

LA LUCHA CONTRA LA TRATA EN EL CONTEXTO EUROPEO: ¿EXISTE UN SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS VERDADERAMENTE RESPETUOSO CON LOS DERECHOS HUMANOS?

MIRENTXU JORDANA SANTIAGO*

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universitat de Girona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS. 3. LA DELIMITACIÓN INTERNACIONAL DEL FENÓMENO DE TRATA DE SERES HUMANOS. 4. LA VÍCTIMA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS. 4.1. La identificación de la víctima. 4.2. El enfoque de derechos humanos en las medidas: la obligación de proteger y la debida diligencia. 5. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: La lucha contra la trata de seres humanos plantea numerosos retos. La introducción del enfoque de derechos humanos en este ámbito se traduce en medidas de protección de las víctimas. En este sentido, se han adoptado diversos instrumentos internacionales entre los que destaca el Protocolo de Palermo por ser el primer instrumento sobre trata que incorporaba el discurso de la protección de los derechos humanos. En el ámbito regional europeo, este enfoque se traduce en la preocupación por introducir distintas medidas de protección en los instrumentos específicos relativos a la lucha contra la trata: el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE. El estudio de las medidas de algunas de las disposiciones de estos instrumentos debería contribuir a determinar si existe un sistema de protección de las víctimas verdaderamente respetuoso con los derechos humanos.

* Fecha de recepción: 20 noviembre 2020

Fecha de aceptación: 14 diciembre 2020

Orcid Id. 0000-0001-7642-852X, mariaesther.jordana@udg.edu. El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto “La cooperación internacional como medio imprescindible para combatir el tráfico y la trata de personas: el papel de la UE y otros organismos internacionales (CIMCETT)” financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2016-78990-P).

PALABRAS CLAVE: trata de seres humanos, víctimas, derechos humanos, medidas de protección, derecho penal europeo

ABSTRACT: The fight against trafficking in human beings poses many challenges. The introduction of the human rights approach in this area is translated into measures to protect the victims. In this sense, various international instruments have been adopted. The Palermo Protocol stands out as the first instrument on trafficking to incorporate the discourse of the protection of human rights. At the European regional level, this approach means the concern to introduce different protection measures in two specific instruments related to the fight against trafficking: the Warsaw Convention and the Directive 2011/36/EU. The study of the measures of these instruments should contribute to determine whereas there is a truly respectful of human rights system of protection for victims.

KEY WORDS: trafficking in human beings, victims, human rights, protection measures, European criminal law.

RÉSUMÉ: La lutte contre la traite des êtres humains pose de nombreux défis. L'introduction d'une approche des droits de l'homme dans ce domaine se traduit par des mesures de protection des victimes. Face à ce défi, divers instruments internationaux ont été adoptés, parmi lesquels le Protocole de Palerme s'impose comme le premier instrument sur la traite à intégrer le discours de la protection des droits de l'homme. Cette approche au niveau régional européen, se traduit par le souci d'introduire différentes mesures de protection dans les instruments spécifiques liés à la lutte contre la traite: la Convention de Varsovie et la Directive 2011/36/UE. L'étude des mesures de certaines des dispositions de ces instruments devrait aider à déterminer qu'il existe un système de protection des victimes véritablement respectueux des droits de l'homme.

MOTS-CLÉS: traite des êtres humains, victimes, droits de l'homme, mesures de protection, droit pénal européen

LABURPENA: Gizakien salerosketaren aurkako borroka erronka ugari planteatzen ditu. Eremu horretan giza eskubideen ikuspegia sartzek biktimak babesteko neurriak dakartza. Erronka horren aurrean, nazioarteko hainbat tresna hartu dira, besteak beste, Palermoko Protokoloa, giza eskubideen babesaren diskurtsoa txertatzen zuen tratamenduari buruzko lehen tresna baitzen. Europako eskualde-eremuaren ikuspegi horren ondorioz, salerosketaren aurkako berriazko tresnetan (Varsoviako Hitzarmena eta 2011/36/EB Direktiba) hainbat babes-neurri sartzeko kezka dago. Tresna horietako xedapen batzuetako neurriak aztertzeak lagundu beharko luke zehazten biktimak babesteko sistema bat dagoela, giza eskubideak benetan errespetatzen dituen.

HITZ GAKOAK: gizakien salerosketa, biktimak, giza eskubideak, babes-neurriak, Europako zigor-zuzenbidea.

1. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos es un fenómeno global y poliédrico. Desde el enfoque imperante a nivel internacional, la trata se entiende como un crimen de extrema gravedad que, por lo general, se considera vinculado a la delincuencia organizada. En la mayoría de ocasiones, esta concepción criminocéntrica obvia que la trata comporta la flagrante violación de derechos humanos.

Fundamentalmente, se apunta a que la trata existe por dos motivos: en primer lugar, porque en los Estados de destino existe demanda de personas para su explotación (por lo general laboral o sexual) y, en segundo lugar, porque resulta un negocio altamente rentable para los traficantes¹. Sin embargo, también debe enfatizarse que la respuesta del derecho internacional ante el fenómeno de trata se ha mostrado considerablemente ineficaz. El número de víctimas de trata crece año tras año, mientras que los órganos encargados de su persecución registran un bajo número de investigaciones y enjuiciamientos penales². La escasa incorporación de la óptica de derechos humanos se traduce en una regulación centrada en la persecución y la sanción de los delitos pero que no ahonda en aspectos como la prevención del fenómeno o la protección de sus víctimas. La regulación en el ámbito europeo no es una excepción a esta concepción. Pese a que se afirma que el enfoque de la protección de los derechos humanos irrumpió en la lucha contra la trata a principios del presente siglo, su tímida aparición en el contexto de Naciones Unidas y su traducción en otros instrumentos internacionales en el ámbito regional europeo continúan siendo mejorables. De hecho, durante décadas, el objetivo principal de la Unión Europea ha consistido en desmantelar los grupos de delincuencia organizada involucrados en la trata, aunque parte de los efectos no se produjeran en su territorio. Muestra de ello fue

¹ Según Europol, se estima que la explotación en territorio de la UE comporta un el beneficio anual de aproximadamente 29.4 billones de euros, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2020) as required under Article 20 of Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*, COM(2020)661 final, de 20 de octubre de 2020, p. 2.

² Según datos del Departamento de Estado de EUA, durante 2019 se realizaron a nivel global 11.841 investigaciones penales de las que finalizaron con condena 9.548 y en las que se identificaron un total de 118.932 víctimas. *Vid.* US Department of State, *Trafficking in persons Report, 20th Edition*, junio de 2020, p. 43. A nivel de la Unión Europea, entre 2017 y 2018, se registraron 6.404 investigaciones criminales, de las cuales acabaron en condena un total de 2.483. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, septiembre de 2020, p. 35.

la adopción de la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos³, que incluía entre sus objetivos principales el incremento de persecuciones penales de este tipo de delitos mediante el trabajo conjunto y coordinado de las agencias de la Unión⁴.

