

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

PROTECTION OF VICTIMS OF TRAFFICKING FOR SEXUAL EXPLOITATION: INTERNATIONAL STANDARDS ON A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH AND CHALLENGES RELATED TO THEIR IMPLEMENTATION IN SPAIN

Valentina Milano*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. EL DOMINIO DEL ENFOQUE DE DERECHO PENAL EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS III. UN ENFOQUE INTEGRAL BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS: LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTA NUEVA APROXIMACIÓN IV. IDENTIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA EN ESPAÑA: ESTÁNDARES Y RETOS RELATIVOS A SU APLICACIÓN V. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual es hoy en día el segundo negocio criminal más lucrativo a nivel mundial. ¿Qué elementos han determinado la incapacidad del Derecho internacional para contrarrestar este fenómeno? Tradicionalmente, la trata se ha considerado como un asunto exclusivamente criminal y se ha abordado con estrategias de tipo penal o migratorio centradas en la criminalización y el castigo, sin abordar los aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos de sus víctimas. Los efectos de este enfoque han sido nefastos tanto en términos de vulneración de derechos como de ineficacia de la persecución del delito. Instrumentos más recientes marcan, sin embargo, un cambio de rumbo hacia un enfoque integral basado en los derechos humanos. Después de examinar las consecuencias perjudiciales de la adopción de un abordaje de tipo exclusivamente penal y la

Fecha de recepción del original: 10 de mayo de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de agosto de 2016.

* Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de las Islas Baleares. Jurista especializada en derechos humanos en Naciones Unidas (UNESCO, OMS y Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)) de 2000 a 2010. Encargada de coordinar el mandato de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Trata de Personas en ACNUDH de 2009 a 2010. La presente contribución se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2015-65486-R “Los muros y el derecho internacional contemporáneo: implicaciones para la seguridad, la dignidad de la persona y el desarrollo sostenible”. Correo electrónico: valentina.milano@uib.es

persistencia de este enfoque en la actualidad, el presente estudio profundiza en el análisis del llamado “enfoque de derechos humanos” en materia de trata, examinando los elementos que conforman este abordaje a la luz de los instrumentos universales y regionales pertinentes y de las interpretaciones más recientes de los tribunales y órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Finalmente, se concluye el análisis con el estudio de la aplicación de este marco normativo en el ámbito nacional: ¿cumple España con sus compromisos internacionales relativos a la asunción de un enfoque de derechos humanos en materia de trata? ¿Cuáles son los mayores retos a los que se enfrenta en este contexto?

ABSTRACT: Trafficking in women and girls for sexual exploitation is today the second most lucrative criminal business worldwide. Why has international law proved ineffective in curbing this phenomenon? Traditionally, trafficking has been exclusively categorized as a crime and tackled with law enforcement and immigration control strategies focused solely on criminalization and punishment, without addressing the aspects related to the protection of victims' rights. The consequences of this approach have been disastrous both in terms of human rights violations and ineffectiveness of traffickers' prosecution. More recent instruments mark, however, a change of course towards a comprehensive human rights-based approach. After examining the persistent harmful consequences of the adoption of an exclusively criminal law approach, this study delves into the analysis of the “human rights-based approach” to trafficking, examining its constituent elements in light of relevant universal and regional instruments and of recent interpretations by international human rights courts and bodies. Finally, the study carries out a thorough examination of the implementation of this normative framework at the national level: does Spain comply with its international commitments on the adoption of a human rights-based approach to trafficking? What are the major challenges Spain is facing in this regard?

PALABRAS CLAVE: Trata de seres humanos; Explotación sexual; Prostitución; Enfoque de derechos humanos; Enfoque de Derecho penal; Debida diligencia; Obligaciones positivas; Participación; Rendición de cuentas; Derechos de las víctimas.

KEYWORDS: Human trafficking; Sexual exploitation; Prostitution; Human rights-based approach; Criminal law approach; Due diligence; Positive obligations; Participation; Accountability; Victims' rights.

I. INTRODUCCIÓN

La trata de personas como forma de esclavitud moderna, como fenómeno global que se materializa en la explotación del ser humano por otro ser humano a través de la apropiación de su libertad, su trabajo y su dignidad, indigna cada vez más a la comunidad internacional. Sin duda, “el dinero puede permitir comprar muchas cosas, pero no debería nunca, jamás, permitir comprar otro ser humano”¹. Este delito, que atenta gravemente al bienestar del individuo y de la comunidad, se manifiesta en formas de explotación tan variadas como la esclavitud, el trabajo forzoso, la servidumbre doméstica, el matrimonio forzado o la extracción ilícita de órganos. Sin embargo, la forma más extendida sigue siendo la trata con fines de explotación sexual. La mayoría de las mujeres que ejercen la prostitución son víctimas de trata, es decir son captadas y

¹ John Kerry, Secretario de Estado de Estados Unidos, discurso pronunciado en la Casa Blanca durante el “White House Forum on Combating Human Trafficking in Supply Chains”, 29 de Enero de 2015.

trasladadas recurriendo a la amenaza, a la fuerza o al engaño para su sucesiva explotación sexual².

Aunque falten datos exhaustivos sobre este fenómeno planetario, los informes de las organizaciones internacionales coinciden en que alrededor del 80% de las víctimas de trata traídas a Europa son mujeres y niñas³ y que el 95% de ellas acaba en la prostitución⁴, siendo los tratantes prevalentemente hombres⁵. También, los datos revelan que se están captando cada vez más niñas: mientras en 2004 las menores representaban un 10% de las víctimas a nivel mundial, este porcentaje se ha duplicado en pocos años, llegando a un alarmante 21% en 2011⁶. En fin, como segundo negocio ilícito más lucrativo a nivel mundial detrás del tráfico de drogas, la trata generaría alrededor de 31.700 millones de euros anuales según los datos más recientes de la OIT⁷. En este contexto desolador, España presenta una situación muy similar. Aunque falten datos estadísticos rigurosos⁸, los informes oficiales y de las entidades especializadas coinciden en estimar que entre el 80 y el 90% de las mujeres que ejercen la prostitución en España son extranjeras y que muchas de ellas han sido traídas por redes de trata⁹ y

² Conforme a la definición internacional vigente, la trata de personas tiene 3 elementos constitutivos: - el acto: la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas; - los medios: la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra; y - el fin: la explotación, que incluye como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; v. art. 3 del Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, de 15 de noviembre de 2000 (“Protocolo de Palermo”), entrado en vigor el 25 de diciembre de 2003 y ratificado por España el 1 de marzo de 2002 (*UNTS*, vol. 2237, p. 319).

³ Comisión europea, Eurostat, “Trafficking in Human Beings”, 2015, p. 10-11 (Informe Eurostat 2015). La ONU también indica que las mujeres y niñas representan el 78% de las víctimas de trata identificadas en Europa occidental y central; en Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), “Global Report on Trafficking in Persons”, 2014, p. 61 (Informe mundial ONUDD 2014).

⁴ Informe Eurostat 2015, p. 11.

⁵ Poco más del 70% de los tratantes son hombres en la Unión europea (UE) (Informe Eurostat 2015, p. 13), una cifra que coincide con el porcentaje de 72% de tratantes hombres a nivel mundial (Informe mundial ONUDD 2014, p. 10).

⁶ Informe mundial ONUDD 2014, pp. 29-31.

⁷ Oficina Internacional del Trabajo (OIT), *A Global Alliance against Forced Labour*, 2005, p. 55.

⁸ V. ORBEGOZO OROÑOZ, I., “La falta de cifras estadísticas rigurosas en España sobre la trata de seres humanos: un fenómeno de difícil cuantificación”, en POELEMANS, M., RICHARD GONZÁLEZ, M., GUTIÉRREZ SANZ, M^a R., y RIAÑO BRUN, I. (Coords.), *El fenómeno de la prostitución. Cooperación franco-española en la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, 2015, pp. 91-97.

⁹ Ministerio de Igualdad, Gobierno de España, *Plan Integral contra la Trata de Seres Humanos*, 2010, p. 15; Cáritas, *La prostitución desde la experiencia y mirada de Cáritas*, 2016, pp. 14-15; Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres, *El cliente de prostitución, de invisible a responsable*, 2008, p. 8. A título comparativo, en Francia los datos apuntan a que en 1990 el 80% de las personas prostituidas eran francesas, mientras en 2015 las personas extranjeras representan entre 80% y 90% de este colectivo; en MESTROT, M., “Approche statistique de la prostitution en France”, en POELEMANS, M., RICHARD GONZÁLEZ, M., GUTIÉRREZ SANZ, M^a R., y RIAÑO BRUN, I. (Coords.), *El fenómeno de la prostitución ...*, cit., pp. 99-105. Finalmente, según los datos de la ONU, cerca de 60% de las víctimas de trata traídas a Europa occidental y del sur son europeas, de las cuales un 27% proviene de los Balcanes

escogidas por su situación de vulnerabilidad para que resulte más fácil manipularlas¹⁰. El dato referente a España que sí resulta atípico es el relativo a la demanda de servicios sexuales: con un 39% de los hombres que han comprado este tipo de servicios al menos una vez en su vida, España encabeza la lista de los países de la Unión europea (UE), con mucha distancia respecto a los demás países que se sitúan cerca del 19%, la media europea¹¹. Finalmente, la explotación sexual de las víctimas de trata generaría en España entre 3.000 y 3.700 millones de euros anuales¹².

¿Es la trata de seres humanos un fenómeno nuevo para el Derecho internacional? Desde luego, no lo es, puesto que durante todo el siglo XX se han adoptado hasta cinco convenios internacionales con el propósito de contrarrestar este fenómeno. Sin embargo, esta estrategia normativa no ha sido eficaz. La trata no ha dejado de florecer como negocio criminal en todas las regiones del mundo¹³. ¿Por qué y dónde ha fallado el Derecho internacional? La trata de personas se ubica en la intersección entre dos ramas del derecho internacional: el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, estas dos ramas han desempeñado un papel enormemente desequilibrado en esta materia. Tradicionalmente, la trata se ha considerado como un asunto de naturaleza criminal y se ha abordado con estrategias centradas únicamente en la criminalización y el castigo. Frente al dominio de este abordaje, el Derecho internacional de los derechos humanos ha asumido un rol muy pasivo y residual durante todo el siglo XX, lo que ha propiciado políticas marcadas no solo por la ausencia de medidas de prevención y de protección de las víctimas, sino también por la victimización secundaria de estas últimas por parte del Estado. El resultado ha sido altamente insatisfactorio no solo en términos de protección de las víctimas sino también de la ineficacia de la respuesta de tipo penal que se ha pretendido proporcionar. A la luz de esta constatación, este principio de siglo ha marcado un importante cambio de rumbo en el Derecho internacional relativo a la trata. Al fin, se ha empezado a reconocer la necesidad de integrar un enfoque de derechos humanos en la lucha contra este fenómeno. Este cambio se ha producido de manera inequívoca únicamente en el contexto europeo, donde el Convenio del Consejo de Europa sobre trata de 2005 (“Convenio de Varsovia”)¹⁴ y la Directiva UE sobre trata de 2011 (“Directiva sobre trata”)¹⁵ incorporan este enfoque integrado de forma más avanzada, en

y un 13% de Europa central, mientras un 16% de las víctimas provienen de la misma Europa occidental y del sur, Informe mundial UNODC 2014, p. 62-66.

¹⁰ Acerca de las estrategias de captación y explotación de los tratantes, v. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Ayudando a las Víctimas de Trata*, 2015, pp. 81-88.

¹¹ En ONUDD, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, 2010, p. 49.

¹² V. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, 2015, pp. 35-36.

¹³ Según la OIT, alrededor de 4,5 millones de personas se encontrarían en situación de explotación sexual forzada en el mundo, en OIT, *ILO Global Estimates of Forced Labour*, 2012, pp. 13-14.

¹⁴ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia el 16.05.2005, y entrado en vigor el 01.02.2008. Ha sido ratificado por España el 01.04.2009, donde ha entrado en vigor el 02.08.2009 (*BOE* n° 219, de 10.09.2009; *CETS* n° 197).

¹⁵ Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la 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, (*DOUE*

comparación con el Protocolo de Naciones Unidas sobre la trata de 2000 (“Protocolo de Palermo”) y otros tratados adoptados en distintos ámbitos regionales.

En este contexto, este estudio examina las distintas soluciones que se han adoptado en Derecho internacional en términos de asunción de un enfoque de derechos humanos, considerando tanto el ámbito universal como el regional. Mientras la parte II. de este estudio examina los instrumentos que desde hace un siglo y hasta el día de hoy asumen un enfoque eminentemente penal, ilustrando las consecuencias que derivan de este tipo de aproximación, la parte III. se centra en el estudio de los instrumentos que reflejan un cambio de rumbo hacia un enfoque integral basado en los derechos humanos. En este contexto, se profundiza en el estudio del concepto de “enfoque de derechos humanos”, examinando los elementos más destacables que caracterizan esta noción. Finalmente, en la Parte IV. se profundiza el análisis de este marco legal a través del estudio de su aplicación en el ámbito español. Debiéndose limitar el estudio a un aspecto de la extensa normativa relativa a la trata, se ha escogido centrarse en los estándares aplicables a la protección de las víctimas de trata, tratándose del aspecto más central del enfoque de derechos humanos. En este contexto, se examina en qué medida el ordenamiento español cumple con estos estándares y cuáles son los mayores retos a los que se enfrenta en la asunción de esta nueva aproximación.

II. EL DOMINIO DE UN ENFOQUE DE DERECHO PENAL EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

No se pueden entender las dificultades que permean hoy en día el viraje hacia un enfoque integral basado en los derechos humanos si no se conoce el recorrido y el impacto que ha tenido el enfoque de Derecho penal en el ámbito de la lucha contra la trata de personas. Su dominio casi absoluto durante un periodo de tiempo tan prolongado ha dejado una huella profunda, que sigue determinando en gran medida el Derecho internacional actual en esta materia y, aun más, su aplicación.

1. Trata y enfoque penal en el siglo XX

En 1904 se adoptó el primer convenio sobre la trata de personas, entonces denominada trata de blancas. Mientras el fenómeno de la trata de mujeres es mucho más antiguo – véase por ejemplo la captación de mujeres indígenas para servir de esclavas sexuales y domésticas del hombre blanco durante la época colonial¹⁶ – la comunidad internacional, liderada por Estados Unidos y los principales países europeos, solo se movilizó para regularlo cuando mujeres blancas empezaron a ser captadas para servir como prostitutas

nº L 101, de 15.4.2011, p. 1), cuya transposición en el ordenamiento nacional de cada país miembro (excepto Reino Unido y Dinamarca) debía realizarse en el plazo máximo de dos años.

¹⁶ V., por ejemplo, FRÜHAUF GARCIA, E., “Conquista, sexo y esclavitud en la cuenca del Río de la Plata: Asunción y São Vicente a mediados del siglo XVI”, *Americanía. Revista de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*, n. 2, 2015, pp. 39-73.

en países árabes o asiáticos¹⁷. Durante el siglo XX, se adoptaron otros cuatro convenios exclusivamente dedicados a la lucha contra la trata de personas: en 1910, 1921, 1933 y 1949. El de 1949¹⁸, que consolida el conjunto de los convenios anteriores, es el tratado que tendrá una vigencia más larga. Regulará la trata durante más de cincuenta años, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Palermo, a principios del siglo XXI.

De una manera similar a los anteriores, el convenio de 1949 pone énfasis en la detención y enjuiciamiento de los tratantes, incluida la cooperación en materia judicial y de extradición. Las pocas disposiciones relativas a las víctimas se refieren al establecimiento de algunas medidas preventivas y a los procedimientos de repatriación, mientras que la protección, asistencia y recuperación de las víctimas no se mencionan o apenas se consideran¹⁹. En síntesis, el análisis de estos convenios deja de manifiesto que, para atajar este fenómeno, los Estados se han centrado exclusivamente en criminalizar las conductas delictivas y en regular la cooperación internacional para la persecución penal de los tratantes. Se trata sin duda de convenios típicos del Derecho penal internacional, que promueven “la represión indirecta por el Derecho internacional, a través del Derecho penal nacional, de actividades delictivas que tienen efectos transnacionales reales o potenciales”²⁰, y cuyo objetivo final es reducir al mínimo la existencia de Estados que sean un refugio para la comisión de estos delitos y hacia donde los delincuentes puedan huir para escapar de la persecución y condena penal²¹.

De hecho, sorprende relativamente que convenios de Derecho penal internacional no incluyan garantías relativas a la protección de las víctimas. Estudios recientes apuntan a que en la actualidad los instrumentos de esta rama del Derecho internacional, muchos de los cuales se han negociado en el ámbito de la ONUDD, siguen sin tomar en cuenta los aspectos relativos a la protección de los derechos humanos²², a pesar de los cambios

¹⁷ BALES, K. and CORNELL, B., “The Next Step in the Fight Against Human Trafficking: Outlawing the Trade in Slave-Made Goods”, *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 1, 2006, p. 211. Para un estudio de la perspectiva racista de los movimientos para la eliminación de la trata de blancas, v. tb. DONOVAN, B., *White Slaves Crusades: Race, Gender, and Anti-vice Activism, 1887-1917*, University of Illinois Press, Urbana y Chicago, 2006.

¹⁸ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1949.

¹⁹ Mientras los convenios de 1910, 1921 y 1933 no incluyen ninguna referencia al respecto, los de 1904 y 1949 sí se refieren brevemente a la asistencia a las víctimas, el de 1904 de una forma muy sucinta (artículo 3) y el de 1949 de una forma algo más extensa (artículos 16 y 19).

²⁰ Definición del concepto de “Derecho penal internacional” (en inglés Transnational criminal law) forjada por Neil BOISTER (traducción libre de la autora), en BOISTER, N., “Transnational Criminal Law?”, *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 5, 2003, p. 955. Sobre el Derecho penal internacional como rama distinta del Derecho internacional, v. BASSIOUNI, C., “El Derecho Penal Internacional: historia, objetivo y contenido”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 35, n. 1, 1982, pp. 5-42; BOISTER, N., *cit.*, pp. 953-976; BOISTER, N. and CURRIE, R.J. (ed.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2015; y MEJÍA AZUERO, J. C., “Diferencias entre el Derecho penal internacional y el Derecho internacional penal”, *Prolegómenos: Derecho y Valores*, vol. XI, n. 22, 2008, pp. 181-217.

²¹ V. NADELMAN, E., “Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society”, *International Organization*, vol. 44, n. 4, 1990, p. 479.

²² BOISTER, N., “The concept and nature of transnational criminal law”, en BOISTER, N. and CURRIE, R.J. (ed.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, *cit.*, p. 24-26; y CURRIE, R.J., “The protection of human rights in the suppression of transnational crime”, *Ibid.*, p. 27-40.

importantes que se han producido en el ordenamiento internacional en relación con la llamada transversalización de los derechos humanos, es decir la necesidad de integrar la promoción y protección de los derechos humanos en todos los ámbitos de intervención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)²³.

Sin embargo, llama más la atención que otra rama del Derecho internacional, el Derecho internacional de los derechos humanos, haya sido incapaz de proporcionar una respuesta protectora para este colectivo durante todo el siglo XX. En efecto, el Derecho internacional de los derechos humanos no contiene una prohibición general de la trata de personas. Solo incluye dos prohibiciones de alcance limitado, la primera centrada en las mujeres²⁴ y la segunda, más reciente, en los niños²⁵. Por otra parte, hasta finales del siglo XX estas prohibiciones se han quedado en letra muerta, puesto que no han sido objeto de aplicación ni desarrollo alguno por parte de los órganos de tratados encargados de promover la aplicación de estos -y otros- convenios de derecho humanos.

Dado que nos estamos refiriendo a formas de violencia y explotación que constituyen graves vulneraciones de los derechos humanos de la persona, entre ellos el derecho a la vida, a la libertad personal, a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la salud y a la vida privada, la adopción de un enfoque exclusivamente penal para atajar este fenómeno puede parecer como mínimo sorprendente. Sin embargo, se entiende si lo miramos desde el prisma del género, puesto que estamos hablando de violaciones cuyas víctimas eran – y siguen siendo - casi exclusivamente mujeres. Es cierto que “[e]l fenómeno de la trata de personas con fines de explotación sexual no se puede entender como una cuestión aislada de las lógicas de dominación patriarcal y neoliberal que sitúan a las personas como medios al servicio de sus propios fines”²⁶. Sin duda, la adopción de este enfoque refleja el abordaje machista que ha dominado nuestras sociedades, tanto a nivel nacional como internacional, hasta tiempos muy recientes. Si la trata hubiese afectado predominantemente a los hombres, probablemente aparecería en los instrumentos fundacionales sobre derechos humanos: la Declaración universal de los derechos humanos y los dos Pactos internacionales que la desarrollan. Estos instrumentos sí prohíben la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, conductas similares a la trata pero que afectan de manera bastante más preponderante a los hombres. Sin embargo, la trata no recibió la atención que merecía

²³ V. Secretario General de las Naciones Unidas, “Fortalecimiento de las Naciones Unidas: un programa para profundizar el cambio”, Informe A/57/387, 2002, párr. 45-58. V. tb. el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, donde los Estados resuelven integrar la promoción y protección de los derechos humanos en la actividad de todo el sistema de las Naciones Unidas, Asamblea General de Naciones Unidas, res. A/RES/60/1, párr. 126. V. en fin el informe elaborado por la ONUDD en 2010 sobre drogas, justicia penal y perspectiva de derechos humanos, donde se establece que la integración de la promoción y protección de los derechos humanos en el trabajo de la Comisión sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal y de la ONUDD no es una práctica establecida todavía, y que se requieren importantes esfuerzos en este sentido, ONUDD, “Drug control, crime prevention and criminal justice: A Human Rights perspective”, E/CN.7/2010/CRP.6–E/CN.15/2010/CRP.1, 2010, párr. 50-61.

