidad de estas circunstancias agravantes es reflejar la atención que reciben en el Protocolo y la Convención contra la Delincuencia Organizada.

- h) El delito afectó a [un gran número de] migrantes objeto de tráfico ilícito;

Comentario

El apartado h) tiene carácter facultativo.

Según la situación local, puede ser acertado considerar la posibilidad de añadir una circunstancia agravante para los delitos que afecten a grandes grupos o elevados números de migrantes objeto de tráfico. Los delitos que supongan el tráfico ilícito de un gran número de migrantes pueden tener como consecuencia una carga más pesada para el Estado receptor, y posiblemente rindan mayor beneficio a los delincuentes. Algunos Estados, por ejemplo, el Reino Unido, han tratado de diferenciar entre las situaciones en que el “gran grupo” de migrantes consistía en los miembros de un solo grupo familiar extenso y las situaciones en que no había lazos de parentesco entre ellos. Esta última situación se considera circunstancia agravante, pero la primera no. En un nuevo proyecto de ley dirigido a enmendar las disposiciones penales de Australia contra el tráfico ilícito de migrantes, se considera delitos con agravantes los casos de tráfico cuyo objeto sean más de cinco personas.

- i) El delincuente era, en ese momento, funcionario público;

j) El delincuente abusó de su cargo como autoridad o de su cargo como funcionario público al cometer el delito;

Comentario

Los apartados *i)* y *j)* tienen carácter facultativo.

Estas circunstancias agravantes permiten tener en cuenta el especial papel que pueden jugar los funcionarios públicos como facilitadores del proceso de tráfico ilícito extendiendo documentos falsos o permitiendo el paso de personas por puntos de control sin realizar un control adecuado. La Convención también presta atención al papel de la corrupción como elemento que facilita la delincuencia organizada transnacional (Convención contra la Delincuencia Organizada, arts. 8 y 9).

Cuando no exista una definición adecuada de “funcionario público” en la legislación nacional, tal vez sea necesario incluir una definición como la siguiente:

Por “funcionario público” se entiende:

a) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la jerarquía de esa persona; o

b) Toda persona que desempeñe una función pública, incluso en un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público.

Por razones de congruencia esta definición es idéntica a la empleada en la Ley modelo contra la trata de personas. Como se señala en esa Ley modelo, si las leyes nacionales contienen ya una definición más amplia de “funcionario público”, tal definición podría utilizarse para los efectos de la ley contra el tráfico ilícito de migrantes. Conviene observar que las conductas enunciadas en los apartados *i)* y *j)* pueden ser penalizadas como delitos específicos con arreglo a la Convención contra la Delincuencia Organizada y la Convención contra la Corrupción.

Ejemplo 1

La pena establecida en este artículo [por tráfico ilícito de migrantes] se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos.

(Artículo 245 de la Ley de migración y extranjería (Decreto legislativo núm. 8487), Costa Rica)

Ejemplo 2

Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores comprendidos en este título [que incluye el tráfico ilícito de migrantes] se realicen respecto de menores de edad, en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud,

la integridad o la vida de las personas, o bien cuando sean cometidas por un funcionario o empleado público, la pena será aumentada en una tercera parte.

(Artículo 108 de la Ley de migración (Decreto núm. 95-98), Guatemala)

Ejemplo 3

3. Si uno de los delitos enunciados en los párrafos primero y tercero [tráfico ilícito de migrantes o habilitación para la residencia ilegal] se comete en el ejercicio de un cargo o una profesión, se impondrá una pena máxima de seis años o una pena pecuniaria de quinta categoría y el titular podrá ser inhabilitado para ejercer ese cargo o esa profesión y el juez podrá ordenar que se haga pública su sentencia.

4. Si uno de los delitos enunciados en los párrafos primero y segundo [tráfico ilícito de migrantes o habilitación para la residencia ilegal] es cometido por una persona que tenga por oficio dedicarse a esa actividad o que la realice habitualmente, o bien por varias personas que actúen en asociación, se impondrá una pena máxima de ocho años o una pena pecuniaria de quinta categoría.

(Apartado *a*) del artículo 197 del Código Penal, Tráfico ilícito de personas, Países Bajos)

Ejemplo 4

Si el autor [del delito de tráfico ilícito de migrantes] es una autoridad, un funcionario público o un empleado público, los límites mínimo y máximo de la pena antes prevista se incrementarán en una tercera parte, además de una inhabilitación especial para ejercer un cargo público por el mismo período de tiempo.

(Artículo 318 del Código Penal, Tráfico ilícito de migrantes ilegales, Nicaragua)

k) El migrante objeto de tráfico es un niño;

l) El delincuente utilizó a un niño como cómplice o participante en la conducta delictiva;

Comentario

Los apartados *k*) y *l*) tienen carácter facultativo.

Aunque estas disposiciones son facultativas, su inclusión viene avalada por el párrafo 4 del artículo 16 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, así como por diversas cláusulas de protección de los derechos humanos como las contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Convenio sobre la prohibición

de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999 (Convenio núm. 182) de la Organización Internacional del Trabajo³⁵.

Es sabido que, en algunos contextos, los traficantes utilizan niños para la comisión de delitos (por ejemplo, los utilizan como tripulantes de barcos). Esto no es motivo para penalizar la conducta de los niños. Antes bien es una razón para cuidar de que a los responsables de este tipo de abuso de niños se les impongan penas más rigurosas. Por ejemplo, en un caso ocurrido en Australia, la tripulación de un pesquero indonesio fue acusada de delitos de tráfico ilícito de personas. Formaba parte de la tripulación un menor que tenía 14 años y otro que tenía 15. En primera instancia, el tribunal ordenó como sanción la confiscación del dinero que el menor de 14 años tenía en sus bolsillos, y el de 15 años fue condenado a una pena de seis meses que se dejó totalmente en suspenso. En recurso de apelación, el Tribunal de la Corona alegó que las penas eran manifiestamente insuficientes. Sin embargo, el juez de apelación rechazó esta alegación haciendo observar que:

“Rechazo el argumento de que, precisamente porque quienes organizan este negocio tienden a emplear a menores como tripulantes a causa de la clemencia que parece se les dispensa, ello sea una buena razón para imponer un castigo merecido a menores que delinquen por primera vez. La respuesta adecuada a este tipo de comportamiento es sancionar más severamente a los adultos que captan, emplean o utilizan a esos niños.”

(Curtis y Sidik y Najjar [1999] NTSC 135 (Tribunal Supremo del Territorio Norte de Australia))

- m) La migrante objeto de tráfico está embarazada;
- n) El migrante objeto de tráfico padece discapacidad mental o física.

Comentario

Los apartados *m)* y *n)* son facultativos.

Estas disposiciones son facultativas pero su inclusión viene avalada por los párrafos 1 y 4 del artículo 16 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y diversas cláusulas de protección de los derechos humanos contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Es importante señalar que, con arreglo al artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

³⁵Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2133, núm. 37245.

o) El delincuente hizo uso o amenazó con hacer uso de cualquier forma de violencia contra el migrante objeto de tráfico o su familia;

Comentario

Requisito facultativo

Aunque esta disposición es facultativa, procurar la prevención de la violencia contra los migrantes objeto de tráfico ilícito es un objetivo que se funda en el párrafo 2 del artículo 16 del Protocolo contra dicho tráfico, que exige a los Estados Parte la adopción de medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra la violencia que se les pueda infligir por el hecho de ser objeto de tráfico ilícito.

Como se señala en relación con otras circunstancias agravantes, puede ser conveniente extender la cobertura de esta disposición a las situaciones en que el delincuente hizo uso o amenazó con hacer uso de cualquier forma de violencia, no solo contra el migrante objeto de tráfico o su familia, sino también contra "cualquier otra persona".

p) El delincuente retuvo, destruyó o intentó destruir los documentos de viaje o de identidad del migrante objeto de tráfico.

Comentario

Requisito facultativo

La destrucción o la retención de los documentos de viaje puede ser indicio de una mutación del delito de tráfico ilícito de migrantes al de trata de personas, porque el control sobre los documentos del migrante indica la intención de controlar al propietario legítimo de los documentos. En consecuencia, se sugiere como circunstancia agravante específica la destrucción y retención de los documentos de viaje.

La importancia de esta cuestión se reconoce en el artículo 21 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el cual establece que:

Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permiso de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo.

Otras consideraciones de redacción: circunstancias atenuantes

Como se ha señalado *supra*, en algunos contextos puede ser conveniente incluir tanto circunstancias agravantes como atenuantes. No se formulan sugerencias concretas de redacción sobre este tema. De todas formas, en el *Manual de*

capacitación básica sobre investigación y enjuiciamiento en materia de tráfico ilícito de migrantes se indican determinados “factores atenuantes”, entre ellos los siguientes: cuando los migrantes objeto de tráfico no corren ningún riesgo gracias al método de tráfico utilizado, cuando el tráfico ilícito se efectúa excepcionalmente y cuando el delincuente coopera con los agentes de cumplimiento de la ley.

Ejemplo 1

En Bélgica se consideran circunstancias agravantes las siguientes:

- Pertenencia a una minoría (p. ej. art.77quáter, 1°) o especial vulnerabilidad de la víctima
- Abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima (p. ej. art. 77quáter, 2°)
- Uso de la violencia o amenaza de usarla (p. ej. art. 77quáter, 3°)
- El delincuente es funcionario público (p. ej. art. 77ter, 2°)
- Abuso de autoridad o de los medios que ofrece la función ejercida (p. ej. art.77ter, 1°)
- Haber causado una enfermedad, discapacidad o dolencia grave (p. ej. art. 77quáter, 5°)
- El hábito de cometer el delito (p. ej. art. 77quáter, 6°) o la reincidencia
- Haber causado la muerte (p. ej. art. 77quinquies, 1°)
- La participación en la actividad principal o incidental de una asociación, posea el reo o no la calidad de jefe (de una banda de criminales) (p. ej. art. 77quáter, 7°)
- La participación en la actividad principal o incidental de una organización delictiva, posea el reo o no la calidad de jefe (p. ej. art. 77quinquies, 2°)

(Ley de extranjería de 1980, Bélgica)

Ejemplo 2

Sección 171a, Paso de fronteras nacionales sin permiso y tráfico ilícito

2) La persona que cometa los delitos enunciados en la Subsección 1 será condenada a privación de libertad por un plazo de cinco a diez años si:

- a) Es miembro de un grupo organizado;
- b) Trata de ocultar o facilitar la ejecución de otro delito; o
- c) Comete el delito de manera que amenace la vida o la salud de las personas trasladadas o que suponga un trato inhumano o humillante de las personas o abuso de las mismas.

3) Se impondrá la misma pena que la prevista en la Subsección 2 a la persona condenada por un delito enunciado en la Subsección 1 si por cometerlo obtiene beneficios importantes para sí misma u otra persona.

4) La persona hallada culpable de un delito enunciado en la Subsección 1 será condenada a privación de libertad por un plazo de ocho a doce años si el delito:

- a) Causa daños corporales graves o la muerte; o
- b) Produce un beneficio considerable al autor u otra persona.

5) Se impondrá la misma pena que la prevista en la Subsección 4 a la persona condenada por un delito enunciado en la Subsección 1 si lo comete como miembro de un grupo delictivo.

6) Se impondrá una pena de privación de libertad por un plazo de diez a quince años a la persona condenada por un delito enunciado en la Subsección 1 si el delito causa la muerte de más de una persona.

(Ley núm. 300/2005, Código Penal, República Eslovaca)

Ejemplo 3

Se impondrá una pena de prisión de dos a seis años a quien conduzca o transporte a personas, para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos o alterados. La misma pena se impondrá a quién, de cualquier forma promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados y a quien, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país. La pena será de tres a ocho años de prisión cuando:

- 1) La persona migrante sea menor de edad;
- 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental;
- 3) El autor o participe sea funcionario público;
- 4) El hecho se realice por un grupo organizado de dos o más personas.

(Título XV, artículo 249 de la Ley general de migración y extranjería, núm. 8764, Costa Rica)

Artículo 7. Abuso de la vulnerabilidad de los migrantes objeto de tráfico ilícito

La persona que intencionalmente [se aprovecha] [abusa] de la vulnerabilidad o dependencia evidente [manifiesta] o conocida de un migrante objeto de tráfico, incluida la vulnerabilidad o dependencia resultante de haber entrado o hallarse en el Estado ilegalmente o sin la documentación debida, embarazo, enfermedad física o mental, discapacidad o capacidad disminuida para formar juicios por tratarse de un niño, con fines de lucro o de otro beneficio de orden material, comete un delito punible con [insertar la pena].

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 y 3 del artículo 16.

En virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Protocolo, los Estados Parte tienen la obligación de adoptar todas las medidas, incluso legislativas si son necesarias, para preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas penalizadas por la presente ley. La realidad es que, en el proceso de tráfico ilícito o en el país de destino, se abusa o se saca provecho indebido de los derechos de muchos migrantes objeto de tal tráfico. Ello es agravado por el hecho de que esos migrantes temen ser detectados por las autoridades y tal vez tengan obligaciones financieras para con los traficantes. El resultado son situaciones en las que los migrantes se ven sometidos a condiciones de vida, trabajo o viaje abusivas e inhumanas. En algunos casos la explotación puede ser tan grave que lo más adecuado sería enjuiciarlos como casos de trata de personas o de otro delito grave como asesinato u homicidio. Sin embargo, la experiencia indica que los migrantes se ven sometidos a una variedad de tratos abusivos o duros, la mayoría de los cuales no son tan rigurosos como para calificarlos de “explotación” tal como este término se define en el contexto de la trata de personas. Por ejemplo, un dueño de tugurios que cobre a migrantes objeto de tráfico alquileres excesivos por habitaciones en las que vivan hacinados y sin medios básicos como agua o instalaciones sanitarias, probablemente no entraría en el ámbito de las leyes contra la trata de personas. Otro ejemplo es la conducta de una persona que se hace la encontradiza con un grupo de migrantes objeto de tráfico que están a punto de morir en el desierto y les ofrece llevarlos a la aguada más cercana pero solo a cambio de todo su dinero y sus pertenencias; tal conducta no se inscribiría en el ámbito de la trata de personas. En algunos contextos, estas situaciones pueden desgraciadamente ser tan corrientes que se justifique prestar atención especial a tal tipo de conducta.

Esta disposición es reflejo de la tendencia existente a tener en cuenta esas formas de abuso o explotación. Existen ya varios ejemplos nacionales a los que se podría recurrir, entre ellos la legislación de Francia y Austria:

Artículo 225-13 del Código Penal: El hecho de obtener de una persona, cuya vulnerabilidad o estado de dependencia son evidentes o conocidos por el autor, la prestación de servicios no retribuidos o bien a cambio de una retribución manifiestamente desproporcionada a la importancia del trabajo realizado se sancionará con cinco años de prisión y una multa de 150.000 euros.

(Código Penal, Francia)

Artículo 225-14 del Código Penal: El hecho de someter a una persona, cuya vulnerabilidad o cuyo estado de dependencia son evidentes o conocidos por el autor, a condiciones de trabajo o de alojamiento incompatibles con la dignidad humana se castigará con cinco años de prisión y una multa de 150.000 euros.

(Código Penal, Francia)

1) La persona que, con intención de obtener para sí misma o para un tercero un ingreso habitual aprovechando la dependencia especial de un extranjero que resida ilegalmente en Austria, carezca de permiso de trabajo o se encuentre por otras razones en un estado de dependencia especial, explote al extranjero, podrá ser castigada con pena de prisión no superior a tres años impuesta por un tribunal.

2) La persona que, a causa de ese acto, someta a un extranjero a privaciones, o explote a un gran número de extranjeros, podrá ser castigada con una pena de prisión comprendida entre seis meses y cinco años.

3) Cuando el acto tenga como consecuencia la muerte de un extranjero, el autor podrá ser castigado con una pena de prisión comprendida entre uno y diez años.

