



INSTITUTO UNIVERSITARIO
DE ESTUDIOS SOBRE MIGRACIONES

PROGRAMA OFICIAL DE DOCTORADO EN MIGRACIONES INTERNACIONALES Y COOPERACIÓN AL
DESARROLLO

Tesis para la obtención del grado de Doctor

Hacia un estatuto de protección para las víctimas de trata y las actuales formas de explotación de personas

(Propuesta de *lege ferenda*)

Directora: Prof^a. Dra. Dña. Cristina J. Gortázar Rotaache
Autora: Lda. Dña. M^a José Castaño Reyero

Madrid, 2014

Para Alfredo, Pablo y Luis

AGRADECIMIENTOS

Alguien debería advertir que uno no es la misma persona antes y después de comenzar una tesis; y puede que hasta que no se rinda a esa evidencia sea imposible finalizar. Esta transformación es la razón de los siguientes agradecimientos.

Gracias a Cristina Gortázar, mi Directora de tesis, la primera que creyó en mi y me trajo al IUEM. Por las oportunidades brindadas, por su duda y su fe.

A Mercedes Fernández, Directora del Instituto de Estudios sobre Migraciones por su ayuda para acabar esta tesis antes de que ella acabara conmigo.

Mi agradecimiento a la Universidad Pontificia Comillas, donde comencé a estudiar hace ahora 20 años, por permitirme llevar a cabo esta investigación.

Quisiera agradecer también a mis compañeras del Proyecto Solidaridad de Responsabilidades que me ha dado la oportunidad de encontrarme con personas que, lejos del desdén o la rabia que provoca una realidad que intimida de manera tan extraordinaria como la trata, son capaces de salir y establecer una relación real con personas reales.

A Lori Nessel por acogerme en el Center for Social Justice de la Seton Hall University School of Law.

Gracias a mis compañeras de tareas, M^a Rosa y Eva, por encargarse de todo, hasta de mi, para que pudiera terminar. A Junqui por su devoción y a Tomás por su ayuda. A Inma por el tiempo compartido.

A mis amigas, Irene, Caro, María, Patricia, Raquel, Angélica y M^a Cruz. A todas ellas por estar de mi lado, esa es la *única canción real de amor*¹.

Gracias a mis padres y a mi hermana, *en mi otra vida lo haré mejor, a lo mejor...*²

A mis hijos Alfredo, Pablo y Luis a quienes está dedicado este trabajo, y a sus abuelos Margarita y Leo.

A Alfredo por *take me to the finish line*³.

¹ *Siempre hay dos bandos*, Nacho Vegas (2011).

² *En mi nueva vida*, Nacho Vegas (2011).

³ *Born to die*, Lana del Rey (2012).

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN. ANTE LA VERSIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA ANTIGUA ESCLAVITUD	11
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES	19
1.1 <i>Características del fenómeno de la trata</i>	21
1.1.1 Perfil de las víctimas: mujeres, menores y migrantes	22
1.1.2 Perfil de los tratantes.....	26
1.1.3 Rutas y flujos de la trata	29
1.2 <i>Manifestaciones de la trata de personas</i>	32
2 LA INVESTIGACIÓN	35
2.1 <i>Cómo surge esta investigación</i>	35
2.2 <i>Preguntas de investigación e hipótesis</i>	44
2.3 <i>Objetivos</i>	45
2.4 <i>Estructura</i>	46
3 CUESTIONES DE MÉTODO	48
3.1 <i>Ámbito de estudio</i>	50
3.2 <i>Perspectiva doctrinal</i>	58
3.3 <i>Fuentes utilizadas</i>	60
4 MARCO JURÍDICO	65
4.1 <i>El marco jurídico de la UE</i>	66
4.2 <i>El marco jurídico español</i>	73
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS	79
1 APROXIMACIÓN HISTÓRICO JURÍDICA AL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS ..	80
1.1 <i>Primera etapa, de 1904 a 1980: la prohibición de la trata de blancas</i>	82
1.2 <i>Segunda etapa, de 1980 a 2005: la lucha contra el delito de trata de seres humanos a través del Protocolo de Palermo</i>	88
1.3 <i>Tercera etapa, de 2005 en adelante: la identificación y protección de las víctimas del delito de trata en el Convenio de Varsovia</i>	102
2 ADOPCIÓN DEL CONCEPTO DE TRATA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.	106

2.1	<i>Primera etapa, de 1996 a 2003: la lucha contra la delincuencia organizada y la inmigración irregular</i>	106
2.1.1	La definición, tipificación y sanción del delito de trata: la Decisión marco 2002/629/JAI	107
2.1.2	El “periodo de reflexión”: la Directiva 2004/81/CE	110
2.2	<i>Segunda etapa, de 2004 en adelante: la trata como una grave violación de los derechos humanos</i>	112
2.2.1	Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.....	116
2.2.2	Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.....	120
3	CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TRATA EN ESPAÑA	122
3.1	<i>Prohibición de la trata</i>	122
3.1.1	Legislación penal	123
3.1.1.1	El delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del CP	124
3.1.1.2	El delito de tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas del artículo 318 bis del CP. ...	127
3.1.2	Legislación administrativa	129
3.1.2.1	La Ley de extranjería	130
3.1.2.2	El Reglamento de extranjería.....	134
3.1.3	Otras normas	136
3.2	<i>Coordinación de las actuaciones en el ámbito estatal</i>	137
3.3	<i>Planes de acción</i>	138
4	CONCLUSIONES	143
CAPÍTULO III. LA TRATA DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS ... 147		
1	LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A OTRAS PERSPECTIVAS	148
1.1	<i>La perspectiva de la trata desde la migración internacional irregular</i>	149
1.1.1	Migración irregular	149
1.1.2	Tráfico ilícito de personas.....	154
1.2	<i>La perspectiva de la trata desde la violencia de género</i>	158
1.3	<i>La trata desde la perspectiva de crimen organizado</i>	165
1.3.1	¿Qué es el crimen organizado?	166
1.3.2	Análisis económico de las organizaciones criminales.....	168
2	LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS	171
2.1	<i>Los derechos humanos vulnerados por la trata</i>	171
2.1.1	Derechos civiles y políticos	172
2.1.2	Derechos económicos, sociales, culturales y emergentes.....	175
2.1.3	Derechos laborales.....	177
2.1.4	Derechos en relación a la administración de justicia;.....	179

2.2	<i>Los derechos humanos vulnerados por la trata y su protección a través del Derecho internacional de los derechos humanos vigente</i>	179
2.2.1	Disposiciones convencionales específicos de trata	181
2.2.2	Disposiciones convencionales aplicables a la trata	183
2.3	<i>Disposiciones no convencionales aplicables a la trata: especial referencia a las normas imperativas del Derecho internacional general o ius cogens</i>	185
2.3.1	La costumbre internacional.....	186
2.3.2	Las normas imperativas de Derecho internacional general o ius cogens.....	189
2.3.3	El “soft law”	192
3	CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA	199
	CAPÍTULO IV. LA PROHIBICIÓN DE LA TRATA	205
1	LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS	210
1.1	<i>Acción</i>	211
1.1.1	Reclutamiento o captación	213
1.1.2	Transporte	214
1.1.3	Explotación	217
1.1.3.1	La trata con finalidad de explotación laboral.....	219
1.1.3.2	La trata con finalidad de explotación sexual.....	229
1.1.3.3	La trata con la finalidad de extraer órganos corporales.....	232
1.2	<i>Medios comisivos</i>	235
1.2.1	Medios coercitivos	235
1.2.1.1	Violencia	235
1.2.1.2	Intimidación.....	237
1.2.2	Medios fraudulentos.....	237
1.2.3	Medios de carácter abusivo.....	239
1.2.3.1	El abuso de una situación de superioridad	240
1.2.3.2	El abuso de una situación de vulnerabilidad	241
1.2.4	Especial referencia al consentimiento	243
1.2.4.1	El consentimiento viciado.....	245
1.2.4.2	El consentimiento de los menores.....	249
1.3	<i>Finalidad de explotación</i>	249
1.3.1	Probar la finalidad de explotación.....	250
1.3.2	Interpretación del concepto de explotación.....	251
1.3.2.1	El “propósito” de abusar de la posición dominante surgida de las circunstancias de hecho o de la posición vulnerable en la que se encuentran las víctimas.....	251
1.3.2.2	Análisis del beneficio del autor del delito.....	252
2	LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS DIRECTAMENTE RELACIONADAS CON LAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN	255

2.1	<i>Esclavitud y prácticas análogas</i>	259
2.2	<i>Tráfico de menores</i>	261
2.3	<i>Trabajos forzados u obligatorios</i>	261
2.4	<i>Servidumbre</i>	263
2.5	<i>Matrimonio forzoso</i>	265
2.6	<i>Tráfico de menores o incapaces para la mendicidad</i>	265
2.7	<i>Prostitución coactiva</i>	266
2.8	<i>Explotación Sexual Comercial Infantil</i>	267
2.9	<i>Tráfico ilegal de órganos</i>	268
2.10	<i>Delitos de lesa humanidad</i>	269
3	LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE INVESTIGAR.....	270
3.1	<i>Investigar “con la debida diligencia”</i>	271
3.2	<i>Identificación de las víctimas</i>	272
4	CONCLUSIONES	275
CAPÍTULO V. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA		277
1	HACIA UNA DEFINICIÓN DE VÍCTIMA DE TRATA.....	278
1.1	<i>El concepto de víctima y el Derecho internacional</i>	280
1.1.1	Víctimas de delitos y del abuso de poder.....	281
1.1.2	Víctimas de las desapariciones forzadas	283
1.1.3	Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario	284
1.2	<i>Categorías de víctimas internacionales en el Derecho internacional: hacia un concepto de víctima de trata</i>	286
1.2.1	Víctimas del delito	287
1.2.1.1	Delito internacional de trata de seres humanos.....	288
1.2.1.2	Delitos conexos al delito de trata de seres humanos	290
1.2.2	Víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos.....	292
1.2.2.1	Víctimas de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.....	296
1.2.2.2	Víctimas de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado.....	301
1.2.3	Víctimas de violaciones del Derecho Internacional penal: los crímenes de lesa humanidad	313
1.3	<i>Hacia una propuesta de definición de víctima de trata y/o de las actuales formas de explotación</i>	316
1.3.1	Primer elemento: Persona que haya sufrido un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico	319
1.3.2	Segundo elemento: directamente causado por un acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas.....	319

1.3.2.1	“Actos de trata”	319
2	HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA.....	324
2.1	<i>Instrumentos internacionales existentes y relacionados con la protección de las víctimas de la trata de seres humanos</i>	324
2.1.1	Instrumentos de ámbito universal	324
2.1.2	Instrumentos de ámbito regional.....	327
2.2	<i>Sistema de control de cumplimiento de la obligación de proteger</i>	330
2.3	<i>Contenido de la protección a las víctimas de trata</i>	333
2.3.1	Asegurar a las víctimas el acceso efectivo a la justicia para la defensa de los derechos individuales	333
2.3.2	Proteger la seguridad y la salud de las víctimas	335
2.3.3	Proteger a las víctimas contra la tortura, tratos crueles o degradantes	337
2.3.4	Proteger a las víctimas internacionales extranjeras o apátridas contra la devolución al país de origen respetando especialmente el principio de non-refoulement.....	340
2.3.4.1	Estatuto de protección internacional a las víctimas de la trata extranjeras o apátridas	341
2.3.4.2	Permiso de residencia temporal o permanente a víctimas de trata extranjeras o apátridas	345
2.3.5	Asegurar a las víctimas extranjeras o apátridas el retorno voluntario	349
2.3.6	Asegurar a las víctimas el derecho a la reparación por medio de la indemnización.....	350
3	CONCLUSIONES: HACIA UN ESTATUTO DE VÍCTIMA DE TRATA.....	351
CAPÍTULO VI. PROPUESTA DE LEGE FERENDA: DIRECTIVA SOBRE UN ESTATUTO DE VÍCTIMAS DE TRATA.....		357
BIBLIOGRAFÍA		375
1	MONOGRAFÍAS Y OBRAS GENERALES.....	375
2	ARTÍCULOS DE REVISTA Y PARTICIPACIONES EN OBRAS GENERALES	379
3	INFORMES.....	388
4	WEBS CONSULTADAS	396
LEGISLACIÓN		399
1	INTERNACIONAL.....	399
2	UNIÓN EUROPEA	405
3	NACIONAL.....	409
JURISPRUDENCIA		413
1	INTERNACIONAL.....	413
2	UNIÓN EUROPEA	414
3	NACIONAL.....	415

ABREVIATURAS

§	párrafo
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AEDI	Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
art.	Artículo
ASACR	Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convención sobre los Derechos del niño de 1989 (CDN)
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CICO	Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado
COM	Comunicación de la Comisión Europea
Coord./s	coordinador/es
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
DM	Decisión Marco
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
ECOSOC	Comité Económico y Social de las Naciones Unidas
Ed.	Editorial
ed.	Edición
GAATW	Global Alliance Against Traffic in Women
GRETA	Grupo de Estados sobre la lucha contra la trata de seres humanos
<i>Ibid.</i>	Obra citada en último lugar
ICMPD	Centre for Migration Policy Development
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal

Abreviaturas

LO	Ley Orgánica
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONGs	Organizaciones no Gubernamentales
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op.cit.</i>	obra citada
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
3 Ps	<i>prevention, protection prosecution</i>
p.	página
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
pp.	páginas
<i>R.des C.,</i>	Recueil de Cours
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TSH	Trata de seres humanos
TUE	Tratado de la Unión Europea
TVPA	Trafficking Victims Protection Act
UCRIF	Unidad de Lucha contra las Redes de Inmigración y Falsificación de Documentos
UNDOC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
VVAA	varios autores

INTRODUCCIÓN. ANTE LA VERSIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA ANTIGUA ESCLAVITUD

Plano picado desde la gran noria. Localización. De día Harry señala por la ventana de la noria a la gente, que parecen moscas negras moviéndose a los pies de la noria.

“Harry: ¿De verdad sentirías compasión por alguno de esos puntitos si dejara de moverse para siempre? Si te ofreciera veinte mil libras por cada puntito que se parara, ¿realmente me dirías que me guardase mi dinero, muchacho, o empezarías a calcular cuántos puntitos podrías permitirte dejar con vida? Libras de impuestos, amigo. Libras de impuestos”. (Le dirige su sonrisa de complicidad infantil).

(Graham Green, Guión de una parte de la secuencia de la noria, *El Tercer Hombre*, 1949, dirigida por Carol Reed).

El mercado de la explotación global ofrece un ámbito muy amplio de acción para los individuos responsables de la trata de seres humanos o *trafficking* -como se denomina el fenómeno en inglés-,⁴ un negocio basado en las demandas de las actuales formas de explotación de seres humanos. Una de sus dimensiones más notorias –aunque rara vez la única- es la explotación sexual. Sin embargo, existen otras formas de explotación de seres

⁴ Aunque no existe una denominación oficial para el fenómeno de trata, dado que el término adoptado por los instrumentos normativos en el marco europeo ha sido el de *trata de seres humanos*; en el presente estudio aplicaremos este término, así como sus siglas TSH, para referirnos a dicho fenómeno. Asimismo, a efectos de hacer la redacción más ágil durante el presente trabajo manejaremos, en ocasiones, las distintas expresiones utilizadas en los informes y literatura en la materia. A saber, *trafficking*, *trata de personas*, *trata de seres humanos* o *comercio ilícito de personas con fines de explotación*.

humanos: la explotación laboral, de menores en la industria del sexo, para la mendicidad o en la guerra, los matrimonios serviles, el tráfico de órganos, etc.

El tráfico ilícito de personas con fines de explotación no constituye todavía la forma más rentable de comercio ilícito, pues la más lucrativa continúa siendo el narcotráfico, pero es la que está experimentando un crecimiento más rápido.⁵ Así, la trata de seres humanos, enmarcada en este tráfico ilícito de personas con fines de explotación, surge como un floreciente negocio que no deja de crecer dentro de la nueva economía global.⁶

Aunque, como veremos, esclavitud y trata de seres humanos no son fenómenos equivalentes, ni siquiera análogos, la expresión “esclavitud moderna”, acuñada por BALES⁷ con

⁵ Según la Organización de Naciones Unidas, combinando la trata a larga distancia con el tráfico de personas en situación irregular emerge un panorama global de “comercio de seres humanos” que afecta al menos a 4 millones de personas cada año, por un valor económico de entre 7.000 y 10.000 millones de dólares. Vid en este sentido: KYLE, D y KOSLOWSKI, R., *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*, The Johns Hopkins University Press, 2º ed. Baltimore, 2011, pp. 3-4. Vid. También, INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, “New IOM Figures on Global Scale of Trafficking”, Trafficking in Migrants Quarterly Bulletin nº 23, (Sections of April 2001 report dealing with Europe) 2001, April (online: <http://wfile.ait.org.tw/wf-archive/2001/010425/epf305.htm>); LACZKO, F. “Human Trafficking: The Need for Better Data”, Migration Information Source, Migration Policy Institute, November 2002 (on line: <http://www.migrationinformation.org/feature/display.cfm?ID=66>); CROSSETTE, B., “UN Warns That Trafficking in Human Beings Is Growing”, *New York Times*, June 25, 2000; Fondo de Población de las Naciones Unidas, Servicio de Información, State of the World’s Cities, 2004/2005: Globalization and Urban Culture, UN-HABITAT, Londres, 2004; FEINGOLD, D. “Think Again: Human Trafficking”, *Foreign Policy*, 2005.

⁶ Por su parte, la INTERPOL (Organización Internacional de Policía Criminal) estima que al sumar los beneficios obtenidos de la trata de seres humanos a los del tráfico de personas en situación irregular, la cifra asciende a 39.000 millones de dólares al año, cada vez más cerca del tráfico de drogas y el de armas. Vid. web oficial de la Organización Internacional de Policía (International Police Organization, INTERPOL) Trafficking in human beings, Fact sheet (on line: <http://www.interpol.int/public/thb/default.asp>, consultada el 26/09/2013).

⁷ Kevin BALES es uno de los mayores y mejores especialistas en trata de seres humanos, ha trabajado como consultor para el Programa Mundial de Naciones Unidas sobre la Trata de Seres Humanos, donde ha editado la Anti-Human Trafficking Toolkit for the United Nations. Además ha desarrollado su actividad como asesor de distintos gobiernos sobre las cuestiones relativas a la formulación de la política en la esclavitud y la trata de personas (EE.UU., Gran Bretaña, los gobiernos de Irlanda, Noruega y Nepal, y la Comunidad Económica de Estados de África Occidental). Kevin BALES es Co-fundador y anteriormente Presidente Free the Slaves, la organización

el objeto de reflejar visual y emocionalmente la inefable realidad que se esconde detrás del comercio ilícito de seres humanos con fines de explotación, ha ido ganando adeptos hasta utilizarse como un sinónimo de trata de personas.⁸

En nuestra opinión, el éxito del paralelismo utilizado por BALES radica en equipar la antigua esclavitud al actual comercio ilícito de personas con fines que tienen como fin la explotación, poniendo de manifiesto la implicación de ambos negocios en la economía del momento: por una parte, la esclavitud tradicional, legalmente reconocida e integrada en el sistema productivo y, por otra, el actual comercio ilícito de personas con fines de explotación, un fenómeno sumergido a priori,⁹ con consecuencias indirectas en la economía mundial, cuyo impacto resulta difícil de evitar.¹⁰

hermana la norteamericana Anti-Slavery International, la organización para la lucha de los derechos humanos de las personas en situación de esclavitud más antigua del mundo. De hecho, la creación de Free the Slaves es el resultado de la investigación realizada por BALES en su libro, *La nueva esclavitud en la economía global* (Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2000) donde se plantea que la lucha contra la esclavitud pasa por la necesidad de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos. A partir de este contexto, los objetivos de Free the Slaves son la indentificación de las situación reales de esclavitud, la erradicación de la esclavitud y reducir la vulnerabilidad de las personas en situación de pobreza y exclusión garantizándoles sus necesidades básicas (igualdad de oportunidades económicas, servicios de salud, la educación universal y un estado de derecho). Web oficial de Free the Slaves: <http://www.freetheslaves.net/>, consultada el 31/1/ 2013.

