

LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO MIGRATORIO

Beatriz VÁZQUEZ RODRÍGUEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TIPIFICACIÓN ADECUADA Y AUTÓNOMA DEL DELITO DE TRATA Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS.—3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN DE LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL.—3.1. La obligación de abordar los factores que aumentan la vulnerabilidad.—3.2. La obligación de combatir la demanda.—4. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA.—4.1. La identificación temprana de las víctimas de la trata en las corrientes migratorias.—4.2. Los permisos de residencia y el acceso a la prestación de servicios adecuados.—5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL.—6. HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL.

1. INTRODUCCIÓN

La trata de personas con fines de explotación sexual es la forma más común de explotación y según los datos estadísticos afecta de manera desproporcionada y mayoritaria a las mujeres¹. Los actuales flujos migratorios han tenido un impacto directo en el aumento de los niveles de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y han actuado como catalizador de otras formas emergentes de explotación a las que están sujetas las mujeres y niñas víctimas de la trata². Recientemente, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre

* Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Oviedo y miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo «EURODER-UNIO-VI-IDI/2018/000187» (vazquezbeatriz@uniovi.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D DER2017-86017-R, «Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE». Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 15 de junio de 2021.

¹ Según UNODC, «Global Report on Trafficking in Persons, 2020», p. 36 (https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf), la trata con fines de explotación sexual afecta en un 67 por 100 a mujeres.

² VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., «Nuevas tendencias de violencia sexual y violencia por motivos de género como consecuencia del aumento del extremismo violento», en NÚÑEZ PAZ, M. I. y JIMÉNEZ BLANCO, P.

la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ha subrayado la conexión directa que existe entre la trata de mujeres y los movimientos migratorios, haciendo hincapié en la necesidad de «colmar las lagunas de los actuales marcos internacionales y nacionales sobre la trata de personas y de adoptar un enfoque basado genuinamente en los derechos humanos»³. Compartiendo esta preocupación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) adoptó la Recomendación General núm. 38 relativa a la trata de las mujeres y las niñas en el contexto de la migración mundial⁴ con el objetivo de definir el alcance y las obligaciones de los Estados parte y que estos tomen todas las medidas necesarias para prevenir todas las formas de trata de mujeres y niñas con perspectiva de género y evitando su revictimización.

Esto es así porque la propia comprensión de la trata por parte de la comunidad internacional y su evolución —que ha orbitado entre la concepción de este fenómeno desde la óptica de la justicia penal a su entendimiento como una vulneración de derechos humanos— y la complejidad del contexto en el que se desarrolla, hacen complicado delimitar el alcance de las obligaciones de los Estados en el contexto de la migración, lo que a su vez se traduce en la falta de sistemas de control adecuados por parte de los Estados para cumplir con sus obligaciones de identificar a las víctimas de la trata, ofrecer protección y apoyo inmediatos, proporcionar asistencia jurídica y no penalizar a las víctimas. En este sentido, las respuestas de varios Estados, al afrontar la trata de mujeres como una cuestión de seguridad u orden público, han llevado a la adopción de normativa interna y políticas migratorias que no han tenido en cuenta las necesidades de las víctimas de la trata, y en algunos casos socaban, todavía más, los derechos de las mujeres migrantes víctimas de este tipo de explotación. En el caso de España, el tema resulta de especial interés, dado que por su situación geográfica es una puerta de entrada de migración en Europa y también de tránsito para las víctimas de trata con fines de explotación sexual. Como Estado parte en varios tratados internacionales y regionales, también está obligada a adoptar determinadas medidas para combatirla y proteger a las víctimas. No obstante, varios informes —institucionales y de ONG—, al analizar el grado de cumplimiento del Estado español con respecto de algunas de sus obligaciones han registrado deficiencias⁵.

De esta forma, este trabajo tratará de analizar el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de prevención contra la trata y la protección de

(eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 221-243.

³ Relatora Especial sobre trata de personas, especialmente mujeres y niños, «Trata de personas, especialmente mujeres y niños», A/HRC/44/45, de 6 de abril de 2020, p. 14.

⁴ CEDAW, *Recomendación General núm. 38 relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial*, CEDAW/C//GC/38, de 20 de noviembre de 2020.

⁵ Véanse entre otros: COMMITTEE OF THE PARTIES OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CP(2018)27 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, de 9 de noviembre de 2018; DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA, *Informe sobre la trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, 2012; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe «Cadenas invisibles: Identificación de las víctimas de Trata en España»*, 2020.

las víctimas objeto de esas prácticas. Veremos cómo los instrumentos internacionales que abordan el fenómeno de la trata y la protección de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual inciden con carácter limitado en las medidas de protección de las mujeres en el contexto migratorio; sin embargo, posteriores desarrollos ponen de relieve la intrínseca relación que existe entre la trata y este tipo de movimientos. Las obligaciones derivadas de los instrumentos jurídicos relativos en el marco jurídico regional europeo apuntan a un reforzamiento de las obligaciones de los Estados para proteger a las víctimas de trata establecidas en los mecanismos internacionales; no obstante, también señalan carencias con respecto a la necesaria reivindicación de un enfoque de derechos humanos, incluida la perspectiva de género para combatir este fenómeno.