²⁴ Art. 6 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 1979.

²⁵ Art. 35 de la Convención sobre los derechos del niño, 1989.

²⁶ CORDERO RAMOS, N., “Trata con fines de explotación sexual. Derechos humanos que maltratan a las humanas”, *Gazeta de Antropología*, vol. 30, n. 3, 2014, p. 1.

como cuestión de derechos humanos, en línea con la mentalidad que dominaba en aquel momento, inclusive en la ONU. Fue solo cuando los derechos de las mujeres comenzaron a generar más atención y los órganos de la ONU empezaron a requerir a los órganos de control de los tratados la integración sistemática del estudio de los derechos de las mujeres como enfoque transversal en todos los aspectos de sus actividades²⁷, cuando la trata de personas empezó a ser abordada como un tema de preocupación.

También, el componente racial se ha ido sumando al de género. Tratándose a menudo de mujeres extranjeras, la discriminación racial ha contribuido considerablemente a la falta de consideración de esta temática, así como al trato agravante que han recibido las víctimas de trata, sujetas por lo tanto a doble discriminación: de género y de raza²⁸. A pesar de los avances, esta doble discriminación sigue vigente. Este conjunto de factores ha llevado a la invisibilización de la situación de las víctimas en términos normativos.

2. Trata y enfoque penal en este principio de siglo XXI

A) El Protocolo de Palermo

Después de muchos años de notable irrelevancia, la trata ha vuelto a adquirir importancia en la agenda internacional no solo por el nuevo énfasis puesto en los derechos de las mujeres, sino también por otro factor significativo: el desarrollo del fenómeno migratorio. El aumento exponencial de los flujos migratorios y el correlativo aumento de la actividad de las redes criminales que se aprovechan de la desesperación y vulnerabilidad de las personas que, empujadas por graves situaciones de crisis económica y humanitaria, necesitan buscar una vida mejor y no encuentran canales legales para ello, han empezado a preocupar de forma significativa a la comunidad internacional, y más especialmente a los gobiernos de los países de destino. Son estas preocupaciones, y no las relativas a los derechos de las víctimas, las que han empujado a los Estados a adoptar en el año 2000 la Convención contra la Delincuencia Organizada

²⁷ En su resolución 38/2 “Incorporación de los derechos humanos de la mujer” de 1994, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas invitó a los presidentes de todos los órganos de tratados a examinar la cuestión de la integración de los derechos humanos de la mujer en su trabajo de forma regular. V. tb. Naciones Unidas, Informe del Secretario General sobre la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas (E/1997/66); y Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Conclusiones convenidas 1997/2 “Incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas”*, en Informe del Consejo Económico y Social correspondiente a 1997, Asamblea General, Documentos Oficiales, A/52/3/Rev.1., cap. IV, sección A.

²⁸ En este sentido se pronuncia el *Grupo de expertos en trata de seres humanos de la UE*, un órgano de asesoramiento de la Comisión Europea, que insiste sobre la necesidad de integrar un enfoque tanto de género como racial en las políticas de lucha contra la trata; en Union Europea, *Report of the Expert Group on Trafficking in Human Beings*, Bruselas, 22 de diciembre de 2004, pag. 61 y 138.

Transnacional²⁹ y sus tres protocolos, entre ellos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el Protocolo sobre el tráfico ilegal de migrantes³⁰.

Las dos figuras se han diferenciado claramente: mientras el tráfico de personas (“*smuggling*”) consiste en el traslado de una persona de un país a otro de manera ilegal a cambio de una remuneración, la trata de personas (“*trafficking*”) consiste en el traslado de una persona mediante algún tipo de engaño o coacción, con el objetivo de su ulterior explotación³¹. Sin embargo, lo que trasciende de estos textos es que ambos responden al objetivo final de los Estados de limitar la entrada de personas extranjeras traídas ilegalmente, para su ulterior explotación o no, por las redes criminales. A pesar de tratarse de unos instrumentos relativamente recientes, en ambos casos la cuestión del trato que debe brindarse a las víctimas de estos delitos resulta claramente residual³². Lo que prevalece es la perspectiva de persecución criminal, puesta al servicio de la regulación y limitación de los flujos migratorios.

Al mismo tiempo, debe reconocerse que la adopción del Protocolo de Palermo ha representado un paso clave hacia la introducción de un enfoque de derechos humanos en el Derecho internacional sobre trata. Por primera vez, aparecen elementos de confluencia entre el enfoque de Derecho penal y el de derechos humanos en un mismo instrumento, que se manifiestan fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, el Protocolo adopta la primera definición internacional de la trata, que abarca una amplia tipología de víctimas – mujeres, hombres y niños - y de situaciones de explotación -no sólo la explotación sexual, sino también el trabajo forzoso, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos- lo que constituye un éxito innegable tanto en términos de cooperación policial y judicial como de protección de las víctimas puesto que se incluyen numerosas situaciones de trata previamente excluidas. En segundo lugar, se trata del primer convenio internacional sobre trata que incluye entre sus objetivos la protección y asistencia a las víctimas³³. Sin embargo, hay que remarcar que el impacto de este último avance queda diluido a la hora de examinar con detenimiento el texto del Protocolo, puesto que la gran mayoría de las disposiciones sobre protección y asistencia a las víctimas no tienen carácter vinculante³⁴, en

²⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, adoptada por la Asamblea General en su resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000, entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003 y ratificada por España el 1 de marzo de 2002 (*BOE* n° 233, del 29.09.2003).

³⁰ Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, adoptado por la Asamblea General en su resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000, entrado en vigor el 28 de enero de 2004 y ratificado por España el 1 de marzo de 2002 (*BOE* n° 295, del 10.12.2003).

³¹ La diferenciación entre estas dos figuras delictivas ha sido confusa en el ordenamiento español. Su asunción tanto en el Derecho como en su interpretación jurisprudencial solo se ha alcanzado en tiempos recientes: v., por ejemplo, el análisis de esta distinción por parte del Tribunal Supremo en su sentencia num. 188/2016, Sala Segunda de lo Penal, del 4 de marzo de 2016, Fundamentos de Derecho 5º y 6º.

³² En este sentido, v. GALLAGHER, A., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010, pp. 83 y 336; y OBOKATA, T., “Human Trafficking”, in BOISTER, N. and CURRIE, R.J., *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, cit., p. 177-178.

³³ Artículo 2 del Protocolo.

³⁴ V. Naciones Unidas, Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (“Guía legislativa para la aplicación del

contraposición con las numerosas disposiciones dedicadas a la persecución penal del delito que sí lo tienen. Además, faltan disposiciones específicas relativas a la protección frente a las principales formas de victimización secundaria, como la detención, el enjuiciamiento y la expulsión sin garantías de las personas objeto de trata.

Por consiguiente, debemos concluir que el Protocolo de Palermo perpetúa otra vez, al principio del siglo XXI, una perspectiva fundamentalmente de Derecho penal, que ningunea la vertiente de derechos humanos tan presente en este delito. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha destacado que la persistencia de este tipo de enfoque en el Derecho internacional actual genera unas consecuencias muy concretas en materia de vulneración de derechos, inclusive: - la detención de personas víctimas de trata en centros de inmigración, al considerarles inmigrantes en situación irregular en lugar de víctimas de trata; - su enjuiciamiento por delitos relacionados con situaciones ajenas a su voluntad, entre ellas la entrada ilegal, la residencia ilegal y el trabajo ilegal; - la denegación del derecho a solicitar asilo por ser perseguidas por redes criminales, y la repatriación forzosa de las víctimas en peligro de sufrir represalias o de volver a ser objeto de trata; - redadas, rescates y otras operaciones de captura en las que no se protegen debidamente los derechos de las víctimas; - la denegación del derecho a reparación³⁵. Finalmente, estudios recientes confirman que el abordaje de tipo penal que predomina en el Protocolo de Palermo tampoco ha sido eficaz en la consecución de su principal objetivo: la persecución y el enjuiciamiento de los tratantes³⁶.

B) Convenios de ámbito regional

Cómo ya tuvimos la ocasión de mencionar, ha sido en el ámbito regional europeo donde los Estados han manifestado la voluntad no solo de superar la estrechez del enfoque de tipo penal y apostar por un enfoque integral basado en los derechos humanos, sino también de asumir este cambio en instrumentos internacionales sobre trata de carácter vinculante: el Convenio de Varsovia de 2005 y la Directiva sobre trata de 2011. Al tratarse de instrumentos que no responden a un enfoque tradicional de tipo penal, el examen detallado de estos textos se llevará a cabo en la siguiente sección.

En cuanto a los otros ámbitos regionales, han sido pocos los instrumentos sobre trata que se han adoptado. El continente asiático es el que ha sido más activo en este respecto. Sin embargo, debe lamentarse que la adopción por la Asociación de Naciones

Protocolo”), 2004, p. 49 (https://www.unodc.org/tldb/es/legislative_guides.html, consultado el 4 de agosto de 2016).

³⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas: Comentario (“Comentario a los Principios y Directrices sobre Trata”)*, HR/PUB/10/2, 2010, p. 89. V. tb. GALLAGHER, A., “Two Cheers for the Trafficking Protocol”, *Anti-Trafficking Review*, vol. 4, 2015, pp. 27-28.

³⁶ Como confirma el último informe de la ONUDD, gracias al clima de impunidad que ha generado la falta de persecución y de condenas, la trata de personas no deja de florecer como actividad de bajo riesgo y altos beneficios para las redes criminales, Informe sobre trata ONUDD 2014, p. 1.

del Sureste Asiático³⁷ (ASEAN) de una convención contra la trata a finales de 2015 haya sido una ocasión perdida. Este acuerdo no representa un adelanto significativo respecto al Protocolo de Palermo: la mayoría de sus disposiciones son literalmente idénticas a las de este Protocolo o de su convención madre. Es cierto que este convenio introduce unos pocos y sin embargo relevantes elementos novedosos, que se refieren esencialmente a los protocolos de identificación y a la no criminalización y no detención de las víctimas³⁸. De hecho, esta última previsión es la única que va más allá de lo que dispone no solo el Protocolo de Palermo, sino también el Convenio de Varsovia y la Directiva UE. Mientras estos instrumentos no contienen ninguna disposición al respecto, el convenio de ASEAN establece que los Estados parte no deben detener irrazonablemente a personas que han sido identificadas como víctimas de trata, sea antes, durante o después de procesos civiles, penales o administrativos relativos a la trata de personas³⁹. Aunque la formulación no sea especialmente lograda, tiene el mérito de abordar uno de los aspectos más graves de la victimización secundaria a la que están sujetas las personas tratadas. Sin embargo, los elementos positivos que pueden apreciarse en este convenio son muy puntuales y de alcance limitado y no pueden compararse a los avances mucho más amplios y sustanciales aportados por los dos instrumentos europeos en términos de enfoque integral basado en los derechos humanos.

Asimismo, la convención sobre prevención y lucha contra la trata adoptada en 2002 por la Asociación del Sureste Asiático para la Cooperación Regional (SAARC) incluye unos compromisos extremadamente reducidos en materia de protección de las víctimas, además de abarcar una noción de trata extremadamente limitada, al referirse únicamente a la trata de mujeres y niños con fines de prostitución⁴⁰. En cuanto a la región de las Américas, el único convenio específico en materia de trata es anterior al Protocolo de Palermo⁴¹. Se trata por lo tanto de un instrumento obsoleto, además de tener un alcance limitado, al abarcar únicamente la trata de menores. Sin embargo, los Estados de esta región han adoptado recientemente la “Declaración de Brasilia” relativa a la trata de personas, que remite a la necesidad de un enfoque de derechos humanos⁴². Sin embargo, no refleja un verdadero compromiso al tratarse de un texto de carácter muy sucinto y carente de valor vinculante. Finalmente, en el continente africano no existe ningún instrumento convencional dedicado específicamente a la trata. Existen únicamente

³⁷ Convención de ASEAN contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptada el 21 de noviembre de 2015 en Kuala Lumpur, Malasia.

³⁸ Art. 14 de la Convención.

³⁹ Art. 14(8) de la Convención.

⁴⁰ Convención de SAARC relativa a la prevención y lucha contra la trata de mujeres y niños, adoptada el 5 de Enero de 2002 en Katmandú, Nepal.

⁴¹ Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada el 18 de marzo de 1994 en la Ciudad de México, México.

⁴² Declaración Interamericana para Enfrentar la Trata de Personas, aprobada por la OEA el 5 de diciembre de 2014 en Brasilia, Brasil, párr. 2-4.

planes de acción, entre los cuales destaca el Plan de Acción de Uagadugú para combatir la trata de personas, adoptado conjuntamente por la UA y la UE en 2006⁴³.

III. UN ENFOQUE INTEGRAL BASADO EN LOS DERECHO HUMANOS: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTA NUEVA APROXIMACIÓN

A la luz de los hechos que acabamos de exponer, varios Estados han empezado a pedir un cambio de rumbo, tendente a poner la víctima en un lugar más central de las estrategias de lucha contra la trata, mediante la adopción de un enfoque de derechos humanos. Al día de hoy, este enfoque se ha materializado de manera irrefutable únicamente en el continente europeo. En el plano universal, destaca un panorama normativo fragmentado o, mejor dicho, dicotómico. Si se están dando pasos en la dirección de la asunción de un enfoque de derechos humanos, este objetivo no se ha alcanzado todavía puesto que, como dejan de manifiesto tanto el Protocolo de Palermo como las deliberaciones de la Conferencia de las Partes en su convención madre, los Estados partes siguen negando valor obligatorio al enfoque de derechos humanos y a la mayoría de las disposiciones sobre protección de las víctimas⁴⁴. Por otro lado, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos tanto el Consejo de derechos humanos de la ONU como los órganos de protección de los derechos humanos de esta organización ponen de manifiesto que los Estados están obligados a adoptar un enfoque de derechos humanos, y que esta obligación procede no del Protocolo de Palermo, sino de distintos convenios en materia de derechos humanos, principalmente a raíz del deber de debida diligencia⁴⁵. En contraposición, resulta especialmente relevante que en el plano europeo se haya podido superar esta contradicción entre subsistemas, y que ello se haya logrado no solo eliminando los elementos de fricción entre ambos regímenes sino

⁴³ Plan de Acción de Uagadugú para combatir la trata de seres humanos, en particular mujeres y niños, adoptado durante la cumbre ministerial entre la UE y la UA sobre migraciones y desarrollo, 22 y 23 de noviembre de 2006.

⁴⁴ V., por ejemplo, Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “Aplicación del 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”, resolución 5.2, párr. 7 y 8. Cabe señalar también que mientras el Grupo de trabajo sobre trata establecido por la propia Conferencia de las Partes (por decisión 4/4 de 2008) insta repetidamente a los Estados a adoptar un enfoque de derechos humanos y centrado en la víctima, la Conferencia de las Partes ha ido distanciándose paulatinamente de las recomendaciones de su Grupo de Trabajo. Mientras en su resolución 5/2 de 2010 sobre trata la Conferencia de las Partes “acoge con beneplácito” las recomendaciones del Grupo de Trabajo, en 2012 deja de adoptar resoluciones específicas sobre trata y, en su informe final de la sesión, acoge con beneplácito únicamente sus actividades y debates. Finalmente, en 2014 la Conferencia de las Partes como tal no toma ninguna posición respecto al Grupo de trabajo, limitándose a mencionar en las minutas de sus debates que muchos Estados acogieron con beneplácito las recomendaciones del Grupo de trabajo.

⁴⁵ V. la última resolución del Consejo de derechos humanos sobre trata: “Trata de personas, especialmente mujeres y niños: protección de las víctimas de trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata, especialmente las mujeres y los niños, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos” (A/HRC/32/L.6), de 29 de junio de 2016, donde se afirma que todos los Estados están obligados a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar la trata y rescatar y proteger a las víctimas y darles acceso a reparación (Considerando 22), instando a los gobiernos a aplicar una estrategia integral contra la trata desde una perspectiva de derechos humanos (párr. 11).

incluso integrando ambas regulaciones en un único instrumento que adopta un enfoque integral basado en los derechos humanos.

Expuestas estas premisas, nos referiremos a continuación a los principales elementos que conforman el enfoque de derechos humanos en materia de trata: 1. las tres Ps -prevención, protección y persecución- y la debida diligencia; 2. la primacía de los derechos humanos; y 3. los principios transversales. Los analizaremos no solo a la luz de los ya mencionados instrumentos europeos, sino también de los Principios y Directrices sobre derechos humanos y trata⁴⁶ (Principios y Directrices sobre trata), un instrumento de *soft law* de alcance universal adoptado por el ACNUDH en 2002, dos años después del Protocolo de Palermo. Tratándose del primer texto internacional que recoge los elementos que conforman una perspectiva de derechos humanos sobre trata, este ha sentado las bases y sigue siendo una referencia de lo que constituye este enfoque hoy en día. Examinaremos también cómo la labor interpretativa de los tribunales y órganos de protección de los derechos humanos ha permitido aclarar el alcance de la obligación de aplicar este enfoque, para paliar las carencias de los convenios de derechos humanos que no incluyen elementos al respecto, al tratarse de instrumentos relativamente antiguos.

1. Las tres Ps -prevención, protección y persecución- y la debida diligencia

A) Desarrollo normativo

En primer lugar, el enfoque de derechos humanos se basa en la adopción de una aproximación holística que ofrezca una solución al problema de la trata que no se centre únicamente en la protección de los derechos fundamentales sino que sea más amplia e integral, abarcando esencialmente tres componentes: la prevención, la protección y la persecución, comúnmente llamadas las “Tres Ps”⁴⁷. Lo más destacable de este aspecto es que se modifica considerablemente el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con el fenómeno de la trata. Bajo un enfoque de corte estrictamente penal, las obligaciones se limitan a la persecución de los tratantes y su procesamiento: desde esta perspectiva, el Estado rechaza típicamente cualquier otra obligación relacionada con conductas llevadas a cabo por los tratantes, alegando que el daño ha sido infligido no por el Estado sino por actores no-estatales. Por lo contrario, el enfoque de derechos humanos desarrolla un concepto más amplio de obligaciones y de correlativa responsabilidad estatal en relación con conductas de actores no-estatales que atentan contra los derechos humanos, afirmando que el Estado tiene la obligación no solo de

⁴⁶ *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, E/2002/68/Add.1, 20 mayo 2002. Como deja de manifiesto el Comentario adoptado por el mismo ACNUDH, el propósito de este instrumento es promover y facilitar la integración de una perspectiva de derechos humanos en las leyes, políticas e intervenciones nacionales, regionales e internacionales contra la trata de personas, en *Comentario a los Principios y Directrices sobre Trata*, p. 15.

⁴⁷ V. EZEILO, J., Informe anual de la Relatora especial sobre trata de personas, especialmente mujeres y niños, A/HRC/26/37, 2014, p. 10; y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *InDret*, 2014, vol. 2, pp. 4-5.

perseguirlas, sino también de prevenirlas y de proteger y proporcionar reparación a las víctimas.

En primer lugar, bajo esta aproximación la prevención -la primera P- resulta fundamental. Los instrumentos que más detalles ofrecen en materia de medidas preventivas a adoptar son el Convenio de Varsovia, que le dedica seis artículos⁴⁸, y los Principios y Directrices sobre trata, que incluyen tres principios y cinco directrices detalladas sobre este aspecto⁴⁹. Contrasta la Directiva sobre trata, que solo le dedica dos artículos⁵⁰. En materia de prevención, el enfoque de derechos humanos obliga en primer lugar a los Estados a abordar las causas profundas de la trata, como las desigualdades de género y la pobreza que generan víctimas vulnerables⁵¹. Un estudio relativamente reciente confirma que la gran mayoría de las víctimas son mujeres, jóvenes, desempleadas, con bajo nivel educativo y sin cualificación profesional, con problemas de salud mental o anteriormente victimizadas, que proceden de países con altos niveles de pobreza, desigualdades de género, corrupción y altas tasas de crímenes o conflictos⁵². Asimismo, la prevención requiere actuar para frenar otro aspecto de este fenómeno: la demanda, en este caso, de servicios sexuales remunerados⁵³. Varios instrumentos llegan a recomendar la criminalización de esta demanda⁵⁴. También, requiere revisar las políticas que empujan a las personas a migrar en condiciones de vulnerabilidad ofreciendo mayores oportunidades para la migración en forma legal y segura⁵⁵, pero también fomentar la investigación y la concienciación de la sociedad acerca de la trata y sus riesgos⁵⁶, y formar a los profesionales que puedan estar en contacto con víctimas⁵⁷.