⁸ Así lo explica Kevin BALES en el prólogo de una de sus publicaciones, cuyo objetivo ha sido despertar conciencias. BALES, K. y SOODALTER, R., *The slave next door, Human Trafficking and Slavery in America today*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2009, p. 17.

⁹ Aunque el lenguaje utilizado para describir el comercio ilícito tiene por objeto poner de manifiesto la idea de que se trata de un fenómeno sumergido que se produce en otro lugar - en inglés se utiliza la expresión *offshore* que en un contexto económico significa "paraíso fiscal" - esto responde en realidad a la necesidad de trazar líneas económicas y morales, que en la práctica se confunden. Lo mismo ocurre, con la expresión *mercado negro*, o la supuesta distinción entre el *dinero negro* y *dinero blanco*. En este sentido, uno de los indicios más relevantes de la explosión del comercio ilícito es el crecimiento constante de *blanqueo de dinero*, pues actualmente hay más *dinero negro* que nunca flotando en el sistema financiero internacional. NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Ed. Debate, Barcelona, 2006, p. 21.

¹⁰ A modo de ejemplo, el carbón producido por esclavos resulta fundamental para la fabricación de acero en Brasil. Con este acero se fabrican coches, recambios, y otros utensilios metálicos que, en conjunto constituyen una cuarta parte de las explotaciones brasileñas. Según datos del Ministerio de comercio e industria de Gran Bretaña

Además, el comercio ilícito de personas con fines de explotación está en auge y su interrelación con las crisis sociales es más compleja que nunca.¹¹ En los últimos 50 años la población mundial ha pasado de 2.000 millones de a 7.000 millones de personas, aumentando con ello el número de personas en situación de extrema pobreza y vulnerabilidad que viven sin la posibilidad de ser protegidas por la ley bajo el imperio de la corrupción política y policial de sus Estados.¹² Por ello, las peculiaridades de la “nueva esclavitud” radican: por un lado, en la ausencia de un hecho violento en el momento de reclutamiento, sino como resultado de una respuesta positiva a la pregunta *¿quieres un empleo?*;¹³ y por otro, la carencia de “valor” del

correspondientes al año 1997, el Reino Unido importa de Brasil, anualmente, bienes por un valor de 1.538.591 euros y Estados Unidos una cantidad aún mayor. En Europa y América del Norte, la comercialización de estos productos, de bajo coste de producción, repercute en la corriente económica en forma de precios más bajos con beneficios más elevados para los minoristas. Sin embargo, la reducción de costes de producción ha originado también el cierre de fábricas en Europa y Norte América, incapaces de competir contra precios tan bajos. BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global, Siglo XXI de España Editores*. Madrid. 2000, p. 25-27.

¹¹ Vid. en este sentido, NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes...op. cit.*, pp. 22-27.

¹² Sin la ayuda y complicidad oficiales, resultaría imposible coordinar con tanto éxito y durante tanto tiempo, las complejas operaciones que implica el tráfico y la trata de seres humanos. La enorme eficacia de estas redes no hace sino poner de manifiesto la limitada eficacia de las autoridades encargadas de poner freno al comercio ilícito, que en muchas ocasiones termina beneficiándoles también a ellos. En Camboya, la policía nacional colabora con los organismos de control internacionales para tomar medidas enérgicas contra el tráfico de niños con fines sexuales; pero mientras los agentes locales reciben sobornos de conocidos traficantes a la vista de todos. MARKS, K. “Cambodian Police Close Dozens of Child-Sex Brothels”, *Independent* (Reino Unido) 25 de enero de 2003; y “The Skin Trade: High-Profile Investigations into Pedophilia Area Headline News”, *Independent* (Reino Unido), 22 de enero de 2001, pp. 4-5. Como afirma Bales, la impunidad genera la situación de vulnerabilidad en la que viven ciertos grupos de población, aumentando así sus posibilidades de convertirlos en esclavos. BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, pp. 25-27.

¹³ El esquema se repite casi con exactitud en todos los países del mundo: “Alguien vino a nuestra comunidad, y nos ofreció un trabajo. El tipo no parecía de fiar pero haría lo que fuera por ganar dinero para las personas que amo, ellos necesitaban comida, medicinas, etc. (...) Así que se fueron con la persona que los contrató, y miles de kilómetros después (...) se encuentran trabajando en un trabajo sucio, peligroso y degradante. Aguantan por un tiempo y cuando intentan salir (...) es cuando llega el martillazo y descubren que se encuentran esclavizados”. *Id.* “Cómo combatir la esclavitud moderna”, conferencia en la TEDx de febrero de 2010 (Disponible en la web TED desde marzo de 2010: http://www.ted.com/talks/lang/spa/kevin_bales_how_to_combat_modern_slavery.html, consultada 7/11/2011).

ser humano (*disposable people*), haciendo del comercio y explotación de personas una práctica extremadamente barata.¹⁴

Las estimaciones del número de personas tratadas varían cada año, además, toda vez que muchas de las personas involucradas en este fenómeno son inmigrantes en situación irregular, las cifras aportadas resultan necesariamente imprecisas.¹⁵ No obstante, lo más llamativo a la hora de intentar construir un contexto sobre la realidad de la trata de seres humanos, es precisamente la falta de datos, particularmente estatales y locales así como su escasa calidad.¹⁶ Según la Organización Internacional del Trabajo¹⁷ el dato global de personas víctimas de trata en 2012 alcanzaba la cifra de 20,9 millones de personas. Una estimación que la propia OIT califica de conservadora, dado el riguroso proceso de validación de datos realizado.

La desintegración de la Unión Soviética, la guerra de los Balcanes, la primera guerra del Golfo –por citar algunos de los acontecimientos internacionales más relevantes de la década de los noventa- así como la revolución tecnológica de la finales de siglo XX, determinaron la transformación política y económica del actual sistema internacional, provocando la ampliación del mercado internacional, no sólo en términos geográficos, con objeto de abaratar los costes, sino también el hacer posible el comercio de una gama de “nuevos productos”, como por ejemplo riñones humanos, difíciles o imposibles de transportar a través de los sistemas tradicionales.¹⁸

¹⁴ La existencia de *disposable people* es crucial para este negocio que consiste en comprarlos baratos, usarlos y deshacerse de ellos cuando ya no los necesitas, este es el proceso. Durante los últimos 40 años el precio de las personas ha tenido un promedio de 40.0000 dólares. En la actualidad el valor medio de un ser humano es de 90 dólares. Evidentemente, hay lugares más caros como Norteamérica donde el valor de un esclavo oscila entre los 3.000 y 8.0000 dólares; pero en países como India y Nepal se pueden conseguir por 5 o 10 dólares. *Ibid.*

¹⁵ U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2009*, (<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2009/index.htm>) pp. 262-263; UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons_2009* (http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf) pp. 282-283.

¹⁶ Revista *Voces contra la trata de mujeres* num. 8, Proyecto Esperanza, otoño/invierno 2009, pp. 22 y 23.

¹⁷ OIT, “Estimaciones globales sobre trabajo forzoso de la OIT 2012”, junio de 2012, p. 1.

¹⁸ En el actual mercado global se pone a la venta prácticamente cualquier cosa que tenga algún valor: drogas ilegales; especies protegidas; seres humanos para la esclavitud sexual y la explotación laboral; cadáveres y órganos

La primera señal inequívoca de esta transformación se produjo el 11 de septiembre de 2001. Posteriormente, se diría que “el mundo cambió”. Sin embargo, como afirma NAIM, dichos acontecimientos no hicieron más que poner de manifiesto el extraordinario poder de una entidad internacional completamente nueva,¹⁹ intrínsecamente apátrida y escurridiza, que actúa al margen de la soberanía estatal,²⁰ sin la cual resulta muy difícil de comprender la geopolítica internacional actual.²¹

vivos para trasplantes; ametralladoras y lanzacohetes; centrifugadoras y precursores químicos utilizados en la fabricación de armas nucleares. En este contexto, la manifestación más monstruosa de comercio ilícito es el que tiene por objeto seres humanos. NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes... op. cit.*, p. 18.

¹⁹ Se trata redes descentralizadas que -distanciándose de las rígidas jerarquías de las tradicionales organizaciones criminales: los cárteles colombianos, las triadas de Hong Kong, las *yakuza* japonesas o la mafia rusa- funcionan como agentes y cédulas dispersos, nebulosamente conectados, al margen del control de grandes líderes, optando por transacciones constantemente cambiantes, en función de la oportunidad del momento. En la década de 1980, cuando las habituales operaciones de contrabando solo suponían cruzar la frontera, el contrabandista típico era un solitario empresario local. En la frontera entre Estados Unidos y México, a este personaje especializado en cruzar la frontera se le llamaba *coyote*. Sin embargo, ahora en torno a este personaje, e incluso entorno a estos nuevos actores denominados *cabezas de serpientes*, existe toda una variedad de papeles asociados, todos vitales para el éxito de la red de tráfico y trata de seres humanos: reclutadores, encargados de conseguir documentos, proveedores o agentes de transportes, funcionarios corruptos, matones, tripulantes de barco, guías locales, etc. y extraños personajes que desempeñan en la cadena de distribución un papel tan eficaz como escurridizo a los que a veces se les paga en especie. *Ibid.* pp. 127-131.

²⁰ WIHTOL DE WENDEN, C. *La question migratoire au XXI siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll. “Monde et societies”, París, 2010, p. 86-90.

²¹ Así, en aquellos países donde no hay otra actividad económica que pueda compararse con el comercio ilícito, ni en volumen ni en beneficios - países en vías de desarrollo y aquellos en fase de transición del comunismo- los traficantes se han convertido en “grandes empresarios”. Posicionadas como los más poderosos grupos de presión frente a los gobiernos de estos países, las redes ilícitas del sector privado no sólo se hallan estrechamente interrelacionadas con las actividades lícitas del sector privado, sino también profundamente relacionadas con el sector público y el sistema político. NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes... op. cit.*, p. 272-293. En Tailandia, por ejemplo, el dueño de varias salas de masajes, con objeto de defender su “negocio” de comercio de seres humanos para la explotación sexual, se presentó a las elecciones locales en 2003 con una campaña basada en la crítica a la policía; explotando así el descontento generalizado de la opinión pública CHOKCHAIMADOM, W., “Set a Thief to Catch to Thief”, *Korea Herald*, 17 November 2003.

El comercio trasatlántico necesitó cuatrocientos años para llevar al Nuevo Mundo a doce millones de esclavos africanos. El actual comercio ilícito de personas, ha conseguido en apenas diez años, de 1990 a 2000, que en el sudeste asiático unos treinta millones de mujeres y niños hayan sido objeto de trata de seres humanos.²²

²² BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, p. 10.

CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1 Consideraciones Preliminares

La trata de seres humanos es una realidad compleja. En este apartado dedicado a las consideraciones preliminares acerca de este fenómeno tan poliédrico, nuestro objetivo es presentar la opacidad e indeterminación que caracterizan a este fenómeno así como su magnitud.

Resulta difícil, sin embargo, mostrar una tendencia clara a este respecto a partir de los datos sobre trata de personas publicados por los diferentes informes;²³ pues los datos no son siempre comparables. Por ejemplo, aunque la Organización Internacional del Trabajo afirma que la trata de personas puede calificarse también como trabajo forzoso,²⁴ sus estimaciones no incluyen los casos de trata con fines de extracción de órganos ni los de matrimonio forzado u adopción forzada, a menos que estas prácticas den lugar a una situación de trabajo o servicio forzoso.²⁵

Además, de la utilización de diferentes definiciones a la hora de recopilar datos, deriva que éstos pueden ser desiguales por su naturaleza, y que no distinguen entre las cifras

²³ La información y cifras utilizadas para la elaboración de esta apartado procede -como se verá- de distintas fuentes; los que constituyen la base de el estudio de las cuestiones preliminares en relación al fenómeno de la trata de seres humanos son los siguientes: las *Estimaciones globales sobre trabajo forzoso de la OIT 2012* publicadas por la Organización Internacional del Trabajo en junio de 2012; el *Global Report on Trafficking in Persons 2012* publicado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el informe del EUROSTAT relativo a la trata de seres humanos en Europa, *el Trafficking in human beings*.

²⁴ Según la Organización Internacional del Trabajo, en 2012, había al menos 20,9 millones de personas víctimas de trabajo forzoso en todo el mundo, una situación en la que se ven atrapadas como resultado de coerción o engaño y de la cual no pueden liberarse. OIT, *Estimaciones globales...op.cit.* p. 1.

²⁵ *Ibid.*

correspondientes a presuntas víctimas de aquellas víctimas que han sido formalmente identificadas. En este sentido, resulta bastante aclarador el informe estadístico del Eurostat, *Trafficking in human beings*, publicado por la Comisión Europea en 2012 donde se distingue las cifras referidas a “presuntas víctimas” de la trata frente a los datos recopilados de “víctimas” identificadas por las autoridades competentes de cada uno de los Estados miembros.²⁶

Por último, los informes también difieren tanto en la metodología utilizada, como la perspectiva, que puede ser global o regional.

En relación a la metodología, algunos informes basan su recopilación de datos en diversas fuentes, como por ejemplo la OIT que recoge los “casos denunciados” procedentes de diversas fuentes secundarias de información, que van desde estadísticas oficiales e informes de organizaciones no gubernamentales (ONG) a artículos de periódicos;²⁷ o como es el caso del informe del Eurostat que proceden únicamente de las autoridades policiales.

Respecto a la perspectiva, los informes de la OIT y el de la UNODC²⁸ -el *Global Report on Trafficking in Persons 2012*- hacen referencia a la trata en todo el mundo mientras que el Eurostat se circunscribe tan solo a los 28 Estados miembros de la UE y de los candidatos a la UE o miembros del Espacio Económico Europeo: Islandia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suecia y Turquía.²⁹

En todo caso, como veremos, los informes examinados confluyen en señalar tres aspectos concretos de la trata de seres humanos. En primer lugar, sus características, que configuran la trata como un fenómeno centrado en personas en situaciones vulnerables, especialmente mujeres y niños; donde los responsables son mujeres en un elevado porcentaje; y cuyas

²⁶ EUROSTAT, *Trafficking in human beings*, Luxemburgo, 2013, p. 22.

²⁷ OIT, *Estimaciones globales...op. cit.* pp. 4-7.

²⁸ En el sitio web del Informe mundial sobre la trata de personas (www.unodc.org/glotip) puede consultarse material adicional. El sitio web incluye perfiles de los 132 países examinados, así como una nota metodológica en la que se explican los métodos de reunión y análisis de datos utilizados para el informe. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012* (United Nations publication, Sales No. E.13.IV.1).

²⁹ EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*p. 9.

víctimas se mueven por el mundo a través de una extensa y diversa red trata. El segundo aspecto a tener en cuenta es que la trata se manifiesta a través de muy diferentes formas; en este contexto su evolución y actual incremento se encuentran directamente ligados a los cambios socioeconómicos. Por último, es necesario señalar, que a pesar de la dificultad que supone la identificación y conceptualización de la trata de seres humanos, los países estudiados han adoptado la primera definición precisa y consensuada en el Derecho internacional, que se encuentra recogida como veremos en el Protocolo de Palermo de ONU³⁰ al crear el delito de trata de seres humanos en el año 2000.³¹

1.1 Características del fenómeno de la trata

La identificación y magnitud del fenómeno de la trata de seres humanos parte del análisis de las características de las víctimas detectadas; del estudio del perfil de los tratantes; y de las rutas o cauces de traslado de estas víctimas; todo ello en relación directa a la preponderancia relativa de las diversas formas de explotación.

Así, a partir de los indicadores y variables estudiados la trata se presenta como un fenómeno, cuyas víctimas son personas en situaciones especialmente vulnerables, como es el caso de las mujeres, los menores y las personas migrantes; donde existe un porcentaje considerable de mujeres responsables de la captación, traslado y explotación de las víctimas; a través de las distintas corrientes de la trata, que son fundamentalmente intrarregionales.

³⁰ 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 de 2000 adoptado por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia). En vigor desde el 25 de diciembre de 2003, documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001.

³¹ Vid. en este sentido el apartado 2.1.2. del Capítulo II, *Segunda etapa, de 1980 a 2005: la lucha contra el delito de trata de seres humanos*.

1.1.1 Perfil de las víctimas: mujeres, menores y migrantes

Aunque la proporción exacta del total varía ligeramente de un informe a otro, las mujeres representaron entre el 55 y el 60 por ciento del total de víctimas detectadas.³²

Los tratantes buscan a sus víctimas entre las personas más vulnerables y la pobreza es un factor determinante de vulnerabilidad. Para la Organización de Naciones Unidas la mayoría de los 1.500 millones de personas que viven con 1 dólar o menos al día son mujeres; en un contexto global en el que la subordinación de las mujeres a los hombres es un hecho, el predominio de las mujeres entre la población empobrecida apunta al denominado proceso de *feminización de la pobreza*, que implica mayores cuotas de inseguridad y precariedad para las mujeres en los distintos ámbitos de la vida, doméstico, laboral, la vida pública, etc.

En todo caso, la explotación sexual de mujeres sigue siendo objeto de denuncias más frecuente y, por tanto, el tipo de trata más documentado en las estadísticas globales. Esta situación, que puede obedecer a un sesgo estadístico -ya que por lo general, la explotación de la mujer suele ser más visible y ocurre en centros urbanos o al lado de las carreteras- ha motivado que uno de los modelos más utilizados para luchar contra la trata de personas tenga por objeto la promoción de estrategias y políticas de igualdad. Sin embargo, este enfoque presenta diversas lagunas, la primera y más importante es el no reconocimiento del elevado número de hombres afectados por la trata de personas en cualquiera de sus manifestaciones, que constituyen entre el 15 y el 18 por ciento de las víctimas de trata detectadas.³³

³² En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo, las mujeres y las niñas constituyen el 55 por ciento (11,4 millones) del total de víctimas del trabajo forzoso, incluida la explotación sexual, estimadas (20,9 millones), donde los hombre y niños representan el 45 por ciento (9,5 millones). OIT, *Estimaciones globales...op.cit.* El informe señala que la trata de personas puede ser considerada como trabajo forzoso y por lo tanto las estimaciones reflejan la totalidad de la trata de personas con fines de explotación laboral y sexual (página 13). Por su parte, la UNDOC confirma esta tendencia, al concluir que de los 43.000 casos detectados por las autoridades de los países estudiados, el 59 por ciento (29.000 personas) fueron mujeres, el 17 por ciento niñas, el 14 por ciento hombres y el 10 por ciento niños. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012* (United Nations publication, Sales No. E.13.IV.1), p. 25.

³³ UNODC, *Global Report...op.cit.* pp. 27 y 28.

Por otra parte, aunque los adultos parecen ser las personas más afectadas por el fenómeno (74%),³⁴ la trata de menores, concretamente de niñas –dos de cada tres menores víctimas de la trata son niñas- parece ir en aumento: las niñas representa ya hasta el 20 por ciento del total de víctimas detectadas; el porcentaje de niños tratados alcanza el 10 por ciento.³⁵ Según UNICEF, hasta dos millones de niños están sujetos a la prostitución en el comercio sexual alrededor del mundo. Sin embargo, la trata de menores presenta otras manifestaciones no menos graves que la explotación sexual: la adopción ilegal de niños extranjeros; el tráfico de órganos; el secuestro de menores - los llamados *niños de la guerra*- para ser utilizados en los conflictos armados; o el ejercicio de la mendicidad, a menudo acompañada de la comisión de actividades delictivas (como robos en terrazas o cajeros, pedir donativos para organizaciones infantiles inexistentes, etc.).

No obstante, en lo que respecta al sexo y la edad de las víctimas identificadas, existen notables diferencias entre unas regiones y otras. Mientras los países de Europa y de Asia Central informan de que el 16 por ciento de las víctimas identificadas son menores de edad, en África y el Oriente Medio los menores representan el 68 por ciento del total.³⁶ Por su parte, la Organización Internacional de las Migraciones cifra en 500.000 el número de mujeres que entran todos los años en Europa Occidental para ser explotadas sexualmente. La mayoría de estas mujeres no son ciudadanas de países ricos y desarrollados, sino que proceden de países que se debaten en el subdesarrollo y el atraso.