Aun contando con datos parciales, se estima que miles de personas son explotadas en el territorio de la UE⁵ y que el número de víctimas de trata procedentes de terceros Estados continúa creciendo. Los pocos datos fiables derivan de la falta de un sistema de registro estandarizado común y la poca disponibilidad de algunos Estados miembros a compartir la información. Pero también es debido a las diferencias entre las definiciones legales de los Estados miembros, la confusión o la ocultación de la trata entre otros delitos⁶. Un 72-77% de las víctimas registradas son mujeres, mientras que un 23-28% son hombres. Se estima que un 56% del total de víctimas registradas tenía la nacionalidad de un Estado tercero⁷. Sobre el total de víctimas registradas, un 32% son niños o niñas. La explotación sexual afecta en un 90% a mujeres (un 23% del total de víctimas son niñas), en contraposición a la explotación laboral que en un 68% implica a víctimas masculinas⁸. Estos datos apuntan principalmente a dos hechos: por un

³ COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)*. Bruselas, COM (2012) 286 final, 19 de junio de 2012.

⁴ Y, de hecho, la nueva Estrategia continúa manteniendo este mismo enfoque, apuntando a la necesidad de centrar esfuerzos en combatir las redes criminales, incrementando la cooperación y el apoyo a los órganos encargados de la persecución del delito de trata. COMISIÓN EUROPEA, *EU Security Union Strategy*, COM(2020)605 final, 24 de julio de 2020, p. 19.

⁵ Los datos más recientes de los que dispone la Comisión Europea sobre víctimas de trata en la UE se remontan al periodo 2017-2018 en el que fueron registradas 26.268 víctimas: 12.514 en 2017 y 13.754 en 2018. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, septiembre de 2020, p. 10. Según consta de forma oficial, en el periodo 2015-2016, un total de 20.532 personas fueron registradas como víctimas por las autoridades de los Estados miembros. En este sentido, vid. COMISIÓN EUROPEA, *Data collection on trafficking in human beings in the EU. Final report – 2018*, Publications Office of the European Union, 2018, p.34. Anteriormente para el periodo de tres años 2010-2012, Eurostat indicaba que un total de 30.146 personas fueron registradas como víctimas de la trata de seres humanos por las autoridades de los Estados Miembros, vid. EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings. Statistical working papers*. Publications Office of the European Union, 2015, p. 15.

⁶ EUROPOL, *European Migrant Smuggling Centre. 4th Annual Report*, La Haya, 2020, p. 22. En este mismo sentido, EUROJUST, *Strategic project on Eurojust's action against trafficking in human beings*, La Haya, 2012, p. 27.

⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, septiembre de 2020, p.24.

⁸ *Ibid.*, p. 17 et seq. Durante el periodo 2015-2016, un 80% de las víctimas registradas fueron mujeres, y sobre el total de víctimas registradas, un 17% son niños o niñas de

lado, la trata tiene innegablemente un componente de género; por el otro, no solo se requiere el desmantelamiento de los grupos organizados, sino que resulta necesaria una protección adecuada de las víctimas, en especial, de la infancia. En definitiva, se constata la *vis atractiva* de la trata hacia la vulnerabilidad.

Las violaciones de derechos humanos están presentes en todo el ciclo de la trata. En la raíz de este fenómeno se producen vulneraciones de derechos humanos debidas a la pobreza, las discriminaciones, los conflictos armados e incluso, el cambio climático. Iniciada la explotación las vulneraciones afectan un considerable conjunto de derechos, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a no ser sometido a violencia o discriminación de género o, a no sufrir tratos degradantes, entre otros. Una vez las víctimas consiguen escapar de la explotación, las vulneraciones de derechos humanos persisten, especialmente cuando existe revictimización o cuando se califica a la víctima como inmigrante irregular. No tener en cuenta esta realidad, pone en peligro el necesario enfoque holístico en la regulación contra la trata.

Por todo ello, en el presente trabajo se pretende analizar en qué medida se ha incorporado el respeto de los derechos humanos en el estatuto internacional de la víctima de trata y, en concreto, dentro de la Unión Europea. A tal efecto, se analizarán des de una perspectiva de los derechos humanos las medidas contenidas en el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE. Dicho análisis, será precedido por el estudio de la delimitación del fenómeno de trata, así como de la definición de víctima proporcionada por sendos instrumentos. De esta forma se intentará determinar si la regulación de la UE es un sistema de protección de víctimas verdaderamente respetuoso con los derechos humanos.

2. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

La trata ha sido objeto de regulación internacional en diferentes instrumentos partiendo de un enfoque claramente penal⁹. Aunque con el

entre 12 y 17 años, mientras que casi un 3% tenían menos de 11 años, EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings...*, *op. cit.*, p. 10.

⁹ Un análisis detallado de dichos instrumentos se encuentra en ALLAIN, J., *The Slavery Conventions. The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the*

objetivo principal de la lucha contra el crimen, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y sus Protocolos¹⁰, incorporan tímidas referencias al trato que debe brindarse a las víctimas. De hecho, el Protocolo de Palermo sobre trata¹¹ es considerado como un paso clave hacia la introducción de la perspectiva de los derechos humanos puesto que incluye entre sus objetivos la protección y asistencia a las víctimas. Sin embargo, dichas disposiciones distan de tener contenido obligatorio. Vinculados a la protección de los derechos humanos en ámbitos concretos y sin estar focalizados únicamente en la lucha contra la trata¹², destacan distintos instrumentos tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres¹³ y la interpretación que hace de dicho instrumento la CEDAW¹⁴, o la Convención de los derechos del niño¹⁵ y su Protocolo facultativo¹⁶. A ellos debe incluirse numerosos instrumentos de *soft law* entre los que destacan los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas¹⁷. Como se mostrará más adelante, las propuestas

1956 *United Nations Convention*, Leiden: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.52 *et seq.*

¹⁰ Vid. Resolución A/RES/55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000.

¹¹ *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Anexo II, Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000.

¹² Un interesante análisis y detallada sistematización de dichos instrumentos internacionales se halla en MILANO, V., *The Human Rights-based approach to Human Trafficking in International Law: an analysis from a víctima protection perspective*, Tesis Doctoral, Universitat de les Illes Balears, 2018, p. 91 *et seq.*

¹³ Adoptada el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981. Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13.

¹⁴ En este sentido, *vid.* CHUANG, J., “Commentary on CEDAW Article 6”, en FREEMAN, M. *et alt.* (Eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, pp. 169-197, p. 177 *et seq.* Sobre las potencialidades de las decisiones de la CEDAW ante la obligación de víctimas de violencia de género *vid.* ABRIL STOFFELS, R.M., “The “effectiveness” of CEDAW Committee Decisions: Ángela González Carreño v. Spain”, *Spanish yearbook of international law*, 19, 2015, pp. 365-372.

¹⁵ Adoptada el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990. Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, p.3.

¹⁶ *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000. En vigor desde el 18 de enero de 2002.

¹⁷ *Vid.* Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, E/2002/68/Add.1, 2002.

surgidas en el contexto de Naciones Unidas, en especial el Protocolo de Palermo, han tenido un importante impacto en la regulación a nivel regional europeo, con la adopción de instrumentos que pretenden introducir cierto carácter victimocéntrico¹⁸.

En el marco del Consejo de Europa, la lucha contra la trata se vertebra en torno al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (conocido por Convenio de Varsovia)¹⁹. El Convenio de Varsovia plantea la intención de “reforzar” y “desarrollar” la protección que proporciona el marco de Naciones Unidas²⁰, haciendo una clara referencia al Protocolo de Palermo sobre trata²¹. Como se verá en los próximos apartados, el Convenio de Varsovia se caracteriza por incorporar en su articulado un considerable número de previsiones centradas en la protección de las víctimas²². Ello se traduce en que dicho instrumento aborde la trata desde una doble perspectiva: el derecho penal y los derechos humanos, aunque con intensidades diferentes. Así, en las acciones relativas a la persecución, la prevención y la protección los Estados parte deben necesariamente tener en cuenta los derechos de las víctimas²³.