En relación con la segunda P relativa a la protección⁵⁸, este enfoque requiere que la protección y el apoyo a las personas que han sido víctimas de trata ocupen un lugar central e irrenunciable en las estrategias de intervención, haciendo especial hincapié en las obligaciones de los Estados de abstenerse de prácticas que vulneren los derechos de las víctimas y las vuelvan a victimizar⁵⁹ (por ejemplo, arresto, detención, trato

⁴⁸ Artículos 5 a 9 y 19.

⁴⁹ Principios 4 a 6 y directrices 1, 3, 7, 10 y 11.

⁵⁰ Artículos 18 y 23.2.

⁵¹ Principios y Directrices sobre trata, principio 5 y directrices conexas, en particular directriz 7, párr. 2, 3 y 9; Convenio de Varsovia, art. 5, párr. 2 y 5.

⁵² MACY, R. J. y JOHNS, N., "Aftercare services for international sex trafficking survivors: informing U.S. service and program development in an emerging practice area", *Trauma Violence Abuse*, vol. 12, n. 2, 2011, pp. 87-98.

⁵³ Principios y Directrices sobre trata, principio 4 y directriz 7.1; Convenio de Varsovia, art. 6; Directiva sobre trata, art. 18.1.

⁵⁴ Convenio de Varsovia, art. 19; Directiva sobre trata, art. 18.4 y art. 23.2.

⁵⁵ Principios y Directrices sobre trata, directriz 7, párr. 4, 6 y 7, y directriz 11.4; Convenio de Varsovia, art. 5.4. La Directiva sobre trata no hace referencia a este aspecto.

⁵⁶ Principios y Directrices sobre trata, directriz 3 y 7.5; Convenio de Varsovia, art. 5.2 y art. 6 b); Directiva sobre trata, art. 18.2.

⁵⁷ Principios y Directrices sobre trata, directriz 10.1; Convenio de Varsovia, art. 5.2; Directiva sobre trata, art. 18.3.

⁵⁸ Las disposiciones relativas a este aspecto se examinan de manera detallada en la parte III.2 del estudio.

⁵⁹ Principios y Directrices sobre trata, principio 7 y directrices 2.5, 2.6, 4.5 y 6.1; Convenio de Varsovia, art. 26; Directiva sobre trata, art. 8.

denigrante o discriminatorio), de establecer mecanismos adecuados y efectivos para identificar a las víctimas y proporcionarles protección y asistencia⁶⁰ y de garantizar un retorno seguro y preferentemente voluntario⁶¹. En relación con cada uno de estos aspectos, ha de otorgarse siempre un trato especial a las víctimas menores de edad⁶². Sin duda, destaca en este respecto la estipulación de obligaciones especialmente extensas y detalladas en el Convenio de Varsovia, que dedica diez artículos a la protección de las víctimas⁶³: que las disposiciones sobre protección de las víctimas, de carácter vinculante, tengan una extensión equivalente a la parte relativa a medidas de persecución es digno de mención, al ser algo totalmente inédito en un convenio sobre trata. La Directiva, aunque se quede lejos de alcanzar el mismo nivel de exhaustividad, destaca por establecer la obligatoriedad de proporcionar la mencionada protección y por su regulación particularmente detallada del trato a otorgar a los menores y, especialmente, a los menores no acompañados⁶⁴.

Finalmente, en relación con la tercera P relativa a la persecución de los tratantes, bajo el enfoque de derechos humanos este aspecto más consolidado de la lucha contra la trata continúa siendo un eje esencial y vertebrador de la respuesta estatal⁶⁵. Sin embargo, ha de concebirse de una manera considerablemente distinta. Mientras bajo el enfoque de derecho penal la persecución de los tratantes como objetivo preeminente acaba permitiendo la instrumentalización de las víctimas, bajo el enfoque de derechos humanos la persecución del tratante y la protección de las víctimas son ambos objetivos de primordial importancia, cuya consecución debe ser el objeto de constante atención por parte de todos los operadores del sistema judicial y policial. Esto requiere, entre otros elementos, que quede prohibido supeditar la protección y asistencia de las víctimas a su cooperación en la investigación penal⁶⁶ y que se garanticen en cualquier actuación policial y judicial los derechos de las víctimas a la protección, asistencia y reparación, con el fin de evitar su victimización secundaria. Lamentablemente, un informe muy reciente de la Comisión europea indica que, a pesar de la adopción de la Directiva y de su transposición en leyes nacionales, el tratamiento de las víctimas en relación con los juicios penales sigue siendo un problema en la UE, puesto que estas siguen siendo objeto de intimidación y victimización secundaria: con demasiada frecuencia se les niega asistencia en las comisarías de policía o son erróneamente identificadas como delincuentes para ser luego procesadas y condenadas⁶⁷.

⁶⁰ Principios y Directrices sobre trata, Principios 8 y 9 y directrices conexas; Convenio de Varsovia, art. 10-15 y 17; Directiva sobre trata, art. 11.

⁶¹ Principios y Directrices sobre trata, Principio 11; Convenio de Varsovia, art. 16; Directiva sobre trata, art. 11.

⁶² Principios y Directrices sobre trata, Principio 10 y directriz 8; Convenio de Varsovia, art. 5.3, 5.5, 10.1, 10.3, 10.4, 11.2, 12.7, 14.2, 16.5, 16.7, 24, 28.3, 30, 33.2; Directiva sobre trata, art. 13-16.

⁶³ Convenio de Varsovia, art. 10-17, 26 y 28.

⁶⁴ Directiva sobre trata, art. 13-16.

⁶⁵ Principios y Directrices sobre trata, principios 12 hasta 17; Convenio de Varsovia, art. 1 b) y art. 18-31; Directiva sobre trata, art. 1-10.

⁶⁶ Principios y Directrices sobre trata, principio 8 y directriz 6.1; Convenio de Varsovia, art. 12.6; Directiva sobre trata, art. 11.3.

⁶⁷ Unión Europea, *Informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, 19 de mayo de 2016, COM(2016) 267 final, pp. 11 y 12.

B) Origen y desarrollo por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: el deber de debida diligencia

Sin lugar a duda, el origen de las Tres Ps se encuentra en el desarrollo de las obligaciones “positivas” o “de debida diligencia”. Estas fueron inicialmente identificadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en una serie de casos relacionados con el derecho a una vida privada y familiar⁶⁸, donde el Tribunal dictaminó que los Estados están obligados a proporcionar "protección práctica y eficaz"⁶⁹ a los individuos, incluso "en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí"⁷⁰. Siguiendo el camino allanado por el TEDH en el marco de su interpretación evolutiva del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha ido igualmente identificando la existencia de obligaciones de debida diligencia. Estas han sido descritas por la Corte como el deber jurídico del Estado de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos que sean obra de particulares, y de asegurar el restablecimiento del derecho conculcado y una adecuada reparación a las víctimas⁷¹.

Siguiendo los pasos dados por estos tribunales, los órganos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas han tenido un rol importante a la hora de asentar y desarrollar este concepto, refiriéndose ampliamente en sus pronunciamientos e informes a la noción de debida diligencia, tanto en relación con conceptos estrechamente relacionadas con la trata -como la prohibición de la violencia contra la mujer, de la tortura o de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso- como en relación con la trata como tal. El órgano pionero en este ámbito ha sido el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW). En 1992, adoptó la Recomendación general n. 19, que establece que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”⁷². Lo ha confirmado más recientemente en otra Recomendación general de 2010 que reafirma la noción de obligaciones de debida

⁶⁸ TEDH, *Marckx c. Bélgica* (n. 6833/74), de 13 de junio de 1979, párr. 45; TEDH, *Airey v. Ireland* (n. 6289/73), de 9 de octubre de 1979, párr. 32; TEDH, *X e Y c. Países Bajos* (n. 8978/80), de 26 de marzo de 1985, párr. 23 y 30.

⁶⁹ TEDH, *X e Y c. Países Bajos*, *ibid.*, párr. 23 (traducción libre del autor).

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 30 (traducción libre del autor).

⁷¹ CIDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, de 29 julio de 1988, párr. 166, 172 y 174. Sobre las obligaciones de debida diligencia en el ámbito de los derechos humanos y su desarrollo por parte de los tribunales y órganos de derechos humanos, v. PISILLO MAZZESCHI, R., “Responsabilité de l’Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 333, 2008, pp. 175-506; KHRYSSTOVA, G., “State Positive Obligations and Due Diligence in Human Rights Domestic Violence Perspective”, *European Political and Law Discourse*, vol. 1, n. 5, 2014, pp. 109-122; LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en derecho internacional público*, Ed. Atelier, 2007, pp. 231-259; EBERT, F.C., and SIJNENSKY, R.I., “Preventing Violations of the Right to Life in the European and Inter-American Systems: From the Osman test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, n. 2, 2015, pp. 343-368.

⁷² CEDAW, Recomendación general n. 19, 1992, párr. 9.

diligencia, subrayando que “los Estados partes están obligados a asegurarse de que los actores privados no cometan actos de discriminación contra la mujer, según la definición de la Convención”⁷³, que incluye todas las formas de violencia contra la mujer, y específicamente la trata de mujeres⁷⁴.

El Comité ha reafirmado esta obligación en una serie de decisiones tomadas a raíz de los procedimientos de denuncias individuales⁷⁵, así como en sus observaciones finales a los Estados en el contexto de las revisiones periódicas que efectúa acerca del nivel de cumplimiento de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷⁶. Por lo que se refiere a España, uno de los países que ha sido objeto de examen recientemente, el Comité deja al Estado en evidencia cuando “observa con preocupación la falta de comprensión por el Estado parte de su obligación de diligencia debida y la falta de seguimiento de los dictámenes del Comité sobre la comunicación núm. 47/2012, *González Carreño c. España*”⁷⁷. En efecto, en este caso de notable gravedad, que representa la primera condena de la ONU en contra del Estado español por violencia de género, CEDAW declara a España culpable de faltar a su obligación de prevenir con la debida diligencia el asesinato de la hija de la autora de la denuncia durante el régimen de visitas no supervisadas que el Estado, negligentemente, concedió al padre a pesar de las repetidas denuncias y peticiones en sentido contrario interpuestas por la madre⁷⁸. En su informe, el Comité expresa preocupación acerca del hecho de que España no ha adoptado las medidas requeridas por el Comité en su condena de 2014, entre ellas: - investigar los hechos para determinar los fallos y negligencias que han generado la situación de desprotección; - proporcionar una reparación adecuada a la demandante; - reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia; - y proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de violencia contra las mujeres⁷⁹. Y concluye que “las medidas adoptadas por el Estado parte para capacitar a los jueces y los abogados sobre la Convención y su Protocolo Facultativo y para incorporar sus

⁷³ CEDAW, Recomendación general n. 28, 2010, párr. 13.

⁷⁴ CEDAW, Recomendación general n. 19, párr. 13-16.

⁷⁵ V. *Goekce c. Austria*, comunicación 5/2005 (2007) CEDAW/C/39/D/5/2005, párr. 12.1.1-12.3; *Yildirim c. Austria*, comunicación 6/2005 (2007) CEDAW/C/39/D/6/2005, párr. 12.1.1-12.3; y *Zhen Zhen Zheng c. Países Bajos*, comunicación 15/2007 (2007) CEDAW/C/42/D/15/2007, opinión individual, párr. 8.

⁷⁶ V., por ejemplo, CEDAW, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Pakistán*, (2013), CEDAW/C/PAK/CO/4, párr. 14; *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de México* (2012), CEDAW/C/MEX/CO/7-8, párr. 12; *Observaciones finales sobre el informe excepcional de la India relativo a la masacre de Gujarat* (2010), CEDAW/C/IND/CO/SP.1, párr. 12-19.

⁷⁷ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, CEDAW/C/ESP/CO/7-8 (2015), párr. 10.

⁷⁸ V. comunicación núm. 47/2012, *González Carreño c. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012, Dictamen adoptado por el Comité en su 58º período de sesiones, 15 de agosto de 2014.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 9.9 y 11. España sigue sin cumplir con este dictamen: v. Women’s Link Worldwide, *La Audiencia Nacional exculpa al Estado y deniega una indemnización a Ángela González por el asesinato de su hija*, 12 de mayo de 2016 (<http://observatorioviolencia.org/el-estado-se-niega-a-indemnizar-a-angela-gonzalez-carreno-por-el-asesinato-de-su-hija/>), consultado el 4 de agosto de 2016).

disposiciones en su ordenamiento jurídico son insuficientes”⁸⁰. Además de poner de manifiesto los graves incumplimientos de España en esta materia, este dictamen aporta más luz sobre el alcance del deber de debida diligencia en materia de prevención, protección, persecución e indemnización de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con situaciones de violencia contra la mujer, entre las cuales se encuentra la trata.

El principio de debida diligencia ha sido también objeto de análisis y aplicación por parte de otros órganos de tratado de la ONU, así como de los procedimientos especiales de esta organización. Por lo que se refiere a la revisión periódica de los Estados partes, desde hace ya unos años todos los órganos de tratados formulan recomendaciones a los Estados en materia de lucha contra la trata, enfocadas desde la perspectiva de los derechos humanos⁸¹. Algunos de ellos no se han limitado a pronunciarse sobre el impacto de la trata en el goce de determinados derechos, sino que han determinado que la trata como tal es una conducta prohibida bajo el convenio que supervisan, al determinar que, a pesar de una prohibición explícita, la trata encaja en el marco de otras prohibiciones como la prohibición de la esclavitud o de la tortura. Por ejemplo, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, no prohíbe ni menciona la trata. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha declarado que en virtud de ese artículo los Estados deben informar sobre sus esfuerzos para eliminar la trata de personas, reconociendo por lo tanto que la prohibición de la trata entra en el ámbito del artículo 8⁸². Probablemente, este pronunciamiento ha inspirado al TEDH que acabó adoptando un razonamiento similar en el caso *Rantsev*, que examinaremos más adelante⁸³.

En un sentido similar, el Comité contra la Tortura (CAT) se ha referido a la aplicación del deber de debida diligencia a casos de trata⁸⁴. El Relator especial sobre la tortura también se ha referido a la prohibición de la trata como forma de tortura o otra forma de malos trato. En su último informe, reitera que:

⁸⁰ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, cit., p. 10.

⁸¹ V., por ejemplo, Comité de los derechos económicos, sociales y culturales (CESCR), *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Nepal* (2014), E/C.12/NPL/CO/3, párr. 3, 4, 11 y 22; *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Federación de Rusia* (2011), E/C.12/RUS/CO/5, párr. 3 y 23; *Observaciones finales sobre el informe inicial de Kazajstán* (2010), E/C.12/KAZ/CO/1, p. 26; Comité de los derechos del niño (CRC), *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Liberia* (2012), CRC/C/LBR/CO/2-4, párr. 81-82; Comité sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW), *Observaciones finales sobre Belice en ausencia de un informe* (2014), CMW/C/BLZ/CO/1, párr. 6, 14, 15, 40 y 41; *Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile* (2011), CMW/C/CHL/CO/1, párr. 5, 46 y 47; *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de México* (2011), CMW/C/MEX/CO/2, párr. 7, 37, 38, 41, 42, 49 y 50; Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD), *Observaciones finales sobre los informes periódicos 15 y 16 de la República de Corea* (2012), CERD/C/KOR/CO/15-16, párr. 15-16 y 19.

⁸² Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación general n. 28 (2000) “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, p. 12.

⁸³ V. nota n.º 88.

⁸⁴ CAT, Observación general n. 2, 2008, p. 18.

*“las mujeres y niñas víctimas de la trata son sistemáticamente sometidas a aislamiento, abusos sexuales y malos tratos físicos graves, humillaciones y amenazas con fines de explotación sexual comercial [...]. Estas prácticas constituyen inequívocamente tortura y malos tratos” y que cuando los Estados no ejercen la debida diligencia para protegerlas, castigar los responsables u ofrecer reparación se considera que consienten la tortura o los malos tratos o son cómplices de ellos*⁸⁵.

La aplicación de este concepto al ámbito de la trata ha sido clave para identificar un abanico mucho más amplio de obligaciones que conformen una estrategia holística para enfrentar este fenómeno, asentada sobre los tres ejes de la prevención, protección y persecución⁸⁶. En cuanto a la “codificación” de este concepto en instrumentos normativos, los Principios y Directrices sobre trata son el único instrumento de Derecho internacional que declara expresamente la aplicabilidad del principio de debida diligencia al ámbito de la trata en relación con las tres Ps:

*“Los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella”*⁸⁷.

En su importante sentencia de 2010 en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*⁸⁸, el TEDH ha confirmado la aplicación de este amplio abanico de obligaciones a las situaciones de trata, en la primera sentencia sobre trata de personas pronunciada por un tribunal internacional de derechos humanos⁸⁹. En esta sentencia, el Tribunal acoge una concepción amplia de la trata y de sus correlativas obligaciones. Después de resolver por vez primera que la trata debe reconducirse bajo la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado del art. 4 del CEDH⁹⁰ -aunque, criticablemente, no

⁸⁵ MENDEZ, J., Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Informe del 5 de enero de 2016, A/HRC/31/57, párr. 40 y 41.

⁸⁶ Para la aplicación de este concepto en el ámbito de la trata de personas, v. PIOTROWICZ, R., “States’ Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, n. 2, 2012, pp. 181–201; WAISMAN, V., “Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard”, *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 33, 2010, pp. 385-430; y GALLAGHER, A., *International law...*, cit., pp. 235-251.

⁸⁷ Principio 2. Acerca de la medida en que las obligaciones de prevenir, investigar y procesar son obligaciones de resultado u obligaciones de medios cuyo alcance está determinado por la noción de debida diligencia, v. PISILLO MAZZESCHI, R., “Responsabilité de l’Etat ...”, cit., pp. 175-506.

⁸⁸ TEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia* (n. 25965/04), de 7 de enero de 2010 (*Rantsev c. Chipre y Rusia*).

⁸⁹ Sobre esta importante sentencia, v. ALLAIN, J., “Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, vol. 10, n.3, 2010, pp. 546-557; PIOTROWICZ, R., “States’ Obligations under Human Rights ..”, cit.; PATI, R., “States’ Positive Obligations with respect to Human Trafficking: the European Court of Human Rights Breaks New Grounds in Russia v. Cyprus and Russia”, *Boston University International Law Journal*, vol. 29, n. 79, 2011; ANNONI, A., “La trata di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Deportate, Esuli, Profughe. Rivista telemática di studi sulla memoria femminile*, vol. 16, 2011, pp. 87-97.

⁹⁰ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, pár. 282.

considera necesario especificar bajo cuál de las tres conductas recae, lo que no contribuye a aclarar los confines jurídicos de la noción de trata- el tribunal establece que una respuesta del Estado basada exclusivamente en medidas de tipo penal resulta claramente insuficiente a la luz de los instrumentos de Derecho internacional vigentes, imponiéndose un enfoque más amplio que incluya obligaciones de prevención y de protección:

“El Tribunal observa que el Protocolo de Palermo y el Convenio Anti-Trata hacen referencia a la necesidad de un enfoque comprensivo para combatir la trata que incluye medidas para prevenir la trata y proteger a las víctimas, además de medidas para castigar a los tratantes. En las disposiciones de estos dos instrumentos, queda claro que los Estados Contratantes, incluyendo a casi todos los Estados miembros del Consejo de Europa, han coincidido en apreciar que sólo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos, puede resultar eficaz en la lucha contra la trata [...]. Por tanto, la obligación de castigar y perseguir la trata es sólo uno de los aspectos del compromiso general de los Estados miembros para combatir la trata. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 debe considerarse dentro de este contexto más amplio”⁹¹.

De esta manera, el Tribunal revoca la interpretación restrictiva que había abrazado solo unos pocos años antes en el caso *Siliadin v. Francia*⁹² donde, acogiendo una noción muy circunscrita de la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado del art. 4 CEDH, había obviado pronunciarse sobre la noción de trata, pese a que se podía fácilmente argumentar que Siliadin, una menor togolesa, había sido víctima de trata. También, en *Siliadin* el Tribunal se centró únicamente en la existencia de un marco normativo penal eficaz en el momento de los hechos, apuntando exclusivamente a las obligaciones de los Estados partes de disponer de un marco normativo adecuado para perseguir y penalizar eficazmente la esclavitud y la servidumbre y de su obligación de activarlo en casos concretos cuya existencia debía razonablemente conocer.