En este contexto, los datos recopilados por la Comisión Europea en su informe estadístico de 2012, muestra que también en Europa las mujeres y las niñas son las principales víctimas de la trata de seres humanos: las mujeres representaban el 79 por ciento de las víctimas (de las

³⁴ Según la OIT el 74 por ciento de víctimas (15,4 millones) pertenecen al grupo de edad de 18 años y más, mientras que los niños de hasta 17 años representan un 26 por ciento del total (20,9 millones) OIT, *Estimaciones globales...op.cit.*

³⁵ FIGURE 7: *Share of female victims detected globally, by age, 2006 and 2009.* UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 26.

³⁶ FIGURE 8: *Share of child victims detected, by region, 2007-2010.* *Ibid.*.p. 27.

cuales, el 12 % son niñas) y los hombres el 21 por ciento (de los cuales, el 3 % son niños).³⁷ En España se constata esta tendencia, así en 2010, de las 1.592 víctimas identificadas por la policía, las ONGs y otras instituciones, solo 131 son hombres y 13 menores (2 niños y 11 niñas).³⁸

Finalmente, por su magnitud, podemos afirmar que la trata de seres humanos es un fenómeno global que afecta a víctimas de casi todas las nacionalidades del mundo³⁹ y a todas las regiones⁴⁰. En este contexto, tanto las diferencias económicas como la distancia geográfica entre los países de origen y los de destino influye en la magnitud de las corrientes a través de las cuales se traslada a las víctimas de la trata de seres humanos. Sin embargo, la mayoría de los países no son exclusivamente países de origen o de destino en lo que se refiere a la trata de personas, sino una mezcla de ambas cosas.

Por su distribución regional, el porcentaje más elevado de víctimas de trata (56 %) se concentra en la región de Asia y el Pacífico (11,7 millones de personas). El segundo lugar, África, con 3,7 millones de víctimas representa el 18 por ciento del total de víctimas; seguida por América Latina y el Caribe que representa el 9 por ciento (1,8 millones de víctimas). En las economías desarrolladas de América del Norte y Europa así como los Estados miembros de la Unión Europea se han registrado 1,5 millones de víctimas de la TSH (7%). Prácticamente el mismo porcentaje que en los países de Europa Central, Sudoriental y Oriental, que junto con los países de la Comunidad de Estados Independientes cuenta con 1,6 millones de personas

³⁷ FIGURE 5: *Identified and presumed victims (2008-2010)* EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*, p. 34.

³⁸ Table 2: *Number of "identified victims" and "presumed victims" (show in brackets) registered by the police, NGOs and other agencies (continued)* 2010. *Ibid.*, p. 37.

³⁹ En el informe de la UNDOC se detectaron víctimas de 136 nacionalidades distintas en 118 países de todo el mundo entre 2007 y 2010. UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 51.

⁴⁰ En el estudio realizado por BALES los únicos países donde no ha detectado casos de trata han sido Islandia y Groenlandia. BALES, K. (2010) "Cómo combatir la esclavitud moderna", conferencia en la TED de febrero de 2010 (Disponible en la web TED desde marzo de 2010: http://www.ted.com/talks/lang/spa/kevin_bales_how_to_combat_modern_slavery.html, visitada 7/11/2011)

víctimas de la trata. Por último, Oriente Medio representa el 3 por ciento del total de trabajadores forzosos con aproximadamente 600.000 víctimas de la trata detectadas.⁴¹

En general, las víctimas son trasladadas de zonas relativamente más pobres a zonas más ricas dentro de una misma región, ya que aproximadamente la mitad de las víctimas detectadas proceden de un país de la misma región que el país de destino. Así ocurre en Europa, donde gran parte de las víctimas de países no pertenecientes a la UE proceden de Vietnam, Ucrania, Rusia y China.⁴²

En todo caso, la mayoría de las víctimas detectadas en los países de Europa Oriental y Asia Central provenían casi exclusivamente de la misma subregión. Así, la mayoría de las víctimas proceden de la UE, principalmente de Rumanía, Bulgaria, Polonia y Hungría.⁴³

En España, el perfil de las víctimas de trata identificadas constatan la tendencia europea, pues provienen únicamente de la explotación sexual y, según los escritos de acusación del Ministerio Fiscal,⁴⁴ la mayoría son ciudadanas rumanas (26,31%), seguidas de las brasileñas (15,68%) y de víctimas de nacionalidad paraguaya (14,47%). Salvo dos hombres explotados sexualmente (2,63%), todas las víctimas son mujeres de las cuales un 5,26 por cien eran menores de edad. En todo caso, aunque en menor medida, el fenómeno de la trata en España también afecta a ciudadanas argentinas (7,87%), chilenas y venezolanas (3,94% en los dos casos) y rusas (2,63%).

⁴¹ Los grupos regionales están basados en los utilizados en el informe de la Organización Mundial del Trabajo titulado *Tendencias mundiales del empleo 2012*. Se han redondeado los porcentajes y las cifras. OIT, *Estimaciones globales...op.cit.*

⁴² El lugar de origen más común de las víctimas de trata transfronteriza en Europa occidental y Europa central fueron los Balcanes: el 30 por ciento de las víctimas de trata transfronteriza eran nacionales de esa zona. Otros lugares de origen habituales de las víctimas de trata en Europa occidental y Europa central fueron África occidental (el 14% del total de víctimas), Asia oriental (el 7%), América (el 7%), Europa central (el 7%) y Europa oriental y Asia central (el 5%) *Ibid.*

⁴³ EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*, p. 50.

⁴⁴ "Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería" en *Memoria 2012 del Fiscal General del Estado*, p. 839.

Estas cifras indican que la movilidad humana, como uno de los elementos fundamentales de la globalización, puede constituir un factor de vulnerabilidad importante en la trata de seres humanos. Pues aunque en la mayoría de los casos, el proceso migratorio transcurre a través de cauces legales y es ejercido libremente por las personas que cambian de país, normalmente, en busca de mejores oportunidades, en otras ocasiones la migración se produce de manera clandestina, dando lugar al tráfico ilegal de personas. Un fenómeno que aúna dos situaciones diferentes con distinta problemática: el contrabando de inmigrantes en situación irregular (*smuggling of migrants*, en inglés) y la trata de seres humanos (*trafficking in person*).

No obstante, las estimaciones de la OIT muestran que existen aproximadamente 9,1 millones de personas atrapadas en situaciones de trabajo forzoso a raíz de una migración (el 44% del total de los 20,9 millones de víctimas calculadas por la OIT) mientras que el cálculo de personas tratadas en su lugar de origen o residencia asciende a 11,8 millones (esto es un 56 del total).

En este contexto, los movimientos transfronterizos están estrechamente relacionados con la explotación sexual forzada. En cambio, la mayoría de los trabajadores forzados en actividades económicas, y casi todos los que están sometidos a trabajo forzoso impuesto por el Estado, no se han movido de sus lugares de residencia. De cualquier forma, los supuestos de trata de personas, no requieren el cruce de fronteras y, en estos casos, la persona tratada es, o así debería ser considerada por el derecho estatal, víctima de una grave violación de sus derechos fundamentales y de su dignidad. En este nuevo marco económico la trata de personas, convertida en la nueva esclavitud del siglo XXI, constituye la más sórdida de las formas en que se desplaza la mano de obra en el mundo.

1.1.2 Perfil de los tratantes

Aunque la mayoría de los tratantes son hombres (68%), la proporción de mujeres procesadas y condenadas por trata de seres humanos es del 30 por ciento, aproximadamente el

doble del promedio (12%) de la tasa global de delincuencia femenina que se registra para el resto de delitos.⁴⁵

Los análisis estadísticos indican que la participación de mujeres en el delito de trata es más frecuente en los casos de trata de niñas.⁴⁶ Las operaciones de tráfico sexual son tan eficientes⁴⁷ como sórdidas y los encargados de reclutar a las víctimas –que pueden llegar a cobrar hasta 500 dólares por cada una- generalmente lo hacen con falsas promesas de empleo como modelos, secretarias o dependientas en un país rico; sin embargo, algunas de ellas saben que se marchan al *extranjero* para ejercer la prostitución, y lo hacen, no sólo con el mero consentimiento de sus familias, sino con su más entusiasta respaldo.⁴⁸

⁴⁵ FIGURE 11: *Proportion of offenders convicted of all crimes who are women, selected countries, 2006-2009.* UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 29.

⁴⁶ FIGURE 10: *Gender of persons prosecuted and convicted of trafficking in persons, global average, 2007-2010.* *Ibid.*, p. 28.

⁴⁷ Un oficial de la Interpol calcula que los traficantes pueden satisfacer la demanda de Londres con suministros recién llegados de los Balcanes en cuestión de cuarenta y ocho horas. JANSON, E. "Report: Balkan Traffic in Women and Girls 'On Rise'", *Financial Times*, 18 December 2003. En este ámbito, las nuevas tecnologías han apartado grandes ventajas. Precisamente, es en la trata de seres humanos vinculada al comercio sexual, donde se hace mayor uso de las nuevas tecnologías. El auge del tráfico de mujeres y niños con fines sexuales ha utilizado Internet para exhibir la mercancía en el ciberespacio en algo parecido a las subastas de esclavos. LANDESMAN, P., "The Girls Next Door", *New York Magazine*, 25 January 2004; véase también JOHNSON, G. y HIPKINS, D., "Sex Slaves for Sale at 3.000 Pounds Each", *Sunday Mirror* (Reino Unido), 28 December 2003.

⁴⁸ Los ingresos derivados de la prostitución están transformando el paisaje físico y social. Así por ejemplo, en la pequeña aldea china de Langle resulta fácil identificar cuales son los hogares de las familias con hijas. Dichas familias tienen casas con rejas y aire acondicionado. En cambio las que no han tenido hijas son pobres; la razón principal que explica este fenómeno es que las hijas de los hogares más prósperos ya no viven allí sino que trabajan como prostitutas en Tailandia y Malasia, desde donde envían el dinero que ganan para mantener a su familia. "Exportar" a las hijas se ha convertido para la mayoría de las familias de la región en el principal modo, sino el único, de conseguir una vida mejor, sin que semejante práctica parezca avergonzar ni a las propias mujeres ni a sus familias ". FRENCH, H., "A Village Grows Rich Off Its Main Exports: Its Daughters", *New York Times*, 3 January 2005, p. A4.

En otra pequeña población situada en el extremo opuesto del mundo han arraigado similares realidades y actitudes. El periodista Somini SENGUPTA relata la historia de Becky, una mujer de treinta años y cuatro años que regresó a su ciudad natal de Benín, en Nigeria, después de trabajar diez años como prostituta en Italia. Como explicaba Sengupta "para sus amigos y vecinos, su trabajo no tenía nada de vergonzoso; lo vergonzoso era volver

En Europa, desde la desaparición del Telón de Acero decenas de miles de mujeres y niñas han sido “exportadas” desde Rusia, Ucrania, Moldavia y Rumania para ser explotadas sexualmente en las ciudades de Europa occidental y Japón.⁴⁹ En Londres, Madrid o Berlín, los traficantes de seres humanos, prácticamente desconocidos hasta mediados de los noventa, controlaban a finales de la década el 80 por ciento de la prostitución callejera de los barrios donde se concentraba dicha actividad.⁵⁰ En este contexto, en línea con la tendencia global, el porcentaje de mujeres implicadas en el proceso de trata alcanza el 25 por ciento y suelen ocupar puestos de baja categoría para el desempeño de tareas que las exponen a un mayor riesgo de ser detenidas y procesadas que los hombres involucrados (75%).⁵¹

sin una buena cantidad de dinero”. Las llamadas *italas*, “regresaban al hogar y construían casas decentes. Se encargaban de perforar pozos para disponer de agua corriente día y noche. Introducían vehículos de cuatro ruedas en las calles sin asfaltar de Benin”. SENGUPTA, S., “Oldest Profession Is Still One of the Oldest Lures for Young Nigerian Women”, *New York Times*, 5 November 2004, p. A9.

⁴⁹ La trayectoria de estas mujeres a lo largo de dichas rutas es particularmente degradante. Después de cruzar las fronteras con la complicidad de funcionarios corruptos o con documentación falsa, se las oculta en pisos francos, en ciudades como Budapest o Sarajevo, donde se las “prepara” para la explotación sexual a base de drogas, palizas y repetidas violaciones. Finalmente, tras llegar a una ciudad de Europa occidental con un pasaporte falso o robado o de entrar clandestinamente en el país, es probable que la mujer pase uno o más años como esclava sexual, sometida a un trato degradante, hasta que su cuerpo queda maltrecho o el traficante decide que ha saldado la “deuda” –suma que él mismo ha inventado y modificado de manera arbitraria. SULAVIK, C. “Facing Down Traffickers: Europe Tackles on Its Fastest-Growing Criminal Enterprise”, *Newsweek*, 25 August 2003; “Preying on Children”, *Newsweek*, 17 November 2003; “Balkan Traffic in Women and Girls “On Rise””, *Financial Times*, 18 December 2003; véase también, “Trafficking of People in Kosovo”, Immigration and Nationality Directorate, UK Home Office, 25 June 2004.

⁵⁰ Las elegantes capitales de Europa occidental ocultan a muchas de estas esclavas. Y lo mismo puede decirse de Japón, donde las chicas suelen proceder del Brasil, Venezuela y Colombia. O de Tailandia, donde algunas de las adolescentes camboyanas que se ofrecen en los burdeles han sido vendidas como esclavas por sus propios padres, desesperadamente pobres. La INTERPOL estima que una prostituta gana unos 120.000 dólares al año para su explotador, de este dinero recibe una parte irrisoria. La policía alemana -Alemania es junto con España uno de los prostíbulos de la UE- estima que una prostituta inmigrante de Rusia gana una media de 7.500 dólares al mes: de los que 7000 se queda el propietario del local que explota a la mujer. Los 500 dólares restantes son para pagar el alojamiento, comida y ropa. Finalmente la mujer recibiría sólo 12 euros. PÉREZ CEPEDA, A. *Globalización, tráfico internacional ilícito y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2004, p. 34.

⁵¹ FIGURE 11: *Suspected traffickers by gender (2008-2010)* EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*, p. 67.

1.1.3 Rutas y flujos de la trata⁵²

Según el *Global Report on Trafficking in Persons 2012* de la UNODC, entre 2007 y 2010, se identificaron hasta un total de 460 rutas utilizadas por los tratantes para trasladar de una región a las víctimas de la trata.⁵³ Estas rutas atraviesan 118 países de todo el mundo permitiendo el desplazamiento de los flujos⁵⁴ de la trata que integran hasta un total de 136 nacionalidades.⁵⁵

La mayoría de las víctimas son trasladadas dentro de su región de origen por lo que el 75 por ciento de las rutas identificadas son de recorrido corto o medio; este tipo de rutas resultan más fáciles de controlar e implican menos riesgos para los tratantes.⁵⁶

Así, como se puede apreciar en los mapas elaborados por el International Centre for Migration Policy Development (ICMPD, en adelante), las víctimas detectadas en los países de Asia meridional y oriental, el Pacífico, África, Europa oriental y Asia central provienen casi exclusivamente de países de la misma región, lo que incluye a las víctimas de trata dentro del mismo país.⁵⁷

⁵² Vid. en este sentido MAP 9: *Transnational flows: Nationalities of victims detected in some major destination regions, shares of the total number of victims detected there, 2007-2010*. UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 48.

⁵³ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁴ Utilizamos el concepto de flujos, distinguiéndolo del término geográfico de ruta, en el sentido de la cantidad de personas que son trasladadas de un lugar a otro con el fin de ser explotadas. Tomamos el sentido de flujos migratorios que se estudio en ROBINSON, V. "Does Migration take place in Discernible Flows? What New Flows are Developing?" *Geography and Migration. The International Library of Studies on Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 1996, p. 5-77.

⁵⁵ UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 40

⁵⁶ FIGURE 10: *Gender of persons prosecuted and convicted of trafficking in persons, global average, 2007-2010*. UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 28.

⁵⁷ Desde el año 2011 y hasta el 2014, el International Centre for Migration Policy Development elabora anualmente el mapa "Irregular and mixed migration" en el marco del proyecto *Interactive Map on Migration in Africa, the Middle East, and the Mediterranean Region (MTM i-Map)* donde participan, además, Europol,

Sin embargo, esta tendencia se altera en varios países de Oriente Medio, América del Norte y Europa occidental y central donde se ha registrado una proporción relativamente elevada de víctimas procedentes de otras regiones o subregiones.⁵⁸

En cualquier caso existen importantes diferencias por lo que respecta al volumen y difusión geográfica de los distintos flujos. Por ejemplo, los flujos procedentes del África Subsahariana caracterizados por su intensidad se limitan en gran medida a África, Oriente Medio y Europa Occidental.⁵⁹ En esta misma línea, los nacionales de países de Europa Occidental y Europa Central se detectan casi exclusivamente en Europa.⁶⁰ De todas formas, la corriente de trata transnacional más importante del mundo tiene su origen en Asia Oriental,⁶¹ mientras que el flujo de víctimas de trata procedentes de América del Sur identificados fuera de su región de origen -Oriente Medio, Asia oriental, Europa y América del Norte- es sensiblemente pequeño si se compara con el número de víctimas procedentes de las misma regiones y subregiones.⁶²

Frontex, Interpol, UNHCR, UNODC, IFAD y la IOM. Las rutas y flujos de la trata en esta zona se encuentra publicada en la web Interactive Map of Migration: <https://www.imap-migration.org/index.php?id=38>, consultada el 11/9/2013.

⁵⁸ Los países de Europa occidental y Europa central registraron la mayor variedad de flujos y rutas. En el período que se examina, las víctimas detectadas en esas dos subregiones eran de 112 nacionalidades distintas y provinieron de todas las regiones del mundo. No obstante, el 64% de las víctimas procedían de países de Europa occidental y Europa central. UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 43.

⁵⁹ En América del Norte, la situación es bastante similar: una tercera parte de las víctimas detectadas provienen de fuera de la región, mientras que la gran mayoría proviene de América del Norte, América Central y el Caribe. MAP 6: *Shares of detected victims who were trafficked within or from outside the region, 2007-2010*. UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 42.

⁶⁰ MAP 7: *Country of origin of victims detected in Western and Central Europe, 2007-2010*. *Ibid.*, p. 42.

⁶¹ MAP 9: *Transnational flows: Nationalities of victims detected in some major destination regions, shares of the total number of victims detected there, 2007-2010*. *Ibid.*, p. 48.

⁶² El Oriente Medio es la parte del mundo donde la trata desde zonas distantes es más común, pues aproximadamente el 70% de las víctimas detectadas en la subregión provienen de otras regiones. En el Oriente Medio se detectaron entre 2007 y 2010 víctimas de unas 40 nacionalidades diferentes, entre ellas nacionales de unos 20 países de fuera de África y el Oriente Medio (principalmente países europeos y asiáticos). MAP 8: *Share of detected victims trafficked from other regions, 2007-2010*. *Ibid.*, p. 43.

Por último, aunque durante años la trata de personas se ha descrito como un fenómeno que afectaba únicamente a personas extranjeras, los datos (25% del número total de víctimas detectadas) muestran que el trata interna –es decir dentro de un mismo país- es un componente importante de trata de seres humanos en la actualidad. Así, en los últimos años se han detectado casos de trata nacional en más de 60 de los 83 países que proporcionaron información sobre la nacionalidad de las víctimas a la UNODC para la elaboración del *Global Report on Trafficking in Persons 2012*; en este sentido, el informe muestra el claro crecimiento del fenómeno en el ámbito nacional, que en 2007 apenas afectaba a un 19 por ciento del total de las víctimas identificadas, sin embargo, al cierre del informe en el año 2010, la trata doméstica suponía ya a un 31 por ciento del total.⁶³

En Europa, la trata interna o doméstica se ha detectado en al menos 11 de los 38 países considerado en el estudio de la UNODC, *Trafficking in Persons: Analysis on Europe*.⁶⁴ De hecho, en algunos de estos países, los nacionales suponen el mayor grupo de víctimas, como en el caso de Holanda y Alemania.⁶⁵ En Francia, Italia y Rumania las víctimas nacionales también representan una parte importante de la población víctima de la trata.⁶⁶

⁶³ MAP 11: *Countries where domestic trafficking was detected, 2007-2010. Ibid., p. 50.*

⁶⁴ Un informe elaborado por la UNODC y el Instituto Europeo de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, afiliado a las Naciones Unidas, recaba entre 2003 y 2008 los datos disponibles en relación al marco jurídico de la lucha contra la trata y el número de víctimas en países de las cinco regiones de Europa: Europa Central (República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia); Europa del Norte (Dinamarca, Islandia, Finlandia, Noruega y Suecia); Europa del Este (Albania, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Montenegro, Rumania, Serbia y Kosovo (Serbia), y la Antigua República Yugoslava de Macedonia); Europa del Sur (Chipre, Grecia, Italia, Malta, Portugal, España y Turquía); y Europa Occidental (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y el Reino Unido). UNODC, *Trafficking in Persons: Analysis on Europe*, Vienna, October 2009. (http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Trafficking_in_Persons_in_Europe_09.pdf).