(Artículo 116 de la Ley de policía de extranjeros de 2005, Austria)

Siguiendo una línea de pensamiento similar, en Bélgica existe una disposición legal dirigida contra los “negociantes pasivos”:

CAPÍTULO III quáter. Abuso de la vulnerabilidad especial de otros vendiendo, arrendando o suministrando bienes con el fin de obtener una ganancia anormal

Art. 433 decies. La persona que abuse, directamente o mediante un intermediario, de la posición especialmente vulnerable de una persona a causa de su situación ilegal o administrativamente precaria o de su situación social precaria, vendiendo, arrendando o suministrando, con la intención de obtener una ganancia anormal, bienes personales, parte de los mismos, bienes muebles, una habitación u otro espacio enunciado en el artículo 479 del Código Penal, en condiciones incompatibles con la dignidad humana, de forma que esa persona no tenga más posibilidad real y aceptable que someterse a este abuso, será sancionada con una pena de prisión de seis meses a tres años y una multa de 500 a 25.000 euros. La multa se impondrá tantas veces como víctimas haya.

(Código Penal, Bélgica)

Por último, una Directiva europea reciente que trata de las sanciones aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular introduce el concepto de “condiciones laborales especialmente abusivas”, lo que incluye las situaciones en que se aprecia una “desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores empleados legalmente” (Directiva 2009/52/EC del Parlamento Europeo y el Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, apartado c) del artículo 10).

Artículo 8. Medidas subsidiarias [adicionales]

Cuando una persona haya sido declarada culpable de un delito a tenor de la presente ley, el tribunal podrá ordenar las siguientes medidas además de

toda pena impuesta en virtud de dicha ley y sin limitación de otras facultades conferidas al tribunal:

- a) Decomiso de bienes, producto del delito e instrumentos del delito;
- b) Pago de restitución o indemnización a las víctimas del delito;
- c) Publicación de la resolución judicial;
- d) Prohibición del ejercicio, directo o indirecto, de una o más actividades sociales o profesionales con carácter permanente o por un período máximo de [insertar el período de tiempo];
- e) Clausura temporal o permanente de todo establecimiento o empresa utilizada para cometer el delito en cuestión;
- f) Exclusión de licitaciones públicas [y/o] del derecho a prestaciones o ayuda públicas;
- g) Inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública;
- h) Inhabilitación temporal o permanente para la práctica de otras actividades comerciales y/o la creación de otra persona jurídica; y
- i) Cualquier otra medida no privativa de libertad que proceda.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículos 2 y 4 y párrafo 5 del artículo 11.

Estas disposiciones son facultativas porque la aplicabilidad de medidas subsidiarias similares puede ya contemplarse en leyes o prácticas nacionales vigentes. De todos modos, se señalan a título de sugerencia, en consonancia con los resultados aportados por la reunión de expertos sobre la ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. También es importante señalar el párrafo 5 del artículo 11, el cual estipula que los Estados Parte considerarán la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, negar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.

La finalidad de estas medidas subsidiarias es dar apoyo a la justicia penal velando por que los tribunales puedan adoptar una amplia serie de medidas para sancionar el comportamiento de los delincuentes, incluso el decomiso de bienes y del producto del delito. El propósito es minimizar la posibilidad de que los delincuentes dispongan de recursos financieros y capacidad para cometer esos delitos de nuevo en el futuro. Se utiliza el término "sin limitación" de las facultades conferidas al tribunal para no interferir en la independencia judicial. Estas medidas se sugieren "además" de cualesquier otras para tener en cuenta la realidad de que en algunos contextos tal vez existan mecanismos adicionales

a los que se pueda recurrir (por ejemplo, puede haber ya leyes nacionales sobre la recuperación del producto del delito y el pago de compensación a las víctimas de delito). El artículo incluye también una referencia “global” a “cualquier otra medida” que el tribunal considere procedente. Aquí se podrían incluir diversas medidas que se consideren útiles a nivel local.

Artículo 9. Responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico ilícito

Sin perjuicio de la aplicabilidad de otras leyes que tipifiquen delitos, los migrantes no podrán ser sometidos a enjuiciamiento penal con arreglo a la presente ley por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el capítulo II de la misma.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículo 5; obsérvese también el párrafo 4 del artículo 6 del Protocolo.

Conforme al artículo 5 del Protocolo, una persona no puede ser acusada del delito de tráfico ilícito por haber sido objeto del mismo. Ello no significa que no pueda ser enjuiciada por haber incurrido en tráfico ilícito de otras personas o por la comisión de cualquier otro delito. Por ejemplo, en muchos países existen leyes que penalizan conductas tales como la posesión de documentos de viaje falsos o la entrada ilegal.

La Guía legislativa indica lo siguiente:

Como se señaló *supra* la política fundamental que se establece en el Protocolo es la de que el tráfico ilícito de migrantes y no la migración en sí misma es lo que constituye el objeto de la penalización y de otros requisitos. En el Protocolo propiamente dicho se adopta una postura neutral respecto de si quienes migran ilegalmente deben o no ser acusados de algún delito: en el artículo 5 se asegura que ninguna disposición del Protocolo propiamente dicho pueda interpretarse como la exigencia de penalizar a los meros migrantes ni la de tipificar como delito conductas en que estos puedan incurrir, en contraposición a los miembros de grupos delictivos organizados o las personas vinculadas a ellos. Al mismo tiempo, en el párrafo 4 del artículo 6 se asegura que ninguna disposición del Protocolo limite los derechos en vigor de cada Estado Parte de adoptar medidas contra las personas cuyo comportamiento constituya delito con arreglo a su derecho interno.

(Guía legislativa, pág. 352, párr. 50)

La Guía legislativa señala además que:

En general, la finalidad del Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes como una forma de la delincuencia organizada transnacional,

y al mismo tiempo no penalizar la mera migración incluso si fuese ilegal conforme a otros aspectos del derecho interno. Ello se refleja tanto en el artículo 5 como en el párrafo 4 del artículo 6, como se señaló supra, y en el hecho de que los delitos que de otro modo pudieran imputarse a los meros migrantes, y en particular los relacionados con los documentos que se tipifican en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 6, se han formulado de manera de reducir o eliminar la posibilidad de esta imputación. De este modo, por ejemplo, el migrante al que se sorprendiera en posesión de un documento falso no tendría en general que responder por delitos previstos en la legislación interna que se hubiesen tipificado conforme al apartado *b*) del párrafo 1, mientras que el responsable de tráfico ilícito que tuviera en su poder el mismo documento con la finalidad de posibilitar el tráfico ilícito de otras personas quedaría expuesto a la acusación de haber cometido ese mismo delito.

(Guía legislativa, pág. 354, párr. 54)

Obsérvese que si se adoptan las opciones de redacción B o C del capítulo II de la Ley modelo, esta cuestión no se planteará pues en las dos opciones se habla de actuaciones contra “terceros”.

También es importante señalar el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que exige específicamente a los Estados no imponer sanciones a los refugiados que, llegando directamente de un territorio donde su vida o libertad estaba amenazada en el sentido del artículo 1 entren o se encuentren ... sin autorización, siempre que se presenten sin demora a las autoridades y expongan razones admisibles para su entrada o presencia ilegal. En consecuencia, es esencial que los migrantes objeto de tráfico ilícito incluidos en esta categoría no sean penalizados por su entrada ilegal. Si esta cuestión no se trata ya en las leyes de migración o asilo nacionales, puede ser necesario introducir un texto adicional al efecto en la ley sobre el tráfico ilícito de migrantes.

Recurso informativo: Conclusiones resumidas sobre el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, Mesa redonda de expertos celebrada en Ginebra, relativa a consultas mundiales sobre protección internacional, organizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Instituto de Estudios Internacionales y del Desarrollo para Graduados, los días 8 y 9 de noviembre de 2001.

Artículo 10. Deberes y penalización de los transportistas comerciales

1. [Todo transportista comercial] [Toda persona física responsable de la gestión del transportista comercial como persona jurídica] que no verifique que todo pasajero posee los documentos de identidad y/o de viaje requeridos para entrar en el territorio del Estado de destino y de todo Estado de tránsito [comete un delito y] podrá ser sancionado con una multa de [insertar].

2. [Todo transportista comercial] [Toda persona física responsable de la gestión del transportista comercial] que no [denuncie] [comunique] a las autoridades competentes que una persona ha intentado viajar o ha viajado en uno de sus vehículos sin los documentos de identidad o de viaje requeridos para entrar en el territorio del Estado de destino o de cualquiera de los Estados de tránsito, deliberadamente o por ignorancia negligente del hecho de que la persona es un migrante objeto de tráfico ilícito [comete un delito y] [además de toda otra sanción prevista en cualquier otra ley] podrá ser sancionado con una multa de [insertar].

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 2 y 3 del artículo 11.

El párrafo 2 del artículo 11 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes estipula que los Estados Parte adoptarán medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, hasta donde sea posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión del delito de tráfico ilícito de migrantes. El párrafo 3 del artículo 11 establece que “cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales ... de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar”. Como se indica en las notas interpretativas, este párrafo “requiere que los Estados Parte impongan una obligación sobre los transportistas comerciales únicamente con miras a determinar si los pasajeros están en posesión o no de los documentos requeridos, pero sin exigirles que determinen o evalúen la validez o autenticidad de esos documentos” (A/55/383/Add.1, párr. 103).

Como el Protocolo contra la trata de personas contiene una obligación idéntica, por razones de congruencia, la disposición adoptada en la Ley modelo se basa en la disposición al respecto que figura en dicho Protocolo. Ahora bien, se han introducido adiciones relativas a la exención de responsabilidad por parte del transportista en las situaciones en que el migrante objeto de tráfico haya presentado una solicitud de asilo o se le haya concedido la condición de refugiado o una forma complementaria de protección, y también cuando la entrada sea resultado de una operación de rescate, bien sea en el mar u otro lugar.

En algunos ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal recae sobre las personas físicas que son responsables en nombre de la persona jurídica, incluso aunque algunas de las penas, sanciones o medidas se impongan a la propia persona jurídica. En consecuencia, en las dos opciones relativas al párrafo 1 del artículo 10 presentadas *supra* se hace referencia al “transportista comercial” o a “toda persona responsable de la gestión del transportista comercial”, como puede ser el director de una compañía o un directivo superior responsable de las operaciones. También se incluyen opciones para indicar que se comete un

“delito” o estipular que la entidad en cuestión “podrá ser sancionado con una multa de”.

Como se indica en el comentario sobre la Ley modelo contra la trata de personas, existen varias formas de cumplir la obligación enunciada en el artículo 11: la inclusión de una disposición de derecho penal no es más que una opción. En muchos países puede ser más adecuado tratar esta cuestión en leyes reguladoras civiles. Un ejemplo de este tipo de regulación es el siguiente:

1. [Todo transportista comercial] [Toda persona que se dedique al transporte internacional de bienes o personas con fines comerciales] debe verificar que todos los pasajeros posean los documentos de identidad y/o de viaje requeridos para entrar al país de destino y a cualquiera de los países de tránsito.
2. El transportista comercial es responsable de los costos relativos al alojamiento y traslado de la persona desde [Estado].

Los siguientes ejemplos se han tomado de leyes y reglamentos nacionales.

Ejemplo 1

Responsabilidades de las compañías de transporte internacional

a) Las compañías de transporte internacional han de verificar que todos los pasajeros posean los documentos de viaje, incluidos los pasaportes y visados, necesarios para entrar al país de destino y a cualquiera de los países de tránsito.

b) El requisito del apartado a) se aplica tanto al personal que vende o expide billetes, tarjetas de embarque o documentos de viaje similares como al personal que recoge o comprueba los billetes antes del embarque o inmediatamente después.

c) Las empresas que no cumplan los requisitos establecidos en la presente sección serán sancionadas con una multa [insertar el monto apropiado]. La reincidencia puede ser sancionada con la revocación de la licencia de explotación, de conformidad con [la ley aplicable] [insertar referencia a la ley que rija la revocación de licencias].

(Departamento de Estado de los Estados Unidos, Legal Building Blocks to Combat Trafficking in Persons, §400, emitido por la Oficina de vigilancia y lucha contra la trata de personas, febrero de 2004)

Ejemplo 2

1. Las empresas de transporte internacional tienen la obligación de cerciorarse, al emitir el documento de viaje, de si sus pasajeros poseen la identificación requerida para entrar en los países de tránsito o en el país de destino.

2. La obligación estipulada en el párrafo 1 se aplica también al conductor del vehículo de transporte internacional por carretera cuando admite pasajeros a bordo, así como al personal responsable de verificar los documentos de viaje.

(Artículo 47 de la Ley para prevenir y combatir la trata de seres humanos, Rumania)

3. El transportista comercial [no cometerá delito] [no podrá ser sancionado con una multa] a tenor de este artículo si:

a) Existían motivos razonables para creer que los documentos en poder de la persona transportada eran los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en [nombre del Estado];

b) La persona transportada poseía los documentos de viaje legales cuando abordó el vehículo, o cuando lo hizo por última vez, para viajar a [nombre del Estado];

c) La entrada en [nombre del Estado] se produjo solo debido a circunstancias fuera del control de [transportista comercial] [la persona que se dedica al transporte de bienes o personas con fines comerciales];

d) La entrada en [nombre del Estado] fue consecuencia de una operación de rescate [en el mar].

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico clandestino de migrantes, párrafos 2 y 3 del artículo 11.

Las notas interpretativas del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes indican que en las medidas y sanciones aplicadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 11 del Protocolo se deben tener presentes las demás obligaciones internacionales del Estado Parte de que se trate. No debe permitirse que las sanciones a los transportistas interfieran en la tradicional obligación de los capitanes de barco de prestar asistencia a quienes están en peligro en el mar. El artículo 7 del Protocolo establece que los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar. Las notas interpretativas del Protocolo señalan que:

El derecho internacional del mar comprende la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar así como otros instrumentos internacionales pertinentes. Las remisiones que se hacen a dicha Convención no prejuzgarán ni afectarán en modo alguno la postura de ningún Estado respecto de ella.

(A/55/383/Add.1, párr. 98; *Travaux Préparatoires*, pág. 522)

En consecuencia, las obligaciones previstas en el Protocolo, incluso la de velar por que no se utilicen transportistas comerciales para el transporte de migrantes objeto de tráfico, siguen sujetas a las obligaciones existentes con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Como se señala

en el comentario al artículo 25 de la Ley modelo, el capitán de un barco tiene la obligación de prestar asistencia a los que se encuentren en peligro en el mar (véanse también las consideraciones referentes al artículo 25 de la Ley modelo). Esta obligación constituye una larga tradición marina y es consagrada en el derecho internacional. Según sean las características geográficas del territorio de los Estados Parte y el *modus operandi* de los traficantes en su región, dichos Estados tal vez estimen conveniente tener en cuentas otras exenciones aplicables a los transportistas comerciales que intervengan en situaciones de rescate. Por ejemplo, si encuentran migrantes objeto de tráfico errantes en el desierto, los transportistas comerciales que transiten por allí no deben desentenderse de ellos simplemente por el temor de ser enjuiciados a tenor de las disposiciones sobre la responsabilidad de los transportistas.

4. Un transportista comercial no es responsable con arreglo a este artículo cuando las personas que transportaba gozaban de protección contra su devolución y/o de acceso al sistema de asilo, concedida por [las autoridades competentes] [en conformidad con las disposiciones de la [ley aplicable]].

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 2 y 3 del artículo 11.

Esta disposición es facultativa y se aplica a los Estados que son Parte en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Los Estados en los que exista una ley determinada que dé aplicación a las disposiciones de la Convención de 1951 y su Protocolo pueden hacer referencia a la misma en esta disposición.

Las notas interpretativas del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes indican que en las medidas y sanciones aplicadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 11 se deben tener presentes las obligaciones internacionales del Estado Parte de que se trate, incluso las derivadas de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, como se subraya concretamente en el artículo 19 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes:

Debe además observarse que este párrafo no limita indebidamente la discrecionalidad de los Estados Parte para no responsabilizar a los transportistas por el transporte de refugiados indocumentados y que el artículo 19 salvaguarda las obligaciones generales de los Estados Parte con arreglo al derecho internacional a este respecto, al hacer remisión expresa a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y a su Protocolo de 1967. El artículo 11 fue aprobado asimismo en el entendimiento de que no sería aplicado de forma que indujera a los transportistas comerciales a impedir indebidamente la libre circulación de los pasajeros legítimos.