Aunque resulte criticable que el Tribunal no se refiera a la considerable diferencia entre el valor otorgado a las tres Ps en el Convenio de Varsovia y en el Protocolo de Palermo en términos de obligatoriedad, el salto que da el Tribunal con *Rantsev* es sin duda muy relevante, reflejando al fin el alcance del cambio de enfoque que se ha dado tanto en el plano normativo –sobre todo europeo- como en el marco de los órganos de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas. Este enfoque novedoso del TEDH ha sido confirmado por el alto tribunal europeo en unos pocos casos relacionados con la trata que han sido objeto de su examen posteriormente⁹³. De entre ellos, el Tribunal ha llegado a una condena por trata en virtud del artículo 4 únicamente en el caso *L.E. c. Grecia*⁹⁴, resuelto en enero de 2016, mientras que en los demás casos las alegaciones de trata han sido declaradas inadmisibles. Debe lamentarse que el Tribunal no haya

⁹¹ *Ibid.*, pág. 285 (traducción del TEDH, disponible en su base de datos HUDOC)

⁹² TEDH, *Siliadin c. Francia* (n. 73316/01), de 26 de julio de 2005.

⁹³ TEDH, *V.F. c. Francia* (n. 7196/10), de 29 de noviembre de 2011, pag. 4, 12-13; *M. y otros c. Italia y Bulgaria* (n. 40020/03), de 31 de julio de 2012, párr. 125, 139, 140, 146-147, 150-151, 167; y *L.E. c. Grecia* (n. 71545/12), de 21 de enero de 2016, párr. 35, 56, 58, 64-66 y 70.

⁹⁴ TEDH, *L.E. c. Grecia*, *ibid.*.

aprovechado mejor la oportunidad de esta segunda condena por trata para aportar más elementos aclaratorios en un ámbito tan nuevo y poco desarrollado de su jurisprudencia. Además, algunos aspectos de esta sentencia pueden considerarse regresiones respecto a *Rantsev*, puesto que el análisis del nivel de cumplimiento del Estado con sus obligaciones es menos exhaustivo, especialmente en relación con las obligaciones de identificación y protección⁹⁵. Sin embargo, al menos puede celebrarse que en *L.E. c. Grecia* el Tribunal consolida el enfoque general adoptado en su sentencia de 2010, al remitir de manera reiterada a la argumentación desarrollada en *Rantsev* en relación con la necesidad de determinar el alcance de las obligaciones estatales en materia de trata en el marco de las tres Ps.

2. Primacía de los derechos humanos y enfoque victimocéntrico

El encabezamiento “La primacía de los derechos humanos” de la primera parte de los Principios y Directrices sobre trata afirma sin ambigüedad la prioridad que debe darse al respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Este concepto refleja la idea de que la protección de los derechos humanos (sobre todo de las víctimas, pero también de los tratantes y de todas las personas en general) debe ocupar el lugar central y es prioritario frente a los intereses del Estado en materia de criminalidad y persecución, planteando por lo tanto una inversión de la perspectiva que tradicionalmente ha dominado en esta materia. Este mismo concepto se ve reflejado en el Convenio de Varsovia. Como indica el mismo informe explicativo al Convenio, el valor añadido de este instrumento reside, en primer lugar, en su afirmación de que la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos humanos y vulnera la dignidad e integridad humana, y que una mayor protección de todas sus víctimas es necesaria⁹⁶. Ha de subrayarse que el convenio, adoptado en 2005 y entrado en vigor en 2008, cuenta ya con un número muy elevado de Estados partes: 45 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa⁹⁷, además de un Estado no-miembro, Bielorrusia. Este elemento ha de interpretarse si duda como una confirmación de la voluntad de los Estados europeos -casi una cuarta parte de los Estados miembros de Naciones Unidas- de situar la protección de los derechos de las víctimas en un lugar privilegiado de la lucha contra la trata.

Asimismo, la Directiva UE sobre trata⁹⁸ marca un claro cambio de rumbo en la política de la UE sobre esta materia⁹⁹. El instrumento anterior, la Decisión Marco relativa a la

⁹⁵ *Ibid.*, para 75.

⁹⁶ *Informe explicativo al Convenio de Varsovia*, pág. 36. Lo mismo queda reflejado en el Preámbulo del convenio, que declara que “el respeto a los derechos de las víctimas, la protección de éstas y la lucha contra la trata de seres humanos deben ser los objetivos primordiales”, Preámbulo, considerando 4.

⁹⁷ No lo han ratificado la República Checa y Rusia (información sobre ratificación accesible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/197/signatures?p_auth=hOFD5Rpr consultado el 4 de agosto de 2016).

⁹⁸ Para un estudio detallado de esta Directiva, v. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 13-14, 2011, pp. 14:1-14:52; DÍAZ BARRADO, C.M., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 45, 2013, pp. 462-470.

trata¹⁰⁰ adoptada dos años después del Protocolo de Palermo, se centraba casi exclusivamente en establecer estándares para un marco de Derecho penal común. Es sólo con la aprobación de la Directiva de 2011 cuando la UE cambia radicalmente su perspectiva y adopta un enfoque “integrado, global y basado en los derechos humanos”¹⁰¹. La protección y el reconocimiento de los derechos humanos de las víctimas de la trata se convierten en un foco central en la lucha contra lo que se define como “una grave violación de los derechos humanos”¹⁰². La UE reitera este enfoque en su “Estrategia de la UE para la Erradicación de la Trata de Seres Humanos (2012-2016)” en donde se identifican cinco prioridades, la primera de ellas siendo “detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos”¹⁰³.

Esta inversión fundamental de la perspectiva en los diferentes instrumentos a los que nos hemos referido requiere por lo tanto algo más que la adopción de una política basada en las tres Ps. Requiere la primacía de los derechos humanos o, en otras palabras, la convergencia de las otras ramas del derecho bajo el efecto rector general de las normas de derechos humanos. Aunque esto remita a debates tan relevantes como controvertidos acerca del rol y la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho internacional general que no podemos abordar en el contexto de este estudio¹⁰⁴, nos limitamos a subrayar cómo esta declarada primacía de los derechos

⁹⁹ La competencia de la UE para legislar en el ámbito de la trata se establece en el Título V “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, tanto el su Capítulo 2 sobre “Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración” (v. art. 79) como en el Capítulo 4 sobre “Cooperación judicial en materia penal” (v. art. 83).

¹⁰⁰ Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (*DOUE* n° L 203, de 01.08.2002, p. 1). Para un estudio detallado de esta Decisión Marco, v. OBOKATA, T., “EU Council Framework Decision on Combatting Trafficking in Human Beings: A Critical Appraisal”, *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, pp. 917-936.

¹⁰¹ Preámbulo, considerando n. 7.

¹⁰² Preámbulo, considerando n. 1. Este cambio de perspectiva ha sido influenciado por una serie de factores decisivos. Entre ellos destaca, además de la sentencia *Rantsev* del TEDH, la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), vinculante desde 2009, que prohíbe explícitamente la trata de seres humanos en el marco de su Capítulo primero consagrado a la protección de la dignidad humana. En lo que es sin duda una redacción innovadora, el artículo 5 de la Carta añade a la clásica prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso otro párrafo que indica: “Se prohíbe la trata de seres humanos”. Puesto que la Carta es vinculante tanto para las instituciones de la UE como para los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, el hecho de que se sitúe explícitamente la trata de seres humanos dentro de las formas más graves de violaciones de los derechos humanos iba inevitablemente a influir en los futuros trabajos legislativos de la UE sobre este tema.

¹⁰³ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016)*, COM(2012) 286 final, Bruselas, 19 de junio de 2012, p. 6.

¹⁰⁴ Entre los estudios más relevantes sobre este tema, v. PETERS, A., “Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?” en CASSESE, A. (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 118-135; CASSESE, A., “A Plea for a Global Community grounded in a Core of Human Rights”, en CASSESE, A. (ed.), *ibid.*, pp. 136-143; KLABBERS, J., PETERS, A. AND ULFSTEIN, G. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009; S. GARDBAUM, “Human Rights as International Constitutional Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, n. 4, 2008, pp. 749-768; y International Law Association (ILA), *Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law*, 2008.

humanos no implica reducir o menospreciar el rol de otros ámbitos del derecho, como deja claro el mismo Comentario a los Principios y Directrices sobre trata:

“Dar prioridad a los derechos humanos no significa que otros objetivos o perspectivas deban considerarse poco importantes o no válidos. Por ejemplo, los Estados siguen teniendo derecho a elaborar firmes respuestas de justicia penal a la trata de personas. De hecho, en el Comentario se definen varias obligaciones específicas a este respecto [...]. Los Estados también siguen siendo libres, dentro de los límites que impone el derecho internacional, de elaborar estrategias en materia de migración que tengan como fin abordar la trata de personas. Sin embargo, en cada fase de cada respuesta, debe tenerse en cuenta y supervisarse la repercusión de esa fase y de la respuesta general. El objetivo último de las respuestas a la trata de personas debe ser proteger a los particulares de las violaciones de sus derechos humanos relacionadas con la trata y prestar asistencia cuando esas violaciones no son impedidas, o no pueden serlo”¹⁰⁵.

Este concepto implica la asunción de una aproximación victimocéntrica, que pone a la víctima de trata en el centro de todos los esfuerzos para combatir la trata, como dejan claro los Principios y Directrices sobre trata al declarar que “Los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas”¹⁰⁶. En la misma línea, este instrumento de *soft law* hace especial hincapié en la necesidad de adoptar en cada momento un enfoque de género y un enfoque dirigido a los menores, una concepción que asumen también de manera inequívoca el Convenio de Varsovia¹⁰⁷ y la Directiva sobre trata¹⁰⁸.

3. Principios transversales: los principios de derechos humanos

Un aspecto que suele generar menos atención es el relativo al marco conceptual y metodológico que debe guiar el diseño, la implementación y la evaluación de las respuestas legales y operacionales en materia de trata (y, en general, de derechos humanos). Sin embargo, se trata de un aspecto sumamente importante, en cuanto los procedimientos que se utilizan para operar influyen considerablemente en el resultado de las acciones emprendidas. En este contexto, el enfoque de derechos humanos tiene unas aportaciones notables, cuyo origen remonta a las primeras etapas de la elaboración de este enfoque en el contexto de la cooperación internacional para el desarrollo. En 2003, los organismos de Naciones Unidas adoptaron una declaración conjunta acerca de lo que debía entenderse por enfoque basado en los derechos humanos en el ámbito de la cooperación al desarrollo¹⁰⁹. La concepción plasmada en esta declaración ha tenido una repercusión muy considerable, transformando la manera en la que se concibe hoy en día la cooperación al desarrollo tanto en el plano internacional como nacional¹¹⁰. Dado su

¹⁰⁵ Comentario a los Principios y Directrices sobre Trata, p. 53.

¹⁰⁶ Principio 1.

¹⁰⁷ V., por ejemplo, el Preámbulo, Considerando 5 y el art. 1 a) y b).

¹⁰⁸ V., por ejemplo, el Preámbulo, Considerandos 3, 8, 12, 22, 23, el art. 1 y los art. 13-16.

¹⁰⁹ V. Naciones Unidas, “Un Enfoque de la Cooperación para el Desarrollo Basado en los Derechos Humanos: hacia un Entendimiento Común entre las Agencias de las Naciones Unidas”, de 5 de mayo de 2003 (<http://hrbaportal.org/the-human-rights-based-approach-to-development-cooperation-towards-a-common-understanding-among-un-agencies>, consultado el 4 de agosto de 2016).

¹¹⁰ V., por ejemplo, Leuven Centre for Global Governance Studies, *Integrating Human Rights into Development Cooperation. A comparative assessment of strategies and practices of donors*, 2014,

éxito, este enfoque se ha trasladado a otros ámbitos de intervención de la cooperación internacional, entre los cuales se encuentra la lucha contra la trata. El Comentario a los Principios y Directrices sobre trata deja clara la importancia de este aspecto del enfoque, que se resume en tres puntos. Mientras el primero -el objetivo de promover la realización de los derechos humanos- ha sido abordado en los dos apartados anteriores, los otros dos puntos son los que nos interesa examinar en este apartado.

El primer lugar, se establece que las normativas e intervenciones del Estado deben situarse en un marco en el que queden claramente identificados tanto los titulares de derechos como los titulares de deberes. En este contexto, las actuaciones estarán dirigidas hacia el fortalecimiento de la capacidad de los titulares de derechos para hacer valer sus derechos y de los titulares de deberes para cumplir con sus obligaciones. Este aspecto hace especial hincapié en el empoderamiento de los actores nacionales. No se trata de proveer marcos normativos o medidas desde una perspectiva asistencialista, sino de centrarse en capacitar a los principales actores involucrados a nivel nacional, para que tanto los órganos estatales como los de la sociedad civil, incluyendo a las mismas víctimas, sean protagonistas de los cambios normativos y operacionales que se están promoviendo y estén capacitados para entender y plantear estos en términos de derechos y obligaciones. En este contexto, la formación y el empoderamiento tanto de los órganos del Estado como de la sociedad civil acerca de cómo luchar contra la trata desde un enfoque de derechos humanos adquieren una importancia primordial.

En segundo lugar, las actuaciones del Estado deben ser guiadas por los principios y normas fundamentales establecidos por el Derecho internacional de los derechos humanos: la igualdad y no discriminación, la universalidad de los derechos, la participación y la rendición de cuentas. Estos principios despliegan un rol fundamental: tienen como objetivo garantizar que tanto el “qué” se hace como el “cómo” respeten los principios básicos de los derechos humanos. Por ejemplo, el principio de rendición de cuentas requiere el fortalecimiento de mecanismos judiciales, cuasi judiciales y administrativos que favorezcan la transparencia acerca de las actuaciones de cada actor y ofrezcan mecanismos efectivos que permitan a los titulares de derechos pedir cuentas y a los titulares de deberes rendir cuentas, pudiéndose así sancionar los incumplimientos y luchar contra la impunidad. El principio de participación requiere que se permita a los grupos afectados (víctimas, organizaciones de la sociedad civil, etc.) participar activamente en la programación, implementación y evaluación de las políticas de lucha contra la trata. Y el principio de igualdad requiere que se preste especial atención a las necesidades de los grupos más vulnerables a la discriminación –mujeres, niños, minorías raciales, nacionales, religiosas o sexuales, personas con discapacidad etc.- en todas las fases de intervención, no solo adoptando soluciones específicas aptas a protegerlos, sino también involucrándolos en los procesos de toma de decisión.

Como ha quedado patente, estos principios son un objetivo así como un medio: deben ser incluidos no solo como objetivos de las normas y políticas, sino también como

(https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/research_reports/stp-report-integrating-hr-in-devcoop.pdf, consultado el 4 de agosto de 2016)

requisito de procedimiento que debe integrarse en los procesos de toma de decisiones tanto en el ámbito nacional como internacional¹¹¹. Por lo tanto, la adopción de una normativa, tanto nacional como internacional, que no incluya mecanismos de rendición de cuentas o que no permita la participación activa de los actores claves afectados por la trata no cumple con los requisitos del enfoque de derechos humanos.

¿Cómo reflejan los instrumentos pertinentes estos aspectos? Primero, debemos referirnos al sistema establecido en el marco del Protocolo de Palermo, donde destaca la ausencia de un mecanismo de rendición de cuentas. El Grupo de trabajo sobre trata creado por la Conferencia de las Partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional es un órgano intergubernamental que carece de independencia y que no está facultado para examinar el nivel de cumplimiento del Protocolo por cada Estado parte. Y esto a pesar de las presiones que, sin éxito, ejercen desde hace años los países del bloque occidental, junto a algunos países latinoamericanos, para otorgar al Grupo de trabajo esta facultad, además de permitir a las organizaciones de la sociedad civil asistir a sus sesiones y convertirlo en un órgano de expertos independientes¹¹².

La situación cambia radicalmente en relación con el Convenio de Varsovia. Además de promover la rendición de cuentas al establecer, por ejemplo, la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas de trata, o la obligación de ejercer la acción de oficio en ausencia de denuncia de parte¹¹³, el convenio establece un mecanismo de control para supervisar la aplicación efectiva de sus disposiciones por los Estados parte. Se trata sin duda de uno de los elementos más característico de este instrumento. Por primera vez en Derecho internacional, un grupo de Estados ha decidido aplicar un mecanismo de control avanzado, con características propias del Derecho internacional de los derechos humanos, a un tratado exclusivamente consagrado a la lucha contra la trata de personas, otorgándole además una importancia primordial, ya que la realización de su labor de supervisión está expresamente mencionada en el artículo 1 del Convenio como una condición para el cumplimiento de los objetivos principales del convenio.

¹¹¹ Sobre estos conceptos, v. ACNUDH, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, 2006, pp. 24-27.

¹¹² V. “Food for thought on the establishment of a mechanism to review the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto”, Non-Paper presentado por Italia, 2014, CTOC/COP/2014/CRP.3.

¹¹³ Art. 28.

El mecanismo establecido en el marco de Convenio de Varsovia es el Grupo de expertos sobre la acción contra la trata de seres humanos (GRETA), integrado por 15 expertos independientes y encargado de llevar a cabo rondas de evaluación con el fin de valorar el nivel de cumplimiento, por parte de cada Estado parte, de los compromisos adquiridos. Esta evaluación se efectúa principalmente mediante visitas a cada Estado parte y el estudio de la información proporcionada tanto por las autoridades como por las organizaciones de la sociedad civil. Hasta la fecha, GRETA ha completado la primera ronda de evaluaciones¹¹⁴, mientras la segunda ronda se ha iniciado en mayo de 2014. Por su metodología y exhaustividad, los informes de GRETA constituyen una herramienta única y una referencia en materia de mecanismos de evaluación avanzados. Por lo que se refiere a los mecanismos de supervisión establecidos por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya nos hemos referido anteriormente al rol relevante que desempeñan los órganos de tratados, tanto a través de su evaluación periódica de la situación de cada país como del examen de las denuncias que presentan los particulares. Este último aspecto sin duda les otorga un valor añadido respecto a GRETA, a la que no se ha otorgado esta función. Sin embargo, no se trata de una verdadera carencia puesto que es el TEDH el que desempeña esta función en el sistema del Consejo de Europa. Aunque no emane de un órgano especializado en trata, la decisión del tribunal en el caso *Rantsev* es, a pesar de algunas debilidades, la que ha tenido más repercusiones a la hora de promover la rendición de cuentas en materia de enfoque de derechos humanos: ningún Comité de la ONU ha adoptado una decisión de impacto comparable en materia de trata.

En relación con los procedimientos especiales de la ONU, el Consejo de Derechos Humanos ha creado en 2004 un mecanismo de derechos humanos especializado en trata: la Relatora especial sobre trata de personas. Desde entonces, las expertas que se han sucedido en el cargo han llevado a cabo una intensa labor que ha culminado en un serie de estudios que esclarecen el alcance de las obligaciones inherentes a la aplicación de un enfoque de derechos humanos en la lucha contra la trata¹¹⁵. Por otro lado, sus visitas a los países y correspondientes informes representan el único mecanismo de control por país especializado en trata en el ámbito de la ONU, puesto que, como hemos señalado, el Protocolo de Palermo no establece ningún mecanismo de estas características. Por lo tanto, aportan un análisis profundizado de la situación de la trata en países determinados, favoreciendo no solo la rendición de cuentas sino también la participación, a través de una marcada colaboración de las organizaciones de la sociedad

¹¹⁴ Con la excepción de seis países que se convirtieron en Estados partes en la convención recientemente: Bielorrusia, Grecia, Estonia, Mónaco, Liechtenstein y Turquía, que son Estados parte desde el 1 marzo 2014, el 1 de agosto de 2014, el 1 de junio de 2015, el 1 de marzo de 2016, 1 de mayo de 2016 y el 1 de septiembre de 2016 respetivamente.

¹¹⁵ Sus informes temáticos proporcionan un análisis de los asuntos que más preocupación suscitan, como la protección de las víctimas de trata en situaciones de conflicto y post-conflicto (A/HRC/32/41, 2016), el enfoque de derechos humanos en la justicia penal relativa a casos de trata (A/HCR/20/18, 2012), la prevención de la trata (A/65/288, 2010), las medidas orientadas a desalentar la demanda que propicia la trata (A/HCR/23/48, 2013), el derecho de las víctimas a un recurso efectivo (A/HCR/17/35, 2011), etc.. Destaca también el informe consagrado a la debida diligencia en el ámbito de la trata (A/70/260, 2015).

civil en el proceso de preparación y realización de las visitas¹¹⁶. Se trata por lo tanto del único mecanismo de evaluación de la ONU comparable a GRETA: es, en realidad, su precursor, aunque haya que lamentar el hecho de que disponga de considerablemente menos medios humanos y materiales para llevar a cabo su labor.