⁶⁵ La mayoría de las víctimas de la trata de nacionalidad holandesa es fruto del llamado fenómeno de los “loverboys” por el cual las chicas holandesas son explotados por sus “novios mayores, que abusando de su capacidad de manipulación logran coaccionar a las chicas para que se prostituyan. En todo caso, el mayor grupo de detectado víctimas de la trata doméstica fue en Alemania, 184 personas de un total de 689, en 2007,. FIGURE 6: *Respective shares of foreigners and nationals in Germany and the Netherlands, Ibid., p. 10.*

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 9-10.

No obstante, en el contexto de la trata doméstica, las lagunas existentes en la normativa para luchar contra la trata en algunos de los países analizados ha contribuido a enmascarar situaciones de trata interna con otros delitos, como son la explotación sexual, secuestro o el trabajo forzado.⁶⁷ Este ha sido el caso de España, donde no existen datos oficiales relativos a la trata nacional⁶⁸ y, donde, hasta el año 2011 la tipificación del delito de trata de personas se encontraba incluida dentro del Título XV reservado a los delitos cometidos contra los extranjeros.⁶⁹

1.2 Manifestaciones de la trata de personas

Una de las más completas e iniciales descripciones tipológicas de la trata pueden hallarse en el *Informe sobre la Trata de Personas* del Departamento de Estado de Estados Unidos, donde se establecen las siguientes formas de trata de personas: el trabajo forzoso; el trabajo en régimen de servidumbre; la servidumbre por deudas entre trabajadores inmigrantes; la servidumbre doméstica involuntaria; el trabajo infantil forzoso; los niños soldados; la explotación sexual; y la explotación sexual infantil y abusos afines.⁷⁰

⁶⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁸ En este sentido es interesante señalar que el informe del GRETA ha identificado un total de 143 víctimas de trata domestica en España entre 2009 y 2011 (26 en 2009, 109 en 2010 y 8 en 2011) GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain* (First evaluation round) Strasbourg, 27 September 2013 (GRETA(2013)16) (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf).

⁶⁹ Vid. el apartado 3.2.1. del Capítulo I, dedicado a la legislación penal del marco jurídico español de la lucha contra la trata.

⁷⁰ Como ya se ha apuntado el Departamento de Estado de los Estados Unidos viene elaborando cada mes de junio desde el año 2001 el *Trafficking in Person Report*. Aunque los primeros informes apenas incluían los estandares mínimos y un resumen de las formas de trata a algunos casos de explotación sexual, poco a poco han ido ganando en complejidad y a partir del TIP del 2004 empiezan a hacerse referencia a otras formas de trata como los niños soldados, los mendicidad, las adopciones ilegal, entre otras. En el informe de 2007 ya aparece un apartado titulado *Topics of special interest* referente a los casos más habituales de trata de personas. Finalmente en el TIP junio 2008 recoge un apartado exclusivamente dedicado a las actuales formas de explotación, *Major Forms of Trafficking in Persons* (pp. 19-28) que se ha venido repitiendo hasta la duodécima edición de junio de

Según la Organización Internacional del Trabajo, el 90 por ciento de los trabajadores forzados identificados (esto es, 18,7 millones de los 20,9) son explotados en la economía privada por individuos o empresas. De estos, el 22 por ciento son víctimas de explotación sexual forzada (4,5 millones), y el 68 por ciento son víctimas de explotación laboral forzada en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura (14,2 millones). El 10 por ciento restante de las víctimas identificadas están sujetas a modalidades de trabajo forzoso impuestas por el Estado, por ejemplo en las prisiones, o en trabajos impuestos por el ejército de un país o por fuerzas armadas rebeldes (2,2 millones).⁷¹

Como ya se ha apuntado, la trata de personas con fines de explotación sexual es más frecuente que la trata con fines de trabajo forzoso. Sin embargo, probablemente la proporción real de casos de trata con fines de trabajo forzoso a nivel mundial es seguramente superior a la cifra que se indica en el presente informe de la UNDOC (36%). Pues como señala el informe de la OIT, en África, Oriente Medio, Asia Meridional y Asia Oriental y el Pacífico se detectan más casos de trabajo forzoso que de explotación sexual, que son mas denunciados en América, Asia y sobre todo en Europa, donde se detectan más víctimas que en cualquier otra región.⁷²

En este sentido, existe el riesgo de que las modalidades de explotación que imperan en Europa queden reflejadas en las cifras globales de forma desproporcionada. En cualquier caso, los datos aportados por la Comisión Europea en septiembre de 2011 rubrican el aumento de los casos de trata con fines de explotación sexual (del 70 % en 2008 al 76 % en 2010) y el retroceso de los supuestos de trata con fines de explotación laboral (24 % en 2008 al 14 % en 2010). Asimismo, la comisión informa acerca de la existencia de también otros tipos de trata de seres humanos como son la mendicidad forzosa (3 %) y servidumbre doméstica (1 %).⁷³

2013. Todos los *Trafficking in Person Report* se encuentran publicados en la web del Departamento de Estado de los Estados Unidos:<http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/>

⁷¹ OIT, *Estimaciones globales...op.cit.*, p. 3.

⁷² UNODC, *Global Report...op.cit.*, p. 27 y 28.

⁷³ EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*, p.41.

España, como apunta el *Informe sobre la Trata de Personas 2013*, es un país de origen, destino y tránsito para hombres, mujeres y niños sometidos a trabajo forzoso y explotación sexual.⁷⁴ Según este informe, el 90 por ciento de las mujeres que ejercen la prostitución en España se encuentran bajo el control de las redes del crimen organizado chinas, nigerianas y albanesas que operan en las principales ciudades de España. Estas redes reclutan mujeres y niñas –especialmente de Rumanía, Ucrania, Rusia, Croacia, Bulgaria, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Venezuela, China y Nigeria con falsas promesas de empleo en el sector de los servicios o la agricultura y son posteriormente objeto de trata con fines de explotación sexual y de servidumbre por deudas a su llegada a España. En el caso de las mujeres nigerianas la situación de explotación se asegura a través de rituales de vudú .

En el ámbito de la explotación laboral en España, la situación administrativa, constituye un elemento de vulnerabilidad para hombres y mujeres que se ven abocados a trabajar en condiciones de explotación en el servicio doméstico, la agricultura, la construcción y la industria de servicios. Sin embargo, el creciente número de nacionales portugueses, ciudadanos comunitario, sometidos a trabajo forzoso en restaurantes, el sector agrario y el trabajo doméstico en España, hace pensar en otros factores de vulnerabilidad.

Asimismo, los menores no acompañados siguen siendo vulnerables a la trata con fines de explotación sexual,⁷⁵ y también a la mendicidad forzada como se pone de manifiesto por los

⁷⁴ U.S. STATE DEPARTMENT, *Trafficking in Persons Report 2013*, pp. 339-340.

⁷⁵ Concretamente la organización APRAM, una de las pocas organizaciones de intervención con víctimas de la trata que cuanta con un recurso específico para víctimas, viene identificando menores en explotación sexual desde el año 2009. En dicho año fueron identificadas en pisos 27 menores (16 niñas en pisos y 9 en calle) de los cuales dos eran niños; en el año 2010, fueron 10 las menores identificadas (5 en pisos y 3 en calle); en 2011 se identificaron 32 menores (27 en pisos y 15 en calle); y por último, en 2012 fueron identificadas en 29 menores (17 en calle y 12 en pisos). Estos datos corresponden solo a la ciudad de Madrid. Sin embargo, en 2012 se incorporaron al recurso 11 menores procedentes de otras Comunidades Autónomas. Datos facilitados por un trabajador social de la entidad.

menores víctimas de trata tutelados por los servicios de protección de menores.⁷⁶ Entre éstos, habría que destacar el caso de los pequeños menores llegados a Melilla con falsos padres han pasado a los servicios de protección de menores del Estado.⁷⁷

En todo caso, es necesario destacar que los españoles también son vulnerables a la trata dentro del país, incluyendo la trata de niños con fines de explotación sexual.

2 La investigación

2.1 Cómo surge esta investigación

Esta investigación tiene como punto de partida la lectura de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a la trata de personas: *el caso Siliadin v. Francia*⁷⁸ y el *caso Rantsev v. Chipre y Rusia*,⁷⁹ donde se abordan respectivamente, dos de las manifestaciones de la trata de personas más extendidas: la trata para la explotación laboral y la trata para la explotación sexual.

El asunto *Siliadin vs. Francia*, tiene su origen en la demanda presentada contra Francia ante el TEDH por Siwa-Akofa Siliadin, una ciudadana de Togo residente en París, a causa de la situación de desprotección sufrida durante tres años, desde su llegada al país en 1994 a la edad de quince años, como trabajadora del servicio doméstico. Por su parte, el caso *Rantsev vs.*

⁷⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Trata de seres humanos en España: víctimas invisibles (2012)*, Informe Monográfico de 20 de septiembre de 2012, Madrid, p. 127-130.

⁷⁷ “Entrar en Melilla con un menor garantiza prácticamente el salto a la Península y hasta de no ser expulsado de España” así en el artículo “El ADN revela trata de menores en la inmigración irregular a España” revela como desde el verano de 2013 se vienen realizando en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Melilla pruebas de ADN a hombres y mujeres subsaharianos que llegan con menores, en patera, a la ciudad. Los niños cuyo resultado ha dado negativo han ingresado en centros de menores dependientes de la ciudad autónoma. *El País*, 23 de noviembre de 2013.

⁷⁸ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01) Sentencia del 26/10/05.

⁷⁹ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *Rantsev v. Rusia y Chipre* (App. 25965/04) Sentencia de 7/01/10.

Chipre y Rusia, se trata de una demanda interpuesta ante el TEDH por Nikolay Mijáilovich Rantsev, de nacionalidad rusa, contra la República de Chipre y la Federación Rusa en relación con la muerte de su hija de 20 años, Oxana Rantseva, en la ciudad chipriota de Limassol y extrañas circunstancias.

Siwa-Akofa Siliadin, entró en Francia con un visado de turista, acompañada de una mujer a la que su padre le había confiado con el objetivo de continuar con sus estudios en París. Sin embargo, dicha mujer que debía ocuparse de regularizar su situación administrativa y escolarización, le confiscó el pasaporte y la tomó como su empleada de hogar. Al poco tiempo, Siwa-Akofa Siliadin fue “prestada” con el consentimiento de su padre, a un matrimonio con cuatro niños pequeños, incorporándose definitivamente como trabajadora doméstica de esta casa en julio de 1995; sin recibir salario alguno, con una jornada laboral de 7,30 de la mañana a 10,30 de la noche los siete días de la semana, durmiendo en el suelo y con el pasaporte confiscado.

En 1995, Siwa-Akofa Siliadin se escapa gracias a la ayuda de una ciudadana haitiana que le hospeda a cambio de trabajar en su casa en condiciones dignas. No obstante, seis meses más tarde la entonces menor es obligada por su tío paterno -que estaba en contacto con el matrimonio- a regresar a casa de estos últimos con la promesa de regularizar su situación administrativa. A pesar de lo cual, Siwa-Akofa Siliadin continuó trabajando en las condiciones anteriormente descritas hasta julio de 1998.

Finalmente, Siwa-Akofa Siliadin logra recuperar su pasaporte y se lo confía a un conocido del matrimonio donde trabaja, contactando también con una vecina que alerta al Comité contra la Esclavitud Moderna, que pone el caso en conocimiento de la Fiscalía. El matrimonio fue enjuiciado, concluyendo el Tribunal de Gran instancia de París que, si bien no se había respetado la normativa laboral respecto a la duración del trabajo y el tiempo de descanso,⁸⁰

⁸⁰ Como se relata en la sentencia del TEDH, *Siliadin v. Francia*, el Tribunal de Gran Instancia de París, en su sentencia de 10 de junio de 1999, constata la existencia de una “situación de vulnerabilidad y de dependencia de la demandante frente al matrimonio B” debido al hecho de que la joven se encontraba en situación irregular en el

ello no era suficiente para considerar que las condiciones laborales eran incompatibles con la dignidad humana.⁸¹ A saber: ritmo infernal; insultos y vejaciones frecuentes; la necesidad de una fuerza física especial sin medida con la naturaleza del empleado; el ejercicio de la actividad en un local insalubre; etc.⁸² En relación a las condiciones de alojamiento, el tribunal señaló que tampoco podían considerarse atentatorias contra la dignidad humana sino más bien una situación ciertamente lamentable en el caso de gente acomodada, que denotaba falta de consideración respecto a la menor, al no haber juzgado útil reservar un espacio personal a la demandante.⁸³

Por su parte, Oxana Rantseva, había llegado a Limassol en marzo de 2001 para trabajar en un cabaret de la ciudad con un visado de “artista”, un permiso de residencia de tres meses.⁸⁴ Al poco tiempo decide abandonar este trabajo y el apartamento que compartía con otras “artistas” para volver a Rusia. En esta situación, el dueño del cabaret denuncia ante la Oficina de Inmigración en Limassol que la Sra. Rantseva había abandonado su lugar de trabajo y residencia. Sin embargo, por motivos que se desconocen, su nombre nunca fue incluido en la lista de personas buscadas por la policía.⁸⁵ Apenas unas semanas más tarde, el empleador de Oxana Ratseva recibe el aviso de que la víctima había sido vista en una discoteca en la misma ciudad de Limassol. Ante la noticia, el empleador solicita el arresto de Oxana a la policía alegando que la mujer se encontraba en situación irregular en el país. Una vez en Comisaría, tras verificar con el Servicio de Policía de Extranjería e Inmigración que Oxana Ratseva no se

territorio (§ 22) así como la ausencia de retribución alguna (§ 23). Sin embargo, el Tribunal de apelación absolvió al matrimonio de estos cargos por no quedar probado que la joven se encontraba en una situación de vulnerabilidad y ni la falta de retribución (§ 40).

⁸¹ “En cuanto a las condiciones laborales y de alojamiento incompatibles con la dignidad humana”, la sentencia del caso *Siliadin v. Francia*, recoge que el Tribunal de Gran Instancia constata que “las partes tenían versiones divergentes” (§ 25) Finalmente, la demandante recurre la sentencia de apelación, no así el Ministerio Fiscal, y el proceso termina con la sentencia del Tribunal de casación, de 11 de diciembre de 2011, que da la razón al Tribunal de Gran instancia, pero concediéndole a la demandante una indemnización por los salarios impagados (sentencia de la Magistratura de trabajo de 3 de octubre de 2003) y el trauma psicológico sufrido (§ 44-45).

⁸² *Ibid.* (§ 26).

⁸³ *Ibid.* (§ 27).

⁸⁴ *Ratsev v. Rusia y Chipre* (§ 15-16).

⁸⁵ *Ibid.* (§ 17).

encontraba ilegalmente en Chipre y que tampoco había constancia de la denuncia interpuesta por su empleador; los agentes de policía avisaron al dueño del cabaret de que la víctima no iba a ser detenida y que como responsable de ella debía recogerla en Comisaria y traerla al día siguiente para continuar con la investigación a las 7 de la mañana. Aunque el dueño del cabaret mostró su desacuerdo, ante la posibilidad de que Oxana Ratseva quedara en libertad, trasladó a la víctima a su apartamento situado en la segunda planta de un bloque de viviendas.

Al día siguiente, en la madrugada del 28 de marzo de 2001, Oxana Ratseva fue hallada muerta frente al citado bloque de viviendas con su bolso aún en el hombro.

La policía chipriota declaró que Oxana Ratseva había muerto accidentalmente al precipitarse al vacío desde uno de los balcones de la casa del dueño del cabaret. Sin embargo, nadie escucho gritar a la víctima en su caída y el informe forense, posteriormente solicitado por el padre de la víctima a la Oficina del Fiscal de la región de Chelyabinsk, determinó que Oxana, que presentaba un alto grado de alcohol en la sangre, había muerto debido a unas contusiones no relacionadas con el impacto de la caída.⁸⁶

En ambos casos, el TEDH ha establecido que la trata de seres humanos, de acuerdo al concepto jurídico internacional recogido en el artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) de la Convención Europea de Lucha contra la Trata de Personas,⁸⁷ entra en el ámbito del artículo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁸⁸

⁸⁶ *Ibid.* (§ 13-79).

⁸⁷ Tanto el artículo 3 del Protocolo de Palermo (documento A/RES/55/25_2001) establece como el artículo 4 (a) de la Convención Europea de Lucha contra la Trata de Personas (documento ETS. No. 197) establecen que:

a) *"Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, 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;*

Sin embargo, para poder apreciar la legitimación activa de las víctimas de la trata ante este tribunal, el TEDH no estima necesario que las conductas enjuiciadas hayan de asimilarse de manera automática a alguna de las conductas recogidas y prohibidas por el artículo 4 CEDH, sino que basta que exista alguno de los elementos de las figuras recogidas en este artículo de la Convención que comparten con la trata de seres humanos por su naturaleza y finalidad de explotación: de la *esclavitud*, el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre las víctimas;⁸⁹ de la *servidumbre*, porque constituye también una forma grave de la negación de la

b) *El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*

c) *La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;*

d) *Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años".*

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 de 2000 (*Protocolo de Palermo*) adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia). En vigor desde el 25 de diciembre de 2003, documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001; y Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (*Convenio de Varsovia*) firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197.

⁸⁸ "There can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention. In view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes "slavery", "servitude" or "forced and compulsory labour". Instead, the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention" (*Rantsev v. Chipre y Rusia*, §282).

⁸⁹ Esta situación es descrita en *Rantsev v. Chipre y Rusia* a partir del informe de la ONG Interights y en el informe explicativo del *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* como la forma moderna de la esclavitud en todo el mundo antiguo (§ 161 y 266), que consiste en tratar a los seres humanos como mercancías para ser comprados, vendidos y sometidos a trabajos forzados, a menudo mediando poco o ningún pago, por lo general en la industria del sexo, sino también en otros lugares (§101 y 161). Esto

libertad⁹⁰ y la obligación de proporcionar unos servicios;⁹¹ y del *trabajo forzoso u obligatorio* la existencia de alguna limitación física o mental, primordial que merme la voluntad de la persona.⁹²

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos añade que, en todo caso, el uso de la violencia y el maltrato de las víctimas constituyen una de las características propias de la trata de seres humanos por lo que su inclusión en el ámbito de la prohibición del artículo 3 del CEDH no ofrece ninguna duda.⁹³

De este modo, aunque la Convención Europea de los Derechos Humanos no contempla explícitamente la prohibición de traficar con seres humanos con el propósito de explotarlos,⁹⁴ la jurisprudencia sentada por estas dos sentencias suponen la inclusión de las víctimas de la trata de seres humanos en el marco del sistema de protección del CEDH,⁹⁵ haciendo posible con ello

implica una estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos son a menudo limitados (§ 85 y 101) y el uso de la violencia y las amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en estas condiciones (§ 85, 87 a 88 y 101). Asimismo, la sentencia cita el informe del Defensor del Pueblo de Chipre que se refiere a la explotación sexual y a la trata como el “régimen de la esclavitud moderna” (§ 84) Vid. *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§281).

⁹⁰ Vid. *Van Droogenbroeck vs Bélgica*, Informe de la Comisión de 9 de julio de 1980, Serie B no. 44 (§ 78-80).

⁹¹ Vid. TEDH, *Seguin v. France*, App. No. 42400/98, March 7, 2000 y *Siliadin v. Francia* (§ 124)

⁹² Vid. TEDH, *Van der Mussele v. Bélgica*, 23 de noviembre 1983, serie A núm. 70 (§ 34) y *Siliadin v. Francia* (§117)

⁹³ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§252).