2. LA TIPIFICACIÓN ADECUADA Y AUTÓNOMA DEL DELITO DE TRATA Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Una de las obligaciones más claras para combatir la trata que se desprende de los instrumentos internacionales⁶ es la de que los Estados partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar la trata de personas como delito en su Derecho interno. En esta misma línea, el art. 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) impone a los Estados una obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer⁷. En términos generales, los Estados han asumido esta obligación; sin embargo, existen dos dificultades. La primera estriba en delimitar el alcance de la misma con respecto de la trata con fines de explotación sexual ya que algunos Estados al considerar la prostitución como una de las formas más típicas de esta forma de trata, no las tipifican de forma autónoma⁸. La segunda es que, en algunos casos, si bien los Estados cumplen con la obligación de tipificar el delito de trata, a su vez adoptan otras normas o políticas internas —p. ej., en materia de inmigración— que no tienen en cuenta los derechos de las mujeres migrantes, y en muchos casos incluso se las criminaliza.

En relación con la primera cuestión, el Comité CEDAW ha puntualizado que no se trata solo de la obligación de los Estados de tipificar el delito en sus ordenamientos internos, sino de hacerlo en consonancia con la defini-

⁶ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: towards a Holistic Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 148-150.

⁷ Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, A/RES/34/180, de 18 de diciembre de 1979. En el mismo sentido se ha pronunciado el CEDAW, *Recomendación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer*, CEDAW/C/GC/19, de 29 de enero de 1992.

⁸ Sobre la implementación del Protocolo de Palermo en los ordenamientos internos véase ALLAIN, J., «No effective trafficking definition exists: domestic implementation of the Palermo Protocol», *Albany Government Law Review*, vol. 7, 2014, núm. 1, pp. 111-142.

ción recogida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)⁹, añadiendo que debe hacerse de manera adecuada —incluyendo programas dirigidos a las mujeres que deseen abandonar la prostitución—¹⁰, autónoma —ya que en algunos Estados la legislación sobre la trata de personas se aplica indiscriminadamente a las mujeres que ejercen la prostitución sin existir tal vínculo—¹¹ y de manera que la normativa interna exima de responsabilidad penal a las víctimas de trata por haber sido obligadas a ejercer la prostitución¹². Este principio de no penalización entraña una obligación de proteger a las víctimas de ser enjuiciadas como consecuencia de su situación y supone un elemento esencial de derechos humanos con el que debe encararse la trata, pero también como un elemento para combatir la trata, fomentando la posibilidad de que las víctimas presenten denuncias contra sus tratantes. Esta medida de Derecho penal sustantivo se recogió por primera vez en el art. 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, por lo que se puede considerarse como el mayor avance de este instrumento en la protección a las mujeres víctimas de trata¹³.

Finalmente, el Comité CEDAW también ha puntualizado que la obligación del art. 6 CEDAW se extiende a la investigación y enjuiciamiento de los tratantes y bandas criminales que se lucran de la explotación sexual de las mujeres; sin embargo, como ha manifestado el Comité, en algunos Estados la tasa de enjuiciamientos y el número de condenas relacionados con la trata de mujeres con aquellos fines son muy reducidos¹⁴, lo que puede ser un indicador de que las medidas adoptadas no son efectivas.

En relación con las segundas, en el actual contexto migratorio se hace necesario que los Estados superen ese enfoque tradicional de la tipificación de la trata como delito y vayan más allá, lo que significa que al adoptar cualquier otra medida para combatir la trata y la explotación que ella conlleva, deben tener en cuenta un enfoque integral de derechos humanos, dado que este fenómeno afecta de manera desproporcionada a las mujeres cuyos dere-

⁹ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Zimbabwe*, CEDAW/C/ZWE/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8; CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica*, CEDAW/C/CRI/CO/7, de 24 de julio de 2017, p. 7; CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Jordania*, CEDAW/C/JOR/CO/6, de 9 de marzo de 2017, p. 12.

¹⁰ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Eritrea*, CEDAW/C/ERI/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8.

¹¹ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador*, CEDAW/C/SLV/CO/8-9, de 9 de marzo de 2017, p. 8.

¹² CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Seychelles*, CEDAW/C/SYC/CO/6, de 12 de noviembre de 2017, p. 7.

¹³ Véase 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*, vol. 8, 2006, p. 188.