En cuanto a la Directiva sobre trata, debe celebrarse que reconozca la importancia de la participación de la sociedad civil en la lucha contra la trata tanto en el ámbito nacional como internacional¹¹⁷ y que, en este contexto, la Comisión europea haya creado en 2013 la Plataforma de la Sociedad Civil de la UE contra la trata, que permite a numerosas organizaciones participar en los trabajos de la UE en este ámbito tanto de manera presencial como virtual. Sin embargo, la situación es menos satisfactoria en relación con el principio de rendición de cuentas. Más allá de requerir el establecimiento de relatores nacionales¹¹⁸, una medida de indudable importancia, a nivel supranacional la directiva establece únicamente la figura de un Coordinador de la UE sobre trata, cuya función es coordinar la estrategia de lucha contra la trata de la UE y recoger información de los relatores nacionales para contribuir al informe bienal que debe preparar la Comisión europea sobre los progresos realizados en la UE en la lucha contra la trata¹¹⁹. La labor de seguimiento recae por lo tanto en la Comisión. En este contexto, cabe señalar que el Parlamento Europeo está siendo crítico con el desempeño por parte de la Comisión de sus funciones de seguimiento de la efectiva aplicación de la Directiva. En una resolución del 12 de mayo de 2016, el Parlamento ha expresado su profunda preocupación a la vista de que los informes de la Comisión relativos a la aplicación de la Directiva se presentarán con retraso, puesto que “ello envía una señal inquietante sobre sus prioridades” en términos de ejecución de las normativas europeas¹²⁰. El 19 de mayo de 2016, la Comisión europea ha adoptado al fin su primer informe de seguimiento, con más de un año de retraso¹²¹, mientras quedan pendientes otros dos informes requeridos por el art. 23 de este instrumento, sobre cumplimiento y criminalización de la demanda respectivamente, que la Comisión prevé presentar, también con retraso, a finales de 2016¹²². En cuanto a este primer informe, debe celebrarse que la Comisión no haya sido especialmente complaciente con los Estados al señalar varios ámbitos en los que las

¹¹⁶ Los informes de las visitas a países están disponibles en la página web de la Relatora especial: (<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/visits.aspx>, consultado el 4 de agosto de 2016)

¹¹⁷ Art. 11.4.

¹¹⁸ En abril de 2014, España ha nombrado como Relator Nacional contra la Trata de Seres Humanos al Director de Gabinete del Secretario de Estado para la Seguridad. Sin embargo, no se ha podido acceder a ninguna información sobre sus actividades a través de las páginas webs oficiales del Ministerio.

¹¹⁹ La labor de la Coordinadora, la Dra Vassiliadou, adolece de falta de transparencia, puesto que la información sobre sus actividades y evaluaciones resulta escasamente accesible.

¹²⁰ Parlamento Europeo, resolución del 12 de mayo de 2016 sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)), pár. 4 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0227&language=ES> consultado el 4 de agosto de 2016).

¹²¹ Conforme al art. 20 de la Directiva, este informe debía presentarse el 6 de abril de 2015.

¹²² Conforme al art. 23 de la Directiva, estos informe debían presentarse el 6 de abril de 2015 y el 6 de abril de 2016 respectivamente.

acciones que han llevado a cabo han sido insuficientes¹²³. Sin embargo, se echa en falta un examen más profundizado y pormenorizado, que no se limite a señalar las tendencias generales sino que apunte a las carencias específicas que se manifiestan en cada país.

Por lo tanto, debe lamentarse que el sistema de seguimiento de la Directiva UE sea considerablemente menos avanzado que el que se ha establecido en el ámbito del Consejo de Europa, tanto en términos de transparencia como de rendición de cuentas. En este contexto, cabe destacar que, en general, el sistema de la UE no permite a los particulares denunciar directamente a un Estado ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) por incumplimiento de la normativa comunitaria. Los dos mecanismos que permiten a un particular impulsar un pronunciamiento del TJUE en este contexto son indirectos, puesto que un particular puede o bien señalar una posible infracción a la Comisión europea, que decidirá si iniciar un recurso por incumplimiento ante el TJUE en contra del Estado en cuestión, o bien recurrir ante los tribunales nacionales instando el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE. Es cierto que aunque nació como una vía limitada a la interpretación del Derecho comunitario, la cuestión prejudicial se ha convertido también en una vía de control -bien que indirecta- por el TJUE de la compatibilidad de los Derechos nacionales con el de la Unión¹²⁴. Queda por ver en qué medida este mecanismo de diálogo entre jurisdicciones nacionales y europeas permitirá al TJUE -y a los tribunales nacionales- pronunciarse acerca de la compatibilidad de las normativas nacionales con la Directiva sobre trata.

IV. IDENTIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA EN ESPAÑA: ESTÁNDARES APLICABLES Y RETOS RELATIVOS A SU APLICACIÓN

1. Introducción: la segunda P, el deber de protección

Para profundizar el estudio del cambio de rumbo que se ha producido en la normativa internacional sobre trata de personas, consideramos esencial adentrarnos en el estudio de los estándares que impone esta normativa para poder, a continuación, averiguar su nivel de implementación en el ámbito nacional y los principales retos que esta conlleva. En este contexto, haremos referencia a la práctica de los poderes públicos españoles para comprobar si España está cumpliendo con sus compromisos internacionales en este ámbito. Sin duda, la extensión de esta materia requiere que circunscribamos el objeto de

¹²³ La Comisión señala el número excesivamente bajo de procesamientos por trata, las carencias en cuanto a herramientas de investigación, las ineficiencias en materia de identificación y asistencia a las víctimas y de falta de acceso a sus derechos, y las carencias en materia de prevención debidas a una falta de formación especializada y de medidas que garanticen la reducción de la demanda; en Unión Europea, *Informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata ... cit.* (v. nota nº 67).

¹²⁴ V. ALONSO GARCÍA, R., “Epílogo: la novedosa opinión consultiva del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *European Inklings (EUi)*, n. 4, 2014, p. 186. Cabe recordar que los tribunales nacionales tienen la obligación de dejar de aplicar una disposición legal interna que contradice el Derecho de la UE sin tener la obligación de plantear una cuestión prejudicial al TJUE. A este respecto, v. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno”, *European Inklings (EUi)*, n. 4, 2014, p. 93-95.

nuestro estudio a un aspecto determinado. Por lo tanto, se ha elegido centrar el análisis en la segunda de las tres Ps que conforman las tres vertientes de este enfoque integral: el deber de protección de las víctimas. Los informes más recientes apuntan a que este aspecto sigue sin abordarse adecuadamente en la gran mayoría de los países europeos, especialmente en relación con la persistencia de un enfoque de persecución de la inmigración irregular y del delito a expensas de un enfoque de derechos humanos que permita la efectiva identificación y protección de las víctimas¹²⁵. Se desprende de estos informes que estos fallos revisten especial gravedad en los puestos fronterizos y en los procedimientos de solicitud de asilo. Las “devoluciones en caliente”, la falta de mecanismos proactivos de identificación en las fronteras y la denegación casi sistemática de las peticiones de asilo fundamentadas en situaciones de persecución relacionadas con la trata son algunos de los aspectos que más preocupación están generando tanto a nivel europeo – el último informe anual de GRETA se centra en esta cuestión¹²⁶ – como a nivel español¹²⁷. Por lo tanto, además de ser el aspecto más distintivo del enfoque de derechos humanos como abordaje victimocéntrico, la protección de las víctimas es también el aspecto que más atención requiere.

1. Estándares internacionales en materia de protección

A) Deber de identificación de las víctimas

Destaca en primer lugar el deber de los Estados de detectar a las víctimas de trata e identificarlas formalmente como tales, tratándose de un elemento clave para que puedan beneficiarse del conjunto de los derechos que se les otorga con miras a su protección y recuperación. El Protocolo de Palermo ha sido generalmente criticado por no incluir referencia alguna al proceso de identificación de las víctimas. Con la aparente intención de remediar esta carencia, la Guía legislativa relativa al Protocolo invita a los legisladores nacionales a prever un proceso específico en virtud del cual pueda establecerse la condición de víctima de trata, para que, en los casos pertinentes, estas puedan beneficiarse de medidas de asistencia y protección¹²⁸.

Desde luego, la importancia de esta obligación se ve reflejada tanto en los Principios y Directrices sobre trata como en la Directiva sobre trata y, con mayor énfasis todavía, en el Convenio de Varsovia. Este último instrumento dedica un largo y detallado artículo exclusivamente a esta cuestión¹²⁹, y el Informe explicativo del convenio hace especial

¹²⁵ V., por ejemplo, Comisión Europea, European Migration Network, *Identification of victims of trafficking in human beings in international protection and forced return procedures*, 2014, p. 34; TRACE, *A review of the implementation of the EU strategy on human trafficking by EU members*, 2014, pp. 23, 99 y 121-122; GRETA, *5th General Report on GRETA's Activities covering the period from 1 October 2014 to 31 December 2015*, 2016 (“Informe general GRETA 2016”), pp. 4-5 y 33-43.

¹²⁶ Informe general GRETA 2016, *cit.*, pp. 33-43.

¹²⁷ V. Red Española contra la Trata de Personas (RECTP), *Informe de la Red Española contra la Trata de Personas para la Coordinadora Europea de Lucha contra la Trata* (“Informe RECTP 2015”), 2015, pp. 14-19 y 25-34; y Defensor del Pueblo, *La Trata de Seres Humanos en España: Víctimas Invisibles*, 2012 (“Informe del Defensor del Pueblo”), pp. 191-230.

¹²⁸ Guía legislativa para la aplicación del Protocolo, p. 64.

¹²⁹ Art. 10.

hincapié en el rol crucial de la identificación, apuntando a que con frecuencia los tratantes quitan sus pasaportes o documentos de identidad a las víctimas, que son por lo tanto tratadas por las autoridades como inmigrantes ilegales, prostitutas o trabajadoras ilegales, y son castigadas y/o devueltas a sus países sin haber sido identificadas ni haber recibido la protección y asistencia que les corresponde¹³⁰. Muy acertadamente, alerta de que fallar en la identificación de una víctima de trata significa por un lado hacerse responsable de la continuada vulneración de los derechos fundamentales de esta persona y por el otro privar a la acusación de un testimonio necesario para conseguir la condena penal de los tratantes¹³¹. Esta reflexión acerca de la importancia de la identificación ilustra de una manera muy clara cómo la aplicación del enfoque de derechos humanos puede tener un impacto positivo tanto en términos de protección como de persecución.

La Directiva UE plantea la obligación de los Estados de adoptar “las medidas necesarias 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”¹³². No se encuentran detalles en el cuerpo del texto sobre las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar una apropiada identificación. Sin embargo, el preámbulo sí se refiere con bastante detalle al deber de proporcionar una formación adecuada a cualquier funcionario que tenga probabilidades de entrar en contacto con víctimas o víctimas potenciales de la trata de seres humanos, especificando que la mencionada formación debe fomentarse entre los miembros de las categorías siguientes, cuando estos puedan entrar en contacto con las víctimas: agentes de policía, guardias de fronteras, funcionarios de inmigración, fiscales, abogados, miembros del poder judicial y funcionarios de los tribunales, inspectores de trabajo, personal encargado de asuntos sociales, de la infancia y sanitario, así como personal consular¹³³.

Por su parte, el Convenio de Varsovia va más allá a la hora de llenar de contenido a la obligación de identificación, estipulando en el cuerpo del texto que esta obligación requiere tener personal adecuadamente formado y cualificado en materia de identificación y apoyo a las víctimas, una coordinación entre autoridades implicadas así como entre estas últimas y las organizaciones de la sociedad civil, la prohibición de expulsar a una persona hasta que haya finalizado el proceso de identificación en el caso de que existan sospechas de trata, y la expedición de permisos de residencia conforme a lo estipulado en el artículo 14¹³⁴. Conforme al enfoque de género y centrado en los menores, el convenio requiere también que el personal esté lo suficientemente cualificado para que, en el proceso de identificación, sepa tener en cuenta la situación específica de las mujeres y de los niños. En este contexto, se establece también la obligación de considerar como menor a una potencial víctima de trata en caso de duda acerca de su edad y esto hasta que se haya podido comprobar su edad, y a adoptar medidas de protección específicas para los menores no acompañados¹³⁵. Si comparamos

¹³⁰ *Informe explicativo al Convenio de Varsovia*, pár. 128.

¹³¹ *Ibid.*, pár. 127.

¹³² Art. 11.4.

¹³³ Preámbulo, considerando 25.

¹³⁴ Art. 10, párr. 1 y 2.

¹³⁵ Art. 10, párr. 3 y 4.

el conjunto de estos requerimientos con los que establecen los Principios y Directrices sobre trata, advertimos que son muy similares¹³⁶, aunque los Principios y Directrices contengan algún elemento adicional, al recomendar por un lado la adopción de directrices y procedimientos sobre identificación y, por otro lado, que la cooperación entre autoridades públicas competentes y organizaciones no gubernamentales se organice de manera oficial¹³⁷.

B) Obligaciones de protección y asistencia

Una vez identificada una víctima, o mientras esté en curso el proceso de identificación al existir motivos razonables para considerar que esta persona puede haber sido objeto de trata¹³⁸, el Estado tiene que cumplir con una serie de obligaciones relativas a su protección y asistencia. Destaca en primer lugar la necesidad de no enjuiciar a las víctimas por delitos relacionados con su condición de víctima que actúa bajo la fuerza o amenaza, por ejemplo por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino o por haber participado en actividades ilícitas, así como de no detenerlas en comisarías, centros de detención de inmigrantes o centros de acogida. Es este uno de los aspectos más controvertidos en materia de protección, que adolece de un desarrollo normativo muy limitado. Los Principios y Directrices sobre trata son el instrumento que aborda este asunto de manera más exhaustiva, al prever:

Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas y procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales¹³⁹.

En cambio, el Protocolo de Palermo no incluye ninguna previsión al respecto. En este contexto, el Grupo de Trabajo sobre Trata ha afirmado que: «[L]os Estados parte deberían [...] [e]studiar, de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales»¹⁴⁰. El año siguiente, el Grupo de trabajo se consagró otra vez al estudio de esta problemática y, reiterando sus recomendaciones de 2009, alentó a los Estados parte a utilizar los Principios y Directrices sobre trata a la hora de consignar claramente las disposiciones relativas a la práctica de no imponer sanciones ni enjuiciar a las personas objeto de trata en las leyes, directrices, reglamentaciones y otros instrumentos de carácter interno¹⁴¹. Sin embargo, debe lamentarse que esta posición no refleje la de los Estados parte en el Protocolo, puesto que, como hemos tenido ya la ocasión de señalar, la Conferencia de las Partes ha

¹³⁶ Principio 10 y Directriz 2.

¹³⁷ Directriz 2, párr. 1 y 3.

¹³⁸ Art. 10 del Convenio de Varsovia.

¹³⁹ Principio 7. V. tb. las Directrices 2.5, 2.6, 4.5 y 6.1 que desarrollan esta previsión.

¹⁴⁰ Grupo de Trabajo sobre la trata, *Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo sobre la trata de personas celebrada en Viena los días 14 y 15 de abril de 2009*, CTOC/COP/WG.4/2009/2, 2009, pág. 12.

¹⁴¹ Grupo de Trabajo sobre la trata, *Informe sobre la reunión del Grupo de trabajo sobre la trata de personas celebrada en Viena del 27 al 29 de enero de 2010*, CTOC/COP/WG.4/2010/6, 2010, pág. 51.

ido asumiendo una posición cada vez más distanciada respecto a las recomendaciones de su Grupo de Trabajo¹⁴².

En el plano europeo, este deber parece haber sido aceptado de manera más clara al verse reflejado en los instrumentos pertinentes. Sin embargo, tanto la Directiva como el Convenio contienen una obligación de carácter relativo, en la medida en que ambos obligan a los Estados únicamente a prever la posibilidad para las autoridades competentes de no enjuiciar a las víctimas ni imponer sanciones en estos casos¹⁴³, y no la obligación de prohibir este enjuiciamiento en todos los casos. Por ejemplo, la Directiva UE 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 discrecionalidad que podría a la larga comportar regímenes de protección considerablemente alejados entre los diferentes Estados miembros de la UE¹⁴⁴.

En cuanto a la detención, el hecho de que ni el Protocolo de Palermo, ni la Directiva UE ni el Convenio de Varsovia mencionen expresamente la prohibición de detener a las víctimas de trata es sin duda desafortunado. Sin embargo, esta laguna no aboga de ninguna manera a favor de su permisibilidad. Sobre todo en relación con los instrumentos europeos, el hecho de que, por un lado, incluyan una disposición sobre el no enjuiciamiento de las víctimas de trata y, por otro lado, requieran la provisión de protección y asistencia desde el mismo momento en que existan indicios razonables de trata, hace que la detención de las víctimas no solo carecería de cualquier base legal sino que resultaría incompatible con el planteamiento claramente enfocado hacia la protección de los derechos humanos de las víctimas¹⁴⁵.

El enfoque de derechos humanos requiere asimismo que se proporcione inmediatamente, en cuanto se detecten indicios de trata, un periodo de reflexión y restablecimiento, para que la víctima de trata pueda recuperarse y tomar unas decisiones informadas, incluso sobre su voluntad de cooperar o no con la justicia. Por lo tanto, la concesión de este periodo no debe depender de su cooperación con las autoridades encargadas de la investigación. Durante este periodo, que debe ser de un mínimo de 30 días conforme a la Convención de Varsovia¹⁴⁶, no se le puede expulsar y se le tiene que empezar a proporcionar la protección y asistencia previstas para las víctimas de trata en los diferentes instrumentos, incluso cuando el proceso relativo a su identificación no haya sido completado. En cambio, la Directiva UE no regula directamente esta cuestión y remite, en su art. 11.6, a lo dispuesto en una Directiva de 2004 relativa a esta materia,

¹⁴² Ver nota nº 44.

¹⁴³ Art. 8 de la Directiva sobre trata y art. 26 del Convenio europeo.

¹⁴⁴ V. JORDANA SANTIAGO, M., “La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n. 111, 2015, pp. 67-68.

¹⁴⁵ Para un análisis de las normas de derechos humanos que prohíben la detención sistemática de víctimas de trata y los pronunciamientos de los órganos de derechos humanos al respecto, especialmente en relación con la libertad de circulación y la prohibición de la detención arbitraria, v. el *Comentario a los Principios y Directrices sobre Trata*, pp. 139- 146. Para un estudio de la práctica relativa a la detención de víctimas de trata, v. GALLAGHER, A. y PEARSON, E., “The high cost of freedom: a legal and policy analysis of shelter detention for victims of trafficking”, *Human Rights Quarterly*, 2010, vol. 32, n. 1.

¹⁴⁶ Art. 13.

que sí establece el derecho a un periodo de reflexión y restablecimiento pero sin fijar su duración, encomendando esta decisión a cada país¹⁴⁷. Otra vez, hay que lamentar que este planteamiento permita la coexistencia de unos estándares de protección considerablemente diferenciados entre países de la Unión Europea.

En relación con la protección y asistencia que los Estados deben proporcionar a las víctimas con el objetivo de alcanzar su “restablecimiento físico, psicológico y social”¹⁴⁸, hay que distinguir entre una primera serie de medidas que se aplica desde el primer momento¹⁴⁹ y una segunda serie de medidas que se aplica una vez que se haya finalizado el proceso de identificación¹⁵⁰. Las medidas de la primera fase incluyen el traslado a un lugar seguro, asistencia médica “necesaria” o “urgente”, asistencia psicológica y material, asesoramiento jurídico acerca de los derechos de la víctima y de las acciones penales que pueda emprender, ayuda en términos de interpretación y traducción si fuera necesario y acceso a la educación para los hijos¹⁵¹. En la segunda fase, se tiene que garantizar el acceso al mercado laboral, a la formación y a la enseñanza, así como el acceso a la asistencia médica no urgente¹⁵². En todos los casos, hay que recoger el consentimiento informado de la víctima, sin que se le pueda obligar a recibir la mencionada asistencia¹⁵³.

Conforme al enfoque de derechos humanos, resulta también clave que los Estados no subordinen la protección y asistencia a la voluntad de la víctima de cooperar con las autoridades judiciales en la investigación y en el enjuiciamiento de los tratantes¹⁵⁴. También, durante todo el proceso de protección y apoyo a la víctima, tanto en relación con un eventual juicio penal como prescindiendo de él, deben tomarse medidas encaminadas a garantizar su seguridad - y la de su familia cuando resulte necesario - y

¹⁴⁷ Art. 6 de la Directiva 2004/81/UE del Consejo del 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* nº L 261, de 06.08.2004, p. 19).

¹⁴⁸ Art. 12.1 del Convenio de Varsovia.

¹⁴⁹ La Directiva requiere establecer “mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a las víctimas” (art. 11.4), y que la asistencia se proporcione en cuanto existan “indicios razonables” para suponer que puede haber sido objeto de trata (art. 11.2). El Convenio de Varsovia exige que se preste asistencia en cuanto haya “motivos razonables” para creer que la persona sea víctima de trata (art. 13.1).