⁹⁴ No obstante, como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado en el marco de las dos primeras sentencias en las que este Tribunal ha considerado la existencia de trata de personas, la ausencia de una referencia expresa a la trata de seres humanos en la Convención Europea de Derechos Humanos no es sorprendente pues ésta se inspira en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así la CEDH incluye exclusivamente derechos civiles y políticos consagrados en las tradiciones constitucionales de los Estados de la Europa Occidental fundadores originarios del Consejo de Europa donde tampoco se recoge expresamente la trata de seres humanos. Vid. *Siliadin v. Francia* (§ 121) y *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§ 277).

⁹⁵ En el marco del lento y sectorial proceso de institucionalización del reconocimiento de la subjetividad activa del individuo en el Derecho internacional convencional. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es un tribunal internacional ante el que cualquier persona, que habiendo agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en el Estado miembro del Consejo de Europa bajo cuya jurisdicción se encuentre, puede presentar una

el reconocimiento de auténticos derechos subjetivos a favor de los individuos afectados por el fenómeno de la TSH;⁹⁶ derechos que, como veremos, se corresponden con obligaciones estatales automáticamente exigibles en el ámbito de los Estados miembros del Consejo de Europa.⁹⁷

En todo caso, la aportación más radical de la jurisprudencia del TEDH ha sido plantear a los Estados parte la necesidad de asumir oficialmente la trata de seres humanos no solo como un delito internacional sino también como una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona.⁹⁸ Siendo ésta como ya se ha expuesto la perspectiva adoptada para abordar la investigación.

denuncia por violación sus derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o cualquiera de sus Protocolos adicionales. Los 47 Estados miembros del Consejo de Europa son parte del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, acordando así comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos en sus derechos internos y someterse a la jurisdicción del TEDH, acatando y ejecutando sus sentencias. La ejecución de sentencias del TEDH por los Estados parte, que han sido condenados es supervisada por el Comité de Ministros. El TEDH compuesto por el mismo número de jueces que Estados parte en el Convenio, cuenta en la actualidad con 47 jueces elegidos por un periodo de 6 años. Vid web oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁶ Como se desprende de los artículos 35, 5, 6 ó 13 del CEDH, los Estados partes al obligarse en el CEDH se comprometen a la protección efectiva en el orden interno de los derechos reconocidos en el Convenio. A la luz de la incipiente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia los derechos del CEDH susceptibles de violación vinculados a la trata de seres humanos son los siguientes: el *derecho a la vida y la integridad personal* (art. 2 CEDH); el derecho derivado de la *prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes* (art. 3 CEDH) el artículo 4 que *prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado* y los *derechos a la libertad y a la seguridad* (art. 5 CEDH). Todos ellos son, salvo el artículo 5 referente al derecho a la libertad y la seguridad, derechos inderogables y no prevén excepciones; incluso en caso de urgencia, como la guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación (art. 15 CEDH), en este sentido, vid. QUESADA POLO, S. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Apuntes sobre el sistema de control del Convenio” en VVAA, GÓMEZ SANCHEZ, Y. (Coord.) *Derechos y Libertades en Europa*, UNED, Madrid, 1999.pp. 135-137.

⁹⁷ Además, en base al principio de subsidiariedad del sistema internacional respecto a los mecanismos internos, el alcance y naturaleza de las decisiones del TEDH así como la ejecución de las sentencias, la ejecución de lo juzgado corresponde al Estado y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es el órgano encargado de velar por la ejecución de las sentencias definitivas (art. 46.2 del CEDH).

⁹⁸ Según la jurisprudencia del TEDH (*Siliadin v. Francia*, § 121 y *Rantsev v. Chipre y Rusia*, § 277) al evaluar el alcance de la CEDH, hay que tener en cuenta que se trata de un instrumento vivo que debe ser interpretado a la

Otra de las aportaciones importantes de estas dos sentencias, es que el TEDH afirma la necesidad de concretar las obligaciones positivas de los Estados en relación a las víctimas de la trata de seres humanos; y a que ambas sentencias contribuyen a poner en evidencia la indefinición en la que viven las víctimas de la trata de seres humanos.

En *Siliadin v. Francia*, a pesar de las obligaciones impuestas por los dos principales instrumentos jurídicos para luchar contra la trata de seres humanos -el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia-, los tribunales franceses consideraron que las condiciones en las que Siwa-Akofa Siliadin, llevaba años trabajando, si bien no cumplían con la normativa laboral respecto a la duración del trabajo y el tiempo de descanso, no eran incompatibles con la dignidad humana y, no presentaban, por tanto, la suficiente violencia e intimidación típicas del delito de esclavitud recogido en el Derecho penal francés.⁹⁹ En *Rantsev v. Chipre y Rusia*, tanto los informes del Defensor del Pueblo en Chipre como los del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en sus visitas a Chipre,¹⁰⁰ hacían sospechar de la trata de mujeres que llegaban a trabajar como artistas de cabaret. Sin embargo, las autoridades policiales no tomaron cartas en el asunto.¹⁰¹

luz de las condiciones de las actuales sociedades democráticas, donde la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales está cada vez más garantizada y su violación exige una mayor firmeza por parte de las autoridades competentes. (Consultar también entre otras: TEDH, *Selmouni v. Francia* (GC), demanda. 25803/94, de 28 de julio de 1999 (§ 101) y TEDH, *Christine Goodwin v. el Reino Unido* (GC), demanda. 28957/95, de 11 de julio de 2002 (§ 71).

⁹⁹ Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque efectivamente los hechos del caso presentado no se adecuaban al concepto de esclavitud tradicional, las circunstancias vividas por esta niña de Togo contienen alguno de los elementos recogidos en las figuras del artículo 4 del CEDH. Asunto *Siliadin v. Francia* (§124 y 117).

¹⁰⁰ Desde 2000, el Registro Civil y Dirección General de Migración de Chipre define "artista" como: "Todo extranjero que desee entrar en Chipre con el fin de trabajar en un cabaret, musical dancing lugar o en otro lugar de entretenimiento nocturno y que ha alcanzado la edad de 18 años ". Sin embargo, el Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, señala en su informe de 2008 que el permiso solicitado para trabajar en cabarets, clubes nocturnos y salas de masaje, etc. es el llamado visado de "artista". Véase los párrafos 34, del 45 al 48 del Informe de 12 de diciembre de 2008 por el Consejo de Europa Comisionado para los Derechos Humanos en su visita a Chipre 7 al 10 07 2008 (CommDH (2008) 36).

¹⁰¹ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§96-104).

Precisamente, es el asunto *Rantsev v. Chipre y Rusia*, donde el tribunal, recogiendo la política de las 3 Ps (a saber, *prevention, protection prosecution*)¹⁰² concreta qué obligaciones positivas de los Estados en relación a las víctimas de la trata de seres humanos consisten en prevenir y sancionar el delito de trata así como proteger a sus víctimas; lo cual implica velar no solo por la seguridad física de las víctimas de mientras se encuentren en sus territorios en base al principio de proporcionalidad¹⁰³ sino también investigar eficazmente los casos de trata de seres humanos de su competencia.¹⁰⁴

¹⁰² La política de las 3 Ps, cuyo origen se remonta al *Executive Memorandum on the Trafficking of Women and Children* presentado por el Presidente Clinton el 11 de marzo de 1998, ha sido la estrategia adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos para luchar contra la trata de seres humanos. Dicha política, sentada ya por la *Trafficking Victim Protection Act* de 2000 incluso antes que el *Protocolo de Palermo* firmado en el mismo año, persigue un triple objetivo: la protección de las víctimas; la persecución de los responsables; y el procesamiento de los tratantes. US DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Person Report, 2010*, p. 11. En este sentido, vid. también, STOLZ, B. "Interpreting the U.S. Human Trafficking Debate Through the Lens of Symbolic Politics" en *Law & Policy*, vol. 29, issue 3, pages 311–338, July 2007, p. 320.

¹⁰³ El alcance de las obligaciones positivas consiste en establecer un marco legislativo y administrativo para prevenir, sancionar y proteger a las víctimas de la trata de seres humanos (*Siliadin v. Francia* § 89 y 112; *Rantsev v. Chipre y Rusia* §285) y requiere del Estado la tomar medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de la trata (*Rantsev v. Chipre y Rusia* §286). En este contexto, el TEDH recuerda que el examen del cumplimiento de estas obligaciones estará sujeto al principio de proporcionalidad. Así, la evaluación de la aplicación de las citadas medidas operativas se hará en función de las prioridades y recursos del Estado: sin imponer un imposible o una carga desproporcionada para las autoridades. Si bien, el Tribunal también establece que dicha obligación exige a los Estados velar por la seguridad física de las víctimas de la trata en sus territorios y el establecimiento de políticas integrales y programas para prevenir y combatir la trata de seres humanos (*Rantsev v. Chipre y Rusia* §287).

¹⁰⁴ La obligación positiva del Estado de investigar supone el deber de actuar si es el caso, cuando el asunto haya llegado a la atención de las autoridades, por iniciativa propia. Dicha investigación ha de ser eficaz. Esto es: independiente jerárquica e institucionalmente de los implicados en los hechos y capaz de conducir a la identificación y castigo de las personas responsables. Asimismo, se requerirá el desarrollo de la investigación como una cuestión urgente, con la prontitud y celeridad razonables exigibles en los casos donde la necesidad de sacar al individuo de una situación de riesgo (§288).

Por último, al ser la trata de seres humanos un fenómeno que a menudo no se limita al ámbito estatal interno - los delitos de trata puede ocurrir en el Estado de origen, cualquier Estado de tránsito y el Estado de destino- y tanto las pruebas pertinentes y los testigos pueden estar ubicados en todos los Estados. Aunque el Protocolo de

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tomando como ejemplo la normativa relativa a la esclavitud, aperece a los Estados acerca de la necesidad de que la legislación nacional ser adecue para garantizar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas o a las posibles víctimas de la trata.¹⁰⁵

2.2 Preguntas de investigación e hipótesis

Es en este contexto, donde surge nuestra primera pregunta de investigación: ¿Cómo recoge la norma internacional el delito de trata de seres humanos? ¿Lo recoge simplemente cómo un delito internacional o bien como una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona? Las implicaciones de una u otra opción son muy importantes.

La primera opción requiere tan solo la persecución contra el delito mientras que la segunda, el enfoque de los derechos humanos, precisa del establecimiento de los mecanismos necesarios para la protección internacional de las personas frente a este fenómeno (tanto nacionales como extranjeros).

A raíz de esta primera pregunta surge precisamente otra: ¿cómo define la norma internacional relativa a la trata de seres humanos el concepto de víctima de la trata? ¿Permite este concepto su identificación y eficaz protección?

Estas dos preguntas de investigación nos aproximan a la siguiente hipótesis: La norma internacional no define suficientemente el concepto de víctima de la trata. Una cierta “indefinición” del concepto de víctima de la trata podría estar ayudando a perpetuar su invisibilidad detrás de otras figuras, obstaculizando que los Estados cumplan con las obligaciones de identificación y protección de estas personas, en cuanto que víctimas de una de

Palermo guarde silencio acerca de la jurisdicción, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos explícitamente exige a cada Estado parte establecer su jurisdicción sobre los delitos de tráfico cometidos en su territorio *Ibid.* (§289).

¹⁰⁵ *Ibid.* §286.

las más graves violaciones de los derechos humanos. Se haría, por lo tanto, necesaria concretar el concepto de víctima pues ello constituye la *conditio sine qua non* para su protección.

2.3 Objetivos

Para poder dar respuesta a las preguntas planteadas, este trabajo se propone profundizar en el conocimiento de la trata de seres humanos como un delito internacional que constituye, además, una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona.

En este contexto, el presente estudio pretende, también, identificar y analizar las obligaciones de persecución del delito y tutela de las víctimas de este crimen que los Estados deben asumir sobre la base de las reglas del Derecho internacional público. A saber, las citadas 3Ps, la protección de las víctimas; la persecución de los responsables; y el procesamiento de los tratantes. Y, especialmente, la necesaria interrelación entre las llamadas 3 Ps.

En todo caso, la aspiración última de esta tesis es ayudar a conseguir una mayor y mejor protección para las víctimas del delito de trata de seres humanos.

Para poder desarrollar los objetivos propuestos, el estudio se ha dividido en dos partes.

Una primera parte se dedica al análisis del concepto jurídico internacional de la trata de personas y, también, el estudio de la orientación doctrinal asumida para esta investigación, esto es, la perspectiva de derechos humanos.

Y una segunda parte destinada al examen de la prohibición de la trata, una obligación estatal concretada por la jurisprudencia del TEDH: el establecimiento de una normativa eficaz para la prevención y la sanción del fenómeno así como la protección de las víctimas de la trata. La prohibición de la trata y el establecimiento de un sistema de protección, constituyen el componente esencial de una política contra la trata articulada desde el prisma de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, y con el objeto de garantizar la identificación de las víctimas

y su protección, el estudio concluye con la necesaria concreción del concepto de víctima de la trata desde el Derecho Internacional y la presentación de un estatuto de “víctima de la trata” como propuesta de lege ferenda.

2.4 Estructura

La investigación consta de un capítulo introductorio, uno conclusivo y cuatro capítulos explicativos. Éstos últimos se encuentran a su vez divididos en dos partes.

El capítulo primero, introductorio, tiene por objeto llevar a cabo una presentación de la investigación. Esto es, la exposición del tema de estudio y los antecedentes que justifican la elección de la trata de seres humanos para la elaboración de esta tesis, la metodología utilizada y los aspectos centrales de la investigación, su hipótesis, objetivos y estructura. Por último, se recoge también en este capítulo el actual marco jurídico de la lucha contra la trata del ámbito de estudio elegido: la Unión Europea y España.

Una vez presentada la investigación, la primera parte del trabajo tiene por objeto profundizar sobre el concepto jurídico internacional de trata de seres humanos y la perspectiva que configurara la trata de seres humanos como una de las más graves violaciones de los derechos fundamentales de la personas.

En este contexto, en el segundo capítulo, se estudia el concepto jurídico de la trata de seres humanos a la luz del conjunto de normas que constituyen el marco jurídico internacional en la materia. Para su conceptualización, se llevará a cabo, en primer lugar, un breve recorrido histórico desde las primeras normas adoptadas sobre la trata de seres humanos hasta la regulación la materia en nuestros días. Asimismo, la delimitación del concepto de trata de seres humanos nos permite establecer, los distintos elementos que integran la TSH, distinguiéndola de otras figuras afines, como por ejemplo el tráfico de personas en situación irregular; así como, una serie de categorías lógicas que nos permitan catalogar las distintas manifestaciones del fenómeno de la trata de seres humanos.

El tercer capítulo examina el enfoque de derechos humanos, que es como veremos la perspectiva doctrinal adoptada para esta investigación. El estudio de dicha perspectiva comienza con el análisis de otras aproximaciones habituales y menos completas, por tanto, equivocadas a la hora de luchar contra el fenómeno de la trata: la de la migración irregular, la de la violencia de género y la del crimen organizado. Una vez situada el enfoque de derechos humanos frente a otras perspectivas que contemplan en problema aisladamente, este capítulo estudia las características, instrumentos e implicaciones de esta estrategia, que identifica la trata como una grave violación de los derechos humanos.

Una vez analizado el concepto jurídico internacional de trata y delimitado el enfoque de derechos humanos utilizado para la realización de esta investigación; la segunda parte de este trabajo, que consta de otros dos capítulos, tiene por objeto el estudio de la prohibición internacional de la trata y el sistema de protección derivado de dicha prohibición, ambas obligaciones surgen a partir de los instrumentos internacionales correspondientes a la perspectiva de los derechos humanos.

En este contexto, el capítulo cuarto, dedicado al examen de la prohibición internacional de la trata de seres humanos, tiene por objeto analizar el contenido de esta obligación internacional; y especialmente, la eficacia del sistema de protección surgido de la incriminación internacional del delito de trata. Se estudian en este capítulo los elementos que integran el tipo del delito de trata, haciendo especial hincapié en las nociones más conflictivas a la hora de delimitar la conducta de trata y, por tanto, a las víctimas de este delito.

Así, el capítulo quinto se centra en el concepto de víctima surgido del sistema de protección de la prohibición de trata. En este capítulo se analiza, el concepto de víctima internacional aplicado a las víctimas de la trata y las distintas categorías incluidas en este concepto, que constituyen la base de lo que podríamos considerar un estatuto de víctima de trata.

El sexto y último capítulo, es conclusivo, e incluirá las posibles propuestas entre las que destacamos la propuesta de elaboración y adopción de una Directiva encaminada al establecimiento de un estatuto de protección de la víctima de la trata.

3 Cuestiones de método

El trabajo de esta investigación de tesis doctoral, tiene por objeto encontrar respuestas a las preguntas planteadas en la hipótesis. Esto es, cómo se recoge en la norma internacional la trata de seres humanos; y si se encuentra suficientemente definido el concepto de víctima en el ámbito de dicha normativa. Conviene recordar en este sentido que las normas jurídicas nacen para la regulación de las relaciones intrasubjetivas en una determinada estructura social y política. De acuerdo con ello, la vida de tales normas se justifica en su aplicación cotidiana; por lo que advertir toda aplicación normativa implica una operación interpretativa¹⁰⁶ de sus propios términos, alcance, contenido y finalidad.¹⁰⁷

En consonancia con tales afirmaciones, la mayoría de los autores ha venido a destacar el carácter necesario de la interpretación.¹⁰⁸ Precisamente, como señala GALLONI, la función y el valor de la Ciencia jurídica se centra en aclarar y reconstruir en cada momento el ordenamiento

¹⁰⁶ En palabra de CASALS COLLDECARRERA la operación de interpretar “no es realizar un análisis lógico de algo, ni desarrollar un teorema, ni contemplar una obra de arte, sino algo mucho más sutil y profundo”. CASALS COLLDECARRERA, M. “La interpretación” en *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Ilustres Colegios Oficiales de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975, p.23.

¹⁰⁷ En este sentido, VON HIPPEL pone de relieve cómo la interpretación del Derecho carece en el plan de estudios jurídicos de un tratamiento especial, por lo que su examen es abordado en el marco de cada una de las concretas disciplinas jurídicas. VON HIPPEL, E. “La interpretación del Derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, junio 1956, p.556.

¹⁰⁸ En este sentido hacemos nuestras las palabras de TRABUCCHI al señalar que “la interpretación es siempre necesaria, señala, porque el texto de la ley es una fría sucesión de palabras que debe reavivarse”. TRABUCCHI, A. “Instituciones de Derecho Civil”, traducción de Martínez-Calcerrada, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, p.46.

jurídico.¹⁰⁹ Por consiguiente, la idea a extraer podría sintetizarse, según STONE, en que la necesidad de la actividad hermenéutica no puede ser razonablemente negada en el ámbito de Derecho.¹¹⁰

Así la hermenéutica, en el sentido clásico del término, ha sido el método de trabajo utilizado para poder determinar qué conductas relacionadas con la trata de seres se encuentran prohibidas y las obligaciones que dichas prohibiciones generan, especialmente en relación a la identificación y protección de las víctimas de la trata.¹¹¹

En este contexto, dado que en la Ciencia jurídica las fuentes de información son abundantes no se interpreta únicamente una norma jurídica sino un sistema legislativo y las fuentes identificadas en materia de trata.¹¹² En todo caso, dicha interpretación se ha realizado a la luz de la Teoría general del derecho, esto es teniendo en cuenta los elementos del Derecho y el ordenamiento jurídico existente en relación a la trata de seres humanos del ámbito de estudio delimitado.¹¹³

¹⁰⁹ SOTO NIETO, F.: “El razonamiento jurídico y la interpretación del Derecho”, en *Revista Jurídica de Cataluña* tomo I, nº2, 1980, p.491.

¹¹⁰ “Interpretation has become like a pair of glasses that colours everything we see. To take these glasses off would be to make the world disappear or at least to leave our normative practices without shape”. STONE, M. “Focusing the Law: what legal interpretation is not”, en MARMOR, A. *Law and interpretation: essays in legal philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p.37- 43.

¹¹¹ RAZ, J. “Por qué interpretar?”, en *Isonomía* nº5, 1996, p.25.