(A/55/383/Add.1, párr. 103; *Travaux Préparatoires*, pág. 554)

Artículo 11. Facilitación de la entrada o la permanencia con miras a procesos judiciales

1. [La autoridad competente] [El ministro competente] podrá conceder un [visado] [permiso de residencia] a un migrante objeto de tráfico a fin de facilitar la [investigación y/o] el enjuiciamiento por un delito con arreglo a la presente ley.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: El propósito de este artículo es favorecer el cumplimiento en la práctica de la obligación de penalizar ciertas conductas, estipuladas en el artículo 6.

La experiencia indica que, aunque el Protocolo no la prescribe, la cooperación de los migrantes objeto de tráfico es esencial para la detección, investigación y enjuiciamiento de los traficantes. Por ejemplo es posible que los únicos testigos del proceso de tráfico sean los migrantes implicados en el mismo. En consecuencia, tal vez sean las únicas personas que puedan aportar información confidencial fiable o testificar acerca de quién dirigía el proceso de tráfico, quién actuaba de escolta y quién era simplemente otro migrante objeto de tráfico. Dada la importancia de procurar activamente la investigación y el enjuiciamiento de los responsables del tráfico ilícito de migrantes, pueden ser necesarias medidas prácticas para garantizar que las personas objeto de tráfico puedan, cuando proceda, permanecer en el país (o regresar) para participar en los procesos judiciales. La forma exacta que revestirá esta medida depende de la legislación nacional: por ejemplo algunos países como los Estados Unidos hacen uso del mecanismo de "libertad provisional", otros conceden visados temporales, otros países otorgan permisos de residencia. Por consiguiente, será preciso formular esta disposición de modo que garantice su congruencia con los principios generales relativos a normas de inmigración y visados.

Aunque se tiende a utilizar los permisos de entrada y los visados en las situaciones en que las personas han dado ya su acuerdo para prestar testimonio contra un sospechoso, esos mecanismos también pueden servir como medida para asegurarse de que los migrantes objeto de tráfico dispongan en un período de tiempo en el que reflexionar sobre su situación y decidir con conocimiento de causa si van a consentir o no en participar en un procedimiento judicial penal. Algunos migrantes objeto de tráfico pueden haber sido expuestos a peligros o amenazas extremos durante sus viajes (por ejemplo haber sido privados de alimentos o encerrados en contenedores con calor sofocante y sin aire suficiente). Es posible que necesiten tiempo para recuperarse de esas experiencias y poder participar con efectividad en una sesión informativa o entrevista o tomar una decisión fundada sobre si participar o no en un procedimiento de justicia penal.

Bélgica ha enmendado sus leyes de modo que ciertos migrantes objeto de tráfico, en particular los sometidos a un tráfico con agravantes, tengan acceso a los sistemas de protección concebidos para las víctimas de la trata de personas. Por ejemplo es posible tener acceso al sistema protector si la víctima fue expuesta

a un peligro grave a causa del delito, si el tráfico ilícito tuvo como consecuencia una discapacidad de la víctima, o si la víctima era un niño (77quáter, 1°-5°, de la Ley de 15 de diciembre de 1980, Bélgica). El período de reflexión sirve como período de transición durante el cual la persona objeto de tráfico puede decidir si está dispuesta a prestar declaración o a presentar una denuncia.

Ejemplo 1

Los extranjeros cuya entrada o tránsito ilegal sea amparado por la ley no serán penalizados como parte en el delito (artículo 12 del Código Penal). Su expulsión o deportación podrá ser demorada cuando y en tanto que ello sea necesario para interrogarles sobre los hechos del caso.

(Apartado 6) del artículo 114, Ley de policía de extranjería de 2005, Austria)

Ejemplo 2

5) A). El ministro de Justicia podrá, con salvedad de lo dispuesto en el apartado *b)* o en la sección 214 *f)*, discrecionalmente, conceder libertad provisional en los Estados Unidos, en las condiciones que prescriba exclusivamente según las circunstancias de cada caso, por razones humanitarias apremiantes o utilidad pública notoria, a cualquier extranjero que solicite admisión en los Estados Unidos, pero esa libertad provisional del extranjero no se considerará una admisión del mismo y cuando, a juicio del ministro de Justicia, se hayan cumplido los fines de la libertad provisional, el extranjero volverá o será devuelto de inmediato a las condiciones de detención de las que fue liberado provisionalmente y, en lo sucesivo, su caso seguirá siendo tratado de la misma manera que el de cualquier otro solicitante de admisión en los Estados Unidos.

(Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, s.212 *d)* 5))

Ejemplo 3

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o de tráfico de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar, a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como la autorización de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a los testigos y peritos en causas criminales.

(Artículo 59 de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de 2000, España)

Ejemplo 4

Al migrante regular o irregular que coopere en el esclarecimiento de las actividades ilegales relacionadas anteriormente, se le aplicarán las medidas de protección y prevención migratorias administrativas establecidas en este Decreto Ley y en su reglamentación.

(Artículo 81-4, Título VIII, Protección a las víctimas, Decreto Ley núm. 3 de 22 de febrero de 2008, Panamá)

Capítulo III. Medidas de protección y asistencia

Comentario

Como se indica en el comentario al artículo 1 de la Ley modelo, hay ciertos derechos que son inalienables y aplicables a toda persona, independientemente de su situación migratoria. Con arreglo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, los Estados Parte han convenido en velar por que los derechos inalienables dimanantes de la normativa de derechos humanos, el derecho de refugiados y el derecho humanitario no resulten comprometidos de manera alguna al aplicar las medidas dirigidas a combatir el tráfico ilícito de migrantes.

Además de estos derechos generales, en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes se reafirman varios derechos más específicos. En particular se estipula que los Estados Parte deberán adoptar todas las medidas apropiadas para:

- Proteger a las personas objeto de tráfico ilícito frente a muerte, tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (párrafo 1 del artículo 16)
- Proteger a los migrantes objeto de tráfico ilícito contra la violencia (párrafo 2 del artículo 16)
- Prestar asistencia apropiada a las personas cuya vida o seguridad haya sido puesta en peligro por los traficantes (párrafo 3 del artículo 16)
- Facilitar información sobre la notificación al personal consular y la comunicación con el mismo (párrafo 5 del artículo 16)
- Remitir a los migrantes que soliciten asilo al procedimiento correspondiente (párrafo 1 del artículo 19)

Al aplicar todas estas medidas los Estados Parte deberán tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños (párrafo 4 del artículo 16).

Es probable que la manera concreta de satisfacer estas obligaciones requiera una variedad de medidas: leyes y, muy posiblemente, políticas y procedimientos nacionales pertinentes. Asimismo la Guía legislativa señala que los redactores pueden también verse obligados a adaptar los términos de las disposiciones de la legislación ya existente para asegurarse de que no se apliquen en forma discriminatoria a los migrantes objeto de tráfico ilícito o los residentes ilegales por el hecho de su situación como tales (Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 2 del artículo 19).

Artículo 12. Derecho a asistencia médica urgente

1. Los migrantes objeto de tráfico ilícito tendrán derecho a recibir toda asistencia médica que se necesite urgentemente para preservar su vida o evitar un daño irreparable a su salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales de [nombre del Estado].
2. Dicha asistencia médica de urgencia no se les denegará en razón de irregularidad alguna en lo que respecta a su entrada o estancia en [nombre del Estado].

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 16.

El cumplimiento de la obligación de preservar y proteger los derechos de los migrantes objeto de tráfico (incluido el derecho a la vida) es obligatorio, pero la manera de hacerlo puede variar.

Todo ser humano tiene derecho inherente a la vida (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 1 del artículo 6). Así se reafirma en el párrafo 1 del artículo 16 del Protocolo, en cuya virtud los Estados Parte convienen en adoptar todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de tráfico ilícito, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano cuya misión es supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado que el derecho a la vida es el derecho primordial al que no se permite ninguna restricción. En su Observación general núm. 6 (1982) sobre el derecho a la vida, el Comité señala que el derecho a la vida se ha interpretado con demasiada frecuencia con estrechez. La expresión “derecho inherente a la vida” no puede entenderse correctamente de manera restrictiva, y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.

Si bien el derecho de todas las personas, con independencia de su situación migratoria, a acceder a asistencia médica de urgencia no está claramente definido, puede extrapolarse a partir del derecho a la vida enunciado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como ha observado el Comité de Derechos Humanos, incumbe a los Estados Parte en el Pacto cuidar de que este derecho no se interprete con estrechez de criterio, dado que la protección del derecho a la vida exigirá con frecuencia una acción positiva de los Estados Parte. Si se sigue este razonamiento, la consecuencia es que dar aplicación práctica a tal derecho incluye velar por que siempre que una persona (incluso un migrante objeto de tráfico ilícito) necesite asistencia médica urgente, se le suministre tal asistencia independientemente de consideraciones tales como su situación inmigratoria. Negar o rehusar asistencia médica de urgencia en una situación

en que ello tendría consecuencias que pusieran en peligro la vida es claramente una violación del derecho a la vida. Este derecho tiene resonancia especial en el contexto del tráfico ilícito de migrantes, pues las personas objeto del mismo pueden ser interceptadas por las autoridades después de haber sido encerradas en contenedores de transporte sin aire ni alimentación suficientes, o después de haber realizado largos y peligrosos viajes. Además de la asistencia médica los migrantes pueden necesitar cosas imprescindibles para la vida (alimentos, agua, albergue).

La opción de redacción que se presenta se basa en el artículo 28 de la Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el cual estipula que:

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica urgente no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

El derecho humano a la salud se consagra en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que los Estados Parte en dicho Pacto reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al más alto nivel posible de salud, afirma que “los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado ...”. (E/C.12/2000/4)

Artículo 13. Protección de los migrantes contra la violencia

[La autoridad competente] [El ministro competente] [adoptará las medidas apropiadas] [establecerá directrices sobre las medidas apropiadas] [emitirá órdenes sobre las medidas apropiadas] para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de ser objeto de las conductas enunciadas en el capítulo II de la presente ley. En estas medidas se tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 2 y 4 del artículo 16.

En conformidad con el párrafo 2 del artículo 16 del Protocolo, los Estados Parte deberán adoptar medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que pueden infligirles personas o grupos por el hecho de ser objeto de las conductas penalizadas en el artículo 6 del Protocolo. Al aplicar el artículo 16, los Estados Parte deberán tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños (párrafo 4 del artículo 16 del Protocolo).

El Protocolo no ofrece orientación sobre lo que se entiende por “medidas apropiadas” de protección. Este punto habrá que decidirlo a nivel nacional, teniendo en cuenta los tipos de violencia que probablemente se inflijan a los migrantes objeto de tráfico ilícito, las situaciones en que pueda surgir la violencia, las comunidades e individuos que pueden ser afectados, y los recursos disponibles para responder a esas eventualidades. Por ejemplo es posible que en algunos Estados existan programas específicamente destinados a la prevención del delito y, al desarrollar esos programas, deberían considerarse las posibilidades de victimización de los migrantes objeto de tráfico ilícito. Otros Estados ofrecen programas de apoyo a sus nacionales en el extranjero por medio de sus embajadas en los principales países de destino (véase el ejemplo nacional citado *infra*). En otros casos será necesario que las medidas protectoras incluyan asegurar el acceso de los migrantes a protección física mediante la aplicación coercitiva de la ley.

Ejemplo

Por ser uno de los principales países del mundo originarios de trabajadores migrantes, Filipinas ha establecido una serie de medidas para asegurar que dichos trabajadores puedan acogerse a sus derechos en los países de destino, con independencia de que se encuentren o no en apuros. Aunque los trabajadores migratorios en general no son todos migrantes objeto de tráfico ilícito, las medidas de protección enumeradas en la Ley sobre trabajadores migratorios de 1995 (Ley núm. 8042 de la República) pueden otorgarse también a los migrantes que sí son objeto de dicho tráfico. Esas medidas protectoras incluyen, entre otras cosas, la creación de un fondo de repatriación de emergencia, la repatriación obligatoria de los trabajadores migratorios menores de edad y el establecimiento de centros de recursos para trabajadores migratorios y otros filipinos en el extranjero. Estos centros están situados en los locales y bajo la jurisdicción administrativa de las embajadas de Filipinas en los países donde hay gran concentración de trabajadores migratorios filipinos.

Los centros prestan asistencia de tipo variado, en particular:

- Servicios de orientación profesional y jurídicos
- Asistencia para el bienestar incluso la obtención de servicios médicos y de hospitalización
- Información, asesoramiento y programas para favorecer la integración social, como por ejemplo servicios de orientación tras la llegada, servicios de asentamiento y redes de contacto a nivel comunitario para la integración social
- Sistemas de registro de los trabajadores indocumentados

- Planes de desarrollo de recursos humanos, por ejemplo de formación y mejora de la competencia profesional
- Programas sensibles a las cuestiones de género y actividades de asistencia para las necesidades especiales de las trabajadoras migratorias
- Programa de orientación para los trabajadores que regresen y otros migrantes
- Observación de las situaciones, circunstancias y actividades cotidianas que afecten a los trabajadores migratorios y otros filipinos en el extranjero.

Los centros son una empresa en común de diversos organismos gubernamentales, con su dotación de personal las 24 horas del día. En los países donde hay concentración de trabajadores migratorios de Filipinas, el personal de los centros incluye un abogado y un trabajador social.

Artículo 14. Asistencia a los migrantes cuya vida o seguridad esté en peligro

[La autoridad competente] [El ministro competente] [concederá] [establecerá directrices sobre] [emitirá órdenes sobre] la asistencia adecuada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el capítulo II de la presente ley. En estas medidas se tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 3 y 4 del artículo 16.

Los requisitos impuestos en los párrafos 3 y 4 del artículo 16 tienen carácter obligatorio, pero el método para dar cumplimiento a estas obligaciones puede variar.

El párrafo 3 del artículo 16 del Protocolo estipula que los Estados Parte deberán prestar asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas penalizadas en el artículo 6 del Protocolo. Al aplicar el artículo 16, los Estados Parte deberán tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

Como se indica en la Guía legislativa, en el párrafo 3 del artículo 16 no se crea un nuevo derecho, pero sí “se impone una nueva obligación dado que los Estados Parte deberán prestar asistencia apropiada a los migrantes y residentes ilegales cuando se haya puesto en peligro su vida o seguridad como consecuencia de un delito tipificado con arreglo al Protocolo” (Guía legislativa, tercera parte, cap. II, párr. 71, pág. 371).

Según sean las circunstancias, los principales puntos que considerar pueden ser la prestación de seguridad física (por ejemplo por parte de agentes encargados de cumplir la ley), acceso a alimentos, albergue y asistencia médica de urgencia, acceso a servicios consulares y asesoramiento letrado.

En Bélgica las personas que han sido objeto de ciertas formas agravadas de tráfico ilícito de migrantes gozan de medidas de protección similares a las que se conceden a las víctimas de la trata de personas. Tales medidas son aplicables a los casos en que la vida de la víctima se ha puesto en peligro deliberadamente o por negligencia grave y cuando el delito ha tenido como consecuencia una enfermedad al parecer incurable, una discapacidad física o mental permanente, la pérdida total de un órgano o de la utilización de un órgano o una mutilación grave, como se estipula en el artículo 77quáter, 4° y 5°, de la Ley de 15 de diciembre de 1980 de Bélgica. La circular de 26 de septiembre de 2008 relativa a la implantación de la cooperación multidisciplinar en materia de víctimas del tráfico ilícito de seres humanos y/o ciertas otras formas de tráfico ilícito de seres humanos con agravantes, publicada en el Boletín Oficial de Bélgica de 31 de octubre de 2008, prevé procedimientos detallados de aplicación de la ley antes mencionada; la directriz específica en su sección III a), que tan pronto pueda considerarse, a juzgar por los indicios, que una persona es una presunta víctima de la trata de seres humanos o de ciertas formas de tráfico ilícito de seres humanos con agravantes, la persona sea informada sobre el procedimiento concerniente a su situación no solo por los agentes de primera línea de la policía o los servicios de inspección social, sino también por cualquier servicio que entre en contacto con las posibles víctimas. En estas circunstancias se facilita a las víctimas una carpeta con información explicativa.