A su vez, una interpretación extensiva del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁴ ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) condenar por incumplimiento algunos Estados miembros en determinadas situaciones de trata. Según el TEDH los asuntos de trata quedarían

¹⁸ A pesar de la conocida transversalización de los derechos humanos, muchos instrumentos internacionales en el ámbito penal siguen sin tener presentes los aspectos relativos a la protección de los derechos humanos, en este sentido *vid.* MILANO, V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: Estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 32, 2016, p.6 *et seq.*

¹⁹ *Convention n. 197 on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report*. Firmado en Varsovia, 16 de mayo de 2005. En delante, Convenio de Varsovia.

²⁰ *Ibid.*, Preámbulo, pár. 12.

²¹ *Vid.* Art. 39 del Convenio de Varsovia, en el que se establece que la relación con el Protocolo de Palermo es de subordinación y complementariedad.

²² GALLAGHER, A., “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, 8, 2006, pp.163-189, p.174.

²³ En este sentido *vid.* RAFFAELLI, R., “The European Approach to the Protection of Trafficking Victims: The Council of Europe Convention, the EU Directive and the Italian Experience”, *German Law Journal*, 10, 3, 2009, pp.205-222, p.212.

²⁴ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

comprendidos dentro de la esclavitud, la servitud o el trabajo forzado²⁵. Aun partiendo de que el CEDH no contiene una prohibición explícita, el TEDH ha examinado qué obligaciones deben asumir los Estados en el ámbito de la trata²⁶, cuestión no exenta de polémica por proporcionar argumentos –a veces confusos– respecto al encaje del fenómeno en el art. 4 CEDH. Así, el TEDH emitió condena en el asunto *Rantsev* a partir de una interpretación sistemática del CEDH en tanto que “*living instrument*”²⁷. En efecto, en línea con el art. 31.3 de la Convención de Viena de 1969²⁸, el TEDH revisa la CEDH a la luz del Convenio de Varsovia –incluso cuando uno de los demandados no era parte, llegando a la conclusión que la falta de investigación del supuesto de trata y de protección de la víctima por parte de los Estados demandados constituía una vulneración del Convenio. Años después, en el asunto *L.E.* el TEDH matizó el alcance de estas obligaciones, apuntando que las obligaciones de investigar y perseguir conllevan realizar los contactos y las acciones de cooperación internacional necesarias²⁹. Y en el asunto *Chowdury*, consolidó la clasificación del tipo de medidas que los estados debían tomar ante supuestos de trata, a saber: desarrollar un marco regulatorio y administrativo adecuado; realizar acciones operativas de protección; e investigar y proteger de forma efectiva³⁰.

²⁵ Un análisis crítico con la jurisprudencia del TEDH se encuentra en, GALLAGHER, A., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010, p.187 *et seq.* y VAN DER WILT, H., “Trafficking in Human Beings: A modern form of slavery or a transnational crime?”, *ACIL Research Paper*, 07, 2014, p.12 *et seq.*

²⁶ En este sentido, resulta relevante el antecedente contenido en la decisión *Siliadin c. Francia*, de 26 de julio de 2005 (73316/01). En este asunto el TEDH no consideró estar ante un supuesto de trata sino de trabajo forzoso, el Tribunal condenó a Francia por entender que había vulnerado las obligaciones dimanantes del art. 4 CEDH por las que debía adoptar las disposiciones penales adecuadas para perseguir dicha prohibición.

²⁷ *Vid.* STEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010 (25965/04), para. 277 y 282. Respecto a esta sentencia resulta interesante la lectura de ALLAIN, J., “Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, 10 (3), 2010, pp. 546-557.

²⁸ Convención sobre el derecho de los tratados, firmada en Viena el 23 de mayo de 1969. A/CONF.39/27 (1969). En vigor desde el 27 de enero de 1980. Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

²⁹ STEDH, *L.E. c. Grecia*, de 21 de enero de 2016 (71545/12). Un análisis detallado de este pronunciamiento se incluye en MILANO, V., “The European Couet of Human Rights’ Case Law on Human Trafficking in Light of L.E. v. Greece: a Distrubing Seat-back?”, *Human Rights Law Review*, 14 (4), 2017, pp. 701-727.

³⁰ En este sentido, *vid.* los asuntos *Chowdury y otros c. Grecia*, de 20 de marzo de 2017 (21884/15), para. 104.

La regulación de la trata de seres humanos en el contexto de la UE fue objeto principalmente de la política de inmigración y asilo³¹ y, del marco proporcionado para la cooperación penal en la lucha contra la delincuencia grave. Des de la década de los noventa del siglo pasado, existió en la UE un acuerdo sobre la necesidad de profundizar en la lucha contra la trata, muestra de ello es la adopción de la Acción Común 97/154/JAI³². El refuerzo del Tratado de Ámsterdam y el impulso de Tampere contribuyeron decisivamente a la producción de una diversidad de actos jurídicos en el ámbito de la persecución penal³³. Constituye un caso paradigmático de esta tendencia la Decisión Marco 2002/629/JAI sobre trata de seres humanos³⁴. Durante la última década del siglo XX, la lucha contra la trata se configuró como un objetivo esencial para la consecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE. De hecho, se identificó la trata de seres humanos como un “eurodelito”, realidad que en la práctica facilita de forma considerable su persecución penal en el territorio de la Unión³⁵. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la trata fue incluida entre los delitos que por su gravedad y carácter transfronterizo conllevan “la necesidad de combatirlos con criterios comunes” (art. 83 TFUE). En línea con esta idea, el Programa de Estocolmo animaba a la Comisión a iniciar la revisión de la Decisión Marco, proceso que finalizó con la adopción de la Directiva 2011/36/UE sobre la lucha contra la trata de seres humanos³⁶.

³¹ En efecto, los distintos programas políticos sitúan la lucha contra la trata en el contexto de la gestión de flujos migratorios, véase, por ejemplo, el capítulo IV de las Conclusiones del Consejo de Tampere. La vinculación entre trata y flujos migratorios no es original, y sigue el enfoque elegido en el contexto de Naciones Unidas. Esta cuestión se analiza en GEDDES, A., “Getting the best of both worlds? Britain, the EU and migration policy”, *International Affairs*, 81, 2005, pp.723-740, p.732 *et seq.*

³² Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. *DOUE* L63, de 4.03.1997, p. 2.

³³ El enfoque eminentemente penal de los instrumentos de aquel momento se destaca en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14, 2011, pp.1-52.

³⁴ Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. *DOUE* L203, de 01.08.2002, p. 1.

³⁵ VAN SLIEDREGT, E., “The dual criminality requirement”, en KEIJZER, N., y VAN SLIEDREGT, E. (eds.), *The European Arrest Warrant in practice*, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 51-70, p. 52.

³⁶ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las

En dicha regulación se establecen unas reglas mínimas sobre los delitos, las sanciones y la prevención de la trata. Además, como se remarca en su preámbulo y de forma novedosa, la Directiva intenta introducir un enfoque integral y de respeto a los derechos humanos³⁷. Antes avanzar en el estudio del contenido de la Directiva desde esta perspectiva, es preciso delimitar en qué consiste exactamente el fenómeno de la trata y, por supuesto, apuntar quién merece el estatuto de víctima y los retos que comporta para los miembros de la UE.