¹¹² En este sentido, el autor señala que, el Derecho como ciencia social, además de tener fuentes específicas, frecuentemente se nutre de datos de otras disciplinas. AZUA REYES, S. T. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*, Porrúa (México) 1990, pp. 29-74.

¹¹³ En este sentido, como señala VON HIPPEL el fenómeno de la interpretación normativa constituye un lugar común dentro de los tópicos centrales de la Teoría General del Derecho, así como uno de los núcleos duros en la técnica jurídica de todos los sectores del ordenamiento. En este sentido, VON HIPPEL pone de relieve cómo la interpretación del Derecho carece en el plan de estudios jurídicos de un tratamiento especial, por lo que su examen es abordado en el marco de cada una de las concretas disciplinas jurídicas. VON HIPPEL, E. “La interpretación del Derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, junio 1956, p.556.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la norma es un *datum* previamente dado cuya función característica en la realidad social es ser de aplicación a la conducta humana, esto es “su incorporación a la vida humana en sociedad”.¹¹⁴ La interpretación jurídica de dichas normas desde la perspectiva doctrinal elegida nos ha permitido identificar las lagunas existentes en la incorporación de la prohibición de la trata de seres humanos en la sociedad actual, y proponer, en este caso, los cambios y modificaciones detectados para el desarrollo de la vida humana en una sociedad¹¹⁵.

3.1 Ámbito de estudio

La amplitud del tema elegido nos obliga a delimitar la investigación a un marco jurídico concreto de la lucha contra la trata de seres humanos. Con este propósito nuestro objeto de estudio se circunscribe a dos espacios concretos: la Unión Europea y uno de sus Estados miembros, España. No obstante, la propuesta de lege ferenda presentada al final de este trabajo pretende trascender el ámbito nacional, al resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

En este contexto, la importancia de las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos de los Estados radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en gran medida de la fidelidad con la que los Derechos internos se conformen a las normas internacionales y les den efecto.¹¹⁶ En este contexto, son dos las principales doctrinas de referencia y con más reflejo en los Derechos constitucionales internos: el *dualismo*, que concibe el Derecho internacional y los Derechos internos como órdenes independientes, donde las

¹¹⁴ Citamos en este punto las palabras de IHERING que toma CASALS COLLDECARRERA: “la interpretación de la norma quiere decir su incorporación a la vida humana en sociedad”. CASALS COLLDECARRERA, M. “La interpretación”, en *Ciclo de Conferencias...op. cit.* p.23.

¹¹⁵ Vid. en este sentido, FERRAJOLI, L. “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* vol. XLIII, 1966, p.290, al señalar que “con il termine interpretazione giuridica si intende, comunemente, qualunque attività conoscitiva che sia diretta alla comprensione del significato di un atto giuridicamente rilevante nella vita sociale”.

¹¹⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos. Madrid, 14ª edición, 2010, pp. 167-170.

normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación un acto especial de recepción del Derecho internacional;¹¹⁷ y el *monismo*, que proclama la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos,¹¹⁸ donde el Derecho internacional sería superior al Derecho interno y éste quedaría subordinado al primero, si necesidad ningún de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevaleciendo sobre éstos en caso de conflicto.¹¹⁹

Finalmente, en un intento de superación de las posturas *dualistas* y *monistas*, aparecieron otras teorías de matiz conciliador, entre las que se destacan las *doctrinas coordinadoras*. Este conjunto de doctrinas es monista, pues se basan en la unidad de todos los sistemas normativos. Sin embargo, se apartan de las posturas monistas al no subordinar el Derecho interno al Derecho internacional, si de delegación de este a favor de aquel, sino de coordinación entre

¹¹⁷ El debate doctrinal sobre el carácter fundamental de las relaciones entre ambos ordenamientos se remonta al año 1899, y tiene su origen en la publicación de la conocida obra de TRIEPEL *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho internacional y Derecho nacional). La concepción de TRIEPEL, el dualismo arranca de dos premisas. La primera que el Derecho internacional y el Derecho interno tienen distintas fuentes. La segunda es que regulan relaciones diversas en cuanto que el primero rige las que tienen lugar entre Estados y el segundo las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. Y la conclusión primordial que de estas premisas obtiene el dualismo es que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos un acto especial de recepción, casi “transformación”, del Derecho internacional y Derechos internos se conciben así como órdenes diversos, separados e independientes. *Ibid.* pp. 167-170.

¹¹⁸ Hay que referirse aquí por fuerza a la concepción normativista de KELSEN, según la cual todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*. KELSEN, H. “Les rapports de systems entre le Droit interne et le Droit International” en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, IV, vol. 14 1926, pp. 227 y ss.

¹¹⁹ Si en el año 1926 sostuvo KELSEN que la norma fundamental podía ser colocada bien en el Derecho interno, bien en el Derecho internacional, dependiendo ello de factores éticos o políticos, posteriormente entendió que se debía de insertar en el Derecho internacional. VERDROSS, discípulo de KELSEN, añade que la norma que en definitiva fundamentaba todo el Derecho se insertaba en el ordenamiento internacional, siendo éste precisamente el que delegaba a favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de su libre apreciación VERDROSS, A. “La Fondement du Droit International” en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, I, vol. 16, 1927, pp. 257 y ss.

uno y otro sobre la base de norma superiores, que serían precisamente las de Derecho natural.¹²⁰

En el actual modelo de sociedad internacional los Estados son los destinatarios por excelencia de las normas de Derecho internacional: las normas internacionales van dirigidas a los Estados y son éstos los responsables de acatarlas y cumplirlas.

Los Estados son, sin embargo, personas morales, que actúan por medio de sus órganos – sean éstos legislativos, ejecutivos o jurídicos- sujetos también al Derecho interno de los Estados. En este sentido, es esencial que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho internacional, y más aún que en caso de conflicto, el Derecho estatal no suponga un obstáculo para el cumplimiento de las normas internacionales.

Así el Derecho internacional no se aplica únicamente al ámbito externo de las relaciones interestatales; sino también ha de observarse en el interior de los Estados y los particulares sometidos a su jurisdicción; particulares que pueden incluso exigir judicialmente el cumplimiento del Derecho internacional. Es en este último plano donde cobra especial importancia el problema de las relaciones entre Derecho internacional y los Derechos internos.¹²¹

Como explica SCALLE hay que tener en cuenta la debilidad institucional de la presente sociedad internacional en base a la ley de desdoblamiento funcional; según la cual el Derecho internacional carece de órganos propios para el cumplimiento adecuado de sus funciones¹²². Esta insuficiencia se remedia por un desdoblamiento de las funciones de los órganos del Estado, que no solo cumplen funciones internas, sino también internacionales.

¹²⁰ MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho Internacional Público*, Ediciones Atlas, Madrid, 1955, pp. 184 y ss.; TRUYOL Y SERRA, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 115-116.

¹²¹ PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho... op. cit.* pp. 167-170.

¹²² SCALLE, G., *Cours de Droit International Public (Le Fédéralisme International)*, París, 1947-1948. Pp. 101 y ss.

Esto no solo explica el relevante papel del Estado en la formación de las reglas internacionales¹²³ sino también la importancia de los órganos del Estado y su Derecho en el proceso del cumplimiento de las normas internacionales. En este contexto, se sitúa el reenvío de normas internacionales a normas internas o viceversa, así como también el supuesto de normas internacionales no ejecutables por sí mismas (*no self-executing*), que para su cumplimiento requieren el desarrollo de normas internas. Así sucede en la práctica también en materia de trata, donde por ejemplo el artículo 3 a) del Protocolo de Palermo¹²⁴ lleva a cabo la definición del tipo en el Derecho internacional mientras la pena la impone el Derecho interno, como sucede en el artículo 177 bis, del Código penal español. Además, en los casos de comisión de tales delitos son los tribunales estatales los encargados de iniciar y organizar el proceso penal.

En todo caso, la importancia de las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos se ha acrecentado en nuestros días como consecuencia del aumento de las funciones del primero. El Derecho internacional contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los Derechos internos.

Así, la cooperación institucional se ha formalizado en algunos campos, y en tales condiciones el reforzamiento institucional ha hecho cobrar una nueva dimensión a la cuestión de las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos. Este reforzamiento institucional supone que aquellas relaciones se contemplen bajo una óptica nueva. En este contexto, la Unión Europea adoptan ya decisiones en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos que tiene efecto directo¹²⁵ y primacía¹²⁶ sobre los Derechos internos,

¹²³ Según se ha visto al tratar la costumbre y los tratados. PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho...op. cit.* pp. 191-192.

¹²⁴ Documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001.

¹²⁵ El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial presentada por la Tariefcommissie de los Países Bajos. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho

estableciendo además, órganos jurisdiccionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permite el acceso de los particulares.

Además, con el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea 2007* (Tratado de Lisboa, en adelante),¹²⁷ la Unión Europea adquiere la obligación de adoptar normas mínimas en materias concretas relativas a la trata de seres humanos. El primer instrumentos jurídico de este proceso es la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* (Directiva de trata de seres humanos, en adelante)¹²⁸ que supone no solo la plasmación jurídica de un enfoque basado en los derechos humanos sino también la comunitarización de la lucha contra la trata que, con la entrada en vigor, la norma quedará bajo

européo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el Estado miembro recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno. *Asunto 26-62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963.

¹²⁶ El principio de primacía garantiza una protección uniforme de los ciudadanos por parte del Derecho europeo en todo el territorio de la UE. El principio de primacía se consagra a raíz de la decisión prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a la cuestión prejudicial presentada por Giudice conciliatore di Milano (Italia), la sentencia *Costa contra Enel* del 15 de julio de 1964, donde el Tribunal declara que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo. Por lo tanto, el Derecho europeo tiene primacía sobre los Derechos nacionales. En consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea. El Derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido. Finalmente, el TJUE también señala que la primacía del Derecho europeo se aplica a todos los actos nacionales, independientemente de si fueron adoptados antes o después del acto europeo en cuestión. *Asunto 6/64 Costa contra Enel*, sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964.

¹²⁷ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (OJ C 306 de 17.12.2007) En vigor desde el 1 de diciembre de 2009. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C83/01 de 30.3.2010, pp. 1-388).

¹²⁸ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, de 5 de abril de relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para su correcta aplicación e interpretación.

Por otra parte, y en línea con el citado proceso de cooperación institucional, es importante señalar que la política de la UE para erradicar la trata de seres humanos se encuentra profundamente influida por la labor del Consejo de Europa en la materia.¹²⁹ Esta especial relación de cooperación existente entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, se concreta en el Tratado de Lisboa, donde se prevé la adhesión de la Unión Europea al *Convenio Europeo de los Derechos Humanos*¹³⁰ y a los convenios adoptados en la materia por el Consejo de Europa en materia de trata,¹³¹ especialmente el *Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005* (en adelante, Convenio de Varsovia).¹³²

Precisamente, la novedad que representa esta nueva orientación en el plano internacional de la lucha contra la trata constituye una de las principales razones por las que hemos elegido el marco jurídico de la Unión Europea como ámbito de estudio.

¹²⁹ La aportación más radical del Consejo de Europa ha sido conseguir que los Estados parte asuman oficialmente la prohibición específica de la trata de seres humanos, como una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona, a través de dos normas de naturaleza convencional: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (documento CETS No: 005) y el Convenio Europeo número 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (documento ETS. No. 197).

¹³⁰ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma; enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. En vigor desde el 3 de septiembre de 1953, documento CETS No: 005. Instrumento de ratificación BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, en vigor en España desde el 4 de octubre de 1979.

¹³¹ Está medida, que se encuentra en discusión desde la década de 1970, constituirá uno de los pasos más importantes en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos en Europa. Vid web oficial del Consejo de Europa.

¹³² Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197.

Así mismo, las obligaciones internacionales surgidas de esta nueva política de la UE para erradicar la trata de seres humanos implican una compleja tarea para los Estados miembros de la Unión Europea, que tienen el deber no solo de establecer un marco legislativo y administrativo para prevenir, sancionar y proteger a las víctimas de la trata de seres humanos sino ejercer esta obligación positiva de manera eficaz, adoptando las medidas operativas necesarias para proteger a las víctimas de la trata.¹³³

Precisamente, este es el caso de España, que constituye la segunda parte del ámbito de estudio de esta investigación. En nuestro país, los frecuentes llamamientos de la Unión Europea para la armonización de la normativa española relacionada en la lucha contra el tráfico ilegal y la trata de personas al Derecho de la UE, sobre todo al contenido de la ya derogada¹³⁴ *Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos sobre la definición, tipificación y sanción del delito de trata*,¹³⁵ determinaron finalmente la creación del Título VII (bis), bajo la denominación "De la trata de los seres humanos", que consta de un único artículo, el 177 bis, que tipifica por fin el delito la trata de seres humanos como tal y de forma independiente.¹³⁶

El marco legislativo español contra la trata de seres humanos, al igual muchos otros ordenamientos jurídicos europeos, implica una combinación de sanciones administrativas y

¹³³*Rantsev v. Chipre y Rusia* §286. Vid. también *mutatis mutandi* del TEDH: *Osman c. Royaume-Un* (App. 23452/94) Judgment of 28/10/1998 y *Mahmut Kaya v. Turkey* (App. 22535/93) Judgment of 28/4/2000 (§ 115).

¹³⁴ La Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE de trata de seres humanos (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

¹³⁵ Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (Diario Oficial nº L 203 de 01/08/2002 p. 0001 – 0004).

¹³⁶ Esta modificación termina con la discriminación existente respecto de los ciudadanos nacionales y europeos, de cualquiera de los 27 Estados miembros de la UE que no podían ser sujetos pasivos de un delito de trata, pues el principal artículo, el artículo 318 bis, hasta la presente reforma en la sanción de este delito se encontraba en el título de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros. En este contexto, es importante señalar que según los datos del el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) el 40% de las víctimas de la trata en España proceden de Rumanía o Bulgaria. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2009*, http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf, p. 282.

penales, que en la mayoría de los casos acaban en procesos penales.¹³⁷ Sin embargo, España continúa siendo un lugar de destino y tránsito para víctimas de la trata,¹³⁸ lo cual pone de manifiesto la necesidad de examinar con detenimiento la estrategia y el marco jurídico adoptado por el Gobierno español para poder identificar y buscar soluciones sus evidentes lagunas para proteger a las víctimas del delito de trata de personas.¹³⁹

En todo caso, la trata de personas constituye un negocio especialmente lucrativo también en España, donde la magnitud y características del fenómeno de trata justifican su estudio y la adopción de ciertas conclusiones generales, fácilmente exportables a la realidad de otros países de la UE.

¹³⁷ Dependiendo de los supuestos, esta dualidad da lugar a la aplicación de cualquiera de las leyes administrativas más importantes que regulan los extranjeros, la Ley 4 / 2000 de Extranjería sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, Ley de extranjería) o la aplicación de la legislación penal en el Código Penal español. Sólo en aquellos casos en los que la conducta en cuestión no constituye un delito tipificado en el Código Penal, se aplica el código administrativo. CASTAÑO, MJ. "Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case", in VVAA (GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN C. (Eds.) *European Migration and Asylum Policies: Coherence or Contradiction? An interdisciplinary Evaluation of the EU Programmes of Tampere (1999), The Hague (2004) and Stockholm (2009)*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 197.

¹³⁸ U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2013*, <http://www.state.gov/documents/organization/210741.pdf>, pp. 339-340; y UNODC *Global Report...op. cit.*, pp. 282-283.

¹³⁹ La Red española contra la trata de seres humanos, una colación de 25 ONGs españolas, estima 50.000 la cifra de personas víctimas de la trata en España. U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2009*, <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2009/index.htm>, pp. 262-263.

Sin embargo el gobierno español identificó tan solo 1.301 de estas víctimas, de las cuales el 95% fueron víctimas de explotación sexual. *Balance 2009 del Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual*, http://www.mir.es/gl/DGRIS/Notas_Prensa/PDF_notas_de_prensa/2010/np032407.pdf.

Por otro lado, también en 2009, los medios de comunicación españoles informaban acerca de una operación policial que había descubierto 450 trabajadores en situación irregular procedentes de China en una fábrica en Barcelona, donde que vivían y trabajaban durante todo el día sin electricidad ni ventilación. No obstante, el gobierno español no identificó a ninguno de estos trabajadores como víctimas de trata con fines de explotación laboral. Diario *El Mundo*, sábado 25 de abril de 2009.

3.2 Perspectiva doctrinal

De acuerdo con la línea tradicional del Derecho internacional, la perspectiva adoptada para abordar esta investigación ha sido la más trascendente y generalizada entre la doctrina especializada en la materia, que sitúa la trata de seres humanos en la protección histórica de los derechos humanos.¹⁴⁰

La conexión entre la vulneración de los derechos humanos de las personas tratadas y el fenómeno de la trata de seres humanos, implica no solo la posibilidad de aplicar al fenómeno de la trata de personas las estructuras e instituciones del Derecho internacional, sino fundamentalmente la necesidad de asumir una propuesta de solución integral del problema, atendiendo esencialmente a las necesidades de las víctimas.¹⁴¹

Las implicaciones derivadas de esta perspectiva para la lucha contra la trata de seres humanos son, como veremos muchas e importantes. Por ejemplo, la posibilidad de establecer la jurisdicción universal para aquellas conductas recogidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998¹⁴² y la posibilidad de reconocer a algunas de las víctimas de la trata los derechos de los refugiados.¹⁴³

¹⁴⁰ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human Beings*. All roads led to America, Prague, Westport/Connecticut/London, 2007, p. 28.

¹⁴¹ Vid. una detallada exposición del conjunto de derechos y facultades que la aproximación de los derechos humanos reconoce a las víctimas de la trata de seres humanos en MATTAR, M., "Incorporating the Five Basic Elements of a Model Anti-trafficking in Persons Legislation in Domestic Laws: From the United Nations Protocol to the European Convention", 14 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 357 (2006) pp. 388 y ss.; Vid. también, LENZERINI, F. "International Legal Instruments on Trafficking and a Victim-oriented approach: Which gaps are to be filled?", *Intercultural Human Rights Law Review*, 205, 2009, pp. 220 y ss; AMIEL, A., "Integrating a Human Perspective into the European Approach to combating the trafficking of women for sexual exploitation", *Buffalo Human Rights Law Review*, 12, 2006, pp. 35 y ss.

¹⁴²Artículo 17 del Estatuto de Roma establece que las conductas punibles como lesa humanidad son: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia

Además, según el informe del Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos de la Unión Europea publicado en 2004,¹⁴⁴ los aspectos esenciales de una política contra la trata de seres humanos articulada desde el prisma de los derechos humanos serían no solo la persecución del delito y la coordinación interestatal e interorganizativa sino sobre todo la prevención y la protección de la víctimas.¹⁴⁵

En este sentido, y siguiendo la “Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016)” un enfoque integrado y global centrado en los derechos humanos y en las víctimas, no sólo se centra en el componente represivo, sino que tiene también como objetivo prevenir la delincuencia y garantizar que las víctimas de la trata de seres humanos puedan recuperarse y reintegrarse a la sociedad.¹⁴⁶ Esto es la aplicación transversal de la política de las 3 Ps -la protección de las víctimas, la persecución de los responsables y el procesamiento de los tratantes- en cualquiera de las fases del proceso de la trata: la captación, traslado y explotación.

fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de *apartheid*; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Luego en el párrafo 2 del artículo se definen estas conductas.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 18 de julio de 1998 en Roma, documento A/CONF.183/9. En vigor desde el 1 de julio de 2002. Instrumento de ratificación BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

¹⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 230-245.

¹⁴⁴ EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings*, Brussels, 22 December 2004, (<http://ec.europa.eu/anti-trafficking/entity?id=37a79d51-e316-424a-b869-6e1c941f5231>) pp. 16 y ss.

¹⁴⁵ También, en relación a la definición de un política estatal de lucha contra la trata de seres humanos desde la perspectiva de los derechos humanos, Vid. OBOKATA, T. *Trafficking of Human Beings from a Human Rights perspective: Towards a Holistic approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 149 y ss.

¹⁴⁶ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO 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, 19.6.2012), p. 3.

3.3 Fuentes utilizadas

La elaboración de este estudio se ha llevado a cabo a partir de la revisión de fuentes de naturaleza jurídica diversa relacionadas con la regulación de la trata de seres humanos así como las fuentes secundarias.