Artículo 15. Proceso [judicial] [civil]

1. El migrante objeto de tráfico ilícito que haya sido sometido a violencia, tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o a amenazas contra su vida o su seguridad como consecuencia de ser objeto de las conductas penalizadas por la presente ley tendrá derecho a incoar un proceso [judicial] [civil] para reclamar por los daños materiales e inmateriales sufridos como consecuencia de los actos especificados.
2. El derecho a iniciar un proceso [judicial] [civil] por daños materiales o inmateriales no se verá afectado por la existencia de procedimientos penales en relación con los mismos actos que den lugar a la demanda civil.
3. La situación migratoria o la repatriación del migrante objeto de tráfico a su país de origen o la ausencia de dicho migrante del ámbito jurisdiccional por cualquier otra causa no será óbice para que el tribunal ordene el pago de una indemnización con arreglo al presente artículo.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 a 3 del artículo 16.

Los Estados Parte han convenido en adoptar todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de los migrantes objeto de tráfico, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los Estados Parte han convenido también en adoptar medidas para dar a los migrantes protección contra la violencia y prestar asistencia a aquellos cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas penalizadas en el artículo 6 del Protocolo.

En la práctica, si bien el sistema de justicia penal ofrece al Estado oportunidades de actuar contra los delincuentes, es posible que ofrezca muy poco a los migrantes objeto de tráfico ilícito que sean meros testigos en un proceso. La posibilidad de entablar un proceso civil (lo que debería entenderse en el sentido de incluir todo proceso no penal, como los que se pueden incoar ante tribunales laborales o civiles) contra todos los responsables de daños o abusos cometidos en el curso del tráfico ilícito dará tal vez a las personas objeto de ese tráfico una ocasión de pedir reparación si han sido victimizadas en dicha ocasión.

En algunos ordenamientos jurídicos quizá el término “reclamación judicial” sea más apropiado que el de “proceso civil” o “demanda civil”. En algunos ordenamientos una demanda civil puede excluir diligencias contra funcionarios del Estado (es decir funcionarios gubernativos). El término “reclamación judicial” puede ser más apropiado en los contextos en que la intención sea abarcar las acciones tanto de los funcionarios gubernativos como de los particulares.

Artículo 16. Migrantes objeto de tráfico ilícito que sean niños

1. Además de cualesquier otras medidas protectoras previstas en la presente ley:

a) En todas las acciones de funcionarios gubernativos, organismos y tribunales concernientes a migrantes objeto de tráfico ilícito que sean niños, la consideración primordial será el interés superior del niño;

b) Cuando haya dudas acerca de la edad del migrante objeto de tráfico ilícito y existan razones para creer que dicho migrante es un niño, se le considerará como tal en espera de determinar su edad;

c) Toda entrevista o examen de un migrante objeto de tráfico ilícito que sea un niño se realizará por un profesional especialmente capacitado, en un entorno adecuado, en un idioma que el niño utilice y comprenda y en presencia de sus padres, su tutor legal o una persona de apoyo;

d) Los migrantes objeto de tráfico ilícito que sean niños tendrán el derecho de acceso a la educación, el cual no será denegado ni limitado por el hecho de su entrada o situación irregular, o la de sus padres;

e) La detención de un migrante objeto de tráfico ilícito que sea un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

2. Si un migrante objeto de tráfico ilícito es un niño no acompañado, la [autoridad competente]:

a) Designará a un tutor legal para que represente los intereses del niño;

b) Tomará todas las medidas necesarias para determinar su identidad y nacionalidad;

c) Hará todo lo posible por localizar a su familia incluso con el fin de facilitar la reunificación familiar cuando ello redunde en beneficio del interés superior del niño.

3. A los efectos del presente artículo, por “niño no acompañado” se entiende un niño que haya sido separado de los padres y otros parientes y no haya sido acogido por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 y 4 del artículo 16; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2, 28 y 37.

Aunque los requisitos enunciados en los párrafos 1 y 4 del artículo 16 son obligatorios para todas las partes en el Protocolo, el uso de la terminología en concreto es facultativo. También conviene señalar que la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene carácter universal y, en consecuencia, probablemente la gran mayoría de los Estados estén obligados por sus disposiciones. Por tanto, en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 16 se aplica el principio del interés superior del niño, tomado de dicha Convención.

Asimismo el apartado c) del párrafo 1 del artículo 16 se basa en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, anexo). La Ley modelo sobre la justicia en asuntos que afecten a menores que son víctimas o testigos de delitos, que da aplicación a esas Directrices, define “persona de apoyo” como una “persona específicamente capacitada y designada para ayudar al niño durante todo el proceso judicial a fin de prevenir los riesgos de coacción, victimización repetida y victimización secundaria”³⁶.

³⁶*Justice in Matters Involving Child Victims and Witnesses of Crime: Model Law and Related Commentary*, publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2009 accesible en www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters...pdf.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general núm. 6 (2005), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, ofrece orientación sobre las obligaciones de los Estados con respecto al trato de los niños no acompañados o separados. La Observación general núm. 6 (2005) se aplica a la situación de todos los niños no acompañados o separados que se encuentren fuera del país de su nacionalidad, con independencia de su situación migratoria. Así pues, abarca a los solicitantes de asilo, los niños refugiados y los que son migrantes objeto de tráfico ilícito. La definición de “niño no acompañado” que figura en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley modelo se deriva de la definición contenida en el párrafo 7 de la Observación general núm. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño.

Véanse también las Directrices regionales sobre asistencia a los niños no acompañados en casos de repatriación, elaboradas en la Conferencia Regional sobre Migración celebrada en la Ciudad de Guatemala el 9 de julio de 2009.

Como norma general, los migrantes objeto de tráfico ilícito que sean niños no deben ser detenidos. Cuando la detención se justifique excepcionalmente (por ejemplo con fines de identificación) se adoptará tal medida como último recurso y por el mínimo tiempo posible y en un ambiente o entorno adecuado para los niños (véase el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Han de adoptarse disposiciones especiales para que vivan en dependencias apropiadas para ellos y separados de los adultos, a no ser que se considere que el interés superior del niño aconseja no proceder así. En todas las situaciones el criterio básico debería ser la “asistencia” y no la “detención”.

A los migrantes objeto de tráfico ilícito que sean niños y estén temporalmente privados de libertad se les debe proporcionar todos los artículos básicos indispensable, así como tratamiento médico y orientación psicológica adecuados, cuando sea necesario, así como educación. Lo ideal sería que esto ocurriera fuera del establecimiento de detención a fin de facilitar la continuación de la educación cuando sean puestos en libertad. Los niños tienen también derecho a recreo y juego.

En lo que respecta a la educación, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece también que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición de sus padres, o sus tutores o de sus familiares (Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 2 del artículo 2).

Artículo 17. Acceso de los migrantes objeto de tráfico ilícito a funcionarios consulares

1. Cuando un migrante objeto de tráfico ilícito haya sido arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, la autoridad que efectúe el arresto o la detención deberá informarle sin demora de su derecho a comunicar con funcionarios consulares, y se deberán adoptar todas las medidas razonables para facilitar esa comunicación.

2. Si el migrante objeto de tráfico ilícito manifiesta interés por establecer contacto con funcionarios consulares, la autoridad que efectúe el arresto o la detención deberá notificar al cónsul o cónsules correspondientes que ha sido arrestado o detenido un nacional del Estado respectivo, indicar el lugar donde está ingresado y facilitar el contacto.

3. Si un migrante objeto de tráfico ilícito indica que no quiere tener contacto con la oficina consular, ha de respetarse esta opción.

4. Los migrantes objeto de tráfico ilícito que estén en prisión preventiva o detenidos tendrán los siguientes derechos:

a) Recibir visitas de funcionarios consulares;

b) Mantener conversaciones y correspondencia con funcionarios consulares; y

c) Recibir sin demora las comunicaciones enviadas por autoridades consulares.

5. La autoridad que efectúe el arresto o la detención adoptará todas las medidas razonables para facilitar esas visitas y comunicación.

6. La autoridad que efectúe el arresto o la detención remitirá sin demora toda la correspondencia del migrante objeto del tráfico ilícito dirigida a la oficina consular pertinente.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 5 del artículo 16; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares³⁷, artículo 36.

Si bien lo estipulado en el párrafo 5 del artículo 16 del Protocolo es obligatorio para todos los Estados Parte, la manera de cumplir esta obligación puede variar.

El artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares estipula lo siguiente:

Comunicación y contacto con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades. Estas autoridades habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar y mantener correspondencia con él y a organizar su representación legal. Asimismo tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando este se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamento del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

Derechos de libertad y seguridad de las personas

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes menciona expresamente el derecho a comunicar con los funcionarios consulares, pero por supuesto, este

³⁷Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638.

no es el único derecho de las personas privadas de libertad. Toda persona privada de libertad tiene derecho a una serie de garantías legales y procesales fundamentales, en particular las siguientes:

- Los migrantes objeto de tráfico ilícito disfrutarán del derecho a la libertad y la seguridad y no estarán sujetos, individual o colectivamente, a arresto o detención arbitrarios.
- No serán privados de libertad excepto por las causas y en conformidad con los procedimientos establecidos por la ley (por ejemplo con fines de identificación o en espera de su traslado).
- La detención ha de ser ordenada o aprobada por un juez y, en cada caso particular, debería haber un examen automático, ordinario y judicial - no solo administrativo - de la detención. Tal examen debería comprender la legalidad de la detención y no meramente su fundamento lógico ni seguir otros criterios de revisión más laxos.
- Cuando se imponga, la privación de libertad se aplicará como último recurso y durante el plazo más corto que proceda. Asimismo, se debería establecer por ley un plazo máximo absoluto de detención, una vez expirado el cual, el detenido tenga que ser puesto en libertad automáticamente. A los migrantes objeto de tráfico ilícito se les deberían aplicar con la mayor amplitud posible medidas alternativas a la detención.
- En caso de que sean arrestados migrantes objeto de tráfico ilícito se les informará de los motivos del arresto así como, sin dilación, de las acusaciones que se formulen contra ellos en un idioma que comprendan.
- Cuando se haya privado de libertad por arresto o detención a migrantes objeto de tráfico ilícito, tendrán derecho a ser llevados sin demora ante una autoridad judicial para impugnar la legalidad de su detención.
- Los migrantes objeto de tráfico ilícito privados de libertad serán tratados con humanidad y respeto de la dignidad inherente al ser humano y de su identidad cultural. Cuando se les prive de libertad, estarán siempre separados de los condenados.

Véanse en particular los artículos 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, las Veinte directrices sobre el retorno forzoso establecidas por el Consejo de Europa contienen orientaciones importantes sobre las bases legales internacionales aplicables a la detención de personas en espera de su retorno³⁸.

³⁸Puede accederse a estas Directrices en el sitio web del Consejo de Europa (www.coe.int).

Capítulo IV. Coordinación y cooperación

Artículo 18. Establecimiento de un comité coordinador nacional

1. El [ministro competente] establecerá un [comité/órgano] coordinador nacional integrado por funcionarios de [insertar los organismos nacionales que corresponda], funcionarios de otros organismos estatales pertinentes y representantes de proveedores de servicios locales, gubernamentales o no gubernamentales.
2. El [comité/órgano] coordinador nacional deberá:
 - a) Supervisar y coordinar la aplicación de la presente ley;
 - b) Establecer normas básicas, [reglamentos,] directrices, procedimientos y otras medidas para facilitar la aplicación de la presente ley;
 - c) Establecer un plan nacional de acción para asegurar la aplicación completa y eficaz de la presente ley, lo que incluirá un procedimiento de examen periódico del logro de los fines y objetivos;
 - e) Supervisar e informar al [ministro competente] [Parlamento] sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Protocolo sobre el tráfico ilícito de migrantes;
 - f) Facilitar la cooperación interinstitucional y multidisciplinar entre los distintos organismos nacionales, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales; y
 - g) Facilitar la cooperación con los correspondientes países de origen, tránsito y destino, en particular con los organismos de control de fronteras.
3. Se nombrará [Secretario/Secretaría] del Comité a [insertar el nombre del organismo/representante]. El comité estará facultado para establecer los [subcomités/grupos de trabajo] necesarios.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículos 2, 7, 10 y 14.

El artículo 18 es facultativo, si bien se ajusta a los propósitos del Protocolo.

La aplicación de la ley y política en materia de tráfico ilícito de migrantes es compleja y requiere necesariamente la participación de múltiples organismos, cada uno de los cuales tendrá un importante papel que desempeñar, aunque obrando con mandatos y restricciones diferentes. La experiencia indica que el establecimiento de un órgano coordinador interinstitucional encargado de las cuestiones de tráfico ilícito “a nivel gubernamental general” es muy útil para la coordinación en el plano de las políticas y el plano operacional. Un órgano de ese tipo puede servir a los distintos organismos oficiales de plataforma que les permita reunirse con regularidad para tareas de planificación, debates de cuestiones legales, de política y de procedimiento, así como tratar de casos individuales y asuntos presupuestarios.

En muchos casos es posible crear sin legislación un órgano de esa naturaleza. Por ejemplo, en el contexto de la trata de personas, Tailandia ha establecido un Comité de coordinación y supervisión de la actuación contra la trata de personas (“Comité CSA”). Según dispone la Ley nacional contra la trata de personas:

Sección 23. El Comité CSA tendrá las facultades y funciones siguientes:

- 1) Preparar y supervisar la actuación con arreglo a los planes de ejecución y coordinación de los organismos interesados, sean de nivel central, regional o local, o de nivel comunitario y de la sociedad civil, para asegurar la congruencia con las políticas, estrategias y medidas de prevención y represión de la trata de personas;
- 2) Preparar y supervisar la ejecución de los planes y directrices referentes al fomento de la capacidad del personal encargado de prevenir y reprimir la trata de personas;
- 3) Preparar y supervisar campañas de información y educación pública relativas a la prevención y represión de la trata de personas;
- 4) Supervisar, evaluar e informar al Comité sobre la actuación con arreglo a las políticas, estrategias y medidas, así como sobre la actuación conforme a la presente ley;
- 5) Hacer el seguimiento e informar al Comité sobre la actuación a tenor de las obligaciones internacionales, la cooperación y coordinación con los organismos extranjeros en las cuestiones de prevención y represión de la trata de personas;
- 6) Establecer normas y aprobar el pago y la disposición de bienes del Fondo con arreglo a la Sección 44 4);
- 7) Preparar y supervisar los planes de ejecución conforme a la presente Ley con el fin de lograr la máxima eficacia en la represión del delito y ajustarse a la ley de lucha contra el blanqueo de dinero, la ley nacional contra la corrupción y las demás leyes conexas, con inclusión de las obligaciones internacionales;
- 8) Realizar cualquier otra actividad que le confíe el Comité.

[...]

Sección 25. El Comité y el Comité CSA podrán nombrar un subcomité o un grupo de trabajo encargado de examinar, dictaminar y ejecutar cualquier asunto que le confíen el Comité y el Comité CSA ...

(Ley contra la trata de personas, B.E. 2551 (2008), Tailandia)

Nota: "El Comité" es el Comité contra la trata de personas presidido por el primer ministro.

Otro ejemplo, en los Estados Unidos, se refiere al establecimiento de programas de acción exterior para combatir el tráfico ilícito de migrantes:

El secretario de Seguridad Interior, en consulta con el ministro de Justicia y el secretario de Estado, según proceda, establecerá y aplicará un programa de acción exterior para educar al público en los Estados Unidos y en el extranjero acerca de las penas aplicables por introducir y dar cobijo a extranjeros en violación de la presente sección.

(Sección 274, Ley de inmigración y nacionalidad [8 USC 1324], Estados Unidos)

Artículo 19. Capacitación y prevención

1. El [insertar el nombre del comité coordinador nacional] deberá:

a) Preparar y difundir entre los profesionales, en particular los funcionarios de inmigración y de justicia penal que probablemente entren en contacto con migrantes objeto de tráfico ilícito, información, materiales y capacitación que les sean de ayuda para prevenir y combatir dicho tráfico ilícito, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto del mismo;

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 y 2 del artículo 14.