¹⁵⁰ Aunque esta diferenciación no quede expresamente establecida en el texto del Convenio, el Informe explicativo lo establece de manera explícita; v. *Informe explicativo al Convenio de Varsovia*, p. 147. Por el contrario, la Directiva ni contempla esta distinción ni hace referencia alguna a medidas relativas al acceso al mercado laboral, a la formación y a la enseñanza (v. art. 11.5).

¹⁵¹ Aunque la mayoría de estas medidas están contempladas tanto en el Convenio como en la Directiva, existen algunas diferencias relevantes. V. art. 12, 1-4 del Convenio de Varsovia, y art. 11.5 de la Directiva sobre trata.

¹⁵² Art. 12, 3-4 del Convenio de Varsovia.

¹⁵³ V. art. 12.7 del Convenio de Varsovia, y art. 11.5 y Considerando 21 de la Directiva sobre trata.

¹⁵⁴ V. art. 12.6 del Convenio de Varsovia, art. 11.3 de la Directiva sobre trata y Principio 8 y Directriz 6.1 de los Principios y Directrices sobre trata.

su derecho a la vida privada y a la identidad¹⁵⁵. Se deben adoptar, en fin, medidas adicionales y específicas en el caso de que la víctima sea menor, así como cuando se trate de un menor no acompañado, que incluyen el nombramiento de un tutor, medidas de apoyo especiales y acceso a la educación¹⁵⁶.

Una vez finalizado el periodo de restablecimiento, se prevé la concesión de un permiso de residencia temporal en determinadas circunstancias. Este es sin duda uno de los puntos más controvertidos. Desde una perspectiva de los derechos humanos, los derechos de las víctimas y su seguridad e integridad personal tienen que prevalecer frente a consideraciones relativas a la gestión de los flujos migratorios o de la justicia penal. Por lo tanto, la concesión de un permiso de residencia no debe quedar subordinada a la cooperación en la investigación penal o el enjuiciamiento. Sin embargo, la Directiva y el convenio divergen en relación con este asunto. El convenio adopta una solución más favorable a las víctimas y más acorde con un enfoque basado en los derechos humanos al reconocer que, una vez que la víctima haya sido identificada y que haya terminado el periodo de restablecimiento y reflexión, se le puede conceder un permiso de residencia temporal tanto por motivos de cooperación con la investigación penal, como por motivos relativos a su situación personal. En cambio, la Directiva no ha aportado mejoras al sistema de permisos de residencia establecido en la UE en 2004 que vincula la concesión del permiso de residencia para víctimas de trata a la cooperación con las autoridades policiales y/o judiciales competentes. Al remitir simplemente a la Directiva de 2004¹⁵⁷, la Directiva de 2011 ha sido criticada por no haber desvinculado la concesión del permiso a la cooperación con las autoridades competentes, como un enfoque de derechos humanos hubiera requerido¹⁵⁸.

Finalmente, conforme a las normas de Derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, que establecen el derecho a obtener refugio y la correlativa obligación de no devolución (*non-refoulement*) que prohíbe devolver una persona a otro Estado cuando haya un riesgo grave de que se atente a su vida o que sea sometida a persecución, tortura u otras formas de malos tratos¹⁵⁹, los Estados deben proporcionar a

¹⁵⁵ Art. 6.1, 6.2 del Protocolo de Palermo, art. 25 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 11, 12 y 28 del Convenio de Varsovia; Principio 8 y Directrices 6.6., 4.10 y 5.8 de los Principios y Directrices sobre trata.

¹⁵⁶ Art. 6.4 y 10.2 del Protocolo de Palermo, art. 5.3, 5.5, 10.1, 10.3, 10.4, 11.2, 12.7, 14.2, 16.5, 16.7, 24, 28.3, 30, 33.2 del Convenio de Varsovia, art. 13-16 de la Directiva sobre trata, y Principio 10 y Directriz 8 de los Principios y Directrices sobre trata. V. tb. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ y PÉREZ GONZÁLEZ, “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. & VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coord.), *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, 2015, pp. 223-263.

¹⁵⁷ V. el Considerando 17, que estipula que “Mientras la Directiva 2004/81/CE dispone la expedición de un permiso de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos que sean nacionales de un tercer país, [...] la presente Directiva no se ocupa de las condiciones de la residencia de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros”, y el art. 11.6 de la Directiva 2011/36/UE.

¹⁵⁸ V., por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea...”, *cit.*, pp. 13-14.

¹⁵⁹ V., por ejemplo, el art. 33 de la Convención sobre los Refugiados de 1951, el art. 19.2 de la CDFUE, el art. 3.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, así como la jurisprudencia del TEDH acerca de la obligación de non-refoulement en aplicación del

las víctimas de trata información sobre los procedimientos de asilo y otros mecanismos de protección internacional y garantizar el acceso a estos procedimientos, así como garantizar un retorno en condiciones de seguridad y preferiblemente voluntario¹⁶⁰. Para aclarar el alcance de estas obligaciones, cuya aplicación en la práctica resulta bastante problemática en relación con situaciones de trata, son especialmente relevantes las Directrices sobre protección internacional y trata de ACNUR, que proporcionan orientación específica acerca de las circunstancias en las que una víctima de trata tiene derecho a la concesión del estatuto de refugiado¹⁶¹.

C) Protección de las víctimas en el marco del juicio penal: un ejemplo de las implicaciones de un cambio de enfoque

Aunque la protección de los derechos de las víctimas en el contexto específico del procedimiento penal es un tema más bien propio de la tercera P - relativa a la persecución - que los confines de este estudio no nos permiten abordar, nos parece relevante hacer aquí al menos una breve referencia a este asunto. Lo haremos a través de la exposición de una práctica seguida en otro país europeo, Chipre, en materia probatoria. A modo de conclusión de este apartado y de introducción al siguiente dedicado al estudio de la normativa y práctica española en materia de protección, este caso nos parece muy clarificador del tema central que nos ocupa en este estudio. ¿Qué repercusiones concretas tiene en términos de protección de las víctimas la adopción de un enfoque de tipo penal o, al contrario, de derechos humanos? ¿Qué significa en la práctica cambiar de rumbo y aplicar (o no) las garantías de la Directiva UE o, como en este caso, del Convenio de Varsovia? Este caso nos lo ilustra con claridad.

Hasta el año 2014, en los juicios llevados a cabo en Chipre en relación con casos de trata para fines de explotación sexual, el poder judicial nunca había otorgado valor probatorio al testimonio de las víctimas de trata. Aunque no estuviese previsto en la ley, respondía a una práctica establecida entre los jueces exigir que se demostrase la prostitución de la víctima de trata aportando pruebas corroborantes, específicamente pruebas que confirmen la consumación del acto sexual. Por consiguiente, en los numerosos casos en los que no se podían hallar otras pruebas, como condones, la policía orquestaba interacciones sexuales que consistían en la consumación del acto sexual con

art. 3 del CEDH (v., por ejemplo, *Soering c. Reino Unido* (nº 14038/88), de 7 de julio de 1989, y *H.L.R. c. Francia* (nº 2457397), de 29 de abril de 1997).

¹⁶⁰ V. el art. 14 del Protocolo de Palermo; el art. 40.4 del Convenio de Varsovia; el artículo 11.6 la Directiva UE sobre trata - que remite a la normativa UE en materia de refugio y protección subsidiaria -; y el Principio 11 y las Directrices 1.6, 2.7 y 6.7 de los Principios y Directrices sobre trata. En este contexto, debe hacerse referencia también al Plan de acción en 10 puntos del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), una guía que asesora acerca de como identificar a víctimas de trata en el contexto de flujos mixtos (ACNUR, *La protección de refugiados y la migración mixta: Plan de acción de los 10 puntos*, 2007).

¹⁶¹ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional núm. 7: *La aplicación del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 en relación con las víctimas de la trata de personas y de las personas en riesgo de ser víctimas de la trata*, de 7 de abril de 2006. Para un análisis de estas Directrices, v. PIOTROWICZ, R., “The UNHCRs Guidelines on Human Trafficking”, *International Journal of Refugee Law*, 2008, vol. 20(2), pp. 242-252.

supuestas víctimas de trata por parte de agentes de policía y de informantes (civiles) durante redadas policiales encubiertas¹⁶². Parece increíble que una práctica que vulnera de manera tan flagrante los derechos de las mujeres, convirtiendo a los policías en autores de la misma violencia y humillación a los que estas mujeres se ven sometidas por los tratantes, pueda haber sido ordenada durante años, impunemente, por el poder judicial de un país de la Unión europea. Aplicando un enfoque estrictamente de tipo penal, se ha seguido poniendo los intereses del juicio muy por encima de la integridad física y moral de las víctimas, propiciando de tal manera su ulterior victimización.

Ha sido solo en 2014 cuando el Juzgado Penal de Nicosia adoptó una decisión que parece marcar un claro cambio de rumbo en relación con esta práctica¹⁶³. Por primera vez en Chipre, un tribunal ha condenado a un tratante basándose en el testimonio de su víctima, Sylviya, sin requerir prueba corroborante, fundamentando su decisión en los requerimientos del Convenio de Varsovia en materia de derechos humanos y de enfoque victimocéntrico. Por medio de la aplicación del Convenio se ha conseguido, al fin, marcar un cambio fundamental en la estrategia de lucha contra la trata y persecución de los tratantes en este país, generando un cambio de gran calado en la situación de las víctimas de este delito. Pasando de la victimización secundaria a la protección y al empoderamiento, se ha otorgado al fin a las personas tratadas un rol central y digno en la lucha contra sus tratantes, sin renunciar por ello a la eficacia de la acción penal.

3. Normativa y práctica españolas en materia de protección

A) Marco normativo español

Mientras que desde 2002 España ha tenido que ir ajustando su normativa a los requisitos del Protocolo de Palermo, es el año 2009 el que marca el momento a partir del cual España está claramente obligada a integrar en su ordenamiento los elementos característicos de un enfoque de derechos humanos, tratándose del momento en que entra en vigor en España el Convenio de Varsovia. Cumplir con esta normativa requiere la adopción de medidas de carácter penal, administrativo, social etc., por lo que la intervención del legislador español era sin duda necesaria. Veremos a continuación el tenor y alcance de esta intervención.

En España no se ha adoptado una ley dedicada exclusivamente a la trata de seres humanos, como es el caso en otros países de nuestro entorno como Estados Unidos¹⁶⁴,

¹⁶² CONSTANTINOU, A., “Cyprus Republic v. Danail Naydenov: A Cornerstone Decision Over a Human Trafficking Case”, *Global Journal of Comparative Law*, vol. 4, 2015, p. 238.

¹⁶³ *Cyprus Republic v Danail Naydenov* (2014) J.C.C. 23076/13. V. tb. CONSTANTINOU, A., “Cyprus Republic v. Danail Naydenov...”, *cit.*, pp. 233-241.

¹⁶⁴ Ley del 28 de octubre de 2000, titulada “Victims of Trafficking and Violence Protection Act”, Ley del 7 de enero de 2003 titulada “Trafficking Victims Protection Reauthorization Act”, Ley del 10 de enero de 2006 titulada “Trafficking Victims Protection Reauthorization Act”, Ley del 1 de enero de 2008 titulada “William Wilberforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act”, y Ley del 29 de mayo de 2015 titulada “Justice for Victims of Trafficking Act”.

trata de seres humanos”¹⁷⁷. En este contexto, se prevé que, cuando existan “motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular haya sido víctima de trata”¹⁷⁸, se le reconozca un período de restablecimiento y reflexión durante el cual la víctima debe decidir si desea colaborar con las autoridades en la investigación del delito y en el procedimiento penal. Durante este período, se prevé que el Estado se haga cargo de la subsistencia de la víctima y que garantice su seguridad, así como la de las personas que de ella dependan, y excepcionalmente de algunos de sus familiares u otras personas que tengan vínculos con ella y que se encuentren en España. Se prevé también que, tanto durante la fase de identificación de las víctimas como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoe un expediente por infracción de la normativa de extranjería y se suspenda el expediente que se hubiera incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión. Una vez finalizado el período de restablecimiento y reflexión, que puede ser ampliado, la administración deberá decidir si concede a la víctima la autorización de residencia o trabajo por circunstancias excepcionales “cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal”¹⁷⁹, o bien le facilita el retorno asistido a su país de procedencia.

En cuanto a la identificación, el Reglamento de Extranjería prevé que esta se realizará por las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata y la identificación de sus víctimas, y que las organizaciones de apoyo especializadas en trata podrán aportar información relevante¹⁸⁰. Establece también que, una vez efectuada la identificación y previo consentimiento de la víctima, las unidades de extranjería elevarán en el plazo máximo de 48 horas la propuesta de concesión del periodo de reflexión y restablecimiento a la Delegación o Sub-Delegación del Gobierno, que lo concederá, en un plazo máximo de 5 días, si estima que existen los referidos “motivos razonables”¹⁸¹.

En cuanto al permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, el Reglamento de Extranjería prevé un procedimiento considerablemente complejo, con dos itinerarios diferentes en función de si se pide el mencionado permiso por colaboración con la investigación del delito o por la situación personal de la víctima¹⁸². Se establece la concesión de la exención de la responsabilidad administrativa por infracción a la ley de extranjería por parte de la Delegación o Sub-Delegación del Gobierno como condición previa para que la víctima pueda luego solicitar el permiso de residencia. Se concederá, en su caso, primero un permiso provisional y luego uno definitivo con vigencia de 5 años, que implica la posibilidad de trabajar por cuenta propia o ajena en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial.

¹⁷⁷ Art. 59 bis, pár. 1 de la Ley de extranjería.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pár. 2.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pár. 4.

¹⁸⁰ Reglamento de extranjería, art. 141.

¹⁸¹ *Ibid.*, art. 142.

¹⁸² *Ibid.*, art. 143 y 144.

De entrada, llama la atención el hecho de que la normativa relativa a la protección de la víctima de trata esté incluida en la ley de extranjería con el objetivo de ser exclusivamente aplicable a las personas extranjeras y, además, “en situación irregular”, como establece el art. 59 bis. En 2011, alertado de que muchas víctimas de trata provienen de países de la UE, especialmente de Rumanía, el Gobierno ha extendido finalmente la aplicación de la normativa sobre identificación a todas las víctimas, inclusive las de la UE¹⁸³. Se ha remediado así a una situación que era contraria a los compromisos adquiridos por España tanto en el Convenio de Varsovia como en la Directiva UE sobre trata, que establecen obligaciones de protección y asistencia para todas las víctimas de trata, independientemente de su nacionalidad y situación administrativa. Hecha esta consideración previa, pasamos a examinar la práctica, analizando la información disponible acerca de la gestión por parte de los poderes públicos españoles de las situaciones de trata a las que se ven confrontados y llegando a conclusiones acerca de la adecuación del marco normativo español.

B) La práctica

A modo de introducción, expondremos el caso de Victoria, relatado en el informe del Defensor del Pueblo sobre trata de personas. Empezamos con el estudio de este caso no solo por su relevancia en relación con la aplicación del art. 59 bis de la Ley de extranjería, sino también porque se halla relatado en el único informe oficial que describe con cierto detalle casos de trata ocurridos en España y analiza las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades españolas al respecto¹⁸⁴. Victoria es una menor nigeriana, huérfana, acogida por su tío y luego víctima de abusos por parte de él, que tras haber huido de su casa desamparada y sin recursos fue captada en su país por un hombre y trasladada desde Nigeria hasta el aeropuerto de Barajas con pasaporte falso, después de haber contraído una deuda con él y prometido saldarla trabajando con una *madame* en España. Antes de salir de Nigeria, fue sometida a un ritual de *juju* (o *vudú*) donde se le amenazó de muerte, a ella y a su familia, en caso de no saldar la deuda¹⁸⁵.

No faltan los indicios de trata en esta terrible historia, que refleja, como veremos, unas pautas recurrentes en relación con la trata de niñas y mujeres nigerianas. Sin embargo, esta menor fue sometida a varios interrogatorios en el puesto fronterizo del aeropuerto de Barajas sin que ningún agente le preguntara sobre su experiencia ni detectara su situación de potencial víctima de trata. Además, a raíz de su solicitud de protección internacional - que fue inadmitida - la Subdirección General de Asilo comunicó a la Comisaría del puesto fronterizo que la menor podía ser víctima de trata, sin que la Comisaría tomara medida alguna al respecto. La menor no fue expulsada únicamente

¹⁸³ *Ibid.*, artículo único y disposición adicional única.

¹⁸⁴ A este respecto, es sin duda relevante el nombramiento por parte del gobierno de un Relator nacional sobre trata en 2014, en aplicación de la Directiva sobre trata que encomienda a estos mecanismos nacionales evaluar las tendencias y las acciones de lucha contra la trata e informar al respecto. Sin embargo, no se ha podido acceder a ninguna información acerca de sus evaluaciones y actividades.

¹⁸⁵ Informe del Defensor del Pueblo, pp. 145-153. Sobre la utilización del *juju* como pieza clave del control de las mujeres y niñas nigerianas víctimas de trata, v. Women's Link Worldwide, *La trata de mujeres y niñas nigerianas: esclavitud entre fronteras y prejuicios*, 2014, Parte 2, pp. 17-23.

porque la asociación que le facilitaba apoyo para la solicitud de asilo recurrió ante la Audiencia Nacional que acordó la suspensión provisional de la salida del territorio hasta la resolución definitiva de la solicitud. Por consiguiente, la menor siguió detenida como migrante irregular, sin recibir asistencia ni apoyo alguno, sintiéndose al contrario desorientada, con miedo y cada vez más vulnerable debido a los repetidos interrogatorios de los agentes que, según sus palabras, “no están interesados en mi historia, quieren que les diga cosas sobre X y sobre cómo he llegado a España”.

Fue solo a raíz de la intervención del Defensor del Pueblo, alertado por la asociación, y de la visita *in situ* del personal de esta institución junto con una experta en trata, que se pudo recoger la información que relatamos sobre su historia, a raíz de una entrevista realizada por la experta. Inmediatamente después, los agentes recibieron instrucciones de sus superiores de entrevistar a la menor para iniciar el procedimiento de identificación previsto en el art. 59 bis apartado 2 de la ley de extranjería. Ya nos hemos referido al hecho de que este apartado prevé la obligación para los agentes, cuando haya motivos para creer que una persona extranjera en situación irregular haya sido víctima de trata, de informarla de sus derechos, en particular de su derecho a la concesión de un periodo de restablecimiento y reflexión durante el cual se suspenderán los trámites de expulsión, y de su derecho a la protección y asistencia específica en cuanto víctima de trata. Nada de esto se había hecho. Los mismos agentes declararon que se trataba de la primera entrevista que iban a realizar en este puesto fronterizo en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 59 bis. En este contexto, debemos hacer a una primera constatación: en abril de 2011, en el puesto fronterizo del mayor aeropuerto español, no se había llevado a cabo ninguna actuación relativa a la identificación de potenciales víctimas de trata, en violación de la normativa nacional e internacional en vigor en España desde hacía ya dos años.

Continuando con la historia de Victoria, una vez recogido el testimonio de la menor, que esta vez pudo relatar los detalles de su captación y traslado a los agentes, la Comisaría remitió a la delegación de Gobierno una propuesta de no concesión del periodo de restablecimiento y reflexión, considerando que no había motivos razonables para considerar que la interesada fuese víctima de trata. Fue solo a raíz de la ulterior intervención del Defensor del Pueblo, que transmitió a la Delegación de Gobierno el informe de la experta donde se concluía de manera contundente que la interesada presentaba indicios de ser víctima de trata y que necesitaba protección puesto que su vida corría grave peligro en caso de quedar en España o de ser expulsada, cuando esta institución resolvió conceder el periodo de reflexión y restablecimiento. Después de 26 días detenida en las dependencias policiales de Barajas, Victoria fue finalmente acogida en un centro especializado.

Sin embargo, en otros casos de mujeres y niñas nigerianas con indicios similares de trata traídos a la atención del Defensor del Pueblo, como los de Precious y Blessing, la Delegación de Gobierno no ha seguido sus recomendaciones y las mujeres han sido deportadas a Nigeria¹⁸⁶. Estas expulsiones han seguido produciéndose, como documenta

¹⁸⁶ Informe del Defensor del Pueblo, *cit.*, 2012, pp. 160 y 163.

un estudio más reciente de 2014 donde se relatan con detalle las situaciones de mujeres y niñas nigerianas sometidas a graves abusos, trasladadas a España para ejercer la prostitución, y luego expulsadas por las autoridades españolas sin ser identificadas como víctimas de trata y por lo tanto sin ser protegidas como lo requiere la normativa aplicable¹⁸⁷. Generalmente, debido a los fallos en el sistema tanto por parte del país de origen, en este caso Nigeria¹⁸⁸, y el de destino, en este caso España, estas niñas y mujeres vuelven a caer en las manos de los tratantes, al ser objeto nuevamente de abusos para ser trasladadas otra vez a España (fenómeno del *re-trafficking*¹⁸⁹).