Las fuentes de naturaleza normativa analizadas proceden del Derecho internacional público, del Derecho la Unión Europea y de algunas legislaciones nacionales.

Siguiendo la enumeración de fuentes del Derecho internacional penal sugerida por BUENO ARÚS¹⁴⁷: las Leyes internacionales y el resto de fuentes del Derecho internacional; esto es: la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia.

Entendemos por *Leyes internacionales* las normas emanadas por escrito de las organizaciones internacionales con poder normativo o de una pluralidad de Estados que consienten en obligarse los unos respecto de los otros mediante un tratado o convenio.

¹⁴⁷ BUENO ARÚS, toma como guía las referencias a las fuentes de derecho internacional del Estatuto del Tribunal de Justicia y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. A saber, el artículo 38 del Estatuto del Tribunal de Justicia, de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, establece las fuentes de Derecho internacional que deberá aplicar dicho Tribunal son las siguientes: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de Derecho internacional reconocidos por las naciones civilizadas, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Por su parte, el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998, establece que la Corte aplicará: el Estatuto y las normas complementarias; los tratados, principios y normas de Derecho internacional, los principios generales del Derecho que derive del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, la interpretación hecha por la propia Corte en decisiones anteriores de los principios y normas de derecho. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Colección Jurídica nº 26, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pp. 27-35.

Los Tratados o Convenios internacionales, cuyo fundamento (cualquiera que sea la denominación que reciban: acuerdo, pacto, protocolo, convención, etc.) radica en la eficacia del consentimiento de los Estados parte, que hace de aquellos un combinado de ley y de contrato en el marco del modelo del Estado de Derecho.

Entre las normas de Derecho internacional público destacamos el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Protocolo de Palermo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio de Varsovia. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, junto a las normas de armonización (las decisiones marco) y las directivas de carácter obligatorio, se ha prestado atención a las propuestas tanto de la Comisión Europea como las del Parlamento Europeo en la materia.

En el marco de las legislaciones nacionales hemos estudiado la española, aunque hemos creído pertinente la inclusión de determinada normativa de derecho interno de otros Estados en materia de trata de seres humanos, como por ejemplo es el caso de Estados Unidos. En cuanto a la legislación interna española las normas analizadas son las normas administrativas y las de naturaleza penal existentes.

La jurisprudencia consultada para este estudio procede tanto de tribunales internacionales como de tribunales nacionales.

La jurisprudencia internacional utilizada procede de los siguientes tribunales internacionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; el Tribunal Internacional para la antigua ex Yugoslavia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental.

En este contexto, especialmente representativa es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la trata de seres humanos. De 1959 a 2013, el número total de sentencias emitidas en el marco del mecanismo de control previsto por el CEDH asciende a 16.000. Sin embargo, a pesar de que la labor del Consejo de Europa en la lucha contra la trata de seres humanos se remonta a la década de los 80, hasta la fecha, el TEDH ha considerado la existencia de trata de personas únicamente en dos de sus sentencias. La primera en 2005, en *el*

caso Siliadin v. Francia y la segunda, más reciente, en 2010, en *el caso Rantsev v. Chipre y Rusia*.¹⁴⁸

En cuanto a los tribunales nacionales, ante la imposibilidad de llevar a cabo un examen exhaustivo de todas la jurisprudencia existente en la materia, hemos elegido centrarnos en el análisis de las disposiciones procedentes de los tribunales españoles, por constituir una parte de nuestro ámbito de estudio, y la de ciertos Estados miembros de la Unión Europea que, como Reino Unido, Holanda y Bélgica, por haber contribuido al desarrollo jurisprudencial más garantista. Asimismo, hemos tenido en cuenta la jurisprudencia de ciertos países al margen de la Unión Europea, con aportaciones representativas en la materia, como por ejemplo el caso de los Estados Unidos.

Las fuentes bibliográficas utilizadas han sido la literatura publicada sobre el tema, los artículos de revistas especializadas y los informes de investigación elaborados por organizaciones internacionales y ONGs en relacionadas con el tema de la investigación

¹⁴⁸ En total han sido ocho las demandas admitidas a trámite que tienen como objeto la trata de seres humanos. Sin embargo, salvo en los casos *Siliadin v. Francia* y *Rantsev v. Chipre y Rusia*, el TEDH no ha apreciado la existencia de trata en el resto de demandas, como en los casos *Kaya v. Germany* *Kaya v. Germany* (app. 31753/02, Judgment of 28 June 2007, *M. and Others v. Italy and Bulgaria* (app. 40020/03) Judgment of 31 July 2012 -donde solo admite la existencia de una violación del artículo 3 del CEDH, relativa a la tortura, tratos inhumanos o degradantes- y declara inadmisibile el caso *F.A. v. the United Kingdom* (app. 20658/11) Judgment of 10 September 2013.

Por otra parte, en relación a las demandas presentadas sobre trata, el TEDH ha desestimado los casos *L.R. v. the United Kingdom* (app. 49113/09) Judgment of 14 June 2011 y *D.H. v. Finland* (app. 30815/09) Judgment of 28 June 2011. Mientras que aún se encuentra pendiente el caso *Y.K. v. the United Kingdom* (app. 21413/11) Application communicated to the British Government on 26 August 2011.

En todo caso, aunque las alegaciones no tenían por objeto específicamente la trata de personas, el TEDH ha apreciado la existencia de servidumbre (art. 4 CEDH) en los casos *C.N. and V. v. France* (app. 67724/09) Judgment of 11 October 2011 y *C. N. v. United Kingdom* (app. 4239/08) Judgment of 13 November 2012. Mientras que *Kawogo v. United Kingdom* (app. 56921/09) Judgment of 3 September 2013 ha sido desestimada. ECHR, Factsheet – Slavery, servitude and forced labour, October 2013, http://echr.coe.int/Documents/FS_Forced_labour_ENG.pdf; y ECHR, Overview 1959-2012, http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592012_ENG.pdf

Para la revisión de la literatura publicada en relación a la trata de seres humanos hemos acudido a la extensa cantidad de obras publicada en Estados Unidos desde finales de la década en los 90, así como a la literatura europea que se ha ido editando con posterioridad.

En relación a la bibliografía española utilizada, es importante señalar que se trata de en su mayoría manuales de Derecho internacional penal.

Los artículos consultados corresponden bien a revistas científicas, fundamentalmente de Estados Unidos y algunos artículos de diarios americanos y españoles de la prensa diaria.

Por último los informes de investigación utilizados corresponde a organizaciones internacionales y ONGs en relacionadas con el tema de la investigación.

En el contexto, de las organizaciones internacionales cabe señalar aquellos documentos publicados por Nacionales Unidas y sus diferentes organismos. A saber, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC); y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El resto de los informes publicados proceden de otras importantes organizaciones como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

En cuanto a las ONGs consultadas son internacionales, como Anti-Slavery International,¹⁴⁹ La Strada Internacional,¹⁵⁰ GAWWT,¹⁵¹ y algunas que desarrollan su labor solo en España, como APRAM,¹⁵² Proyecto ESPERANZA¹⁵³ y ACCEM.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Anti-Slavery International es una organización de alcance global dedicada a la lucha contra la esclavitud. Fundada en 1839, es la organización más antigua del mundo internacional de los derechos humanos y la única organización benéfica registrada en el Reino Unido dedicada a trabajar exclusivamente en contra de la esclavitud y otras formas de explotación análogas. Los orígenes de la organización se remontan a la más antigua Liga contra la Esclavitud, conocida como la "Agency Committee of the Society for the Mitigation and Gradual Abolition of Slavery Throughout the British Dominions". Así, una vez alcanzada sustancialmente la abolición de la esclavitud en el

Imperio Británico, se crea una organización sucesora “British and Foreign Anti-Slavery Society” para hacer campaña en contra de la práctica de la esclavitud en otros países. En 1990 dicha organización se refundó como Anti-Slavery International. La actividad de esta organización, articulada a través de organizaciones locales, se centra en investigar y denunciar a los responsables de la esclavitud contemporánea ante los gobiernos de los distintos países donde opera y ante organizaciones internacionales tales como la ONU. La información recabada por Anti-Slavery acerca de la actual situación de la esclavitud en el mundo se encuentra en su web oficial: <http://www.antislavery.org/english/>, consultada 14/8/2013.

¹⁵⁰ La Strada Internacional es una asociación integrada por nueve organizaciones no gubernamentales de Bielorrusia, Bosnia Herzegovina,, los Países Bajos, Macedonia, Moldavia, Polonia, República Checa, Ucrania y Bulgaria. Surgida en octubre de 2004 en el contexto de la Europa ampliada, el objetivo general de esta asociación internacional europea, registrada en Ámsterdam, es prevenir la trata de seres humanos en Europa, en particular la trata de mujeres, y proteger los derechos de las personas objeto de trata. En este sentido, la filosofía que orienta a *La Strada Internacional* su trabajo contra la trata y su prestación de servicios, se basa en un enfoque de derechos humanos, exigiendo la igualdad de los derechos humanos para todos los seres humanos. La misión de LSI es mejorar la posición de las mujeres y promover sus derechos universales, incluyendo el derecho a elegir a emigrar y trabajar en el extranjero ya ser protegidos de la violencia y el abuso. Vid. INTERNATIONAL LA STRADA ASSOCIATION, *La Strada, European Network Against Trafficking in Women*, Amsterdam, 2005 y la web oficial de La Strada Internacional: <http://lastradainternational.org/>, consultada el 12 de febrero de 2012.

¹⁵¹ La Alianza Global Contra la Trata de Mujeres (GAATW, en sus siglas en inglés) es una red fundada en 1994 por un grupo de activistas pro-derechos de las mujeres. Se encuentra integrada, en la actualidad, tanto por organizaciones no gubernamentales, como por individuos de todas las regiones del mundo que comparten una profunda inquietud por las mujeres, hombres y niños, cuyo derechos humanos han sido violados mediante prácticas criminales de la trata de personas. La GAATW está comprometida en trabajar por conseguir cambios en las estructuras y sistemas políticos, económicos, sociales y legales que contribuyen a la trata de personas y otras violaciones de derechos humanos, en el contexto de los movimientos migratorios por otros fines, incluyendo seguridad laboral y sustento. En este contexto, el GAATW utiliza un Método Basado en los Derechos Humanos para abordar los temas que implican el tráfico de personas con el fin de explotación. La web oficial de GAATW es: <http://www.gaatw.org/>, consultada el 12/2/2012.

¹⁵² La Asociación para la prevención, reinserción y atención de la mujer prostituida (APRAM) trabaja desde el año 1989 en la prevención, reinserción y atención de la mujer prostituida. Con este objetivo, APRAM trabaja en la elaboración de programas de actuación específica a mujeres que se encuentran en situaciones de prostitución o de trata de mujeres con fines de explotación sexual en los temas de psicología, asistencia social, formación, reciclaje en el área laboral y cultural, para conseguir una modificación de conductas y actitudes en las relaciones personales, la recuperación de su autoestima personal y el acceso al mercado de trabajo. La web de APRAM es: <http://www.apramp.org/>, consultada el 15/11/2013.

¹⁵³ El Proyecto ESPERANZA es la respuesta de la Congregación de Religiosas Adoratrices al problema de la trata de mujeres en España. Desde 1999 desarrolla un programa de apoyo integral para mujeres víctimas de la trata de

4 Marco jurídico

La regulación jurídica de la lucha contra la trata en el marco de los países europeos arranca como ya se ha apuntado no solo de las disposiciones del Protocolo de Palermo de 2000 sino básicamente del *Convenio del Consejo de Europa numero 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos* 2005 y la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*.¹⁵⁵

El presente apartado tiene por objeto una aproximación al marco jurídico relativo a la trata de los dos espacios concretos que constituyen nuestro objeto de estudio: la Unión Europea y España.

seres humanos con fines de explotación principalmente en la prostitución y también en el servicio doméstico, matrimonios serviles, trabajos forzados u otros en condiciones de esclavitud. El Proyecto cuenta con un equipo multidisciplinar de profesionales que considera la trata de personas una violación de los derechos humanos. El equipo lo conforman abogadas, educadoras, trabajadoras sociales, mediadoras interculturales, psicólogas, etc. El Proyecto ESPERANZA colabora estrechamente con otras organizaciones en el marco de la Red Española Contra la Trata de Personas y de la Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW). En febrero del 2012, Proyecto ESPERANZA logró su diploma de compromiso de calidad, según el modelo EFQM (European Foundation for Quality Management). La web de Proyecto ESPERANZA es: <http://www.proyectoesperanza.org/>, consultada el 13/10/2013.

¹⁵⁴ Accem es una organización no gubernamental y no lucrativa que proporciona atención y acogida a las personas refugiadas e inmigrantes, promueve su inserción social y laboral, así como la igualdad de derechos y deberes de todas las personas con independencia de su origen, sexo, raza, religión, opiniones o grupo social. En este contexto, la labor de Accem destaca por la defensa de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata, donde esta entidad ha adquiere un papel relevante, llegando incluso a formar parte de la Red española contra la trata de personas. La web oficial de Accem es: <http://www.accem.es/es>, consultada 17/11/2013.

¹⁵⁵ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

4.1 El marco jurídico de la UE

El marco jurídico de la política de trata de la Unión Europea se encuentra en el Título V, destinado a la configuración del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹⁵⁶ del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE).¹⁵⁷ Ámbito¹⁵⁸ en el cual la Unión Europea

¹⁵⁶ Artículo 67. 1 TFUE establece que “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”.

¹⁵⁷ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento contiene las últimas actualizaciones teniendo en cuenta la modificación aportada por el Reglamento (UE, Euratom) n.º 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012, por el que se modifican el Protocolo sobre el estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su anexo I, así como las modificaciones aportadas mediante las Decisiones 2010/718/UE y 2012/419/UE del Consejo Europeo, de 29 de octubre de 2010 y de 11 de julio de 2012, que modifican el estatuto respecto de la Unión Europea de la isla de San Bartolomé y de Mayotte, respectivamente. (DO C 326 del 26 de octubre de 2012).

¹⁵⁸ Artículo 4 TFUE:

“1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6.

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- a) el mercado interior;
- b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;
- c) la cohesión económica, social y territorial;
- d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
- e) el medio ambiente;
- f) la protección de los consumidores;
- g) los transportes;
- h) las redes transeuropeas;
- i) la energía;
- j) el espacio de libertad, seguridad y justicia;
- k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente

Tratado”. (26.10.2012 Diario Oficial de la Unión Europea C 326/51 ES)

dispone, en virtud de los “Tratados”,¹⁵⁹ de competencias compartidas con los Estados miembros.¹⁶⁰

En este contexto, la competencia¹⁶¹ para la progresiva comunitarización de la política en el ámbito de la trata viene determinada por el 67.3 del TFUE, donde en base al respeto de los derechos fundamentales¹⁶² se establece que:

“La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”.

Dentro del TFUE, la base legal específica en la que se fundamentan las propuestas adoptadas por la Comisión y el Parlamento en materia de trata son los artículos 79 del Capítulo 1, sobre Disposiciones generales, y el 83 del Capítulo 4, relativo a la Cooperación judicial en materia penal.

¹⁵⁹ Vid. En este sentido, el artículo 1 del TFUE:

“1. El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias.

2. El presente Tratado y el Tratado de la Unión Europea constituyen los Tratados sobre los que se fundamenta la Unión. Estos dos Tratados, que tienen el mismo valor jurídico, se designarán con la expresión “los Tratados”.

¹⁶⁰ Artículo 2. 2 del TFUE establece que: “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”.

¹⁶¹ Artículo 2 TFUE 2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

¹⁶² Art. 67.1. del TFUE: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”.

Según el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las propuestas legislativas adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario en materia de trata se encuentran vinculadas bien al desarrollo de una política común de inmigración (art. 79. 1. TFUE) bien a “la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad” como se especifica en el artículo 83 del TFUE.

En el primer caso, el artículo 79. 1 del TFUE declara que “la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar” entre otros la “prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”. En este sentido, el apartado 2 del artículo 79 del TFUE, da el mandato al Parlamento Europeo y al Consejo, para que mediante el procedimiento legislativo ordinario y por mayoría cualificada en el Consejo que adopten las medidas necesarias, para luchar contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.¹⁶³

Asimismo, es necesario señalar que es el Consejo Europeo el encargado de definir la estrategia en la que se enmarcan las iniciativas y propuestas adoptadas para luchar contra la trata.¹⁶⁴

Por otra parte, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas en materias concretas relativas a la trata de seres humanos (art. 83. TFUE).¹⁶⁵

¹⁶³ Artículo 79. 2. d) del TFUE.

¹⁶⁴ Artículo 68 del TFUE: “El Consejo Europeo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia”.

¹⁶⁵ Artículo 83 (antiguo artículo 31 TUE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que establece que: “1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

En todo caso, estos proyectos de actos legislativos deberán tener en cuenta la aplicación del principio de subsidiariedad,¹⁶⁶ por el cual la Unión intervendrá sólo en los supuestos donde los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.¹⁶⁷

El primer instrumentos jurídico de este proceso es la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*¹⁶⁸ que supone como veremos no solo la plasmación jurídica de un enfoque basado en los derechos humanos,¹⁶⁹ sino también un importante paso en el proceso de “positivización” del modelo de protección relativo a la prohibición de la trata en el ámbito de la Unión Europea.¹⁷⁰

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada”. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2012 (DO C 326 del 26 de octubre de 2012, pp. 62-481).

¹⁶⁶ Artículo 69 del TFUE: “En relación con las propuestas e iniciativas legislativas presentadas en el marco de los capítulos 4 y 5, los Parlamentos nacionales velarán por que se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

¹⁶⁷ El principio de subsidiariedad se enuncia en el artículo 5. 3 del TFUE y se desarrolla en *el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (DO C 326 del 26 de octubre de 2012). En este sentido es interesante señalar el artículo 5 dicho Protocolo: “Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar”.

¹⁶⁸ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

En la evolución de este modelo de protección, además de la dimensión normativa, resulta fundamental tener en cuenta la dimensión jurisdiccional, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la autoridad judicial de la UE, que, en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, se encarga de velar por la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión.

Por ello, en el proceso de consolidación del sistema jurídico comunitario, la fuerza expansiva de la jurisprudencia del TJUE, se articula como una respuesta “con efectos jurídicos inmediatos” ante las deficiencias de los Tribunales nacionales.¹⁷¹ En este sentido, más que un límite negativo en el ejercicio del poder la actividad del TJUE constituye la posibilidad de configurar un auténtico derecho basado en la protección de los Derechos Fundamentales.¹⁷²

¹⁶⁹ Vid en este sentido, el apartado 3.2 (*Segunda etapa desde 2004: la trata como una grave violación de los derechos humanos*) del Capítulo II, *El concepto de trata de seres humanos*; y el Capítulo III, *La trata desde el enfoque de los derechos humanos*.

¹⁷⁰ En relación a la evolución del modelo de protección de Derechos Fundamentales en la UE y la necesidad de un proceso de “positivización” que ataje las carencias del modelo jurisprudencial imperante vid. LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRIGUEZ, P. “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa” VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.; OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Volumen II, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, 2009, pp. 1055-1056.

¹⁷¹ A la hora de garantizar el respeto por parte de los Estados miembros de las obligaciones establecidas propuestas así como de su correcta interpretación a solicitud de los jueces nacionales Vid. el caso Solange I, Sentencia del Tribunal de Justicia 37, de 29 de mayo de 1974 (*BverfGE* 271) y el caso Solange II, Sentencia del Tribunal de Justicia 73, de 22 de octubre de 1986 (*BverfGE* 339).

¹⁷² Como apuntan estos autores el grado de autonomía de la dimensión jurisprudencial en la UE es tal que la distinción entre principios generales (contenidos generales) y normas de desarrollo (contenidos funcionales) resulta demasiado artificial ya que se desvincula del principio en el que se fundamenta esta distinción: el principio de atribución de competencias. En este sentido, los autores utilizan el ejemplo del *aunto Mangold* (C-144/04, Rec. p. I-9981). Una sentencia del Justicia de 22 de noviembre de 2005 relativa a un caso de discriminación por razón de edad, donde dada la insuficiencia de la Directiva 2000/78/CE (DO L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022) para resolver el caso en cuestión, el Tribunal se vuelve hacia los principio general que “encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (§ 74) LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRIGUEZ, P. “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la

Asimismo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,¹⁷³ el Tribunal de Justicia de la UE, que ya desde sus orígenes declara que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza,¹⁷⁴ se ve fortalecido. Por un lado, con el recurso para aplicar e interpretar la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000*,¹⁷⁵ como expresión más directa y sustanciada de los principios constitucionales

luz del Tratado de Lisboa” VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.; OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario...op.cit.*, pp. 1053-1076.