Aunque los requisitos enunciados en el artículo 14 son obligatorios, la manera de cumplirlos puede variar.

En virtud del párrafo 1 del artículo 14 del Protocolo los Estados Parte se obligan a establecer o reforzar programas de capacitación especializada destinados a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes cuya tarea es prevenir el tráfico ilícito de migrantes y el trato inhumano de los migrantes objeto de tráfico. Además, el párrafo 2 del artículo 14 del Protocolo estipula que

los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones competentes y demás sectores de la sociedad civil, según proceda, a fin de garantizar que en sus respectivos territorios se imparta una capacitación adecuada para prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilícito de migrantes. El Protocolo estipula que dicha capacitación incluirá:

- La mejora de la seguridad y la calidad de los documentos de viaje
- El reconocimiento y la detección de los documentos de viaje o de identidad falsificados
- La compilación de información de inteligencia criminal, en particular con respecto a la identificación de los grupos delictivos organizados, los métodos utilizados para transportar a los migrantes, la utilización indebida de documentos de viaje o de identidad y los medios de ocultación utilizados en el proceso de tráfico ilícito
- La mejora de los procedimientos para detectar a los migrantes objeto de tráfico ilícito en puntos de entrada y salida convencionales y no convencionales
- El trato humano de los migrantes afectados y la protección de sus derechos

En la sugerencia de redacción de la Ley modelo se encomienda la responsabilidad de la capacitación al comité coordinador nacional designado, a fin de asegurar que esta cuestión se coordine adecuadamente entre todos los organismos y se considere altamente prioritaria. Ahora bien, esta no es la única manera en que podría cumplirse la obligación prescrita en el artículo 14. Tal obligación podría satisfacerse, por ejemplo, adoptando medidas no legislativas como el establecimiento de programas de capacitación adecuados en el seno de los distintos organismos.

b) Establecer y difundir programas de información pública a fin de que la población sea más consciente del hecho de que el tráfico ilícito de migrantes es una actividad delictiva que frecuentemente cometen los grupos delictivos organizados con fines de lucro y que supone un(a) grave riesgo [amenaza] para los migrantes afectados;

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículo 15.

Los requisitos enunciados en el artículo 15 son obligatorios, pero la manera de cumplirlos puede variar.

Como se indica en la Guía legislativa, los redactores del Protocolo trataron de estipular medidas para que la opinión pública sea más consciente de la naturaleza del tráfico ilícito de migrantes y del hecho de que en tal actividad participan con gran frecuencia grupos delictivos organizados. En la sugerencia de redacción

ofrecida en la Ley modelo se confía la responsabilidad de preparar campañas adecuadas de información al comité coordinador nacional designado, con el fin de garantizar que se dé a esta importante tarea relieve y atención suficientes. De todas formas, el cumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 1 del artículo 15 del Protocolo podría lograrse recurriendo a otras medidas, entre ellas medidas no legislativas.

Al preparar campañas de información es importante que las autoridades responsables tomen en consideración el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país, incluso del propio (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 2 del art. 12) y los derechos de las personas a buscar asilo. Según el párrafo 3 del artículo 12 del citado Pacto, el derecho de salida antes mencionado no podrá ser objeto de restricciones, salvo cuando las prevea la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto.

c) Promover y reforzar programas de desarrollo y la cooperación a nivel nacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 3 del artículo 15.

El requisito previsto en el párrafo 3 del artículo 15 es obligatorio. Ahora bien, la manera de cumplir esta obligación puede variar.

Como se señala en la Guía legislativa, partiendo de la premisa de que la raíz del tráfico ilícito de migrantes es el deseo de toda persona de dejar atrás circunstancias adversas, como la pobreza o la opresión, y migrar en busca de una vida mejor, en el párrafo 3 del artículo 15 del Protocolo se estipula la promoción o el fortalecimiento de programas de desarrollo y de la cooperación a fin de combatir las causas socioeconómicas del tráfico ilícito de migrantes (Guía legislativa, pág. 379, párr. 82). Convendría que los legisladores y redactores tomaran nota de que las disposiciones sobre prevención que figuran en el Protocolo deberían leerse juntamente con el artículo 31 de la Convención, relativo a la prevención de todas las formas de delincuencia organizada.

Capítulo V. Cooperación relativa al tráfico ilícito de migrantes por mar

Comentario

El tema central del artículo 8 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes es facilitar las medidas de cumplimiento coercitivo de la ley en relación con el tráfico ilícito en el que estén involucrados los buques de otros Estados Parte. Un Estado Parte podrá solicitar la cooperación con otros Estados Parte en lo que respecta a los buques que icen su propio pabellón, los buques que enarbolan el pabellón de otros Estados Parte, los buques que no posean nacionalidad, o los que se hagan pasar por buques sin nacionalidad.

Además, el párrafo 6 del artículo 8 del Protocolo estipula que cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de los casos de tráfico por mar, lo que puede exigir medidas legislativas para instaurar dicha autoridad y dotarla de las facultades necesarias, incluso la de autorizar a otro Estado Parte a tomar medidas contra un buque que enarbole el pabellón de ese Estado Parte. La autoridad central puede también intervenir en la toma de contacto con el Estado ribereño a fin de solicitarle permiso para adoptar medidas contra un buque que se halle en su mar territorial (véase el párrafo 7 del artículo 23 de la Ley modelo).

Como se señala en la Guía legislativa, por ello tal vez sea necesario promulgar leyes de ejecución que prevean facultades coercitivas respecto de buques que enarbolan un pabellón extranjero (Guía legislativa, págs. 394 y 395, párrafo 96). A este respecto, será necesario que los Estados presten atención a cuestiones como el establecimiento de facultades para registrar y obtener información, facultades de secuestro e incautación, el uso de fuerza razonable, la presentación de pruebas de autoridad y la prestación de la protección jurídica apropiada a los funcionarios u oficiales que intervengan. Lo más adecuado es solventar a nivel nacional la cuestión de si conviene lograr tales fines por remisión a las leyes ya vigentes en el país o mediante la creación de facultades específicas en el contexto del tráfico ilícito de migrantes.

Finalidad de la cooperación: prevención y represión del tráfico ilícito por mar

Al redactar las leyes nacionales sobre este asunto, es esencial que los Estados Parte tengan presentes los propósitos fundamentales del Protocolo: prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico. En el contexto de la cooperación para combatir el tráfico ilícito de migrantes por mar, la consecución de esos objetivos exigirá prestar cuidadosa atención a varias cuestiones, en particular las siguientes:

- *Objetivos del cumplimiento coercitivo de la ley.* ¿Que leyes, políticas y procedimientos es necesario instaurar para asegurarse de que las actividades de cumplimiento coercitivo de la ley llevadas a cabo en el mar constituyan realmente una contribución positiva a los objetivos de la justicia penal, a saber, descubrir, investigar y enjuiciar a los responsables del tráfico ilícito de migrantes por mar? Por ejemplo, los migrantes objeto de tráfico interceptados en el mar pueden tener información valiosa sobre la identidad y *modus operandi* de los traficantes. Además de suscitar problemas de derechos humanos, las prácticas centradas en repeler o devolver simplemente a los migrantes sin procurar oportunidades que proporcionen información tendrán probablemente como consecuencia la pérdida de datos confidenciales y pruebas importantes sobre las actividades de los traficantes.
- *Objetivos de derechos humanos y humanitarios.* ¿Como pueden las actividades llevadas a cabo en el mar garantizar la seguridad y dignidad de todas las personas afectadas? ¿Como pueden las actividades realizadas en el mar ser “sensibles a la protección” para evitar que se niegue involuntariamente a una persona el derecho a solicitar protección internacional o devolver a una persona a un lugar donde estarían en peligro sus derechos humanos fundamentales?

Contexto: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Los artículos 7 a 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes deben leerse en el contexto del derecho internacional del mar, en particular de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (denominada “la Convención” en el siguiente comentario sobre el capítulo V de la Ley modelo). Al redactar las leyes nacionales que den aplicación al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes será preciso que los Estados Parte se aseguren de su coherencia con la Convención. Cabe también señalar que no es propósito de la Ley modelo dar aplicación a las disposiciones conexas de la Convención.

En la Convención se incorpora el principio general de derecho internacional de que los buques poseen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar (párr. 1 del art. 91). Este principio se refleja en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley modelo, que establece la jurisdicción respecto de los delitos cometidos a bordo de un buque que enarbole el pabellón del Estado. Los buques estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, salvo en los casos excepcionales previstos en los tratados o en la Convención (párr. 1 del art. 92). El Estado del pabellón tiene el deber de ejercer su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarboles su pabellón (art. 94 de la Convención).

Conforme al derecho internacional del mar, un Estado puede adoptar medidas contra un buque extranjero involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar. Un Estado ribereño puede adoptar medidas dentro de su mar territorial contra dicho buque (véase el comentario al artículo 4 de la Ley modelo, *supra*). El Estado ribereño podrá también adoptar medidas contra un buque extranjero en su zona marítima contigua o mediante el ejercicio del derecho de persecución (arts. 33 y 111 de la Convención). Con arreglo a las disposiciones aplicables de la Convención, no es necesario el consentimiento del Estado del pabellón.

En la zona contigua el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir o sancionar las infracciones por parte de un buque extranjero, de sus leyes y reglamentos de inmigración que se cometan en su territorio o en su mar territorial (art. 33 de la Convención). El derecho de persecución nace cuando el Estado ribereño tenga motivos fundados para creer que un buque extranjero ha cometido una infracción de las leyes y reglamentos de ese Estado. El artículo 111 de la Convención expone el alcance del derecho de persecución así como el procedimiento para que el Estado ribereño ejerza ese derecho.

Además, con arreglo al artículo 110 de la Convención, todos los Estados tienen derecho de visita. Conforme al artículo 110, un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero (que no goce de inmunidad) podrá visitar y enviar tripulantes a bordo del buque si hay motivos fundados para sospechar que se dedica a ciertas actividades, incluidos los casos en que no tenga nacionalidad o tenga en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón. El artículo 110 es también aplicable a la zona económica exclusiva y el derecho de visita puede ejercerse en conformidad con las disposiciones del artículo 58 de la Convención. El derecho de visita es una excepción al principio general de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre sus buques en la alta mar (art. 92 de la Convención).

Con arreglo al párrafo 7 del artículo 8 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, el Estado Parte podrá adoptar medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno y el derecho internacional.

Los artículos 7 a 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes establecen un marco de cooperación entre los Estados Parte para actuar en lo referente al tráfico ilícito de migrantes por mar. En dicho marco se prevén disposiciones para que un Estado Parte que, con respecto a un buque que enarbole su pabellón o pretenda estar matriculado en su registro, o que carezca de nacionalidad, o se haga pasar por un buque sin nacionalidad, pueda solicitar la asistencia de otro Estado Parte con el fin de poner término a la utilización del buque para dicho tráfico ilícito (párr. 1 del art. 8 del Protocolo).

Además, el marco incluye un mecanismo mediante el cual un Estado Parte podrá, con respecto a un buque que enarbole su pabellón, autorizar a otro Estado Parte para visitar, registrar y adoptar otras medidas apropiadas respecto a ese buque con el fin de poner término a su utilización para el tráfico ilícito de migrantes por mar (párr. 2 del art. 8 del Protocolo).

Párrafo 3 del artículo 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

Al examinar las medidas que se pueden tomar en el mar, es importante que los legisladores tengan presentes las disposiciones de salvaguardia que figuran en el párrafo 3 del artículo 9 del Protocolo, en el que se estipula que toda medida que se tome, adopte o aplique de conformidad con lo dispuesto en el capítulo II del

Protocolo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir ni causar menoscabo en a) los derechos y las obligaciones de los Estados ribereños en el ejercicio de su jurisdicción de conformidad con el derecho internacional del mar (como se ha señalado *supra*), y b) la competencia del Estado del pabellón para ejercer la jurisdicción y el control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales relacionadas con el buque.

El capítulo V de la Ley modelo sigue la pauta del Proyecto de ley modelo sobre el uso indebido de drogas, 2000, del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), redactado como ayuda para la aplicación de las convenciones y convenios de fiscalización internacional de drogas. Los artículos 7 a 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes se basan en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988.

Artículo 20. Ampliación de la jurisdicción a tenor del presente capítulo

Además de las disposiciones sobre jurisdicción enunciadas en el artículo 4, el presente capítulo es aplicable a conductas que se desarrollen fuera de [nombre del Estado] en un buque del que se tenga motivos razonables para sospechar que está involucrado, directa o indirectamente, en el tráfico ilícito de migrantes por mar:

- a) Si el buque carece de nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad;
- b) Si el buque, aunque enarbola un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón, tiene en realidad la nacionalidad del Estado en cuestión; o
- c) Si el buque enarbola el pabellón o lleva matrícula de un Estado del Protocolo que no sea [nombre del Estado].

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1, 2 y 7 del artículo 8.

Como se señala en la Guía legislativa, el establecimiento de jurisdicción sobre el tráfico ilícito por mar es condición previa para la aplicación eficaz de los artículos 7 a 9 del Protocolo (Guía legislativa, pág. 394, párr. 95). Es importante considerar este artículo juntamente con el artículo 4 de la Ley modelo.

La nota interpretativa referente al artículo 8 del Protocolo indica que el término “involucrado” debe entenderse en sentido amplio. Por ejemplo debe incluir los buques nodriza que sean detenidos después de haber trasbordado a los

migrantes a embarcaciones más pequeñas para su desembarco, así como los buques que simplemente lleven a bordo migrantes objeto de tráfico (*Travaux Préparatoires*, pág. 536).

Conforme al párrafo 2 del artículo 92 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad.

Artículo 21. Designación de la autoridad competente nacional

A fin de facilitar la cooperación entre [nombre del Estado] y otros Estados del Protocolo con objeto de prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, el [ministro competente] designará por escrito a una autoridad o más autoridades encargadas de:

- a) Recibir y atender las solicitudes de asistencia de Estados del Protocolo;
- b) Transmitir las solicitudes de asistencia a Estados del Protocolo;
- c) Recibir y atender las solicitudes de confirmación de la matrícula o del derecho de un buque a enarbolar el pabellón de [nombre del Estado];
- d) Recibir y atender las solicitudes de autorización de Estados del Protocolo para adoptar las medidas apropiadas [enunciadas en el presente capítulo]; y
- e) Transmitir a los Estados del Protocolo las solicitudes de autorización para adoptar las medidas apropiadas [enunciadas en el presente capítulo].

2. La autoridad o las autoridades competentes nacionales contestarán con celeridad a toda solicitud formulada con arreglo al párrafo 1.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 6 del artículo 8.

Como se indica en la Guía legislativa, el párrafo 6 del artículo 8 del Protocolo dispone que cada Estado Parte deberá designar a una autoridad central que se ocupe de los casos de tráfico ilícito por mar, lo que podrá requerir medidas legislativas para establecer dicha autoridad y otorgarle las facultades necesarias, en particular la de autorizar a otro Estado Parte para proceder contra los buques que enarbolan su pabellón (Guía legislativa, pág. 395, párr. 98). A tenor del párrafo 6 del artículo 8 del Protocolo los Estados Parte tienen la obligación de

notificar al Secretario General de las Naciones Unidas la autoridad designada, de modo que esta información pueda transmitirse a todos los Estados Parte.

El lugar donde se establezca la autoridad competente nacional es asunto que incumbe al Estado en cuestión. Sin embargo, es importante que dicha autoridad trabaje en estrecha concertación y cooperación con cualquier otra autoridad nacional o local que desempeñe una función relacionada con cuestiones afines. Por ejemplo la Guía legislativa indica que al determinar el lugar apropiado para establecer su autoridad central, los Estados deben examinar aspectos como la facilidad de acceso al registro nacional de matrículas de los buques a efectos de confirmar que figuran en él, la facilidad de coordinación con otros organismos nacionales, incluidas las autoridades marítimas encargadas del cumplimiento de la ley, y la existencia de arreglos para que las actividades puedan realizarse sin interrupción (Guía legislativa, pág. 395, párr. 98). Otras consideraciones importantes son las relativas al lugar del establecimiento de los centros y los subcentros de coordinación de salvamento marítimo en conformidad con el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo³⁹. Además, la autoridad competente nacional debe encargarse de las solicitudes que se envíen a otros Estados Parte. Por ello, deberá estar en condiciones de recibir solicitudes de las autoridades nacionales (servicios de aduana, de policía y otros organismos encargados del cumplimiento de la ley) y de prestar asistencia para transmitir las a Estados extranjeros (Guía legislativa, pág. 395, párr. 98).