3. LA DELIMITACIÓN INTERNACIONAL DEL FENOMENO DE TRATA DE SERES HUMANOS

La definición de la trata no es una tarea sencilla –debido a la complejidad del fenómeno– y en ocasiones suscita importantes debates académicos³⁸. A lo largo del pasado siglo, la tara fue objeto de distintos instrumentos jurídicos internacionales³⁹, la mayoría de los cuales la abordaban partiendo de un enfoque vinculado al crimen o la inmigración irregular, y omitían los derechos humanos de las víctimas. En este contexto, el Protocolo de Palermo destacó positivamente por incluir el necesario enfoque de derechos humanos a sus disposiciones. No obstante, debe remarcarse que el Protocolo de Palermo continúa caracterizándose por el claro predominio de un enfoque de derecho penal.

Uno de los principales logros del Protocolo de Palermo es la adopción de una definición de trata suficientemente amplia para ser acordada in-

víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. *DOUE* L101, 15.04.2011, p. 1.

³⁷ Vid. SANTANA VEGA, D., “La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, 20, 64, 2011, pp.211-226.

³⁸ Vid. *inter alia*, ALLAIN, J., *The Law and Slavery*. Martinus Nijhoff, 2015; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2011; SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. Oxford University Press, 2008. Sobre la evolución histórica de la necesidad de regular la trata de seres humanos y la discusión doctrinal alrededor de la definición de este fenómeno, vid. GALLAGHER, *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 12 *et seq.*

³⁹ Acerca del concepto internacional de trata vid. BADIA MARTÍ, A., “Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.; SALINAS DE FRÍAS, A., (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba – Universidad de Málaga, 2005, pp.177-197; y ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

ternacionalmente. En efecto, según el art. 3 del Protocolo, la trata de personas consistirá en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o a la extracción de órganos”. Es decir, dicho instrumento define la trata a partir de tres elementos: la acción, los medios y la explotación. Estos elementos, con algunos matices, son compartidos por el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE. De hecho, ambos instrumentos regionales enuncian en sus preámbulos la voluntad de completar el marco jurídico internacional. Ello no es de extrañar puesto que el Protocolo de Palermo formula una definición de trata que cuenta con un alto apoyo internacional⁴⁰. Así, el Convenio de Varsovia reproduce casi literalmente en su art. 4 aptdo. a, la definición proporcionada por el Protocolo de Palermo. Sin embargo, hay algunos matices que resulta interesante destacar. En primer lugar, el aptdo. b del mismo artículo añade una referencia a la irrelevancia del consentimiento de la víctima cuando es utilizado cualquiera de los medios enunciados. En línea con el Protocolo, la protección especial a la infancia se traduce en el encaje de cualquier acción como trata independientemente del consentimiento del menor⁴¹. En segundo lugar, el Convenio de Varsovia no define la explotación, sino que indica que esta “incluira, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Es decir, el Convenio ejemplifica con una enumeración claramente de mínimos, abierta y que permite subsumir en la finalidad de la trata otras conductas. A todo ello cabe añadir, que en opinión del TEDH, en determinadas circunstancias el consentimiento de la víctima no es suficiente para descartar una vulneración de sus derechos⁴² y que existe una clara relación entre la trata y el trabajo forzoso⁴³. Esta interpretación jurisprudencial resulta interesante porque abre vías para cuestionar la falta de consentimiento como

⁴⁰ Actualmente el Protocolo sobre trata cuenta con 175 ratificaciones, entre las que se incluyen las de los Estados miembros de la UE, *vid. United Nations Treaty Collection* disponible en <https://bit.ly/2I751Ea> [Consultado el 11.09. 2019].

⁴¹ En este sentido, *vid. ONUDD, The Role of “Consent” in the Trafficking in Persons Protocol*, 2014.

⁴² *Vid. STEDH Van der Müsselle c. Bélgica*, de 23 de noviembre de 1983, 8919/80.

⁴³ *Vid. STEDH Chowdury y otros c. Grecia, op. cit.*

elemento de la trata, y, además, completa el enfoque de derechos humanos del Convenio de Varsovia.

En lo que respecta a la UE, la trata de seres humanos está explícitamente prohibida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde, según el artículo 5.3, se considera una forma de esclavitud. En línea con el Protocolo de Palermo de Naciones Unidas, la Directiva 2011/36/UE adopta un concepto de trata distinto al de la Carta, puesto que parte de la idea de que la esclavitud es una forma más de trata⁴⁴.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 3 del Protocolo de Palermo, la UE considera que la trata de personas se compone de tres fases diferenciadas. En primer lugar, la fase de captación de víctimas en la que pueden utilizarse engaño, coacción e incluso raptos. En segundo lugar, la fase de traslado que en los casos transnacionales requiere la introducción de las víctimas en otro Estado distinto del de origen. En tercer lugar, la fase de explotación en la que se somete a la víctima a la actividad lucrativa para la organización y que puede ir asociada a distintas relocalizaciones de la víctima. En ocasiones, se añade una cuarta fase en la que se blanquean los productos del delito, ésta incluye delitos de evasión fiscal, o la financiación de otras actividades lícitas o ilícitas.

Dada su naturaleza, la Directiva busca una aproximación de los ordenamientos jurídicos mediante el establecimiento de estándares comunes. Ello se traduce en la exigencia de tipificar la trata en las legislaciones penales de los Estados miembros. Así, el art. 2 de la Directiva apunta que los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar la punibilidad de la trata. Como en el Consejo de Europa, la definición de trata de la Directiva reproduce casi de forma literal el Protocolo de Palermo. Sin embargo, existen algunos matices que es preciso traer a colación en el contexto de la UE.

Primero, debe recordarse que en todas las definiciones estudiadas el factor transnacional no se contempla como un elemento necesario. Las víctimas de trata no siempre cruzan una frontera, puesto que existe la posibilidad de que una persona sea víctima de trata en su país de origen. Sin embargo, es preciso destacar que en la UE un considerable número de víctimas de trata cruzan alguna frontera. Ciertamente, es difícil encontrar un

⁴⁴ Las diferencias en el encaje entre la trata y la esclavitud muestran una falta de coherencia que en el caso de la Directiva comporta la rebaja de la gravedad del delito de trata, en este sentido *vid.* ORTEGA, M., “La trata de seres humanos en el derecho de la Unión Europea”, en DONAIRE, F.J. y OLESTI, A. (coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el espacio de libertad, seguridad y justicia*. Marcial Pons, 2015, pp. 181-196, p. 188).

caso en el que como mínimo no se cruce al menos una frontera interior, ya sea de forma legal o ilegal. La transnacionalidad puede darse tanto durante la fase de captación como durante la fase de explotación, en la que resulta habitual el movimiento de las víctimas por distintos países de la Unión.