¹⁴ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto a séptimo combinados de Letonia*, CEDAW/C/LVA/CO/4-7, de 10 de marzo de 2020, p. 9; CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Suiza*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, de 25 de noviembre de 2016, p. 11.

chos muchas veces ya están gravemente comprometidos por tener, además, la condición de persona migrante. En este sentido, la adopción de políticas sumamente proteccionistas contra la migración por parte de los Estados para responder a los crecientes flujos migratorios puede incidir muy negativamente tanto en los Estados de origen como en los Estados receptores de inmigración. En el primer caso, porque estas políticas tan restrictivas pueden suponer una disminución en las oportunidades de emigrar de estas mujeres buscando alternativas en canales no legales de emigración, lo que hace que se fomenten las redes clandestinas de migrantes. En cuanto a los Estados receptores, este tipo de políticas proteccionistas contra la inmigración pueden incidir negativamente en las estrategias para combatir la trata suponiendo una vulneración de los derechos de las víctimas que además no tengan en cuenta sus necesidades. Esto significa que las políticas migratorias adoptadas por los Estados deben ser compatibles con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en tratados de derechos humanos de los que son parte.

3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN DE LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

El Protocolo de Palermo reconoce de forma implícita medidas específicas para prevenir la trata con fines de explotación sexual y ponen de relieve el vínculo de la trata de mujeres en el contexto migratorio, contemplando así su posible carácter transnacional. De esta forma, este instrumento reconoce una clara obligación de los Estados en materia de prevención que tienen como objetivo principal combatir los factores que contribuyen a aumentar la vulnerabilidad de las mujeres a la trata, como las situaciones de pobreza o la falta de oportunidades equitativas, así como luchar contra la demanda de trata a través de la adopción de medidas legislativas, educativas, sociales o culturales.

3.1. La obligación de abordar los factores que aumentan la vulnerabilidad

Se sabe que la feminización de la pobreza o las desigualdades en la educación y formación son situaciones que llevan a las mujeres a emigrar buscando un futuro mejor. En un alto porcentaje, los grupos delictivos las engañan prometiéndoles una vida mejor y después las obligan a ejercer la prostitución, por lo que resulta fundamental que los Estados adopten medidas eficaces para combatir esas situaciones de vulnerabilidad. Concretamente, el Comité CEDAW ha incidido en la necesidad de que los Estados realicen las investigaciones oportunas sobre las causas profundas del fenómeno de trata de mujeres con fines de explotación sexual con el fin de adoptar políticas eficaces en su lucha, abordando las causas fundamentales de la explotación de

las mujeres que ejercen la prostitución, ofreciendo oportunidades educativas y de ingresos alternativos a las mujeres en situación de riesgo y adoptando programas de asistencia para aquellas que deseen abandonar la prostitución¹⁵.

3.2. La obligación de combatir la demanda

En cuanto a las medidas para mitigar la demanda, si bien se entiende que van dirigidas a cualquier forma de explotación, es claro que uno de sus objetivos principales se vincula a disuadir el consumo de formas de trata con fines de explotación sexual como la prostitución o el turismo sexual, que se ve cada vez más impulsada por los grandes beneficios para los tratantes de personas. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, en materia de prevención, a diferencia de los instrumentos internacionales referidos a la trata, dedica un artículo específico a la adopción por parte de los Estados de todo tipo de medidas para concienciar y desincentivar la demanda. Es cierto que este instrumento también se refiere a la reducción de la demanda de mujeres y niñas víctimas de la trata para cualquier forma de explotación, sin embargo hay que recordar que ya en los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas elaborados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁶ se sugirió específicamente que los Estados analizaran los factores que crean demanda de servicios de comercio sexuales, puesto que la demanda de este tipo de servicios se identifica como una de las principales causas de la trata con fines de explotación sexual. Al dedicar un artículo específico a esta cuestión, se está incidiendo que, en el marco de la prevención, debe abordarse necesariamente este aspecto, teniendo en cuenta tanto a los demandantes de prostitución como a la sociedad en su conjunto. Además, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas contra la trata de seres humanos¹⁷ (a partir de ahora la Directiva 2011/36) enumera una serie de medidas con el fin de desalentar y disminuir la demanda, incluyendo la posibilidad de que los Estados miembros tipifiquen penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación. No obstante, la propia Comisión Europea ha apuntado deficiencias en la aplicación de la directiva y su necesidad de reforzarla en lo relativo al cumplimiento de este objetivo cuando recientemente ha señalado que: «El diverso panorama jurídico en cuanto a la tipificación como

¹⁵ CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Congo*, CEDAW/C/COG/CO/7, de 9 de noviembre de 2018, p. 9.

¹⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, E/2002/68/Add.1, de 20 de mayo de 2002.