Una vez designada la autoridad competente nacional, se deben comunicar a la UNODC los datos detallados correspondientes para que tal información pueda incluirse en el directorio en línea de autoridades competentes nacionales que mantiene dicha Oficina.

Artículo 22. Designación de funcionarios u oficiales autorizados

1. El [ministro competente] podrá designar por escrito a cualquier [oficial de policía] [funcionario de aduanas] [cualquier otra persona o clase de personas] como funcionario u oficial autorizado con fines relativos al ejercicio de las facultades establecidas en el presente capítulo.
2. Las facultades de los funcionarios u oficiales autorizados serán [insertar la declaración de facultades o remitir a la ley nacional pertinente].

Comentario

Requisito facultativo

Como se indica en la introducción a este capítulo, las actividades de cooperación para el cumplimiento de la ley en el mar plantean una serie de cuestiones com-

³⁹Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1405, núm. 23489; para más información visitar el sitio www.imo.org.

plejas, entre ellas los problemas de velar por la seguridad de la vida en el mar, los imperativos de la justicia penal y la necesidad de cuidar de que toda actividad sea “sensible a la protección”. Habida cuenta de estas complejidades, los legisladores tal vez deseen considerar la posibilidad de limitar la autorización para el ejercicio de las facultades establecidas con arreglo al Protocolo a relativamente pocos funcionarios u oficiales que cuenten con la capacitación, la competencia y el equipo necesario (Guía legislativa, pág. 396, párr. 101).

Es posible que los legisladores tengan que considerar la cuestión de las facultades que se confieran a los funcionarios u oficiales autorizados, en especial por que en algunos casos actuarán fuera del territorio nacional. Si existen ya leyes nacionales que traten de estos temas, tal vez lo más adecuado sea hacer las remisiones pertinentes a estas leyes. En este contexto concreto, serán de interés las consideraciones relativas en particular a:

- Facultades para parar, visitar y detener buques
- Facultades de registro e incautación
- Facultades para entrevistar a personas a bordo del buque
- Atribuciones para obtener servicios, por ejemplo de traductores u otras personas cuya asistencia pueda ser necesaria en el plano operativo (verbigracia un oficial de máquinas o un mecánico del buque)
- Atribuciones para remitir a las personas que se hallen a bordo del buque a las autoridades competentes, incluso las encargadas del cumplimiento de la ley, con inclusión también de los organismos encargados de evaluar las demandas de protección internacional

Cuando sea posible hacer simplemente remisiones a facultades existentes en virtud de una ley vigente, debe comprobarse cuidadosamente esas revisiones para asegurarse de que corresponden a situaciones en las que el funcionario u oficial está a bordo de un buque cuyo pabellón es extranjero.

Artículo 23. Condiciones y limitaciones del ejercicio de las facultades especiales de cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios y oficiales autorizados

1. Las facultades concedidas a funcionarios u oficiales autorizados a tenor de este capítulo se podrán ejercer en relación con cualquier buque mencionado en el apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 4 o en el artículo 20 con el fin de detectar el tráfico ilícito de migrantes por mar y adoptar las medidas apropiadas al respecto.

2. Dichas facultades no se ejercerán en relación con un buque que se halle fuera de los límites del mar territorial de [nombre del Estado] y enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado del Protocolo salvo si:

a) [Nombre del Estado] ejerce su derecho de control en su zona contigua o el derecho de persecución; o

b) El [ministro competente] [jefe de la autoridad central nacional] ha dado su autorización.

3. El [ministro competente] [jefe de la autoridad central nacional] no dará la autorización mencionada en el apartado b) del párrafo 2 *supra* salvo si se ha cerciorado de que:

a) El Estado del Protocolo ha requerido la asistencia de [nombre del Estado] a los efectos de detectar o prevenir el tráfico ilícito de migrantes y adoptar las medidas apropiadas; o

b) El Estado del Protocolo ha autorizado a [nombre del Estado] para actuar con tal fin.

4. El [ministro competente] [jefe de la autoridad central nacional] impondrá al ejercicio de las facultades las condiciones o limitaciones que sean necesarias para dar efecto a cualquier condición o limitación impuesta por el Estado del Protocolo.

5. El [ministro competente] [jefe de la autoridad central nacional] podrá, ya sea por propia iniciativa o en respuesta a la petición de un Estado del Protocolo, autorizar al Estado del Protocolo a ejercer, en relación con un buque de [nombre del Estado], facultades correspondientes a las conferidas a los funcionarios u oficiales autorizados con arreglo al presente capítulo, pero sujetas a las condiciones o limitaciones que, en su caso, imponga dicho ministro o jefe.

6. El párrafo 5 *supra* se entiende sin perjuicio de todo acuerdo concertado, o que se concierte, en nombre de [nombre del Estado] en cuya virtud [nombre del Estado] se comprometa a no oponerse al ejercicio por cualquier otro Estado, en relación con un buque de [nombre del Estado], de facultades correspondientes a las conferidas a los funcionarios u oficiales autorizados con arreglo al presente capítulo.

7. Las facultades conferidas a los funcionarios u oficiales autorizados en virtud del presente capítulo no se ejercerán en el mar territorial de ningún otro Estado sin la autorización del [ministro competente] [jefe de la autoridad central nacional], el cual no dará tal autorización a menos que el Estado haya consentido en el ejercicio de esas facultades.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 2 y 5 del artículo 8.

La finalidad del artículo 23 de la Ley modelo es establecer un marco bien definido para regular con precisión cuándo los funcionarios u oficiales autorizados están facultados para adoptar medidas con respecto a un buque del que quepa razonablemente sospechar que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar. Este marco es de aplicación con respecto a:

- Un buque que enarbole el pabellón del Estado (apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 4 y apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley modelo)
- Un buque sin nacionalidad o que se haga pasar por un buque sin nacionalidad (apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley modelo)
- Un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes (apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley modelo)

En lo que respecta a un buque que enarbole el pabellón del Estado, el párrafo 1 del artículo 23 de la Ley modelo prescribe el ejercicio de facultades de cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios u oficiales autorizados. Conviene, sin embargo, observar que, posiblemente, en el Estado existan ya leyes nacionales que prevean el ejercicio de facultades adecuadas para el cumplimiento de la ley respecto de los buques que ostenten su pabellón.

El párrafo 5 del artículo 23 establece el procedimiento para que una persona de alto rango del gobierno (un ministro o el jefe de la autoridad competente nacional) autorice a otro Estado Parte a ejercer facultades de cumplimiento de la ley con respecto a un buque que enarbole el pabellón del Estado.

Según las circunstancias, el párrafo 6 del artículo 23 puede ser aplicable con respecto a un buque que ostente el pabellón del Estado.

El párrafo 1 del artículo 20 de la Ley modelo prevé el ejercicio de facultades de cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios u oficiales autorizados con respecto a un buque sin nacionalidad o que se haga pasar por un buque sin nacionalidad. En este contexto puede ser aplicable el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 4 (véanse el comentario sobre el artículo 4 y el capítulo V de la Ley modelo en lo concerniente a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

El marco establecido en el artículo 23 de la Ley modelo contiene una serie de elementos referentes a un buque que ostente el pabellón de otro Estado Parte en el Protocolo y se encuentre fuera de los límites del mar territorial del Estado.

Cabe recordar que, con arreglo al derecho internacional del mar, un Estado ribereño puede adoptar medidas dentro de su mar territorial con respecto a los buques extranjeros (véase el comentario al artículo 4 de la Ley modelo). El ejercicio de facultades de cumplimiento de la ley puede contemplarse en leyes nacionales aparte relativas al derecho del mar.

Conforme al párrafo 2 del artículo 23, la autorización para ejercer facultades de cumplimiento de la ley con respecto a un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte y se halle fuera de los límites del mar territorial del Estado ha de obtenerse de una persona de alto rango del gobierno (un ministro o el jefe de la autoridad competente nacional).

Ahora bien, el requisito de obtención de autorización específica no es aplicable cuando el Estado ejerce su derecho de control en la zona contigua o el derecho de persecución con respecto al buque (apartado a) del párr. 2 del art. 23) (véase el comentario al capítulo V de la Ley modelo en lo referente a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). En este contexto, el ejercicio de facultades de cumplimiento de la ley puede contemplarse en leyes nacionales aparte relativas al derecho del mar.

Puede concederse autorización para ejercer facultades de cumplimiento de la ley con respecto a un buque que ostente el pabellón de otro Estado Parte si ese Estado Parte ha pedido la asistencia del Estado o autorizado al Estado a adoptar medidas con respecto al buque (párr. 3 del art. 23).

En cuanto al ejercicio de facultades de cumplimiento de la ley respecto de un buque situado dentro del mar territorial de otro Estado, no se puede adoptar ninguna medida contra el buque sin el consentimiento del Estado ribereño, como estipulan el párrafo 7 del artículo 23 de la Ley modelo y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Conforme a lo señalado en relación con el artículo 4 de la Ley modelo, “territorio” incluye el mar territorial del Estado ribereño, en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Como se indica en las notas interpretativas sobre el artículo 7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes:

Se da por supuesto que las medidas enunciadas en el capítulo II del Protocolo no podrán ser adoptadas en el mar territorial de otro Estado salvo con la autorización o permiso del Estado ribereño afectado. Este principio está debidamente consagrado en el derecho del mar, por lo que no se juzgó necesario volverlo a enunciar en el Protocolo.

(A/55/383/Add.1, párr. 98; *Travaux Préparatoires*, pág. 522)

En cuanto al ejercicio de facultades de cumplimiento de la ley respecto de un buque con arreglo al capítulo V de la Ley modelo, se señalan a la atención de los legisladores las cláusulas de protección establecidas en el párrafo 3 del artículo 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, concernientes al Estado del pabellón y al Estado ribereño (véase el comentario al capítulo V *supra*).

Artículo 24. Marco operativo de las medidas que se adopten en el mar

1. Toda medida que se adopte en el mar en cumplimiento de lo dispuesto en el presente capítulo será ejecutada únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves [incluso embarcaciones de servicios de aduanas, guardacostas y policía] que ostenten signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin.

*Comentario**Requisito obligatorio*

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 4 del artículo 9.

La identificación de los buques que estén al servicio de un gobierno se efectúa en general mediante una combinación de signos materiales, su color y banderas oficiales (enseñas).

2. Cuando se adopten medidas contra un buque con arreglo al presente capítulo, será preciso que un oficial o funcionario autorizado tome todas las disposiciones necesarias para:

a) Otorgar a los migrantes protección contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de las conductas penalizadas en la presente ley;

b) Prestar asistencia a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas penalizadas en la presente ley;

c) Tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños;

d) Velar por la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo;

e) Velar por que toda medida adoptada esté en conformidad con las obligaciones dimanantes de la normativa de derechos humanos y humanitaria, inclusive el derecho de salir de cualquier país, el derecho de solicitar asilo y protección internacional y la obligación de “non-refoulement”;

f) Tener debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad del buque o de su carga;

g) Tener debidamente en cuenta la necesidad de no perjudicar los intereses comerciales o jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado; y

h) Velar, dentro de los medios disponibles, por que las medidas adoptadas con respecto al buque sean ecológicamente razonables.

*Comentario**Requisito obligatorio*

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 9, párrafos 1 a 4 del artículo 16 y párrafo 1 del artículo 19.

El requisito estipulado en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 9 del Protocolo de velar por el trato en condiciones de seguridad y humano de todas las personas que se encuentren a bordo del buque, en el curso de las actividades de cumplimiento de la ley realizadas en cooperación en el mar, es obligatorio para todos los Estados Parte. Esta obligación cobra relevancia especial en las situaciones en que los buques sean interceptados en el mar en el marco de medidas de control de fronteras adoptadas para reprimir el tráfico ilícito de migrantes. Existen consideraciones de seguridad no solo en cuanto a la necesidad inmediata de velar por la seguridad física de todas las personas (incluso los migrantes objeto de tráfico) que se encuentren a bordo de un buque interceptado, sino también en lo que respecta a cuidar de que las personas que corran riesgos de sufrir daños (por ejemplo a manos de miembros de grupos delictivos organizados) o que expresen su deseo de solicitar protección internacional (bien al amparo de los derechos humanos o del derecho de refugiados) sean remitidas a las autoridades especializadas adecuadas. También es necesario cuidar de que los migrantes retirados del buque sean llevados a un lugar adecuado donde estén en condiciones de seguridad.

A tenor de los párrafos 2 y 3 del artículo 16 del Protocolo, los Estados Parte han convenido en adoptar “medidas apropiadas” para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos, y en “prestar asistencia apropiada” a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo. Estas obligaciones pueden revestir especial importancia en el contexto del tráfico ilícito de migrantes por mar cuando, por ejemplo, el simple hecho de rechazar a un buque o dejar a los migrantes objeto de tráfico a bordo del mismo signifique en realidad dejar a los migrantes en manos de miembros de un grupo delictivo organizado. Además de plantear graves problemas de derechos humanos, tal acción redundaría con toda probabilidad en menoscabo de los objetivos en materia de cumplimiento de la ley, que posiblemente se satisfagan mejor llevando a los migrantes objeto de tráfico a un lugar donde estén en seguridad y previendo los medios necesarios para que faciliten información a investigadores especializados.

Conforme al párrafo 4 del artículo 16 del Protocolo, los Estados Parte convienen en que, al aplicar las disposiciones del artículo 16, tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños. Será preciso considerar la forma más adecuada de cumplir esta obligación desde el punto de vista operativo. Por ejemplo, entre las consideraciones al respecto figura la de asegurar la disponibilidad de funcionarios de sexo masculino y femenino así como de funcionarios autorizados con capacitación adecuada en el tipo de operación, a más de asegurar la disponibilidad de elementos básicos como protección sanitaria, alimentos para bebés y pañales.

En virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Protocolo, los Estados Parte han convenido en adoptar, en consonancia con sus obligaciones emanadas del derecho internacional, todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de “preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo, conforme a las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El párrafo 1 del artículo 19 menciona

de manera más expresa la obligación, cuando proceda, de preservar la efectividad de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, en particular el principio de “non-refoulement” consagrado en ella.

Estas obligaciones tienen repercusiones especiales en el contexto de la cooperación para el cumplimiento de la ley en el mar. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha señalado que la expresión “sistemas de entrada” incluye, en medida creciente, no solo las medidas adoptadas en la frontera sino también las operaciones de intercepción destinadas a impedir, interrumpir o parar la llegada y/o entrada de personas al territorio. Estas medidas se adoptan con frecuencia creciente fuera del territorio propio del Estado, en alta mar e incluso en el territorio de terceros Estados. Dicho de otro modo, tal como se conciben en general, las actividades de cumplimiento de la ley realizadas en el mar son parte de los “sistemas de entrada”. ACNUR propugna el uso de sistemas de entrada “sensibles a la protección”, que tengan en cuenta las necesidades de protección de las personas y el deber de los Estados de respetar sus obligaciones dimanantes de la normativa internacional de derechos humanos y el derecho de refugiados, incluso el principio de “non-refoulement”. En los sistemas de entrada sensibles a la protección se tiene cuidado de no aplicar arbitrariamente las medidas legítimas de control y se posibilita la identificación de los solicitantes de asilo y otros grupos con necesidades específicas de protección, así como la concesión a los mismos de acceso a un territorio donde puedan juzgarse y atenderse adecuadamente sus necesidades⁴⁰. Entre los “funcionarios u oficiales de entrada” que prestan servicios en estos sistemas están todos aquellos que tienen autorización para tomar medidas contra el tráfico ilícito de migrantes en el mar. Por tanto, en sus actuaciones han de tener en cuenta las obligaciones de derechos humanos y de naturaleza humanitaria, en particular el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso el suyo propio, y el derecho de toda persona a solicitar asilo y otras medidas de protección internacional. Dado que las cuestiones que entraña lograr el cumplimiento de esas normas en la práctica son complejas, será probablemente necesario que los Estados consideren la posibilidad de elaborar instrumentos de trabajo que faciliten la ejecución, por ejemplo códigos de conducta, códigos de práctica, procedimientos estándar de actuación y capacitación especializada de los funcionarios u oficiales de los sistemas de entrada.

El Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha emitido una conclusión sobre salvaguardias protectoras en las medidas de intercepción (núm. 97 (LIV)-2003)⁴¹. Esta conclusión puede ofrecer orientaciones útiles para establecer una práctica nacional en materia de intercepción. El Comité Ejecutivo recomienda, por ejemplo, lo siguiente:

- La responsabilidad primordial de atender las necesidades de protección de las personas interceptadas incumbe al Estado en cuyo territorio de soberanía o en cuyas aguas territoriales tenga lugar la intercepción.
- En las medidas de intercepción debe tenerse en cuenta la diferencia fundamental, existente con arreglo al derecho internacional, entre los que

⁴⁰Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Refugee protection and mixed migration: a 10-point plan of action”, enero de 2007.

⁴¹Accesible en www.unhcr.org.

solicitan y necesitan protección internacional y los que pueden recurrir a la protección del país de su nacionalidad o de otro país.

- Las medidas de interceptación no deben tener como consecuencia la negación a los solicitantes de asilo y los refugiados de acceso a la protección internacional, ni el retorno de las personas necesitadas de protección internacional, directa o indirectamente, a las fronteras o territorios donde su vida o libertad pueda verse amenazada por los motivos estipulados en las convenciones o cuando la persona tenga otras razones para invocar su protección, basadas en el derecho internacional. Las personas interceptadas que se compruebe necesitan protección internacional deben tener acceso a soluciones duraderas.
- Las personas interceptadas que no soliciten o que se determine que no necesitan protección internacional deben retornarse rápidamente a sus respectivos países de origen o a otro país de su nacionalidad o de residencia habitual.
- Toda persona, incluso los funcionarios del Estado y empleados de entidades comerciales, que ejecuten medidas de interceptación deben recibir capacitación especializada, incluidos los medios disponibles para dirigir a las personas interceptadas, que manifiesten necesidades de protección internacional, a las autoridades adecuadas del Estado donde haya tenido lugar la interceptación o, cuando así proceda, a ACNUR.

Artículo 25. Salvaguardias relativas a vidas en peligro en el mar

Nada de lo dispuesto en la presente ley afectará a la obligación por parte de toda [persona] todo [funcionario u oficial autorizado] [capitán de buque] de prestar asistencia a quienes estén en peligro en el mar.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 5 del artículo 8; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 98.

La seguridad de la vida en el mar es de importancia suprema. En toda situación en que haya vidas en peligro en el mar, la obligación primordial es atender a la seguridad y enfrentar cualquier peligro que amenace la vida. Se deben elaborar y aplicar leyes gracias a las cuales los funcionarios u oficiales tengan plena conciencia de que el deber de proceder al salvamento prima sobre cualquier otra prioridad, incluido el cumplimiento de la ley. Es importante que los funcionarios u oficiales sean conscientes de que, en toda circunstancia en que haya señales de peligro en el mar, debe procederse al salvamento aunque no exista sospecha alguna de tráfico ilícito.

La obligación de proteger la vida en el mar se refleja en los términos empleados en el párrafo 5 del artículo 8 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, el cual estipula que los Estados Parte no adoptarán otras medidas sin la autorización

expresa del Estado del pabellón, “salvo las que sean necesarias para eliminar un peligro inminente para la vida de las personas o las que se deriven de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes”.

El capitán de un buque tiene la obligación de prestar asistencia a quienes se encuentren en peligro en el mar. Es esta una antigua tradición marina así como una obligación con arreglo al derecho internacional. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar estipula que:

Todo Estado [Parte] exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros:

a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar;

b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo.

(Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, párr. 1 del art. 98)

El deber de prestar asistencia no se limita a la alta mar y rige en otras zonas marítimas, por ejemplo en la zona económica exclusiva.

El deber de prestar asistencia a quienes estén en peligro en el mar se consagra también en otros instrumentos, en particular el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974. Con arreglo al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo, de 1979, los Estados Parte “garantizarán que se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar. Harán esto sean cuales fueran la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que estas se encuentren” (cap. 2.1.10), y deberán atender a sus necesidades médicas o de otra índole iniciales y llevarlas a un lugar seguro (cap. 1.3.2. del Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo).

En 2006 entraron en vigor las enmiendas al Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar y al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo aprobadas bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional. En conformidad con esas enmiendas, los Gobiernos contratantes/ Estados Parte están obligados, entre otras cosas, a coordinar y cooperar para velar por que los capitanes de buques que presten asistencia embarcando a personas que estén en peligro en el mar sean liberados de sus obligaciones con una desviación ulterior mínima respecto de la travesía prevista del buque y organicen el desembarco tan pronto como sea razonablemente factible. Las enmiendas establecen también la obligación de que los capitanes de buque que hayan embarcado personas que estaban en peligro en el mar las traten con humanidad, dentro de las posibilidades que ofrezca el buque.

Otros documentos de interés de la Organización Marítima Internacional son las Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar

(MSC 78/26/Add.2, anexo 34) y la circular titulada “Principles relating to the administrative procedures for disembarking persons rescued at sea” (FAL.3/Circ.194)⁴².

Sobre este tema son de utilidad las referencias siguientes:

- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre el trato de las personas rescatadas en el mar: conclusiones y recomendaciones de las reuniones y mesas redondas de expertos convocadas recientemente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (A/AC.259/17)
- Organización Marítima Internacional/ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Rescue at Sea: A Guide to Principles and Practice as Applied to Migrants and Refugees* (accesible en www.imo.org)

Artículo 26. Indemnización por perjuicios o daños

Opción A

El [titular de derechos legales sobre el] buque tendrá derecho a una indemnización [razonable] por los perjuicios o daños sufridos como resultado de las medidas que adopte, o presuntamente adopte, con arreglo al presente capítulo un oficial autorizado cuando:

- a) Las razones de las medidas adoptadas resulten infundadas; y
- b) El buque [o cualquier persona a bordo del mismo] no haya cometido ningún acto que las justifique.

o bien

Opción B

El titular de derechos legales sobre el buque tendrá derecho a una indemnización [razonable] por los perjuicios o daños sufridos como resultado de las medidas que adopte, o presuntamente adopte, con arreglo al presente capítulo un oficial autorizado cuando las razones de las medidas adoptadas resulten infundadas, salvo si el buque [o cualquier persona a bordo del mismo] ha cometido un acto que las justifique.

⁴²Accesible en www.imo.org.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 2 del artículo 9.

El párrafo 2 del artículo 9 del Protocolo prescribe una indemnización cuando “las razones que motivaron las medidas adoptadas ... no resulten fundadas ... siempre que el buque no haya cometido ningún acto que las justifique”. Por ejemplo, es posible que un buque que se haya anclado conscientemente cerca de un buque nodriza haya dado, por esa acción, motivos razonables para sospechar que estaba involucrado en las actividades del buque nodriza, incluso aunque se demuestre que ello no es cierto. Otro ejemplo es el de un buque que, sin motivos razonables, no se pare cuando un oficial autorizado mande que lo haga, caso en que perdería todo derecho a indemnización.

El párrafo 2 del artículo 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes es parecido en cierto modo a los artículos 110 (derecho de visita) y 111 (derecho de persecución) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pues esos artículos estipulan también que el buque sea indemnizado si las medidas adoptadas en ejercicio del derecho de visita o de persecución carecen de fundamento o de justificación (véase el párrafo 3 del artículo 110 y el párrafo 8 del artículo 111 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

Hay una serie de personas tanto físicas como jurídicas, por ejemplo el fletador del buque, que podrían sufrir perjuicios o daños en esas circunstancias. Por ello se incluyen entre corchetes los términos “titular de derechos legales sobre el buque”. Es posible que la legislación nacional ofrezca una terminología más precisa.

Pueden encontrarse más orientaciones para redactar el texto en el Acuerdo del Consejo de Europa sobre tráfico ilícito por mar, para la puesta en práctica del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas⁴³. El artículo 26 de dicho Acuerdo tal vez ofrezca opciones aceptables para la aplicación del párrafo 2 del artículo 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes:

Artículo 26 – Daños

1. Si, en el curso de las medidas que se adopten conforme a los artículos 9 y 10 *supra*, una persona física o jurídica, sufre perjuicio, daño o lesión como resultado de negligencia o de alguna otra falta imputable al Estado interviniente, este deberá pagar la correspondiente indemnización.
2. Cuando la medida se adopte de manera no justificada por las disposiciones del presente Acuerdo, el Estado interviniente deberá pagar indemnización por todo perjuicio, daño o lesión resultante. El Estado interviniente deberá también pagar indemnización por todo perjuicio, daño

⁴³Consejo de Europa, *Serie de tratados europeos*, núm. 156.

o lesión de ese tipo si las sospechas resultan infundadas, y siempre que el buque visitado, el armador o la tripulación no hayan cometido ningún acto que las justifique⁴⁴.

(Artículo 26 del Acuerdo del Consejo de Europa sobre tráfico ilícito por mar, para la puesta en práctica del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas)

⁴⁴Traducción no oficial.

Capítulo VI. Procedimientos relativos a la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito

Artículo 27. Designación de uno o más organismos

1. El (la) [autoridad competente] desempeñará las funciones enunciadas en el presente capítulo.

2. En el desempeño de sus funciones, el (la) [autoridad competente]:

a) Cooperará con las organizaciones internacionales pertinentes, entre ellas la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Organización Internacional para las Migraciones; y

b) Cumplirá toda otra norma legal [nacional o internacional] aplicable.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 6 del artículo 18.

La repatriación de migrantes objeto de tráfico ilícito es un asunto complejo que plantea una serie de cuestiones importantes en el marco del derecho internacional, en particular los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario. Aunque el Protocolo no lo estipula, puede resultar ventajoso para los Estados Parte cuidar de que, en la estructura gubernamental, se designe a un solo organismo encargado de supervisar y coordinar el procedimiento de repatriación.

En cierto número de Estados la repatriación se facilita mediante la cooperación con entidades internacionales tales como la Organización Internacional para las Migraciones y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Tal vez sea preciso conferir autorización a este efecto.

El propósito del apartado b) del párrafo 2 del artículo 27 de la Ley modelo es salvaguardar la efectividad de otras leyes vigentes, por ejemplo sobre la expedición de pasaportes y otras cuestiones relacionadas con la migración. Puede que dicho apartado no sea necesario en todos los ordenamientos jurídicos.

Artículo 28. Remisión de migrantes con necesidades específicas de protección

1. En el ejercicio de sus funciones con arreglo al presente capítulo, el (la) [autoridad competente] velará por que los migrantes objeto de tráfico ilícito que soliciten protección internacional al amparo de leyes nacionales de asilo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o el derecho internacional, o que tengan necesidades especiales de protección, sean remitidos con celeridad a las autoridades [adecuadas] [competentes] para que decidan sobre su caso.
2. El (la) [autoridad competente] velará por que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tenga acceso a los migrantes objeto de tráfico ilícito que soliciten asilo así como a otras personas de las que se ocupe dicha Oficina.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafos 1 a 3 del artículo 16 y párrafo 1 del artículo 19.

El cumplimiento de los artículos 16 y 19 del Protocolo es obligatorio. La manera concreta de cumplir tales obligaciones puede variar.

La Directriz 1 de las Directrices del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso estipula que “el Estado anfitrión debe tomar medidas para impulsar los retornos voluntarios, que deben preferirse a los forzosos. Debe evaluar y mejorar, de ser necesario, los programas que haya implantado a tal efecto”⁴⁵.

Es frecuente la detección o el descubrimiento de migrantes objeto de tráfico ilícito que forman parte de corrientes migratorias “mixtas”. Es decir, puede haber personas objeto de tráfico con pretensiones legítimas a la protección internacional, por ejemplo al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, o de la normativa internacional de derechos humanos, porque corran verdadero riesgo de ser sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes si son repatriados. Es esencial dar a los migrantes objeto de tráfico ilícito que necesiten protección internacional una verdadera oportunidad de acogerse a ella.

Es posible que, en el curso del tráfico ilícito, los migrantes hayan sufrido episodios de trata de personas u otros delitos graves como agresión sexual u otra forma de violencia. Incluso aunque estas personas no reúnan las condiciones para recibir protección internacional o no la soliciten, pueden de todas formas necesitar acceso a medidas protectoras aplicables (por ejemplo procedimientos y asistencia especiales accesibles a las víctimas de la trata de personas).

⁴⁵Traducción no oficial.

Los funcionarios de primera línea (por ejemplo guardias de fronteras, personal de centros de detención, oficiales autorizados a tenor del capítulo V) no dispondrán del tiempo, la experiencia o la competencia necesarios para evaluar las demandas de asilo o juzgar con pleno conocimiento, por ejemplo, si una persona es víctima de la trata. Ahora bien, dichos agentes pueden cumplir una importante función consistente en la identificación preliminar de las personas comprendidas en las categorías de interés (es decir, solicitantes de asilo y presuntas víctimas de la trata) y remitir a las personas que estén en tales situaciones a las autoridades especiales adecuadas. Es probable que los funcionarios de primera línea tengan necesidad de directrices, procedimientos de operación estandarizados y capacitación sobre esas cuestiones, así como de mecanismos que garanticen sólidas relaciones de trabajo con las autoridades especiales apropiadas.

La obligación de identificar, prestar asistencia y proteger a las personas objeto de tráfico que corran riesgo de victimización dimana claramente del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. A tenor del párrafo 2 de su artículo 16, los Estados Parte convienen en adoptar medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de las conductas penalizadas por el Protocolo. Además, el párrafo 3 del artículo 16 estipula que los Estados Parte prestarán asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas penalizadas en el artículo 6 del Protocolo. Esto incluye las situaciones en que, por ejemplo, los migrantes objeto de tráfico corran el riesgo de seguir siendo victimizados por grupos delictivos organizados, o en que los migrantes hayan sido transportados en condiciones muy peligrosas, tal vez encerrados en contenedores o camiones, por lo que su estado físico y mental puede haber sufrido grave deterioro.

Artículo 29. Garantía de la seguridad en el intercambio de información

1. El (la) [autoridad competente] establecerá normas y procedimientos para garantizar que todo intercambio de información acerca de un migrante objeto de tráfico ilícito con [el Estado de repatriación] [cualquier otro Estado] no ponga en peligro a la persona repatriada ni a sus familiares [una vez efectuada la repatriación].
2. No se comunicará [al Estado de repatriación] [a ningún otro Estado] información sobre la existencia o contenido de cualquier solicitud de protección internacional que haya formulado el migrante objeto de tráfico ilícito.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 16 y párrafo 1 del artículo 19.

El cumplimiento del párrafo 1 del artículo 16 y el párrafo 1 del artículo 19 es obligatorio. La manera concreta de cumplir esas obligaciones puede variar.

Para facilitar el proceso de repatriación será preciso el intercambio entre los Estados de datos personales de los migrantes objeto de tráfico. Con todo, es esencial establecer medidas que garanticen que la información que se intercambie no pondrá en peligro a dichos migrantes (ni a sus familias). Sin esas medidas protectoras, los Estados pueden exponer involuntariamente al migrante objeto de tráfico ilícito al riesgo de represalia cuando regrese al país de origen.