Segundo, aunque la finalidad principal de la trata es la explotación de las personas que la sufren, no resulta ser un elemento esencial para que determinados hechos puedan ser calificados como infracciones relacionadas con la trata. El artículo 2.3 de la Directiva europea indica que la explotación consiste “como mínimo” en distintas formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados. Los datos recopilados en la UE muestran que esta enumeración no es casual. En efecto, cerca del 60% de las víctimas sufren explotación sexual (prostitución callejera, prostitución en *red light districts* o en burdeles, clubs y bares de *striptease*, industria pornográfica, servicios de *escorts* o saunas, entre otros), un 15% se ven sometidas a trabajo forzado (destacan los sectores de agricultura, construcción, industria textil, hostelería y pesca) y un 25% son forzadas a ejercer otros tipos de explotación (mendicidad, trabajo doméstico, actividades criminales, extracción de órganos, etc.)⁴⁵. La existencia de un *numerus apertus* en el art. 2.3 contribuye al encaje de todas las prácticas de trata en el concepto de explotación. En la Directiva 2011/36/UE se entiende que en las infracciones relacionadas con la trata debe existir cierto ánimo o intencionalidad de ejercer la explotación sobre la víctima. De hecho, el artículo 3 enfatiza la criminalización extensiva de todos los participantes en el proceso de la trata, reconociendo como práctica delictiva «la inducción, la complicidad o la tentativa». La introducción de dichos tipos de participación es un punto fuerte de la Directiva puesto que obligó a su inclusión en normativas estatales en las que no se contemplaban.

Finalmente, la Directiva aborda la cuestión del consentimiento de una forma similar al Convenio de Varsovia. Se parte de la idea de que en los supuestos de trata no existe consentimiento de la víctima o bien está sujeto a error debido al empleo de determinados medios. Y, en el caso de los menores, solamente se tiene en cuenta el ánimo de explotar. Cierto es que, en algunas ocasiones, la víctima de trata puede haber mostrado un consentimiento inicial. Por ejemplo, en los casos de no ciudadanos de la UE, la práctica constata que muchas personas empiezan su itinerario contratando los servicios de grupos criminales sin ser conscientes de que, llegadas a su

⁴⁵ Si se incluyen los datos registrados en Reino Unido, un 46% de las víctimas sufre explotación sexual mientras que un 22% está sujeta a trabajo forzado. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Data collection on trafficking in human beings*, septiembre 2020, p. 16.

destino, se convertirán en víctimas de trata⁴⁶. Tanto en esta como en otras situaciones, el consentimiento inicial pierde todo su valor debido a la coacción, engaño o abuso ejercidos por parte de los traficantes.

Recapitulando, los instrumentos regionales estudiados reproducen la definición de trata acordada en el contexto de Naciones Unidas y plasmada en el Protocolo de Palermo. Tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva de la UE, introducen algunos matices a la definición dejando claro que las enumeraciones que contienen son abiertas. Esta opción permite subsumir conductas muy distintas bajo el fenómeno de trata, contribuyendo a combatir la impunidad y la desprotección de las víctimas. La importancia de una definición de trata suficientemente flexible, pero a su vez, detallada es clave sobre todo debido a la complejidad del delito. En efecto, en función del *modus operandi* de una organización criminal, la trata puede quedar ocultada y no ser perseguida. De hecho, la trata no se concibe como un delito aislado sino como un proceso⁴⁷ o un delito en cadena⁴⁸ que consta de distintas fases que pueden constituir más de un delito en función de la complejidad de las actividades realizadas. Así, es habitual que la comisión de la trata también se perpetren delitos conexos tales como: violación o abusos sexuales, lesiones, aborto forzado, pornografía infantil, tortura, asesinato, secuestro, matrimonio forzado, retención de documentación, explotación laboral e incluso corrupción. En determinadas ocasiones, ello acarrea la confusión con la comisión de ciertos delitos, a modo de ejemplo, existen frecuentes confusiones entre el tráfico (o contrabando) de personas y la trata⁴⁹. Y de hecho, no todas las legislaciones europeas diferencian claramente entre la trata y el tráfico cuando las víctimas son inmigrantes ilegales⁵⁰. La ocultación de la trata, como se verá en el próximo apartado, contribuye a las dificultades en la identificación de sus víctimas incluso

⁴⁶ Frontex, *Annual Risk Analysis*. Varsovia, 2012, p. 32.

⁴⁷ GARCÍA VÁZQUEZ, S., “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 10, 2008, pp. 231-274, p. 236.

⁴⁸ ORTEGA, M., “La trata de seres humanos...”, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁹ DÍAZ BARRADO, C.M., “La lucha contra la trata de seres humanos en la UE: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 45, 2013, p. 461-498, p. 467.

⁵⁰ GUILD, E., “Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings”, en GUILD, E. y MINDERHOUD, P. (eds.), *Immigration and criminal law in the European Union*, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1-7, p. 3.

para los servicios asistenciales o los órganos encargados de la persecución penal⁵¹.

4. LA VÍCTIMA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Examinada la definición de trata en los distintos instrumentos internacionales elegidos, es preciso revisar cómo definen a la víctima y delimitar qué medidas se proponen para su protección. El estudio de dichas medidas permitirá identificar los retos que acarrea la protección desde una perspectiva de derechos humanos.

En el caso del Convenio del Consejo de Europa, el término “víctima” se corresponde con una “persona física sometida a la trata de seres humanos”. Es decir, retomando lo expuesto, la persona que está sujeta a explotación debido a la utilización de medios como amenazas, coacciones, rapto, engaño, el abuso de poder o de su vulnerabilidad.

La Directiva hace numerosas menciones a las víctimas en su texto, pero no incluye su definición. Sin embargo, en su preámbulo hace referencia a la definición de víctima contenida en la Decisión Marco 2001/220/JAI⁵² relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE⁵³. Según estas disposiciones, será víctima aquella persona física que haya sufrido algún perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, causado tanto por acción como por omisión y que infrinja la legislación penal estatal⁵⁴. A diferencia de los otros instrumentos internacionales, el marco de la UE se reconoce de forma explícita como víctima a los familiares “de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de

⁵¹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., “Inmigración ilegal y trata...”, *op. cit.*, p. 235.

⁵² Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. *DOUE* L82, 22.03.2001, p. 1.

⁵³ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. *DOUE* L 315 de 14.11.2012, p.57.

⁵⁴ Para un análisis en detalle sobre la figura de la víctima *vid.* LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Las víctimas en el espacio judicial europeo: estudio de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 2015, pp.119-141.

dicha persona”⁵⁵. La definición proporcionada por el marco general se complementa con el artículo 2.2 de la Directiva 2011/36/UE, que especifica que en el caso de trata la vulnerabilidad de la víctima se asocia a que esta no tenga ninguna alternativa “real o aceptable” a la sumisión al abuso. Este requisito es más que discutible sobretodo en casos en los que existe una autopercepción distorsionada por parte de la víctima, y especialmente, en los que la víctima carece de red social alguna a la que recurrir o cuando la explotación la realiza su entorno más próximo. En los casos en que la persona sujeta a trata sea menor (menos de 18 años de edad), la Directiva solamente requiere que exista el ánimo de explotación independientemente de los medios empleados o de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

4.1. *La identificación de la víctima*

La identificación de las víctimas de forma correcta es esencial para asegurar el respeto de los derechos humanos en la lucha contra la trata. De hecho, la importancia de la identificación de la víctima destaca tanto en la persecución como en la protección.

Desde el punto de vista de la persecución judicial penal, se agrega a la importancia de la detección de las víctimas otra dimensión: en la mayoría de ocasiones dichas víctimas son testigos de acciones ilícitas y, por tanto, son una pieza clave para la condena de los traficantes. Esta concepción conlleva un alto riesgo de medir las víctimas en función de su valor probatorio y pone en peligro la protección efectiva de sus derechos.