¹⁷ Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo, DO L núm. 101, de 15 de abril de 2011.

delito del uso de los servicios de las víctimas de la trata puede dificultar los esfuerzos adicionales para desalentar la demanda de estos servicios»¹⁸.

En esa línea, el Parlamento Europeo ha recomendado la revisión de la citada directiva con el objeto de reforzar «una perspectiva horizontal que tenga en cuenta las cuestiones de género y de la infancia en todas las formas de trata de seres humanos»¹⁹, dando prioridad al desarrollo de medidas de prevención del delito de trata con fines de explotación sexual²⁰. Entre estas medidas, se pide analizar en qué manera la demanda de servicios sexuales sirve de acicate para la trata de seres humanos. También se debería considerar que los Estados miembros tipifiquen como delito penal en sus ordenamientos nacionales el uso con conocimiento de causa de los servicios prestados por las víctimas de la trata, conforme a lo recomendado en el art. 18 de la Directiva contra la trata de seres humanos.

El pasado mes de abril, la Comisión ha presentado una nueva estrategia contra la trata de seres humanos (2021-2025); en ella, la prevención de la trata aparece como la prioridad de la Comisión en lo que atañe a la intensificación de la actuación de la Unión Europea contra la trata de seres humanos y además se incluye una dimensión de género, lo que puede suponer un avance positivo a la hora supervisar la aplicación de la legislación de la Unión contra la trata de seres humanos. Las medidas fundamentales de la estrategia van en línea con las planteadas por el Parlamento Europeo: la reducción de la demanda de la trata estudiando la posibilidad de adoptar normas mínimas que tipifiquen como delito el uso de servicios derivados de la explotación de víctimas de trata; proteger, apoyar y empoderar a las víctimas con especial atención a las mujeres y los niños; el fomento de la formación específica de agentes de policía, trabajadores sociales, guardias de fronteras y personal sanitario y —finalmente— posibilitar la detención temprana de las víctimas²¹.

4. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA

Como se ha dicho, las mujeres objeto de trata con fines de explotación sexual en el contexto migratorio suelen ser consideradas como criminales más

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Tercer informe sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos (2020) con arreglo a lo exigido en virtud del art. 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas*, COM (2020) 661 final, de 20 de octubre de 2020.

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* [2020/2029(INI)], P9_TA(2021)0041, de 10 de febrero de 2021.

²⁰ Sobre la necesidad de este tipo de medidas, véase EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE), *Gender-specific measures in anti-trafficking actions*, 2018, pp. 57-61 (disponible en <https://eige.europa.eu/publications/gender-specific-measures-anti-trafficking-actions-report>).

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings (2021-2025)*, COM (2021) 171 final, de 14 de abril de 2021.

que como víctimas, ya que en algunos casos utilizan documentación falsa para la entrada y salida de determinados Estados, lo que las puede colocar en una situación migratoria irregular. A ello se suma la posibilidad de que estas mujeres también puedan ser condenadas por delitos como la prostitución y el trabajo sexual, lo que a su vez se traduce en una limitación en el acceso de estas víctimas a las medidas de protección y asistencia en los Estados receptores.

Si bien el Protocolo de Palermo estableció como una de sus finalidades principales la protección y ayuda a las víctimas de la trata, es significativo que en las primeras versiones del proyecto esta dimensión no se contemplaba²², lo que refuerza la idea de que desde la óptica de los derechos humanos estas obligaciones para los Estados no eran una cuestión prioritaria. Es cierto que el citado Protocolo recoge algunas medidas en las fronteras, dado que aconseja a los Estados reforzar los controles fronterizos para prevenir y detectar la trata, particularmente adoptando medidas para evitar que se utilice el transporte comercial para la comisión del delito de trata. Además, añade la necesidad de que los Estados adopten los medios necesarios para garantizar la calidad, integridad y seguridad de los documentos de viaje e identidad. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia)²³ también se refiere a las medidas fronterizas, a la seguridad, al control y validez de los documentos y a la repatriación y retorno, aunque lo cierto es que en este último caso no hay mucha distancia con las medidas adoptadas en el Protocolo de Palermo sobre el particular, pero en esta ocasión parecen estar más encaminadas a la identificación de las víctimas de trata y no a los autores de los delitos, imponiéndose la seguridad de las víctimas y teniendo en cuenta, además, la dignidad de estas.

4.1. La identificación temprana de las víctimas de la trata en las corrientes migratorias

Como se ha dicho, el Protocolo de Palermo recoge alguna medida fronteriza pero parece que el objetivo principal es detectar a las personas o grupos de personas implicadas en un delito de trata, pero no inserta referencia alguna a la detección e identificación y en su caso, protección de las víctimas de trata en el catálogo de medidas referidas a las medidas transfronterizas, pese a que es fundamental establecer procedimientos específicos para que los Estados puedan detectar e identificar a las víctimas en los controles fronterizos cuando estos movimientos son de carácter transnacional.