C) Los principales retos relativos al sistema de protección en España

a) *Capacitación de los agentes y otros funcionarios y cooperación con las entidades no-gubernamentales especializadas*

Estos casos demuestran fallos muy importantes en el sistema. Son muchos los aspectos en los que se podría ahondar. Primero, parece clara la falta de priorización del tema de la protección y asistencia a las víctimas de trata por parte de las autoridades españolas, y la consiguiente falta de sensibilización y capacitación de los agentes al respecto. Sin duda se están formando cada vez más policías y guardias civiles. Sin embargo, la práctica sigue evidenciando graves carencias. En este ámbito, la falta de formación de los agentes públicos en las zonas fronterizas ha llamado especialmente la atención de la UE. Un estudio de 2014 encomendado por la Comisión Europea relativo a la identificación de las víctimas de trata en los procedimientos de protección internacional y de retorno en varios países de la UE -inclusive España- concluye que la formación de los agentes fronterizos es insuficiente y que no hay mecanismos proactivos de identificación de las víctimas: se espera que las víctimas se denuncien por sí solas¹⁹⁰. Sin embargo, todas las fuentes apuntan a que en muchos casos ellas no son ni siquiera conscientes de ser víctimas de este delito, además de estar traumatizadas, avergonzadas y, sobretodo, asustadas por la amenazas que han recibido, por lo cual les es extremadamente difícil hablar de su experiencia¹⁹¹. Finalmente, vienen a menudo de países donde, a consecuencia de la corrupción, hay una extrema desconfianza en la policía. Por consiguiente, una capacitación especializada de los agentes es primordial en

¹⁸⁷ Women's Link Worldwide, *La trata de mujeres ...*, cit., Parte 3, pp. 13-29, y Parte 4, pp. 2-8.

¹⁸⁸ Para un estudio de las carencias en el sistema de protección de las víctimas de trata en Nigeria, *ibid.*, Parte 3, pp. 13-29.

¹⁸⁹ En un estudio sobre el fenómeno del re-trafficking, la Organización Mundial de las Migraciones destaca que se trata de un fenómeno muy extendido y señala los factores de riesgo que, con más frecuencia, suelen determinarlo. V. International Organizations for Migration (IOM), *The Causes and Consequences of Re-trafficking: Evidence from the IOM Human Trafficking Database*, 2010.

¹⁹⁰ Comisión Europea, European Migration Network, "*Identification of victims of trafficking in human beings ...*", cit., p. 34.

¹⁹¹ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Apoyando a las Víctimas de Trata*, pp. 23-24 y 89. En el mismo sentido, v. tb. la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión (Frontex), en Frontex, *Annual Risk Analysis*, Varsovia, 2012, p. 32; el Informe del European Migration Network, *ibid.*, p. 20 y 34; y UE, EUROJUST, *Strategic Project on Eurojust's action against trafficking in human beings*, 2012, p. 17.

este ámbito, para que estos puedan detectar situaciones de trata que las víctimas no suelen denunciar espontáneamente¹⁹².

Sin duda, hay que reconocer algunos avances que se han dado en los últimos años a este respecto en el Estado español, como la adopción en 2013 del Plan contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, la creación de una Brigada central contra la Trata de Seres Humanos, y la puesta en marcha de un teléfono gratuito de asistencia, de un correo electrónico y de una página web específicos¹⁹³. La sensibilización de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado (FCSE) y de la Fiscalía en esta materia ha ido sin duda aumentando, conjuntamente con la toma de conciencia de las dificultades a las que se enfrentan: entre ellas, las propias FCSE han resaltado la escasez de personal policial encomendado a la trata, la falta de herramientas de investigación apropiadas -como podrían ser los investigadores encubiertos- que permitirían que todo el peso de la prueba no recaiga en la víctima, la formación de los jueces y de los fiscales que no sean de extranjería, la escasez de traductores de confianza que no tengan conexión con la red, y la falta de recursos de urgencia para atender a las necesidades básicas de alojamiento y manutención de las víctimas¹⁹⁴.

Sin embargo, además de la necesidad de atender estas peticiones que nos parecen primordiales para que la acción policial y judicial sea más efectiva y acorde con el enfoque de derechos humanos, se requieren también avances en la participación de las entidades de apoyo especializadas en el proceso de identificación y protección. Tanto el Convenio de Varsovia¹⁹⁵ como la Directiva sobre trata¹⁹⁶ así lo indican, puesto que ambos instan a los Estados a cooperar con las organizaciones especializadas en el proceso de identificación. A pesar de estos requerimientos, este asunto no se ha resuelto todavía satisfactoriamente en muchos países, entre los cuales se encuentra España. Mientras Italia y el Reino Unido otorgan a las organizaciones no gubernamentales especializadas un rol oficial y de peso en el proceso de identificación de las víctimas, en España esto todavía no se ha conseguido. Solo las FCSE pueden identificar a las víctimas. El reconocimiento de rol de las organizaciones especializadas, que son las que tienen conocimientos específicos en materia de identificación y apoyo a las víctimas, es todavía insuficiente en España. Según lo dispuesto en el Protocolo marco, las FCSE no tienen la obligación de contactar con las entidades especializadas para que acudan a las entrevistas de identificación: su presencia en la entrevista se menciona únicamente como una posibilidad¹⁹⁷. Es suficiente con que las autoridades informen a la víctima de

¹⁹² Tanto la ONU como otras organizaciones han publicados manuales, indicadores y directrices específicos para la capacitación de agentes policiales, judiciales y personal sanitario sobre identificación de víctimas de trata. V. referencias en Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2009, pp. 263-316.

¹⁹³ V. <http://www.policia.es/trata>.

¹⁹⁴ V. la valoración de varios fiscales y agentes de las FCSE acerca de sus actuaciones en materia de identificación de víctimas de trata y las dificultades que conllevan, en Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Apoyando a las Víctimas de Trata*, cit., pp. 88-103, 123-127, y 135-136.

¹⁹⁵ Art. 10.1-2.

¹⁹⁶ Art. 11.4.

¹⁹⁷ Parte VI.B., pár. 1 del Protocolo marco.

las organizaciones que existen y de cómo pueden contactarlas, y que la información que estas hayan proporcionado acompañe el informe final relativo a la identificación¹⁹⁸.

Por lo tanto, el nivel de cooperación de las FCSE con las asociaciones especializadas es muy variable y responde a criterios aleatorios. En este contexto, la Red Española contra la Trata de Personas (RECTP), que agrupa las principales organizaciones especializadas en trata en España¹⁹⁹ y es el principal interlocutor de estas entidades con las instituciones gubernamentales nacionales e internacionales, reporta que existen algunas buenas prácticas de colaboración en la Comunidad de Madrid, donde las organizaciones especializadas tienen la posibilidad de acompañar a las víctimas durante el proceso de identificación, así como de emitir informes²⁰⁰. También, reportan una buena práctica de colaboración en el aeropuerto de Barajas, donde la Brigada provincial de Lucha contra la Trata de Madrid permite ahora la entrada de las entidades especializadas para participar en las entrevistas de identificación²⁰¹. Sin embargo, solo pueden participar como observadoras, en muchos casos sin intervenir ni poder hablar con las víctimas con carácter previo, aspecto que se considera clave para generar un clima adecuado. Tampoco pueden entrar con anterioridad o independencia de estas entrevistas, para conocer a las personas retenidas y detectar eventuales indicios de trata, proporcionando información y generando una confianza que permitiría a las víctimas atreverse a contar su situación real²⁰². Sin duda, establecer este tipo de procedimiento podría ayudar a España a cumplir con sus obligaciones de identificación proactiva en las fronteras, y a contrarrestar la tendencia que evidencia el reciente informe de la Delegación del Gobierno sobre Violencia de Género que, refiriéndose a las entrevistas de víctimas de trata en los puestos fronterizos y especialmente en el aeropuerto de Barajas, señala que la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión estaría dependiendo no de la existencia de unos indicios sino de la información que proporciona la persona en relación con la red: se estaría por lo tanto aplicando un enfoque de persecución del delito y no de derechos humanos²⁰³.

En Andalucía, por otro lado, las entidades especializadas que conforman Antena Sur Contra la Trata revelan en un informe reciente importantes diferencias en su nivel de cooperación con la policía según la provincia, dependiendo de la relación que hayan conseguido establecer. Mientras en algunas provincias la cooperación es muy fluida y los resultados en términos de protección de las víctimas son satisfactorios, en otras la cooperación es muy puntual y los resultados poco satisfactorios²⁰⁴. En relación con las

¹⁹⁸ Parte VI.C., pár. 5 del Protocolo marco.

¹⁹⁹ Son organizaciones miembros de la RECTP: APIP/ACAM, APRAMP, Askabide, CEAR, FAPMI/ECPAT, Federación de Mujeres Progresistas, Fundación Cruz Blanca, Fundación Tierra de Hombres, IEPALA, Médicos del Mundo, Mujeres en Zona de Conflicto, Proyecto Esperanza-Adoratrices, Women's Link Worldwide y Antena Sur contra la Trata. Son organizaciones colaboradoras ACCEM, ACNUR, AIETI, Amnistía Internacional, Cáritas Española, CONFER, Cruz Roja Española, OIM, Red Cantabra contra el Tráfico de Personas y la Explotación Sexual, Save the Children, Villa Teresita.

²⁰⁰ Informe RECTP 2015, *cit.*, p. 14.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 19.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Apoyando a las Víctimas de Trata*, *cit.*, p. 24.

²⁰⁴ Antena Sur Contra la Trata, *Documento de buenas prácticas en Andalucía*, 2015.

mujeres y niñas nigerianas, Women’s Link Worldwide explica cómo el enfoque eminentemente policial del procedimiento de identificación en España es especialmente poco apropiado para este colectivo, puesto que el miedo generado por el sistema tradicional de control basado en el *juju* requiere una intervención muy especializada que permita trabajar las creencias que paralizan a las mujeres y les impiden “traicionar” a la red²⁰⁵. Finalmente, en los casos de víctimas en situación irregular, el hecho de que las únicas instituciones competentes para la identificación formal de las víctimas sean las FCSE es un obstáculo, puesto que las víctimas tienen miedo a contactar con el mismo cuerpo que se encargada de la lucha contra la inmigración clandestina²⁰⁶, que en ocasiones sigue aplicando un enfoque de control migratorio²⁰⁷.

En este contexto, en su informe de 2013 relativo a su misión de investigación en España, GRETA confirma estas valoraciones al detectar igualmente una serie de fallos en el proceso de identificación. En sus conclusiones, insta a las autoridades españolas a que “revisen el procedimiento de identificación de las víctimas de trata con el objetivo de asegurar que las posibles víctimas sean tratadas, en primer lugar, como personas que han sido expuestas a violaciones de derechos humanos y no como una fuente de pruebas para las investigaciones criminales”²⁰⁸. Para ello, GRETA considera que las autoridades españolas deberían, entre otras actuaciones, “reforzar la participación de las diferentes agencias en el proceso de toma de decisión que lleva a la identificación de las víctimas de trata, otorgando un papel formal en el proceso de identificación a otros actores que estén en primera línea, tales como los inspectores de trabajo, trabajadores sociales, personal médico y ONGs”, así como asegurar una “coordinación adecuada e intercambio de información entre todos los actores implicados en el proceso de identificación”²⁰⁹.

b) Nivel de prueba exigido para la identificación

El nivel de prueba exigido por la policía y la Delegación de Gobierno para la identificación de una persona como víctima de trata es otro elemento que obstaculiza el acceso al sistema de protección. Como señalan el Defensor del Pueblo y GRETA en sus respectivos informes, el nivel exigido por las autoridades españolas es demasiado alto, requiriendo una “prueba objetiva”, como ocurrió en los casos de Victoria, Precious y Blessing²¹⁰. Para evitar la desprotección de las víctimas que resultaría del hecho de exigir pruebas difíciles de conseguir en plazos breves, la Directiva UE prescribe que son

²⁰⁵ Women’s Link Worldwide, *La trata de mujeres y niñas ...*, cit., Parte 3, p. 4.

²⁰⁶ Informe RECTP 2015, cit., p. 14.

²⁰⁷ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Apoyando a las Víctimas de Trata*, cit., p. 46.

²⁰⁸ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, First evaluation round* (“Informe GRETA”), 2013, p. 164 (traducción al español realizada por Lucía López Castro para el Proyecto Esperanza, en “Informe de evaluación de GRETA en relación al cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos por parte de España”, 27 de abril de 2015).

²⁰⁹ *Ibid.*. En este mismo sentido, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Apoyando a las Víctimas de Trata*, cit., pp. 64 y 186.

²¹⁰ Informe del Defensor del Pueblo, cit., pp. 161-164; Informe GRETA, cit., p. 161. En este mismo sentido se pronuncian también las organizaciones especializadas, v. Informe RECTP 2015, cit., p. 14.

suficientes “indicios razonables” para suponer que la persona haya sido objeto de trata para que se le otorgue el periodo de reflexión y restablecimiento y la asistencia pertinente²¹¹. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 13.1 del convenio de Varsovia, que requiere únicamente unos “motivos razonables” para creer que alguien pueda ser víctima de trata para exigir que no se aleje a esta persona del territorio hasta que se complete el procedimiento de identificación, y para que se le empiece a brindar asistencia. En este contexto, compartimos la opinión de los autores que consideran necesario eliminar cualquier elemento de discrecionalidad administrativa en el mecanismo de identificación vigente en España, apuntando a que la discrecionalidad inherente a la decisión de la Delegación de Gobierno sería contraria al artículo 13.1 del Convenio de Varsovia²¹². En efecto, conforme a la letra de este artículo, un informe de la policía que apunte a indicios de trata debería ser elemento suficiente para otorgar el periodo de reflexión y restablecimiento.

Se suman a esta dificultad las relativas al procedimiento que se activa a raíz de la identificación oficial de una víctima. Los procedimientos de extranjería relativos a la no devolución y a la concesión de una autorización de residencia a las víctimas de trata son bastante largos y prolijos, puesto que constan de cuatro procedimientos distintos. A este respecto, se ha solicitado su simplificación, recomendando, *inter alia*, la declaración de *oficio* de la exención de responsabilidad administrativa por estancia irregular una vez identificada una víctima de trata²¹³.

c) Periodo de reflexión y restablecimiento, permiso de residencia y devolución

El problema de los permisos de residencia y del miedo a la expulsión es otra de las circunstancias que hacen que las mujeres y niñas que ejercen la prostitución de manera forzada en España no consigan salir de la influencia de las redes y acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales. Hemos mencionado ya la normativa internacional relativa al periodo de reflexión y restablecimiento. En este contexto, celebramos que en 2015 España haya alargado la duración mínima de este periodo, que pasa de ser de 30 a 90 días²¹⁴, sumándose así a la lista de países que otorgan un periodo de reflexión más largo del mínimo de 30 días requerido por el Convenio de Varsovia (por ejemplo, Reino Unido: 45 días; Republica Checa: 60 días; Alemania: 90 días; Noruega y Canadá: 180 días). Sin embargo, persiste el problema de la desprotección de las víctimas una vez finalizado este plazo. En conformidad con el artículo 14.1 del Convenio, la ley de extranjería prevé que se les pueda otorgar un permiso de residencia y trabajo no solo por su cooperación en la investigación o acción penal, sino también en atención a su

²¹¹ Art. 11.2.

²¹² V. RUEDA VALDIVIA, R., “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género”, en LARA AGUADO, Á. (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, 2012, pp. 231 y 256.

²¹³ PUERTA VÍLCHEZ, J. M., “Víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual: protección desde la normativa de extranjería”, en LARA AGUADO, Á. (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata ...*, cit., pp. 219-20.

²¹⁴ Disposición final 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (BOE nº 175, de 23.07.2015), que modifica el apartado 2 del art. 59 bis de la ley de extranjería.

situación personal, es decir a razones humanitarias. Se trataría, por ejemplo, de situaciones donde el regreso de la víctima pondría en riesgo su vida o integridad física, o cuando exista el riesgo de *re-trafficking*. La legislación española ha ido, de hecho, más allá de lo exigido por el art. 14, puesto que este se refiere únicamente a la concesión de permisos de residencia, mientras el art. 59 bis 4) prevé también la concesión de un permiso de trabajo.

Sin embargo, en la práctica en España se conceden permisos por cooperar con las autoridades, mientras la concesión por razones personales es casi anecdótica: en 2011 se concedieron cincuenta y un permisos por cooperación con las autoridades y uno solo en relación con la situación personal, y en 2012, solo dos permisos de este último tipo²¹⁵. Por lo que se refiere a los años sucesivos, destaca la falta de información acerca de estos datos, puesto que la administración no los publica²¹⁶, en clara contraposición con países como Italia o Estados Unidos, cuyos datos, que mencionamos a continuación, son publicados anualmente o hasta cuatrimestralmente y son fácilmente accesibles en sus portales oficiales en la red.

En relación con el número de permisos concedidos en otros países de entornos comparables, en 2011 Estados Unidos concedió 1279 permisos a víctimas de trata y miembros de sus familias (el visado T), tanto por cooperar en las investigaciones como por motivos de protección. En 2015, han sido 1304 los visados T concedidos (610 a víctimas directas y 694 familiares de víctimas)²¹⁷. En Italia, se otorgan a las víctimas de trata alrededor de 1000 permisos de residencia al año desde 2001. Son permisos “por motivos de protección social” que no requieren cooperación con la justicia: se centran en la recuperación de la persona y permiten, sin requerirlo en ningún momento, que la persona elija en un momento determinado cooperar con la justicia²¹⁸. No sorprende por lo tanto que en su informe relativo a España GRETA exprese preocupación acerca del número muy reducido de permisos concedidos por motivos de situación personal, subrayando que de esta manera se está enviando un mensaje a las víctimas de que solo podrán obtener el permiso si colaboran con las autoridades²¹⁹.

La práctica demuestra además que la concesión de permisos en España responde a criterios poco claros -por ejemplo el concepto de “situación personal” no se define-

²¹⁵ Información proporcionada por el Ministerio de Interior a GRETA, Informe GRETA, *cit.*, p. 51.

²¹⁶ La ONG Proyecto Esperanza, la mayor organización española especializada en trata de personas y asistencia a las víctimas, ha criticado reiteradamente la falta de datos sobre el número de permisos de residencia concedidos a víctimas de trata. Lo hizo, por ejemplo, en el documento “Balance de la protección a las víctimas de trata”, de 8 de marzo de 2015, donde resalta la falta de estos datos en el informe que acompaña el borrador del II Plan contra la Trata con Fines de Explotación Sexual del M^o Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

²¹⁷ V. el Portal Oficial del Department of Homeland Security: <http://www.uscis.gov/tools/reports-studies/immigration-forms-data/data-set-form-i-914-application-t-nonimmigrant-status> (consultado el 4 de agosto de 2016)

²¹⁸ V. <http://www.pariopportunita.gov.it/index.php/component/content/article/70-traffico-di-esseri-umani/2295-contro-la-tratta-di-persone> (consultado el 4 de agosto de 2016)

²¹⁹ Informe GRETA, *cit.*, p. 217.

por lo tanto aleatorios²²⁰, además de adolecer de retrasos muy importantes²²¹. Las organizaciones especializadas de la RECTP ponen de relieve el problema de la indefinición de criterios para la concesión de estos permisos, en estos términos:

“A casi tres años de la aprobación del Protocolo Marco para la identificación y protección de las víctimas de trata, las autoridades no han definido los criterios objetivos que pueden fundamentar la concesión o la denegación de los permisos de residencia y trabajo previstos para las víctimas de trata en el artículo 59bis de la Ley de extranjería ni cuándo se concederán los permisos provisionales y cuándo los definitivos. Esta situación produce incertidumbre, desconfianza e indefensión en las víctimas, las cuales no saben a qué se deben atener o qué requisitos deben de cumplir”²²².