En cuanto a la protección, fallar en la identificación significa no proteger de la forma adecuada los derechos humanos. La experiencia de las agencias de la Unión muestra que en algunos casos de trata la identificación de las víctimas resulta realmente complicada, puesto que su situación de explotación puede resultar confusa o comportar cierta actividad delictiva⁵⁶. En otras ocasiones, la misma explotación consiste en obligar a las víctimas a realizar delitos⁵⁷. Además, también se apunta a que exis-

⁵⁵ Vid. art.1 a) Directiva 2012/29/UE.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings...*, *op. cit.*, p.7.

⁵⁷ Este tipo de prácticas suelen producirse cuando hay menores; en este caso, las conductas más extendidas son obligarlos a cometer diferentes delitos contra la propiedad, como robos o hurtos, o explotarlos en plantaciones de cannabis en pisos urbanos, *vid. EUROPOL, Child trafficking for exploitation in forced criminal activities and forced begging*. La Haya, 2014, p. 2.

ten dificultades considerables para la pronta identificación de las víctimas, especialmente antes de que se inicie la fase de explotación⁵⁸. La identificación de las víctimas de trata comporta un reto añadido en el control de fronteras⁵⁹, puesto que la aparición de muchos de los indicadores de trata se hace efectiva una vez dentro del territorio de la Unión y, además, las víctimas potenciales no son conscientes de su situación real⁶⁰. Estudios de la Red Europea de Migración⁶¹ muestran que la petición de ayuda de las víctimas a las autoridades del Estado es poco frecuente; ello se debe a varias razones, como el control intensivo que los traficantes ejercen sobre ellas, la falta de autopercepción como víctima incluso cuando la fase de explotación ha sido iniciada, la falta de conocimiento del idioma del país, el miedo a ser identificada como irregular o a la deportación, y el desconocimiento de sus derechos, entre otras.

La identificación de las víctimas se entiende como el primer paso para su protección efectiva. El Protocolo de Palermo guarda silencio respecto este asunto, hecho no exento de crítica. No obstante, la Guía legislativa relativa al Protocolo apunta a la necesidad de que los Estados establezcan un proceso concreto a este fin⁶².

En lo que respecta al ámbito regional, el art. 10 del Convenio de Varsovia resulta ser realmente detallado y apunta la obligatoriedad de distintas medidas. Así, la obligación de identificar se traduce en una formación adecuada y apoyo para todos aquéllos trabajadores públicos que puedan interactuar con las posibles víctimas. También, se apunta a la necesaria coordinación entre autoridades implicadas y de éstas con las organizaciones de la sociedad civil. Además, el Convenio prohíbe de forma explícita la expulsión de una persona mientras dure el proceso de identificación

⁵⁸ Tal como Europol ejemplifica en el caso de los grupos criminales nigerianos, la mayoría de las víctimas de las redes entran al territorio de la UE de forma regular, cuentan con un permiso de residencia y muchos solicitan asilo o tienen el estatus de refugiado. EUROPOL, *European Migrant Smuggling Centre. 4th Annual Report*, La Haya, 2020, p. 22.

⁵⁹ En este sentido resulta interesante lo expuesto en SCHERRER, A., *Detecting and protecting victims of trafficking in hotspots. Ex-post evaluation*. European Parliamentary Research Service, 2019.

⁶⁰ FRONTEX, *Situational Overview on Trafficking in Human Beings*. Varsovia, 2011, p. 6 y FRONTEX, *Annual Risk Analysis*. Varsovia, 2012, p. 32.

⁶¹ REM, *Identification of victims of trafficking in human beings in international protection and forced return procedures (synthesis report)*. European Migration Network Study, 2014, p. 20 *et seq.*

⁶² Vid. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 2004, p. 64. Disponible en https://www.unodc.org/tldb/es/legislative_guides.html [consultado el 25.09.2019].

cuando existan sospechas de trata, remitiendo a la posibilidad de expedir permisos de residencia a tal efecto. Finalmente, se establecen medidas específicas de identificación en el caso de que exista un menor no acompañado susceptible de ser víctima de trata.

Por su lado, la Directiva 2011/36/UE establece la obligación de adoptar medidas adecuadas para “establecer mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes” sin más detalle. Sin embargo, el preámbulo de la Directiva apunta que estas medidas básicamente consisten en la formación adecuada de todos aquéllos trabajadores públicos que puedan interactuar con las posibles víctimas⁶³. Así, la Directiva deja en manos de los Estados la elección y concreción de las medidas. De esta forma, se corre el riesgo que algunos Estados solo cumplan con un escenario de mínimos y por tanto carezcan de un sistema de medidas realmente efectivo para la identificación⁶⁴.

Recientes informes de la Comisión Europea, apuntan a que la mayoría de Estados miembros cuentan con al menos algún tipo de medida o procedimiento destinado a mejorar la identificación tales como indicadores, directrices centradas en grupos específicos de alto riesgo, entre otros⁶⁵. Sin embargo, la Comisión constata deficiencias en el diseño de dichos instrumentos por estar especialmente centrados en la identificación de no ciudadanos de la UE y no ser efectivos en la detección de menores⁶⁶. En los informes también se apunta que en algunos Estados miembros no se cuenta con la participación de organizaciones de la sociedad civil en el proceso de identificación oficial, dichos actores apuntan a que existe cierta falta de capacitación por parte de los profesionales involucrados en el proceso de identificación⁶⁷. Este conjunto de informaciones muestra la necesidad de continuar mejorando en el ámbito de la identificación eliminando concep-

⁶³ Vid. Considerando 25, Directiva 2011/36/UE.

⁶⁴ En este sentido, la Comisión insistía en que los Estados debían hacer todos los esfuerzos posibles por identificar de forma temprana y correcta a las víctimas, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Second report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2018) as required under Article 20 of Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*, COM(2018)777 final, 3 de diciembre de 2018, p.9.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings...*, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Study on Reviewing the functioning of Member States' national and transnational referral mechanisms*, 2020.

⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings...*, *op. cit.*, p. 15.

ciones apriorísticas sobre el perfil de víctima y poniendo especial atención hacia grupos invisibilizados. Como se ha indicado con anterioridad, fallar en la identificación significa no asumir la obligación de proteger a las víctimas y conlleva el riesgo de vulneración de sus derechos.

4.2. El enfoque de derechos humanos en las medidas: la obligación de proteger y la debida diligencia

Identificada una víctima, o cuando existen indicios razonables, la obligación de proteger se traduce en que los Estados le proporcionen protección y asistencia, absteniéndose de vulnerar sus derechos, en especial, evitando la victimización secundaria.

El Protocolo de Palermo sobre trata apunta a la necesidad de medidas para la asistencia y protección en términos generales. Así el artículo 6 apunta a la prestación de protección, asistencia y participación en procedimientos judiciales, mientras que el artículo 7 refiere a los permisos de residencia temporal o permanente. Este tipo de medidas contribuyen de forma directa al empoderamiento de la víctima. El principal inconveniente de estas disposiciones de Palermo es las pocas obligaciones que de ellas emanan⁶⁸. En efecto, se hace referencia a que los Estados parte “consideren la posibilidad de implementar medidas”, por tanto, difícilmente la falta de medidas de apoyo a las víctimas se traducirá en una vulneración del Protocolo.