El Comité CEDAW sí se ha manifestado sobre la importancia del establecimiento de medidas adecuadas de identificación con carácter preventivo para

²² Véase el art. 1 del Proyecto revisado de 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, A/AC.254/4/Add.3/Rev.7, de 19 de julio de 2000.

²³ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, *BOE* núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

poder detectar a las víctimas, especialmente en las fronteras²⁴ y más aún en el contexto de las crecientes corrientes migratorias, donde también apunta que las mujeres víctimas de trata, en muchos casos, suelen ser consideradas por los Estados como delincuentes o migrantes en situación irregular²⁵. Por ello, incide en la necesaria capacitación de la policía de fronteras y también de agentes de orden, jueces, fiscales, funcionarios de inmigración²⁶, así como inspectores de trabajo y de salud y trabajadores sociales, con el objetivo de que puedan ser identificadas a su llegada y se las derive a la mayor celeridad a servicios apropiados que tengan en cuenta la perspectiva de género. Esa capacitación, según el Comité CEDAW, se vuelve fundamental cuando existen denuncias de presunta participación de funcionarios públicos en casos de trata de mujeres para la industria del sexo y redes de corrupción con fines de explotación sexual, ámbito sobre el que además de apelar a los Estados para que sus autores reciban un castigo adecuado y se investiguen los casos de corrupción, el Comité CEDAW incide en el desarrollo de programas de concienciación y capacitación para ese sector concreto²⁷.

En síntesis, como ha puesto de relieve la Relatora Especial sobre la pronta identificación de las personas en las corrientes migratorias mixtas, esto requiere que se adopte un enfoque innovador basado en los indicadores de vulnerabilidad de la trata y la garantía de un apoyo temprano²⁸. Mientras los Estados se centren en la persecución penal del delito de trata en los controles migratorios ante la llegada de posibles víctimas de trata y no en aumentar sus capacidades para la identificación de estas víctimas y respetando sus derechos, se corre el peligro de que aquellos no puedan cumplir con su obligación de garantizar la protección y asistencia de estas víctimas.

4.2. Los permisos de residencia y el acceso a la prestación de servicios adecuados

El art. 7 del Protocolo de Palermo se ocupó del régimen aplicable a las víctimas de trata en el Estado receptor y la posibilidad de que los Estados adopten medidas legislativas u otras apropiadas para permitir a las víctimas de trata permanecer en su territorio, temporal o permanentemente. Dada la sensibilidad de la cuestión, no parece casual que esta disposición fuese

²⁴ *Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños...*, op. cit., p. 9.

²⁵ CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Italia*, CEDAW/C/ITA/CO/7, de 24 de julio de 2017, p. 10.

²⁶ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Eritrea*, CEDAW/C/ERI/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8.

²⁷ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Rumanía*, CEDAW/C/ROU/CO/7-8, de 24 de julio de 2017, pp. 8-9; CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6.º y 7.º combinados de Tailandia*, CEDAW/C/THA/CO/6-7, de 24 de julio de 2017, p. 9.

²⁸ Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *Informe sobre la pronta identificación de las personas en las corrientes migratorias mixtas*, A/HRC/38/45, de 14 de mayo de 2018.

objeto de intensas discusiones entre algunos Estados durante la elaboración del Protocolo, en las que la mayoría de las delegaciones expresaron sus preocupaciones entendiendo que podría «involuntariamente convertirse en un medio de migración ilícita si los Estados parte tenían la obligación de promulgar legislación para permitir que las víctimas permaneciesen»²⁹. Si bien la disposición parece tener un carácter potestativo, se intentó matizar con el siguiente apartado, que apela a la debida consideración de factores humanitarios y personales para conceder la residencia a las víctimas de trata. *A priori* podría considerarse que este segundo apartado de la disposición ha tenido en cuenta un enfoque de derechos humanos; no obstante, en algunos casos de la práctica ha conducido a una doble vulneración de derechos humanos de las mujeres migrantes dado que algunos Estados han utilizado esta disposición como un elemento de coacción a las víctimas de trata con el objetivo de obligarlas a que colaboren con las autoridades a cambio de obtener un permiso de residencia.

El Comité CEDAW también ha querido recordarle a varios Estados que la posibilidad de conceder la residencia a las víctimas de trata no puede estar supeditada a la voluntad de que estas acepten cooperar con la policía y denunciar a los tratantes³⁰, y al respecto pone especial énfasis en la situación de las mujeres migrantes, que en muchos Estados no tienen derecho a obtener un permiso de residencia temporal a menos que cooperen con la policía y las autoridades judiciales³¹. En esa línea, solicita a los Estados que se refuerce el apoyo, en particular, a las mujeres migrantes víctimas de trata, de forma que no tengan que enfrentarse a sus tratantes en las comisarías de policía para iniciar actuaciones penales³², así como que se proporcione acceso a servicios de asesoramiento sobre sus derechos y a tratamiento médico³³ y psicológico que atienda necesidades especializadas de las mujeres³⁴ y suponga la rehabilitación efectiva, sin que sean discriminadas por el personal sanitario por haber ejercido la prostitución³⁵.