Finalmente, las víctimas que colaboran con las autoridades no tienen garantías en relación con la prórroga de su permiso de residencia una vez terminada la investigación o el juicio. Por consiguiente, muchas mujeres prefieren quedarse en su situación de prostitución forzada hasta que salden la deuda, puesto que confiar en el sistema público de protección les expone a un riesgo mayor. Esencialmente, si deciden colaborar en un procedimiento penal, se exponen al riesgo de venganza por parte de la red por haber interpuesto denuncia: si al finalizar el procedimiento la víctima es devuelta a su país, está expuesta a riesgos de suma gravedad, tanto si el tratante es condenado como en el caso de su absolución y devolución. Y si por miedo a denunciar, lo único que quiere una víctima es salir de su situación de trata sin tener que colaborar en el procedimiento penal, no confiará en la policía temiendo ser devuelta al acabar el periodo de reflexión y restablecimiento, puesto que, como hemos mencionado, casi no se conceden permisos de residencia si no se colabora en la investigación.

d) Denegación del asilo

Otro asunto de especial seriedad es la denegación casi sistemática de las peticiones de asilo presentadas por víctimas de trata. La consecuencia de este rechazo es en numerosos casos la detención de las víctimas en centros de internamiento para extranjeros (CIE) y sucesiva devolución a sus países. Además de su consideración en los informes del Defensor del Pueblo, de GRETA o de la Comisión europea a los que ya hemos tenido la oportunidad de referirnos²²³, el rechazo sistemático de las peticiones de asilo ha sido objeto de atención por parte del Relator especial de Naciones Unidas sobre racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia en su informe relativo a su visita a España. En este informe, se refiere a la información que ha recabado acerca de “la situación de las mujeres procedentes de Nigeria y otros países

²²⁰ Women’s Link Worldwide, *La trata de mujeres y niñas ...*, cit., Parte 3, p. 8; e Informe RECTP 2015, cit., donde se proponen una serie de criterios a seguir para la concesión de permisos en base a la “situación personal”, pp. 21-22.

²²¹ Informe GRETA, cit., p. 51; y Proyecto Esperanza, *Valoración del Nuevo marco Jurídico contra la Trata de Seres Humanos. Análisis de Casos Reales y recomendaciones*, 2010, pp. 33-37

²²² Informe RECTP 2015, cit., p. 21.

²²³ Informe GRETA, cit., párr. 158, 164, 213-219; Informe anual GRETA 2016, pp. 33-43; Comisión Europea, European Migration Network, *Identification of victims of trafficking in human beings ...*, cit., pp. 15-24 y 32-34 ; e Informe del Defensor del Pueblo, cit., pp. 191-230.

subsaharianos, víctimas o posibles víctimas de la trata, cuyas solicitudes de asilo se rechazan sistemáticamente en los aeropuertos españoles. De hecho, en la práctica, las solicitudes de asilo en que se hace referencia a cuestiones relacionadas con la trata son, al parecer, rechazadas sistemáticamente²²⁴. En sus recomendaciones finales, el experto de Naciones Unidas insta a España a que facilite el acceso a los procedimientos de asilo para las mujeres víctimas o posibles víctimas de la trata, de conformidad con la directriz sobre protección internacional n° 7 del ACNUR sobre víctimas de trata y asilo²²⁵. También, apunta a la necesidad de adoptar un enfoque de género en la gestión de los CIE y de someter a “un cuidadoso seguimiento la situación de las mujeres inmigrantes retenidas en los CIE, prestando especial atención a la presencia de posibles víctimas de la trata”, al mismo tiempo que subraya la necesidad de establecer mecanismos para evitar los abusos sexuales cometidos contra las mujeres inmigrantes internadas²²⁶.

Huelga decir que la devolución de estas mujeres atenta gravemente contra sus derechos y su seguridad e integridad física. Es extremadamente preocupante el hecho de que la administración española, a sabiendas o no, las devuelve a menudo a manos de los propios tratantes. Se ha documentado, por ejemplo, que los tratantes nigerianos, alertados por sus compañeros establecidos en Europa de la deportación de víctimas a Nigeria, las esperan en el aeropuerto para re-tratarlas²²⁷. Estudios recientes han confirmado que las redes nigerianas funcionan a través de una estructura altamente organizada y jerarquizada que opera a través de células y cofradías con ramificaciones en diferentes países de África del Oeste y del Norte pero también de Oriente próximo y Europa occidental²²⁸. En este contexto de altísimo riesgo, algunos autores abogan por el reconocimiento del asilo como el primer nivel de protección para las víctimas de trata que tienen temores fundados de regresar a su país, criticando que, a pesar de tratarse de un derecho fundamental y por lo tanto prioritario, se esté obstaculizando el acceso al asilo para las víctimas de trata relegándolo a un mecanismo subsidiario a los permisos de residencia previstos por el art. 59 bis de la ley de extranjería. Además, estas actuaciones chocan frontalmente con la ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo que contempla expresamente la trata de seres humanos como una situación específica de vulnerabilidad a tener en cuenta en las solicitudes de protección internacional²²⁹.

²²⁴ RUTEERE, M., Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Visita a España, A/HRC/23/56/Add.2, 2013, pár. 49.

²²⁵ *Ibid.*, pár. 81.

²²⁶ *Ibid.*, pár. 74.

²²⁷ Women’s Link Worldwide, *La trata de mujeres y niñas ...*, cit., Parte 3, p. 27. Acerca del impacto en términos de *re-trafficking* de la estigmatización de la mujer prostituida y tratada en la cultura nigeriana, v. el mismo informe, Parte 3, pp. 23-29.

²²⁸ Informe mundial ONUDD 2014, cit., pp. 56-57. V. tb. LO IACONO, E., “Victims, sex workers and perpetrators: Gray areas in the trafficking of Nigerian women”, *Trends in Organized Crime*, vol. 17, n. 1, 2014, pp. 110-128.

²²⁹ Art. 46 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE n° 263, de 31.10.2009): “En el marco de la presente Ley, y en los términos en que se desarrolle reglamentariamente, se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias

En este contexto, parece razonable la propuesta de que se conceda siempre el asilo a las víctimas de trata que provienen de un país que no se ha demostrado capaz de neutralizar el fenómeno de la trata²³⁰. Seguramente, Nigeria se debería incluir en esta lista de países, así como Rumanía, China, República Dominicana, Brasil, Colombia y Paraguay, señalados por la Fiscalía General del Estado como principales países de captación de mujeres para la trata con fines de prostitución con destino a España²³¹.

e) Detención y eventual enjuiciamiento y condena

Por lo que se refiere a la detención y eventual posterior devolución o, en algunos casos, condena penal de víctimas de trata, independientemente de la presentación de una solicitud de asilo, nos parece relevante mencionar algunos estudios de campo que se han realizado en España, principalmente en el marco de proyectos de investigación universitaria, así como decisiones judiciales relevantes. En el marco de un trabajo de investigación sobre mujeres privadas de libertad en el CIE de Aluche (Madrid) realizado en el año 2012²³², se han detectado situaciones como la de Bianca, una mujer brasileña que a pesar de haber sido identificada como víctima de trata y de ser testigo en un proceso penal por trata, se encontraba ingresada en un CIE pendiente de expulsión. Las graves carencias en términos de formación de la judicatura en relación con la normativa relativa a la protección de las víctimas de trata se hacen patentes en este caso donde, a pesar de la petición de la víctima, el juez nunca solicitó la regularización de su situación administrativa, propiciando así su detención y expulsión en violación del art. 143, párrafo 1, del Reglamento de Extranjería. En otro estudio universitario realizado en 2011 con 45 mujeres internas en dos centros penitenciarios españoles, el CP Ponent (Lleida) y Brians 1 (Barcelona), se detectaron a un total de diez mujeres víctimas de trata que no habían sido identificadas como tales y que se encontraban detenidas por haber sido condenadas o por estar en prisión preventiva por la comisión de un delito²³³.

La detención de víctimas de trata, acompañada o no de la amenaza de devolución, ejemplifica la grave victimización secundaria a la que el Estado sigue sometiendo a muchas de estas mujeres, a pesar de la presunta adopción de un enfoque de derechos

mono parentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos”.

²³⁰ RUIZ SUTIL, C., “El asilo como primer nivel de protección de la víctima de trata de seres humanos frente a su configuración como vía alternativa en el derecho de extranjería”, en LARA AGUADO, Á. (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata ...*, cit., p. 297.

²³¹ Fiscal General del Estado, *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (2015), Anexo “Nota Informativa y Diligencias de Seguimiento de la trata de seres humanos”, pp. 2-3 (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Diligencias%20de%20Seguimiento%20del%20delito%20de%20Trata%20de%20Seres%20Humanos.%20Fiscal%20C3%ADa%20de%20Extranjer%20C3%ADa%202014?idFile=56ca6812-b8bf-4341-b06c-8c9bd9a8d3fe, consultado el 4 de agosto de 2016). V. tb. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Ayudando a las Víctimas de Trata*, cit., pp. 76-80.

²³² Estudio dirigido desde la Universidad Complutense de Madrid, v. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (dir.), *Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento*, Ed. Gakoa, Madrid, 2013.

²³³ Estudio dirigido desde la Universidad de Lleida, v. VILLACAMPA ESTIARTE, C., y TORRES ROSELL, N., “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 8, 2012, pp. 411-494.

humanos. La infradetección y la consiguiente detención de estas personas en centros penitenciarios o de otra índole configura “una situación de victimización institucional en grado sumo”²³⁴, no solo por no haber sido identificadas, protegidas y asistidas según lo que requiere la normativa nacional e internacional, sino también por haber sido sometidas a una situación de privación de libertad contraria a la ley. Al respecto, cabe señalar que el art. 177 bis del Código penal español contempla expresamente este tipo de situación, al establecer la exención de pena por las infracciones penales que una víctima de trata haya cometido como consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a la que haya sido sometida²³⁵.

En otro caso juzgado por los tribunales españoles y que se encuentra actualmente pendiente delante del TEDH en fase preliminar²³⁶, una mujer nigeriana que fue inicialmente identificada como potencial víctima de trata y ofrecida un periodo de reflexión y restablecimiento, fue luego detenida, enjuiciada y condenada a nueve meses y doce días de prisión por coacción. Su recurso de revisión ante el Tribunal Supremo alegando la exención de pena basada en el mencionado precepto del art. 177bis fue desestimado por considerar que la determinación de la Subdelegación del Gobierno no era prueba suficiente para establecer su condición de víctimas de trata a efectos del art. 177bis²³⁷. En este caso, la víctima cuestiona que el Tribunal Supremo no haya tomado en consideración el hecho que la policía, a pesar del requerimiento del juez, no investigó si hubo delito de trata y privó por lo tanto a la víctima de la posibilidad de que se estableciera su condición de víctima por esta vía²³⁸. Este caso evidencia un fallo muy significativo: si por un lado no se investigan adecuadamente los casos de trata y, por otro, no se otorga valor a la identificación efectuada por la policía y la Delegación del Gobierno, se priva a las víctimas de trata de la posibilidad de demostrar su condición de víctima y por tanto de acceder a la exención de pena prevista por el art. 177bis del Código penal. Cabe esperar que el TEDH aproveche esta oportunidad para volverse a pronunciar acerca de las obligaciones de los Estados en relación con la trata de seres humanos, especialmente en relación con el alcance del deber de investigar el delito y proteger a las víctimas de una ulterior victimización.

²³⁴ *Ibid.*, p. 487.

²³⁵ Apartado 11 del art. 177 bis del código penal.

²³⁶ TEDH, *Osaro c. España* (n. 36769/14) (aún no comunicada al Estado), descrita en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. y WAISMAN, V., *Assessment of the Implementation of the Directive 2011/36/EU from a Gender Perspective*, European Parliament Research Paper, abril 2016, p. 25.

²³⁷ Sentencia nº 25/2013, Juzgado de lo Penal número 1 de Algeciras, de 18 de Enero de 2013.

²³⁸ Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013, recurso nº 20162/2013, Razonamiento Jurídico Tercero.

D) Reformas legislativas recientes: ¿una ocasión perdida?

Finalmente, cabe mencionar algunos aspectos del enfoque de derechos humanos que siguen sin desarrollo normativo adecuado, a pesar de las recientes reformas adoptadas por el legislador español que afectan a la materia objeto de nuestro estudio. El legislador español ha adoptado en 2015 dos leyes cuyo objetivo declarado es cumplir con la obligación de transponer, entre otras, la Directiva 2012/29/UE sobre protección de las víctimas de delito²³⁹ y la Directiva sobre trata –recordando que España ha sido el último país de la UE en transponer esta última Directiva, con un retraso de más de dos años respecto al plazo establecido-. Por un lado, son sin duda bienvenidas las mejoras introducidas por la Ley 1/2015 de Reforma del Código penal en relación con la definición del delito, al introducir dos nuevos tipos de trata: la trata para la comisión de actividades delictivas y la trata para la celebración de matrimonios forzados²⁴⁰. En el conjunto, y a pesar de algunos aspectos criticables, debe considerarse que la tipificación del delito de trata en el Derecho penal español cumple con los requerimientos internacionales. También, debe valorarse positivamente la adopción de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima de delito, que aporta mejoras notables a la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de protección de las víctimas en el juicio penal²⁴¹.

Sin embargo, es preocupante que se sigan dejando sin adecuado desarrollo normativo aspectos tan importantes como el contenido de la prestación de protección y asistencia a las víctimas, así como su reinserción social y laboral. Se trata de aspectos centrales en virtud del enfoque de derechos humanos y de obligado cumplimiento para España en virtud de la normativa internacional pertinente, y que requieren por lo tanto un desarrollo normativo adecuado. En cuanto al primer aspecto, por ejemplo, el Estatuto de la víctima del delito solo lo ha regulado refiriéndose al rol – insuficiente y residual en la práctica - de las oficinas públicas de asistencia a las víctimas, mientras la labor de las entidades no gubernamentales que en materia de trata prestan servicio asistencial de manera casi exclusiva se sigue sin reconocer ni regular.

A las peticiones de las entidades especializadas a este respecto se suman las de las mismas FCSE que también alertan acerca de las carencias en materia de acceso a recursos sociales, especialmente residenciales, a las que se ven confrontadas cuando rescatan o detectan a una potencial víctima de trata²⁴². En el mismo sentido se han

²³⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (*DOUE* nº L 315, del 14.11.2012, p. 57).

²⁴⁰ Para un análisis de las modificaciones introducidas por esta ley en este ámbito, v. CANO PAÑOS, M.Á., “Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos”, en MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, 2015, pp. 421-432.

²⁴¹ Para un análisis de estas modificaciones, v. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “El anteproyecto de ley orgánica del estatuto de la víctima del delito y la víctima adulta del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 37, 2014; y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales ...”, *cit.*, pp. 18-22.

²⁴² En Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Apoyando a las Víctimas de Trata*, *cit.*, pp. 120-123.

pronunciado varios fiscales, lamentando los recursos muy escasos que el Estado pone a disposición de las mujeres víctimas de trata y señalando que, al tratarse de una forma de violencia contra la mujer, sus víctimas merecerían recibir el mismo nivel de protección y recursos que las víctimas de violencia de género²⁴³.

Por consiguiente, resulta difícilmente justificable la reticencia del Estado español a adoptar un marco legal que garantice el establecimiento y mantenimiento de recursos asistenciales y residenciales adecuados. Comparando el marco legal y operativo español con otros países de nuestro entorno, la respuesta española resulta claramente insuficiente. En Italia, por ejemplo, la ley sobre trata de 2003 instituyó un “Fondo contra la trata” para la reparación de las víctimas y, para completar el programa de primera asistencia – de una duración de entre 3 y 6 meses – establecido ya en 1998, y que atendió a 65.000 víctimas entre 2000 y 2012, estableció por ley un programa de segunda asistencia, llamado de “asistencia e integración social”. Se trata de un programa que ha atendido a 21.795 personas durante el mismo periodo, y que, tras su última revisión legislativa de 2014, otorga a las víctimas un marco más avanzado para su recuperación en términos de integración social y laboral. En España, se sigue echando en falta una adecuada regulación y organización de los aspectos relacionados con la protección y asistencia a las víctimas. Por lo tanto, no puede considerarse que la Directiva sobre trata haya sido transpuesta satisfactoriamente, ni que España cumpla con las exigencias establecidas en el Convenio de Varsovia a este respecto. Claramente, las recientes reformas legislativas han sido otra ocasión perdida.

V. REFLEXIONES FINALES

Aunque la irrupción del enfoque de derechos humanos en el Derecho internacional relativo a la trata de personas sea hoy en día un hecho indiscutible, existen indudablemente numerosos matices en relación con su preciso alcance. En el plano universal, hemos dejado de manifiesto que destaca un panorama normativo dicotómico. Mientras los Estados Parte en el Protocolo de Palermo siguen sin reconocer valor obligatorio a la mayoría de las disposiciones sobre protección de las víctimas y al enfoque de derechos humanos como tal, el Consejo de derechos humanos y los órganos de protección de los derechos humanos afirman de manera contundente la obligatoriedad de tal enfoque. Existen por lo tanto dos visiones contrapuestas según el subsistema de Derecho internacional en el que nos situemos, lo que demuestra la persistencia en el plano universal de una reticencia de un número considerable de Estados en reconocer la vigencia de la obligación de afrontar el fenómeno de la trata desde un enfoque de derechos humanos.

Por el contrario, en el ámbito europeo ha de celebrarse la asunción de este enfoque como obligación adecuadamente estipulada en términos vinculantes y con un considerable nivel de detalle, tanto en la Directiva sobre trata como, sobre todo, en el Convenio de Varsovia. Se trata sin duda de dos instrumentos novedosos, que

²⁴³ *Ibid.*, pp. 131-132. En el mismo sentido se habrían pronunciado varios fiscales, v. p. 132.

proporcionan valiosos ejemplos de un elevado grado de integración y convergencia, en un mismo texto de carácter obligatorio, entre disposiciones de Derecho internacional de los derechos humanos y de Derecho penal internacional. Dado que esta exitosa integración no se ha logrado ni en otros ámbitos regionales ni en el plano universal, es allí donde reside sin duda el primer reto al que la comunidad internacional tiene que enfrentarse. Tratándose de una problemática de notable trascendencia internacional - sin querer quitar importancia al fenómeno de la trata interna en el ámbito de un país o de una región como puede ser la UE - de poco servirá que el continente europeo se dote de instrumentos avanzados en materia de trata si el resto de los países no da pasos decididos hacia la asunción de un enfoque holístico basado en los derechos humanos.

El otro gran reto al que tenemos que enfrentarnos está relacionado con la asunción de este abordaje en el ámbito interno. A pesar de que el Plan de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual adoptado en 2015 reivindique reiteradamente su apego a los derechos humanos, lo expuesto en este estudio nos indica que España no ha superado todavía la estrechez del enfoque de Derecho penal en beneficio de un enfoque integral de lucha contra la trata basado en los derechos humanos. En este contexto, no deja de llamar la atención el hecho de que, en España, el apego a los derechos humanos en materia de trata se plasme reiteradamente en planes y protocolos, pero nunca en disposiciones legislativas. No obstante las claras obligaciones internacionales en este sentido, tanto la legislación como la práctica en España evidencian fallos que se traducen en situaciones de grave victimización secundaria de las mujeres tratadas que, inevitablemente, imposibilitan su protección según lo que requieren los estándares internacionales vigentes. En un reciente estudio que compara los regímenes de protección de las víctimas de violencia de género y de las víctimas de trata en el Derecho español de extranjería, se llega a la conclusión de que el legislador solo trata a las primeras como auténticas víctimas, protegiéndolas como tales, mientras la protección de las segundas gira en torno a un claro objetivo: conseguir su colaboración con las autoridades en la persecución del delito²⁴⁴. En este sentido, reiteramos la necesidad de desvincular por completo la protección de la víctima de trata de su colaboración con las autoridades encargadas de la investigación penal.

Si no garantizamos una respuesta eficaz, jurídicamente adecuada y al mismo tiempo empática y humana respecto a la grave situación de vulneración de los derechos humanos que viven las mujeres tratadas con fines de explotación sexual, nuestra sociedad se hará cómplice de su victimización, como pasaba con la violencia de género cuando, mirando para otro lado, la sociedad española no lo consideraba un problema social grave y sistemático. Lo que se requiere es un verdadero compromiso social y político con la problemática de la trata, una toma de conciencia de su gravedad y de la necesidad de afrontarla desde otra perspectiva, desvinculándola de una visión fundamentalmente criminal o migratoria para abordarla como lo que es, una forma contemporánea de comercialización y, a menudo, de esclavización del ser humano, que explota prevalentemente a las mujeres y a las niñas más vulnerables y que requiere una respuesta integral y contundente centrada en la protección de sus víctimas.

²⁴⁴ RUEDA VALDIVIA, R., “La extranjera víctima de trata y su protección ...”, cit., pp. 255-256.

Una respuesta de estas características solo podrá hacerse realidad en España a través de la adopción de una ley integral contra la trata de seres humanos -no solo con fines de explotación sexual sino también laboral y de otros tipos- que otorgue, como lo hizo la ley integral sobre violencia de género, una considerable visibilidad y prioridad a esta cuestión, cambiando radicalmente la perspectiva desde la que la sociedad y los poderes públicos miran al fenómeno de la trata y que permita a España adoptar un abanico completo de medidas en materia de prevención, protección, recuperación, reintegración, persecución penal, reparación e indemnización, conforme al derecho internacional vigente. La ley integral sobre violencia de género de 2004 es considerada por Naciones Unidas como una de las leyes más avanzadas en la materia: ya es hora para España de demostrar la misma ambición con la trata de seres humanos.