Las Directrices del Consejo de Europa sobre retorno forzoso suponen una buena práctica en lo que respecta al tratamiento de la información sobre migrantes objeto de tráfico ilícito:

Directriz 12. Cooperación entre los Estados

1. El Estado anfitrión y el Estado de retorno cooperarán a fin de facilitar el regreso de los extranjeros que se determine permanecen ilegalmente en el Estado anfitrión.
2. Al realizar esa cooperación, el Estado anfitrión y el Estado de retorno respetarán las restricciones impuestas a la tramitación de datos personales relativos a las razones por las que la persona retorna. El Estado originario está sujeto a la misma obligación cuando se establezca contacto con sus autoridades con miras a determinar la identidad, la nacionalidad o el lugar de residencia de la persona que retorna.
3. Las restricciones impuestas a la tramitación de esos datos personales se entienden sin perjuicio de todo intercambio de información que tenga lugar en el contexto de la cooperación judicial o policial, cuando se prevean las salvaguardias necesarias.
4. El Estado anfitrión obrará con la debida diligencia para garantizar que el intercambio de información entre sus autoridades y las autoridades del Estado de retorno no ponga en peligro a la persona devuelta ni a sus familiares cuando se efectúe el retorno. En particular, el Estado anfitrión no debe intercambiar información relativa a la solicitud de asilo⁴⁶.

Artículo 30. Legitimidad y validez de los documentos

El (la) [autoridad competente] deberá, a petición de la autoridad o representante competente de otro Estado del Protocolo, verificar dentro de un plazo razonable la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en nombre de [nombre del Estado] y sospechosos de ser utilizados con fines de tráfico ilícito de migrantes.

⁴⁶Traducción no oficial.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículo 13.

Cabe observar que el artículo 13 del Protocolo es de aplicación general: no se limita al proceso de repatriación. Por ejemplo puede ser invocado por funcionarios de cumplimiento de la ley que necesiten verificar si los documentos son legítimos para proceder penalmente en el caso de ciertas acusaciones.

Artículo 31. Facilitación de la repatriación de migrantes objeto de tráfico ilícito

El (la) [autoridad competente] deberá:

a) A petición de la autoridad o representante competente de otro Estado del Protocolo, o del migrante objeto de tráfico o por propia iniciativa, facilitar sin demora indebida o injustificada, la repatriación a [nombre del Estado] de un migrante objeto de tráfico que sea nacional de [nombre del Estado] o tenga derecho de residencia permanente en [nombre del Estado] en el momento de la repatriación;

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 18.

Como se indica en la Guía legislativa, los Estados Parte deben cooperar en la identificación o la determinación de la condición jurídica de sus nacionales y residentes. Se les exige que cooperen (“facilitar y aceptar”) en la repatriación de sus nacionales, y que consideren la posibilidad de cooperar en la repatriación de las personas que tengan algún derecho de residencia en ellos sin ser sus nacionales, incluso expidiendo los documentos necesarios para que puedan viajar de regreso a su territorio desde los países hacia los cuales se las hubiese trasladado como víctimas de tráfico ilícito (Guía legislativa, tercera parte, capítulo II, párr. 106, pág. 399). El requisito de aceptar la repatriación de nacionales y de “considerar” la repatriación de terceros depende de la condición de esas personas.

Como se señala en las notas interpretativas del Protocolo, el párrafo 1 del artículo 18 se aprobó en el entendimiento de que no se procederá a una repatriación hasta que se haya verificado debidamente la nacionalidad o el derecho de residencia permanente de la persona en cuestión. Asimismo, por “residencia permanente” se entiende un “período de residencia prolongado pero no necesariamente indefinido”. En las notas interpretativas se añade que el artículo 18 se entiende

sin menoscabo alguno del derecho interno aplicable a la concesión del derecho de residencia o a su duración. (A/55/383/Add.1, párr. 112; *Travaux Préparatoires*, pág. 582).

b) A petición de la autoridad o representante competente de otro Estado del Protocolo, o del migrante objeto de tráfico ilícito o por propia iniciativa, facilitar la repatriación a [nombre del Estado] de un migrante objeto de dicho tráfico que tuviera derecho de residencia permanente en el territorio de [nombre del Estado] en el momento de su entrada en el territorio del Estado receptor, en conformidad con [insertar las leyes nacionales pertinentes];

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 2 del artículo 18.

El párrafo 2 del artículo 18 del Protocolo estipula que cada Estado Parte “considerará la posibilidad” de facilitar y aceptar la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito que, “de conformidad con el derecho interno, tuviesen derecho de residencia permanente en el territorio de ese Estado Parte en el momento de su entrada en el Estado receptor”.

c) A petición de la autoridad o el representante competente de otro Estado del Protocolo, verificar, sin demora indebida o injustificada, si una persona que ha sido objeto de tráfico ilícito es nacional de [nombre del Estado] o tiene derecho de residencia permanente en su territorio;

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 3 del artículo 18.

d) A petición de la autoridad o el representante competente de otro Estado del Protocolo, facilitar la expedición de los documentos o autorización de otro tipo que sean necesarios para que el migrante objeto de tráfico ilícito que sea nacional de [nombre del Estado] o que tenga derecho de residencia permanente en [nombre del Estado], pueda viajar al territorio de [nombre del Estado] y [transitar o] reingresar en él.

Comentario

Requisito obligatorio

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 4 del artículo 18.

Será preciso que los redactores examinen las relaciones de esta disposición con las leyes nacionales que rijan la expedición de pasaportes y otros documentos de viaje.

Las palabras “transitar o” figuran entre corchetes porque son facultativas. Ahora bien, la cuestión del tránsito puede ser importante en el proceso de repatriación y se señala de esta forma.

Artículo 32. Protección de los migrantes objeto de tráfico ilícito en el proceso de repatriación

1. El (la) [autoridad competente] velará por que la repatriación [prevista o real] de un migrante objeto de tráfico ilícito se efectúe en conformidad con el derecho internacional, en particular los derechos humanos, el derecho de refugiados y humanitario, incluso el principio de “non-refoulement”, el principio de no discriminación, el derecho a la vida, la prohibición de torturas y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y, en el caso de niños, el interés superior del niño.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 1 del artículo 16 y párrafos 1 y 2 del artículo 19.

El cumplimiento del párrafo 1 del artículo 16 y los párrafos 1 y 2 del artículo 19 del Protocolo es obligatorio. La manera concreta de dar cumplimiento a estas obligaciones puede variar. Como ya se ha incorporado al artículo 2 de la Ley modelo, la inserción del párrafo 1 del artículo 32 es facultativa.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes prevé claramente la repatriación de las personas objeto de dicho tráfico. Sin embargo, de las obligaciones prescritas en el párrafo 1 del artículo 16 y de la “cláusula de salvaguardia” contenida en el párrafo 1 del artículo 19 del Protocolo se desprende claramente que los Estados Parte en el mismo han de velar por que todo trámite o procedimiento relativo a la repatriación de migrantes objeto de tráfico ilícito se ajuste al derecho internacional, en particular a los derechos humanos, el derecho de refugiados y el derecho humanitario.

En realidad será necesario considerar muchas cuestiones al establecer políticas y procedimientos en materia de repatriación, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la normativa jurídica internacional. Se formulan buenas prácticas al respecto en las Veinte directrices del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso, en las que se señala la importancia de una serie de temas, en particular los siguientes:

- Promover el retorno voluntario de los migrantes objeto de tráfico ilícito que no estén en condiciones de reclamar protección. El retorno voluntario presenta menos riesgos que el retorno forzoso para los derechos humanos de las personas objeto de ese tráfico (directriz 1).
- Velar por que toda decisión sobre el retorno de un migrante objeto de tráfico ilícito se adopte conforme a un procedimiento jurídico establecido que esté sujeto a revisión. Esto servirá de garantía para evitar la arbitrariedad en el proceso de toma de decisiones (garantía esencial contra el riesgo de discriminación en el disfrute de los derechos humanos) (directriz 2).
- Velar por que toda decisión sobre el retorno de un migrante objeto de tráfico ilícito se tome tras una consideración a fondo de toda pretensión de protección internacional así como de la cuestión de si el retorno previsto violaría los derechos humanos de la persona (en particular el derecho a la vida y el derecho a estar exento de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes). Esto es fundamental para evitar infringir el principio de “non-refoulement” (directriz 2).
- Velar por que toda orden de traslado se formule sobre la base de un examen sensato y objetivo de los hechos concretos del caso de cada persona (en lugar de expulsiones en masa) (directriz 3).
- Velar por que se entregue a la persona retornada, escrita en un idioma que pueda entender, una copia de la orden de traslado así como información sobre los procedimientos de revisión disponible. Esto es esencial para asegurar un proceso con las debidas garantías (directriz 4).
- Velar por la disponibilidad de recursos eficaces contra la orden de traslado (directriz 5).
- Velar por la legalidad de la detención en espera de que finalice el procedimiento de retorno, incluidos los límites de tiempo impuestos a la duración de toda detención, las condiciones de detención y la disponibilidad de recursos legales contra la detención (directrices 6 a 11).
- Velar por la seguridad, el orden y la dignidad en el proceso de retorno, incluso procurando la cooperación de las personas retornadas en todas las fases del proceso, asegurando la aptitud de la persona retornada para viajar, el uso exclusivo de personal de escolta adecuadamente capacitado y la aplicación de restricciones al uso de la fuerza en el proceso de retorno (directrices 15 a 20)⁴⁷.

Puede verse más información en las Veinte directrices del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso (2005).

No es propósito de la Ley modelo ofrecer orientación detallada sobre la forma de establecer un sistema para repatriar a los migrantes irregulares, inclusive los que han sido objeto de tráfico ilícito. Ahora bien, es importante que los legisladores cuiden de que las leyes o reglamentos sobre esa cuestión estén claramente vinculados a mecanismos adecuados que garanticen el respeto y la promoción de los derechos enunciados *supra*.

⁴⁷Traducción no oficial.

2. Al facilitar la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito, el (la) [autoridad competente] adoptará las medidas adecuadas para garantizar que toda repatriación [prevista o real] de migrantes objeto de tráfico ilícito se lleve a cabo de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de las personas afectadas.

3. Se debe hacer todo lo posible por limitar el uso de la fuerza en el proceso de [repatriación] [traslado]. Las únicas formas de represión aceptables son las consistentes en medidas de respuesta estrictamente proporcionadas a la resistencia, real o razonablemente prevista, de la persona concreta que sea repatriada, con miras a reducirla.

Comentario

El párrafo 2 tiene carácter obligatorio; el párrafo 3 es facultativo.

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 5 del artículo 18.

El cumplimiento del párrafo 5 del artículo 18 del Protocolo es obligatorio. Sin embargo, la manera de cumplir esta obligación puede variar.

Las Veinte directrices sobre el retorno forzoso aprobadas por el Consejo de Europa tratan de las medidas apropiadas que cabe adoptar para garantizar la seguridad y dignidad de la persona en el curso de un proceso de traslado. Como se señala en el comentario sobre la directriz 1, el retorno voluntario debería ser siempre la opción preferida. El retorno voluntario será probablemente la opción menos onerosa para el Estado Parte, y plantea escasos riesgos con respecto a los derechos humanos. En el comentario sobre la directriz 1 hace observar que se pueden facilitar los retornos voluntarios adoptando medidas como asegurar que se conceda a la persona retornada tiempo razonable para cumplir voluntariamente la orden de traslado y ofreciendo asistencia práctica tal como incentivos o sufragar los gastos de transporte (Veinte directrices sobre el retorno forzoso, págs. 10 y 11).

Las directrices del Consejo de Europa tratan también de otras varias cuestiones concernientes a la forma de garantizar el retorno de los migrantes objeto de tráfico ilícito en condiciones de seguridad y de dignidad, inclusive las condiciones en las que se pueda ordenar la detención en espera del traslado, los límites de duración de la detención y la importancia de cuidar de que se disponga de recursos legales contra la detención (directrices 6 a 11), así como de las buenas prácticas que se deben seguir cuando sea necesario un retorno forzoso, en particular cuidar de que las personas estén en buenas condiciones para viajar y de su examen médico, el uso de personal de escolta y las restricciones al empleo de la fuerza (directrices 15 a 20).

La directriz 15 señala la importancia de procurar obtener la cooperación de las personas retornadas en todas las fases del proceso de traslado a fin de minimizar la necesidad de utilizar cualquier forma de fuerza. La directriz 15 aconseja que cuando la persona que va a retornar esté detenida, se le facilite por

anticipado información sobre las disposiciones de traslado así como sobre la información suministrada a las autoridades del Estado de retorno. Convendría dar a la persona oportunidad de preparar el retorno, en particular estableciendo los contactos necesarios tanto en el Estado anfitrión como en el de retorno y, de ser necesario, oportunidad de recuperar sus pertenencias particulares, lo que facilitará el retorno con dignidad.

La directriz 19, referente a los medios de represión, reviste también especial importancia en cuanto a la cuestión de asegurar el orden y la dignidad:

1. Las únicas formas de represión aceptables son las consistentes en medidas de respuesta estrictamente proporcionadas a la resistencia, real o razonablemente prevista, de la persona retornada con miras a reducirla.
2. No se utilizarán las técnicas de represión ni las medidas coercitivas que probablemente puedan obstruir parcial o totalmente las vías respiratorias, o que obliguen a la persona retornada a mantener posturas en las que corra riesgo de asfixia.
3. Los miembros del equipo de escolta deben poseer capacitación que defina los medios de represión que se puedan utilizar y en qué circunstancias; los miembros de la escolta deben ser informados de los riesgos vinculados al uso de cada técnica, en el marco de su capacitación especializada. Si no se imparte capacitación, se deberían definir en reglamentos o directrices, como mínimo, los medios de represión, las circunstancias en que se puedan utilizar y los riesgos inherentes a su uso.
4. En el curso del traslado de personas, solo se les administrarán medicamentos con arreglo a una decisión médica adoptada para cada caso particular⁴⁸.

(Consejo de Europa, Veinte directrices sobre el retorno forzoso)

Artículo 33. Protección de los arreglos existentes

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá en perjuicio de:

- a) Los derechos o recursos otorgados o accesibles a las personas que hayan sido objeto de cualquier delito relacionado con el tráfico ilícito de migrantes a tenor de cualquier otra ley;
- b) Las obligaciones contraídas en virtud de cualquier tratado bilateral o multilateral aplicable o de cualquier otro acuerdo operacional que rija, parcial o totalmente, la repatriación de las personas que hayan sido objeto de tráfico ilícito de migrantes.

⁴⁸Traducción no oficial.

Comentario

Requisito facultativo

Fuente: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, párrafo 2 del artículo 19 y párrafo 8 del artículo 18.

La finalidad del apartado *a)* es preservar la efectividad de las leyes existentes aplicables a todas las personas, incluso los migrantes objeto de tráfico ilícito. Ello acaso sea necesario cuando, por ejemplo, pueda existir alguna incertidumbre acerca de si ciertas leyes (verbigracia en el ámbito penal o en el ámbito laboral) son o no aplicables a los no nacionales, incluidos los migrantes objeto de tráfico ilícito.

Concretamente, las personas objeto de dicho tráfico que hayan sido víctimas de cualquier delito (no solo de delitos de violencia) deben poder denunciar toda victimización delictiva a las autoridades competentes y hacer que esas denuncias se investiguen y se proceda penalmente en consecuencia. Si esto no es posible, los migrantes objeto de tráfico pueden convertirse en blancos fáciles de delincuentes que sepan que pueden explotar a dichos migrantes con relativa impunidad. Cuando las leyes penales no den ya cobertura a todas las personas (incluso a los no nacionales, como los migrantes objeto de tráfico ilícito), es posible que los Estados necesiten extender la aplicación de los delitos tipificados en las leyes vigentes, en especial los relativos a criminalidad violenta, para asegurarse de que puedan servir para proteger a las personas objeto de tráfico que sean víctimas de delito.

Por citar otro ejemplo, es posible que los migrantes objeto de tráfico ilícito tengan la opción de procurar regularizar su situación migratoria gracias a programas existentes de inmigración (por ejemplo programas de reunificación familiar o de migración de mano de obra especializada). El propósito de la presente ley no es interferir en la efectividad de esas otras leyes.

La finalidad del apartado *b)* es preservar la efectividad de los acuerdos, existentes o ulteriores, que rijan los procedimientos de repatriación establecidos entre los países. Por ello refleja el párrafo 8 del artículo 18 del Protocolo, el cual estipula que el artículo 18 no afectará a las obligaciones contraídas con arreglo a cualquier tratado o acuerdo operacional aplicable que rija, parcial o totalmente, la repatriación de personas que hayan sido objeto de las conductas penalizadas en el Protocolo.



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Centro Internacional de Viena, Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org