Así, en la mayoría de sus observaciones más recientes, el Comité CEDAW pone de relieve el bajo nivel de compromiso de un número importante de Estados para vigilar y combatir la trata y las corrientes migratorias a que estas dan lugar; además observa que las medidas de protección a las víctimas son

²⁹ Art. 5 del *Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños...*, *op. cit.*

³⁰ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Suiza*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, de 25 de noviembre de 2016, p. 12.

³¹ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Francia*, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, de 25 de julio de 2016, p. 11.

³² CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto a séptimo combinados de Letonia*, CEDAW/C/LVA/CO/4-7, de 10 de marzo de 2020, p. 9.

³³ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la República de Moldova*, CEDAW/C/MDA/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 9.

³⁴ *Ibid.*, p. 9; CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Zimbabwe*, CEDAW/C/ZWE/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8.

³⁵ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador*, CEDAW/C/SLV/CO/8-9, de 9 de marzo de 2017, p. 8.

ineficaces, en particular en los casos de víctimas de trata con fines de explotación sexual. Por ello, ha adoptado la Recomendación General núm. 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, donde ha vuelto a recordar que «si bien la trata de personas se define como delito en el Derecho internacional, la obligación primordial de los Estados parte es combatirla de una manera que respete, proteja y haga efectivos los derechos humanos de las personas»³⁶. En un contexto de migración, donde las mujeres corren un mayor riesgo de ser víctimas de trata en todas las etapas de los ciclos migratorios, el Comité CEDAW entiende que —si bien la gestión de sus fronteras y la regulación de la migración es una competencia exclusiva de los Estados— estos deben hacerlo respetando las obligaciones asumidas en los tratados de derechos humanos de los que son Parte. Además, el Comité insiste en la existencia de obligaciones para los Estados en lo relativo a la adopción de medidas de asistencia y protección para las mujeres víctimas de trata ya que «el Derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados obligaciones positivas de detectar a las víctimas de la trata»³⁷, las cuales tienen una condición especial y derecho a recibir asistencia y medidas de protección especiales del Estado³⁸, lo que supone el establecimiento de servicios apropiados, inclusivos y accesibles y que no se las penalice por delitos cometidos como consecuencia de haber sido objeto de trata, protegiéndolas además frente a la revictimización.

El Convenio de Varsovia también ha reconocido la obligación de los Estados con respecto de la vida privada e identidad de las víctimas y de asistencia a las víctimas, lo que implica que los Estados deben adoptar una amplia gama de medidas legislativas o de otra índole necesarias para proveer el restablecimiento físico, psicológico y social de las víctimas. Además de este enfoque en los derechos de las víctimas, la novedad con respecto de estas medidas es el art. 13, que obliga a los Estados a prever en su Derecho interno un periodo de restablecimiento y reflexión de al menos treinta días, durante el cual no podrá ejecutarse ninguna medida de expulsión contra una víctima o presunta víctima de trata, con el fin de que esta pueda restablecerse, escapar de la influencia de los traficantes y/o tomar una decisión sobre una posible cooperación con las autoridades competentes. Sin embargo, algunos³⁹ también han querido ver ciertas debilidades en el contenido de esta disposición, por una parte, porque el plazo establecido de treinta días no parece un periodo suficiente para la recuperación de una mujer víctima de trata que esté amenazada o que ha podido estar sujeta a la explotación sexual durante años y, por otra parte, porque el art. 13.3 establece una cláusula de salvaguardia que permite a los Estados no respetar el citado plazo cuando existan motivos de orden público.

³⁶ CEDAW, *Recomendación general núm. 38...*, *op. cit.*, p. 4.

³⁷ *Ibid.*, apdo. 38.

³⁸ *Ibid.*, apdo. 39.