El ámbito regional europeo intenta ampliar el enfoque limitado del Protocolo de Palermo adoptando instrumentos que integren cierta perspectiva victimocéntrica en la lucha contra la trata. En este contexto, la obligación de proteger se traduce en la adopción de ciertas medidas para la recuperación de la víctima, medidas vinculadas al proceso judicial penal, juntamente con medidas para su indemnización.

De acuerdo con el artículo 12.1 del Convenio de Varsovia, la recuperación de la víctima requiere medidas que abasten tanto la recuperación física, como la psicológica y la social. Primeramente, ello se traduce en un conjunto de medidas como asistencia médica inmediata, la ayuda de un intérprete o traductor, un lugar seguro para vivir, el aseguramiento de

⁶⁸ En este sentido resulta considerablemente interesante revisar el análisis efectuado en MORENO URPI, A., *La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: análisis de los instrumentos de protección, persecución y prevención*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019, p. 113 *et seq.*

educación para los hijos, o asesoramiento jurídico acerca de sus derechos y posibles acciones legales a emprender. En un segundo momento, las medidas deberán ir encaminadas a el acceso al mercado laboral, a la formación y a asegurar la asistencia médica no urgente⁶⁹. Dichas medidas serán de aplicación en cuanto se sospeche estar ante una víctima de trata. A este respecto, se debe indicar que el art. 13.1 del Convenio de Varsovia apunta que estas se activaran ante “motivos razonables”, mientras que el art. 11.2 de la Directiva apunta a “indicios razonables”. Es factible pensar que quizás la elección de las palabras no es casual, y en todo caso, apuntar que contar con “indicios” connota algo más de solidez probatoria. Sea como sea, las medidas deben contribuir a la estabilidad de la víctima durante el “periodo de restablecimiento y reflexión”. Aunque se haga referencia a una unidad de periodo, la obligación de proteger a la víctima no debería permitir aceptar una reflexión realizada sin haber conseguido el restablecimiento. Teniendo en cuenta las experiencias sufridas por las víctimas, es fácilmente criticable el establecimiento de periodos insuficientes y, en todo caso, relativamente cortos (de mínimo 30 días en el Convenio y de 90 días en la Directiva) obligando a la necesidad de conseguir prórrogas.

Según el artículo 11 de la Directiva, las víctimas de trata deben recibir apoyo y protección antes, durante y una vez finalizados los procedimientos criminales contra sus explotadores. Más allá de ser preocupante la aparición del tándem asistencia-proceso penal, el desarrollo y la vaguedad de algunas de las disposiciones contenidas en dicho artículo no resultan exentos de polémica⁷⁰. En primer lugar, la Directiva no especifica cuánto tiempo después de la sentencia debe asistirse a las víctimas, ya que solamente se hace referencia a “un período de tiempo adecuado”. De este modo, la duración del período de protección podrá variar considerablemente en función del órgano estatal que decida y de los criterios que dicho órgano utilice para su determinación. En segundo lugar, la adecuación del período de tiempo está relacionada con el ejercicio por parte de la víctima de

⁶⁹ Cuando la víctima sea un menor de edad se establece un conjunto de medidas específicas, tales como el nombramiento de un tutor, medidas de apoyo especiales y acceso a la educación. Sobre este extremo *vid.* GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: derecho internacional, europeo y español”, en ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, 2015, pp. 223-263.

⁷⁰ GROMEK-BROC, K., “EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nove et Vetera*, vol. 20, 64, 2011, pp. 227-238, p. 232.

derechos íntimamente ligados al proceso penal como la asistencia jurídica, la información de las actuaciones o la interpretación. Por lo tanto, finalizado el proceso penal, seguir proporcionando apoyo a la víctima es una decisión discrecional de cada Estado miembro. En tercer lugar, la Directiva 2011/36/UE enuncia que el apoyo a la víctima tiene que ser incondicional, ya que debe prestarse independientemente de que esta decida colaborar con las investigaciones o pretenda declarar en un juicio. Sin embargo, la referencia explícita a la Directiva 2004/81/CE⁷¹ plantea dificultades de interpretación, puesto que dicha regulación ofrece la posibilidad de obtener la residencia a aquellas víctimas de trata que decidan cooperar con las autoridades judiciales⁷². En este sentido, el Convenio de Varsovia establece que, finalizado el periodo de restablecimiento y reflexión, la víctima puede obtener un permiso de residencia temporal tanto por motivos de cooperación con la investigación penal, como por motivos relativos a su situación personal. De esta forma, las disposiciones de Varsovia apuntan a una solución concreta y más favorable que la Directiva. Como bien apuntó Eurostat en su momento⁷³, no hay datos concretos ni fiables sobre cuántos permisos de residencia se conceden a víctimas de trata en aplicación de la Directiva, pero se constata que este instrumento es descartado en muchas ocasiones ante la posibilidad de solicitar asilo de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pues ofrece mayores expectativas a las víctimas de permanecer de forma regular en el territorio de la Unión. Datos más recientes presentados por la Comisión no permiten ser concluyentes en este punto. Puesto que solo se dispone de información sobre 6 Estados miembros. Estos datos muestran que un 15% de las víctimas contaron con un periodo de reflexión, que cerca de un 5% consiguieron un permiso de residencia en aplicación de la Directiva 2004/81/CE y que un 1% buscaron protección internacional⁷⁴.

Lejos de conseguir un permiso de residencia y a falta de otras medidas de protección adecuadas⁷⁵, finalmente, la víctima de trata puede ser expul-

⁷¹ UE. «Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes». *DOUE* L26, 06.08. 2004, p. 19.

⁷² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea...”, *cit.*, pp. 13 *et seq.*

⁷³ EUROSTAT, *Trafficking in Human Beings...*, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁴ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Data collection on trafficking in human beings...*, *op. cit.*, p. 47 *et seq.*

⁷⁵ HEINRICH, K. H., (2010), «Ten year after the Palermo Protocol: Where are protections for human trafficking victims?», *Human Rights Brief*, vol.18, núm.1, pp.2-5, p.3.

sada del territorio del Estado por su condición de irregular. La protección de las víctimas debería traducirse en la exigencia de la voluntariedad como requisito esencial para la repatriación. En todo caso, el enfoque de derechos humanos conlleva que el retorno de las víctimas de la trata de seres humanos deba realizarse bajo estándares de seguridad.

Aunque con reticencias por parte de algunos de los Estados negociadores⁷⁶, el art. 8 del Protocolo de Palermo apunta que la repatriación debería ser voluntaria y segura. Posiblemente en muchos casos la repatriación de la víctima no es la medida más aconsejable, sobre todo por el riesgo de recaer en la explotación o por razones humanitarias, pero también debido al poco arraigo en el Estado de origen o en el que la víctima tenga su permiso de residencia permanente. En el contexto europeo, no se cierra definitivamente el debate sobre las repatriaciones no voluntarias. El Convenio de Varsovia apunta a que el retorno debería ser “preferiblemente” voluntario⁷⁷ y pone el acento en que los retornos deberían respetar la dignidad de la víctima. En el caso de la UE, finalizado el permiso de residencia temporal las víctimas en situación irregular quedan sometidas al régimen de extranjería como apunta el art. 13.2 de la Directiva 2008/115/CE, y por tanto es factible su expulsión⁷⁸.