³⁹ Véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 191-192.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2011/36 «adopta un enfoque respecto a la lucha contra la trata de seres humanos integrado, global y basado en los derechos humanos» cuyos objetivos más importantes se extienden a «un mayor rigor en la prevención, el enjuiciamiento y la protección de los derechos de las víctimas»⁴⁰. Así, la Directiva desglosa en artículos diferentes las medidas de asistencia y apoyo a las víctimas mientras que las medidas de protección se proporcionan específicamente en el marco de las investigaciones y de procesos penales, reconociendo explícitamente que las citadas medidas no podrán supeditarse a la voluntad de la víctima de cooperar en las investigaciones. Las medidas de protección que se circunscriben a las investigaciones y los procesos penales —y que se aplicarán junto con las contenidas en la Decisión marco del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal—⁴¹ deben suponer el acceso inmediato al asesoramiento jurídico, la representación legal y la posibilidad de reclamar una indemnización y han de adoptarse sobre la base de evaluaciones individuales.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Si bien las obligaciones de los Estados para prevenir y combatir la trata de mujeres se desprenden de la ratificación de diferentes tratados internacionales que establecen medidas concretas tal como se ha abordado en los epígrafes anteriores, estas también emanan de las obligaciones positivas de los Estados de proteger a las víctimas o presuntas víctimas de trata frente a abusos de los derechos humanos. Así, como se recogió en los Principios recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas: «Los Estados tienen la obligación, con arreglo al Derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes cometen y ayudan a proteger a las víctimas de ella»⁴². En ese sentido, es importante subrayar la importante labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vinculada a las obligaciones positivas de los Estados para proteger a las víctimas de trata y que se ha considerado que «se encuentra en el origen de lo que podría calificarse como un incipiente sistema de cumplimiento de la obligación de proteger a las víctimas de trata por parte de los Estados»⁴³.

⁴⁰ Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, cit., preámbulo.

⁴¹ Decisión marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

⁴² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y Directrices recomendados...*, op. cit.

⁴³ CASTAÑO REYERO, M. J., «Un estatuto de protección internacional para las víctimas de trata desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos», en MARTÍN OSTOS, J. (dir.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Barcelona, Bosch, 2019, p. 172.

El TEDH ha reconocido en varios casos la obligación de los Estados de proteger a las víctimas y de adoptar medidas necesarias para combatir la trata de mujeres con fines de explotación sexual⁴⁴ en casos en los que las víctimas se habían desplazado a otros Estados en búsqueda de oportunidades laborales o engañadas con falsas promesas de empleo por tratantes en cuanto a la actividad a realizar y a sus condiciones. El punto de partida con respecto de la inclusión del fenómeno de la trata como un tipo incluido en el art. 4 del Convenio se sitúa en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, donde el Tribunal consideró que a pesar de no encontrarse expresamente recogida «la propia trata de personas puede ser considerada contraria al espíritu y propósito del art. 4 del Convenio en grado tal, como para entrar dentro del ámbito de las garantías ofrecidas por dicho artículo»⁴⁵. Una vez aceptada la inclusión de la trata de seres humanos como prácticas susceptibles de protección por parte del TEDH, este se ha pronunciado sobre el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados⁴⁶. El Tribunal estima que existe una obligación específica de adoptar todas las medidas legislativas o de cualquier otro tipo para combatir la trata, entendiendo que las obligaciones positivas que se derivan del art. 4 deben extenderse a la adopción de otras «medidas apropiadas dentro del alcance de sus potestades, para apartar a dicho individuo de la situación o riesgo»⁴⁷. Lo que supone una obligación para los Estados de adoptar medidas para investigar de manera efectiva las denuncias de trata⁴⁸, y en su caso, aquellas de carácter procesal necesarias para garantizar el cumplimiento de esa obligación. De esta forma, ha afirmado que la falta de medidas de investigación adicionales por parte de la policía y la negativa injustificada de iniciar procedimientos penales supone una violación del Convenio porque el Estado no cumplió con su obligación de tomar medidas concretas para proteger a las víctimas reales o potenciales de un trato contrario al art. 4⁴⁹. El Tribunal también ha enfatizado en la necesidad de que tales investigaciones fueran completas y efectivas, esto significa que deben de cubrir todos los aspectos de las denuncias de trata, desde el reclutamiento hasta la explota-

⁴⁴ Es cierto que con carácter previo ya se había pronunciado sobre las obligaciones positivas de los Estados pero vinculados a otra forma de trata, el trabajo forzado. Así el TEDH reconoció que: «*In those circumstances, the Court considers that limiting compliance with Article 4 of the Convention only to direct action by the State authorities would be inconsistent with the international instruments specifically concerned with this issue and would amount to rendering it ineffective. Accordingly, it necessarily follows from this provision that States have positive obligations, in the same way as under Article 3 for example, to adopt criminal-law provisions which penalise the practices referred to in Article 4 and to apply them in practice*», *Siliadin c. Francia*, núm. 73316/01, TEDH 2005, párr. 89.

⁴⁵ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, núm. 25965/04, TEDH 2010, párr. 279.

⁴⁶ Sobre este asunto, véanse ALLAIN, J., «*Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*», *Human Rights Law Review*, vol. 10, 2010, núm. 3, pp. 546-557; BONET PÉREZ, J., «La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz de ordenamiento jurídico internacional: Aproximación teórica y jurisdiccional», en PÉREZ ALONSO, E. J. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 203-207; BEDMAR CARRILLO, E., «Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud», en PÉREZ ALONSO, E. J. (dir.), *op. cit.*, pp. 216-219.

⁴⁷ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, núm. 25965/04, TEDH 2010, párr. 288.

⁴⁸ *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, núm. 40020/03, TEDH 2012, párr. 94.

⁴⁹ *L. E. c. Grecia*, núm. 71545/12, TEDH 2016, párr. 66.

ción, y que esas obligaciones debían de ser asumidas por todos los Estados involucrados en la trata de personas, esto es, los Estados de origen, tránsito y destino.

No obstante, el Tribunal establece límites con respecto de la obligación de los Estados a efectos de considerar su responsabilidad. Según el TEDH, esto significa que esa obligación no puede imponer una carga insostenible o excesiva a las autoridades, considerando que existe responsabilidad cuando se demuestre que las autoridades estatales tenían o debían tener conocimiento de circunstancias que dieran lugar a una sospecha razonable de que una persona estaba sujeta o estaba en peligro real e inmediato de ser víctima de trata. En cuanto a la obligación de investigar, dice el TEDH:

«Pour être effective, l'enquête doit être indépendante des personnes impliquées dans les faits. Elle doit également permettre d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit là d'une obligation non de résultat, mais de moyens. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans tous les cas mais lorsqu'il est possible de soustraire l'individu concerné à une situation dommageable, l'enquête doit être menée d'urgence»⁵⁰.

En síntesis, el TEDH ha reconocido que el art. 4 de la Convención puede en determinadas circunstancias obligar a los Estados parte a adoptar medidas adecuadas para proteger a las víctimas o presuntas víctimas de trata según el principio de diligencia debida⁵¹. La interpretación de estas disposiciones ha aclarado el contenido sustantivo de algunas obligaciones de los Estados incluida la obligación de prevenir la explotación relacionada con la trata y la obligación de llevar a cabo la debida investigación por parte de las autoridades de los Estados y su enjuiciamiento efectivo.

6. HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL

La trata de seres humanos en el contexto de las migraciones tiene un impacto directo sobre las mujeres debido a que las desigualdades de género incrementan su vulnerabilidad, por lo que corren un riesgo real de ser objeto de trata con fines de explotación sexual. Una comprensión limitada por parte de los Estados de la realidad de la situación de las mujeres migrantes reduce la capacidad de aquellos para ofrecer respuestas apropiadas y conformes a la situación actual.

Para prevenir y combatir este fenómeno, es necesario enfocarlo como un delito y como una violación de derechos humanos, desde una perspectiva de género. Hasta el presente, los instrumentos internacionales universales y re-

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 68.

⁵¹ Véanse WAISMAN, V., «Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, 2010, núm. 2, pp. 415-418; PIOTROWICZ, R., «States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings», *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, 2012, núm. 2, pp. 181-201.

gionales solo ofrecen remedios parciales al problema ya que el alcance de las obligaciones de los Estados vinculadas a la protección y ayuda a las víctimas de la trata —en muchos casos— parecen poseer un carácter limitado, aunque se observa una tendencia creciente a reforzar ese umbral de protección según evoluciona la propia comprensión de este fenómeno. La gravedad de la situación de trata exige que se articulen soluciones para frenar esta lacra y que se proporcione una protección integral a las víctimas a través de la consolidación de los enfoques basados en los derechos humanos y en el género, colocando a las víctimas en el centro de todas las actuaciones.

RESUMEN

LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO MIGRATORIO

El incremento de los niveles de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual como consecuencia del actual fenómeno migratorio reclama de los Estados respuestas eficaces que permitan prevenir y combatir este problema de forma integral. Este estudio analiza el marco internacional universal y regional, en los cuales existen limitaciones importantes, tanto por la ausencia de un enfoque de derechos humanos como por la inexistencia de una perspectiva de género. No obstante, se observan nuevas tendencias con respecto de la concepción de este fenómeno que podrían suponer una redefinición positiva del alcance de las obligaciones de los Estados.

Palabras clave: derechos humanos, explotación sexual, migración, trata de mujeres.

ABSTRACT

STATE OBLIGATIONS IN MATTERS RELATED TO PREVENTION AND PROTECTION AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN FOR THE PURPOSE OF SEXUAL EXPLOITATION IN THE CONTEXT OF MIGRATION

The increase in the levels of trafficking in women and girls for the purpose of sexual exploitation because of the current migratory phenomenon calls for effective responses from the States to prevent and combat this problem in a comprehensive manner. This study analyzes the universal and regional international framework, in which there are important limitations, both due to the absence of a human rights approach and the lack of a gender perspective. However, there are trends with respect to the conception of this phenomenon that could lead to a positive redefinition of the scope of State obligations.

Keywords: human rights, sexual exploitation, migration, trafficking in women.