Otro grupo de medidas se activa durante el proceso judicial, son medidas relativas al acceso a la información y a la asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se examinen en las distintas etapas del proceso, a asegurar la privacidad y la confidencialidad de la identidad de la víctima durante los procesos judiciales.

Si se opta por un enfoque de derechos humanos, la protección necesariamente debería anteponerse a la persecución. Un punto destacable de la Directiva europea es la introducción de esta perspectiva mediante la inclusión de una cláusula de no-persecución de las víctimas que hayan sido obligadas a participar en actividades ilícitas. A pesar de que esta disposición representa un evidente avance, su contenido es tímido y plantea algunos problemas que deberían ser enmendados si realmente se quiere asegurar la protección de las víctimas. En primer lugar, comporta la obligación de los Estados miembros de legislar para que sus autoridades “puedan optar” por no juzgar ni condenar a las víctimas, dejando un amplio margen de

⁷⁶ En este sentido, *vid.* GALLAGHER, *The International Law of...*, *op. cit.*, p.339.

⁷⁷ CONSEJO DE EUROPA, *Informe explicativo sobre el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos CETS 197*, 2005, p.32.

⁷⁸ ORTEGA GÓMEZ, «La trata de seres humanos...», *op. cit.*, p.191-192.

discrecionalidad que podría a la larga comportar regímenes de protección realmente alejados entre los diferentes Estados miembros. En segundo lugar, la Directiva no prohíbe la detención de las víctimas, circunstancia que dificulta que sean tratadas como tales y que genera distorsiones en la auto-percepción de la víctima o reafirma su percepción errónea. Por ejemplo, en algunos casos las víctimas se consideran inmigrantes que deben pagar una deuda a sus facilitadores. En este contexto, las víctimas a menudo se convierten en miembros de los grupos criminales que las explotan, asumiendo el control y la explotación de otras víctimas. En otros casos, los propios grupos delictivos hacen partícipe a la víctima de trata de una pequeña parte de los ingresos, hecho que comporta que se perciban como cómplices⁷⁹. Todas estas prácticas conllevan incrementar la probabilidad de que las víctimas no quieran cooperar con las autoridades⁸⁰.

Por último, debe hacerse una breve referencia a las medidas para la indemnización de la víctima por los daños sufridos⁸¹. El Protocolo de Palermo sobre trata no establece una obligación concreta sobre este aspecto, de hecho, el art. 6 se limita a apuntar a que los Estados miembros velen por incluir ciertas disposiciones en sus ordenamientos. Sin más, la Guía legislativa apunta que la acción de los Estados podría traducirse en disposiciones que permitan explorar: la responsabilidad extracontractual por la vía civil, la imposición de órdenes de indemnización o el dictado de sentencias por daños dolosos vinculadas al proceso penal; así como, el establecimiento de fondos o planes especiales de fondos Estatales⁸².

En el marco del Consejo de Europa, la indemnización de las víctimas por daños se regula con más detalle en el art. 15 del Convenio de Varsovia. Se establece la obligación de introducir el derecho de la víctima a una compensación económica, ya sea dentro del proceso penal o ante la jurisdicción civil. Lamentablemente, el Convenio solo ejemplifica cuando apunta a la creación de un fondo estatal para la indemnización de las víctimas, alejando a las víctimas de trata del régimen que se aplica a víctimas de otros delitos, como por ejemplo terrorismo. Al establecimiento de derechos procesales cabe añadir que el art. 15 del Convenio de Varsovia remar-

⁷⁹ EUROJUST, *Strategic project on Eurojust's action against trafficking in human beings*. La Haya, 2012, p. 16.

⁸⁰ EUROPOL, *Trafficking in Human Beings in the European Union*. La Haya, 2011, p. 11.

⁸¹ En este sentido, resulta de especial interés la lectura de Aranda López, M.C., "Regulación del derecho de las víctimas de trata de personas a una indemnización, compensación y reparación", *Cadernos de Derecho Actual*, 11, 2019, pp. 347-359.

⁸² UNODC, *Guía legislativa...*, *op. cit.*, p.289.

ca la obligación de informar a la víctima de los procedimientos judiciales y administrativos a su disposición en un idioma que pueda comprender. A su vez, prevé medidas encaminadas a asegurar el acceso a la asistencia letrada gratuita según la ley interna. Estas disposiciones resultan tan importantes como el propio establecimiento de recursos, puesto que el desconocimiento y la falta de asesoramiento conlleva la falta de reclamación. En el caso de la Directiva, el artículo 17 no resulta en absoluto revolucionario y apunta al deber de los Estados de garantizar el acceso de las víctimas a “los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente”. Ello puede traducirse en la falta de indemnización de la víctima por los daños sufridos, sobretodo porque es posible que algunos Estados miembros no cuenten con este tipo de regímenes.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Contar con un sistema verdaderamente respetuoso con los derechos humanos es una pieza esencial en la lucha contra la trata de seres humanos.

La trata es un fenómeno complejo que conlleva la actuación de grupos delictivos organizados que tienen como objetivo principal la explotación de sus víctimas. Hasta inicios del s. XXI, el enfoque imperante en la lucha contra la trata ha sido eminentemente penal con una evidente falta de resultados y claras carencias en el trato a las víctimas. La complejidad del fenómeno requería, por tanto, incorporar otras perspectivas incluida la protección de los derechos humanos.

El análisis de algunos de los distintos instrumentos que intentan incorporar el enfoque de los derechos humanos a la lucha contra la trata revela que la protección efectiva de las víctimas todavía presenta numerosas deficiencias. La relevancia del Protocolo de Palermo se justifica por la introducción de un enfoque victimocéntrico en algunas de sus disposiciones. Sin embargo, no se puede afirmar de forma rotunda que el Protocolo de Palermo adopte un enfoque basado en los derechos humanos. El análisis de sus disposiciones apunta básicamente a fórmulas muy genéricas y contiene muy pocas referencias a medidas de protección específicas.

No obstante, desde el punto de vista de las víctimas en el ámbito regional europeo, la relevancia del Protocolo de Palermo consistirá en la influencia de su discurso subyacente en instrumentos que se negociaran después de su adopción. Muestra de ello son el Convenio de Varsovia y la

Directiva 2011/36/UE adoptados en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea respectivamente.

Actuar entendiendo como prioritaria la defensa de los derechos humanos, debería comportar apoyar a las víctimas de forma realmente incondicional. Por un lado, ello se traduce en dotar de procedimientos realmente efectivos en la pronta identificación de las víctimas que eviten expulsiones en el caso de los migrantes irregulares. Por otro lado, existe la necesidad de modificar el sistema de permisos de residencia de forma que sea una herramienta efectiva para la real recuperación de la víctima. Además, el empoderamiento de la víctima es un elemento necesario para mejorar en términos de efectividad la lucha contra la trata pues repercute de forma directa en la vulnerabilidad de la víctima y en su capacidad de colaborar en las investigaciones. Así, más allá de evitar las persistentes violaciones de los derechos de las víctimas, introducir un conjunto de medidas de protección efectivas a largo plazo puede contribuir de forma directa al éxito tanto del punto de vista de la prevención como de la persecución.

Ciertamente, la introducción de los derechos de la víctima en el marco que proporcionan tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva 2011/36/UE debe ser motivo de satisfacción. No obstante, el sistema continúa presentando carencias y existen riesgos de no ofrecer realmente una protección efectiva de las víctimas que sea respetuosa con sus derechos.