¹⁷³ Artículo 6. 1 del Tratado de la Unión Europea establece que: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

¹⁷⁴ En el proceso de consolidación del sistema jurídico comunitario resulta fundamental el *caso Stauder* (una sentencia del Tribunal de Justicia 29/69, de 12 de noviembre de 1969 (Rec. P. 419), según la cual los derechos fundamentales son parte del Derecho comunitario como principios generales del Derecho inspirados en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de Roma de 1950”. Vid. también en este sentido, el *caso Internationale Handelsgesellschaft*, Sentencia del Tribunal de Justicia 11/70 de 17 de diciembre de 1970 (Rec. P. 1135) y el *caso Nold*, Sentencia del Tribunal de Justicia 4/73 de 14 de mayo de 1974 (Rec. P. 491).

¹⁷⁵ El 7 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea firmaron en Niza la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000* (DO C 364/1 de 18/12/00) como estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, al no aprobarse esta, el texto de Niza no llega a entrar en vigor. Sin embargo, antes de la firma del Tratado de Lisboa, el 12 de diciembre de 2007, se adopta en Estrasburgo la actual versión en vigor. El texto de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007*, vincula legalmente a todos los países de la UE -a excepción de Polonia y el Reino Unido- desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO y COMISIÓN (Informaciones procedentes de Instituciones y Órganos de la Unión Europea) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007* (DO C 303/3 de 14.12.2007, pp. 391-407)

comunes;¹⁷⁶ y por otro lado, por de su coherencia con el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* fruto de la adhesión de la Unión Europea tanto al CEDH como a los Convenios adoptados en la materia por el Consejo de Europa en materia de trata, especialmente el Convenio de Varsovia.¹⁷⁷

En este sentido, la sentencia del caso *Rantsev v. Chipre y Rusia*¹⁷⁸ constituye una referencia decisiva en materia de derechos humanos al establecer la obligación clara de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias en los diferentes ámbitos de la trata de seres humanos. Entre ellos cabe incluir la captación, la investigación, el enjuiciamiento, la protección de los derechos humanos y la prestación de asistencia a las víctimas.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Concretamente la prohibición de la trata se realiza en el artículo 5. 3 de CDFUE (documento OJ C 364/1, 18/12/00) titulado *la Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado*:

- “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos”

¹⁷⁷ LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRIGUEZ, P. “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa” VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.; OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario...op. cit.*, pp. 1053-1076.

¹⁷⁸ TEDH, *Ratsev v. Rusia y Chipre* (App. 25965/04) Sentencia de 7/01/10.

¹⁷⁹ COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012, p. 5.

4.2 El marco jurídico español

La prohibición de la trata de personas se basa, como hemos visto, en una serie de instrumentos jurídicos internacionales donde se recoge la obligación general de los Estados firmantes de perseguir esta clase de delincuencia. Según el artículo 96. 1. de la *Constitución española*, “los tratados internacionales válidamente celebrados”, al igual que el resto de leyes emanadas de la Cámara legislativa, “formaran parte del ordenamiento interno” sin otro requisito que su formal que su publicación oficial en España:¹⁸⁰ en el *Boletín Oficial del Estado*.¹⁸¹ Hasta este momento, los tratados solo vinculan al Poder ejecutivo que los firmó, a quien corresponde el deber de impulsar su tramitación en las Cortes Generales -como es el caso del Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia¹⁸²- para su posterior ratificación.

En este sentido, el Protocolo de Palermo vincula a España desde su entrada en vigor de manera general el 25 de diciembre de 2003, a partir de la publicación en el BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 2003 del Instrumento de Ratificación 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*, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.¹⁸³

Por lo que respecta al Convenio de Varsovia, la publicación en el BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2009 del Instrumento de ratificación del *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en

¹⁸⁰ Consitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹⁸¹ Artículo 1. 5 del Código civil adoptado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. En vigor desde el 16 de agosto de 1889 (BOE núm. 206, de 25/07/1889).

¹⁸² Los artículos 93 y 94.1 de la Constitución Española enumera los tratados o convenios que requieren autorización de las Cortes Generales entre los que se encuentran aquellos que “supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”. En los supuestos no comprendidos en dicho artículo, basta con “informar inmediatamente” de la conclusión de un tratado o convenio al Congreso y al Senado (art. 94.2 de la CE).

¹⁸³ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, páginas 44083 a 44089 <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-22719>.

Varsovia el 16 de mayo de 2005 permitió su entrada en vigor en España el 1 de agosto de 2009.¹⁸⁴

Estos tratados, como ya se ha apuntado, no son *self-executing* pues la tipificación de los delitos concretos y la fijación de las penas en línea con las orientaciones generales del tratado en cuestión corresponde a los Estados -concretamente al Poder ejecutivo- que es el encargado de la trasposición de su contenido al ordenamiento interno mediante una norma nacional de Derecho positivo, del rango –legal o administrativo- que corresponda.¹⁸⁵ El incumplimiento de esta obligación general de prohibir la trata de personas puede suponer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, en este caso España, con arreglo al *Convenio de Viena sobre del Derecho de los tratados* de 1969.¹⁸⁶

Por lo que respecta a la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*,¹⁸⁷ a pesar de ser un acto típico vinculante del sistema de normas y actos de la Unión Europea y por tanto *self executing* o con eficacia directa;¹⁸⁸ toda directiva impone a los Estados una obligación de resultado, que debe ser cumplida en el plazo determinado por la propia directiva – el 6 de abril de 2013 en este caso¹⁸⁹-

¹⁸⁴ BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2009, páginas 76453 a 76471 <http://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>.

¹⁸⁵ Hasta el momento de su transposición al ordenamiento interno, este tipo de tratados solo vinculan al Poder Ejecutivo que los firmó, pero no al Poder Judicial ni a los particulares. BUENO ARÚS, F. *Manual de Derecho...op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, firmada en Viena, el 23 de mayo de 1969. En vigor desde el 27 de enero de 1980. (Documento A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331)

¹⁸⁷ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

¹⁸⁸ Aunque la directiva carece por definición de aplicabilidad directa, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho de ella un verdadero instrumento normativo del Derecho de la Unión Europea reconociendo su *invocabilidad* ante los órganos jurisdiccionales internos. LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El sistema de normas y actos jurídicos (II)” en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 7ª, ed., Madrid, 2012. Pp. 366-37.

¹⁸⁹ Artículo 22 de la Directiva de trata de seres humanos. DO L 101/2 de 5.4.2011.

y la obligación de adoptar las medidas nacionales necesarias para alcanzar dicho resultado con la libertad de la elección de la forma y los medios.¹⁹⁰

Así, la competencia estatal en relación con los comportamientos individuales previamente tipificados como trata de seres humanos en el plano internacional es incorporarlos al ámbito interno. En este sentido, la incriminación del delito de trata de personas en el ámbito europeo presenta notables diferencias, donde distinguimos básicamente tres modelos concretos: el modelo anglosajón; el de los países que incriminan la trata junto con la explotación de la víctima y el modelo seguido por aquellos países que ubican separadamente ambas incriminaciones.

El primer modelo corresponde a la regulación de la trata en la Europa del “Common Law”, al que pertenece Gran Bretaña, donde coexisten tres sistemas distintos en función del tipo de trata. Así, los delitos de trata de personas con fines de explotación sexual se recogen en la *Sexual Offences Act* y en la *Trafficking Into the UK for Sexual Exploitation*; la trata con fines de tráfico de órganos se regula en la *Human Organ Transplants Act 1989* o en la *Human Organ Transplants (North Ireland) Order 1989*; por el último el resto de formas de trata, incluida por supuesto, la TSH con fines explotación laboral, se regula en las sucesivas normas aprobadas sobre inmigración. A saber, la *Asylum and Immigration Act 2004*, la *UK Borders Act 2009*; y la *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009*.¹⁹¹

En segundo lugar, se encuentra los países que incriminan la trata junto a la acción misma de esclavizar. A este grupo de países pertenecen Alemania, Italia y Portugal. En el caso de Alemania, el delito de comercio humano con fines de explotación sexual y el mismo delito con fines de explotación laboral requieren la explotación efectiva, esto es se configuran como dos delitos de resultados; mientras que la conducta de trata propiamente dicha se incrimina a través del delito de favorecimiento del comercio humano del § 233. a. del *Straftaten gegen die*

¹⁹⁰ Artículo 288 del TFUE.

¹⁹¹ Para saber más acerca de la regulación de la trata en la Europa del “Common Law”, concretamente en Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte, véase ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp.229-308.

persönliche Freiheit.¹⁹² Así lo hace también el Código penal italiano, que junto a la trata de seres humanos en el artículo 601 mantiene un delito histórico adaptado para abarcar los supuestos de nueva esclavitud. Esto es, la reducción o mantenimiento en la esclavitud o servidumbre (art. 600 CPI)¹⁹³ Finalmente, en esta misma línea, el Código penal portugués (art. 159) también prevé el delito de esclavitud, si bien en términos mucho más restrictivos que la legislación penal italiana.¹⁹⁴

Dentro del tercer y último tipo de regulación se encuentran aquellos países que incriminan la trata de modo independiente. Este es el caso de Francia y España, cuyos ordenamientos jurídicos no prevén el delito de trata junto a la incriminación específica de la propia explotación.¹⁹⁵ En este sentido, el artículo 117 bis¹⁹⁶ del Código Penal español¹⁹⁷ constituye uno de los pilares en los que se asienta la adaptación del ordenamiento jurídico español a la lucha contra el fenómeno criminal pues ordena los aspectos relativos a la persecución del delito de trata contra los seres humanos.¹⁹⁸ Sin embargo para la incriminación de las conductas específicas de explotación existen otra serie de delitos, que entran en concurso de delitos con el propio delito de trata; como los delitos contra la libertad sexual, la explotación de la prostitución ajena y contra los derechos de los trabajadores que veremos al estudiar el apartado del Capítulo II dedicado a la adopción del concepto de trata en España y el apartado segundo del Capítulo IV relativo a la tipificación de las conductas directamente relacionadas con las formas de explotación.

¹⁹² *Ibid.*, pp.309-328.

¹⁹³ *Ibid.*, pp.328-343.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp.343-346.

¹⁹⁵ Para saber más sobre la regulación francesa de la trata de personas *vid. Ibid.*, pp.346-350.

¹⁹⁶ El 1 de enero de 2011 entró en vigor la última reforma del Código Penal español, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Dicha reforma adoptada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio introdujo importantes modificaciones en relación a la trata de seres humanos: por un lado, la tipificación del delito de trata de personas per se con la inclusión del nuevo título VII bis, titulado “De la trata de seres humanos”; y las modificaciones de los artículos 311 y 318 bis del Título XV “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”.

¹⁹⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995) Vigencia desde 24 de Mayo de 1996. Última revisión vigente desde 17 de Enero de 2013.

¹⁹⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 15.

En todo caso, en el marco jurídico español, la trata de seres humanos se configura como un delito internacional, que pone en peligro un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la Comunidad internacional.¹⁹⁹ Por lo que -en virtud de los artículos del Título XXIV del Código Penal español vigente, la enumeración recogida en el artículo 23.4 del la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985²⁰⁰ y el artículo 7 del *Estatuto de Roma* de 1998, donde entre los crímenes de lesa humanidad se recogen algunas de las conductas punibles en el ámbito de la trata de seres humanos²⁰¹- los tribunales españoles tendrían competencia por la violación de una norma de protección universal relacionada con la trata de seres humanos, independientemente de que se

¹⁹⁹ BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho...op.cit.* pp. 72 y 96-98.

²⁰⁰ El artículo 23.4 de la LOPJ establece que: “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España”.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en vigor desde el 3 de julio de 1985. BOE de 02 de Julio de 1985 (revisión vigente desde 30 de Junio de 2013 hasta 22 de Julio de 2014).

²⁰¹ art. 7.1 del ER establece que las conductas punibles como lesa humanidad son: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de *apartheid*; Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Luego en el párrafo 2 del artículo se definen estas conductas.

hubiera cometido en otro lugar o por un ciudadano de otro país; pues el Derecho Internacional, en ausencia de mecanismos propios de sanción, ha hecho suyos dos principios destinados a facilitar la aplicación extraterritorial de las normas penales internacionales por las jurisdicciones nacionales: el de jurisdicción universal²⁰² y el principio *aut dedere aut iudicare*.²⁰³

²⁰² En palabras de BROTONS es el principio del Derecho Internacional que permite a los Estados “afirmar su jurisdicción sobre determinados crímenes internacionales, sea cual sea el lugar en que se produzcan y con independencia del origen y condición de sujetos activos y pasivos”. REMIRO BROTONS A. *El caso Pinochet, Los límites de la Impunidad*, Madrid, Política Exterior/ Biblioteca Nueva, 1999, p. 50.

²⁰³ Como apunta RAMA - MONTALDO principio *aut dedere aut iudicare* se encuentra muy ligado al anterior y sitúa al Estado en la disyuntiva jurídica sea de enjuiciar al presunto culpable, sea de extraditarlo a algún otro Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo y que así lo solicite. Este principio carece, sin embargo, de una formulación uniforme en el plano convencional, siendo objeto de distintas redacciones dependiendo de la posición del Estado de aprehensión. RAMA-MONTALDO, M. “Acerca de algunos conceptos básicos relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional” en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchega*, 1994 (vol. II), p. 869.

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS

trata.

(De *tratar*, comerciar).

1. f. Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos.

~ **de blancas.**

1. f. Tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas.

(Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimosegunda edición)

La delimitación del concepto de trata de seres humanos resulta fundamental para poder establecer los distintos elementos que integran la TSH,²⁰⁴ distinguiéndola de otras figuras afines, como por ejemplo el tráfico de personas en situación irregular o la prostitución. Además, es necesario crear un consenso internacional que permita catalogar sus distintas manifestaciones. Aunque, la trata de personas con fines de explotación sexual y la trata con fines de explotación laboral son las formas más frecuentes, el tráfico ilícito de seres humanos puede perseguir otros fines de explotación personal de las personas. Nos referimos a formas contemporáneas de esclavitud, quizás menos frecuentes y sobre las que tenemos menos datos, pero no por ello menos relevantes pues suponen una lesión especialmente grave de los derechos fundamentales.

²⁰⁴ UNODC, *Global Report on Trafficking on Persons, Human Trafficking a crime...op. cit.*, p.10.

El *Informe sobre la Trata de Personas* que elabora anualmente el Departamento de Estado de Estados Unidos establece las siguientes formas de trata de personas: el trabajo forzoso; el trabajo en régimen de servidumbre; la servidumbre por deudas entre trabajadores inmigrantes; la servidumbre doméstica involuntaria; el trabajo infantil forzoso; los niños soldados; la explotación sexual; y la explotación sexual infantil y abusos afines.²⁰⁵

Finalmente, la delimitación del concepto de trata de seres humanos resulta de gran importancia para poder entender y prevenir el fenómeno así como para identificar y proteger a sus víctimas. Precisamente, avanzar en la protección eficaz de las víctimas es el objetivo principal de este estudio.

Este capítulo, dedicado al concepto de trata de seres humanos se encuentra dividido en cuatro partes. La primera parte se centra en el proceso de conceptualización del fenómeno de la trata de seres humanos. La segunda y tercera parte tienen por objeto la adopción del concepto de trata en la Unión Europea y en España, respectivamente. En último lugar se recogen algunas conclusiones.

1 Aproximación histórico jurídica al concepto de trata de seres humanos

El sentido de la palabra *trata* está ligado al comercio y a la esclavitud. Como hemos tenido ocasión de contemplar en el Capítulo introductorio, el fenómeno de la trata de seres humanos se encuentra estrechamente vinculado al tráfico ilegal de personas y a las prácticas esclavistas.

²⁰⁵ U.S. DEPARTMENT OF STATE, “Major Forms of Trafficking in Persons”, *Trafficking in Persons Report 2008* (<http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2008/index.htm>) pp. 19-28. Vid. también en este sentido, n. 71.

En 1926, la inclusión de la *trata* como una forma de esclavitud²⁰⁶ en la Convención sobre la Esclavitud de la Sociedad de las Naciones (en adelante, Convención sobre la Esclavitud)²⁰⁷ hacía pensar en la existencia de un cierto consenso a la hora de enmarcar la trata de seres humanos dentro de la definición de esclavitud. Sin embargo, tradicionalmente, como veremos a lo largo de este capítulo, los principales instrumentos internacionales adoptados en la materia, han considerado conjuntamente la trata de personas y la prostitución.²⁰⁸

Sin embargo, como hemos intentado reflejar en el Capítulo primero, la versión contemporánea de la esclavitud es una realidad tan complicada, dinámica, cambiante y confusa como cualquier otra relación humana.²⁰⁹ Por ello, a pesar de que el Protocolo de Palermo

²⁰⁶ El primer acuerdo internacional en recoger una definición de esclavitud es la Convención sobre la Esclavitud. Dicha Convención aglutina, además, todas las formas de esclavitud previamente enumeradas en el Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud de 1924. Por un lado, el sojuzgamiento, la importación, la trata y el comercio de esclavos. Por otro, la lista posteriormente aprobada por el Consejo de la Sociedad de Naciones incluía también: la esclavitud o servidumbre (doméstica o predial); las prácticas restrictivas de la libertad de la persona o que tienden a ejercer el control de la persona en condiciones análogas a la esclavitud, como por ejemplo, la compra de niñas mediante pago que se hace pasar por dote -entendiéndose que ello excluye las costumbres matrimoniales tradicionales-, la adopción de niños de cualquier sexo con el fin de reducirlos a su virtual esclavitud o deshacerse de sus personas en última instancia, o todas las formas de sometimiento o reducción de personas a servidumbre por deudas u otros motivos; y por último la lista incluía el sistema de trabajo forzado, público o privado, con remuneración o sin ella. Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo de la Sociedad de las Naciones (A.17.1924.VI.B), 1924, citado en *The suppression of slavery* memorando presentado por el Secretario General al Comité Especial sobre la Esclavitud, documento de las Naciones Unidas ST/SPA/4 (1951), párr. 22.

²⁰⁷ La Convención sobre la Esclavitud aprobada por la Sociedad de Naciones, el 25 de septiembre de 1926, entró en vigor el 9 de marzo de 1927, de conformidad con su artículo 12. Dicha Convención fue modificada por el Protocolo aprobado en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953, y así modificada entró en vigor el 7 de julio de 1955. OHCHR, *La abolición de la Esclavitud y sus Formas Contemporáneas* de David Weissbordt y la Liga contra la Esclavitud. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/02/4 (<http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/papers.htm> , consultada el 19 de abril de 2012) p. 5.

²⁰⁸ PÉREZ ALONSO, E. *Tráfico de personas...op.cit.*, p.173.

²⁰⁹ BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.* pp. 20-21.

constituye uno de los hitos más importantes en el proceso de conceptualización del fenómeno no puede considerarse el único ni el definitivo.

A continuación mostramos la evolución del marco jurídico internacional referente a la trata de personas vinculado al ámbito de estudio elegido para nuestra investigación. Como ya se ha apuntado, dicho marco jurídico se concreta actualmente en el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE de trata de personas. Sin embargo, en su evolución se distinguen varias fases: la primera etapa normativa, la prohibición de la *trata de blancas*; la segunda etapa: la lucha contra el delito de trata; y la tercera etapa: la identificación y protección de las víctimas del delito de trata.

1.1 Primera etapa, de 1904 a 1980: la prohibición de la trata de blancas

Aunque ya a finales del siglo XIX, el Acta de Bruselas de 1890 contenía medidas para controlar y prevenir la trata de esclavos,²¹⁰ el proceso de reconocimiento internacional de la trata de seres humanos tiene su origen en las campañas abolicionistas de la Inglaterra de finales del siglo XIX. Este movimiento, liderado por Josephine Butler, fue el primero en calificar la situación de las mujeres y niñas prostituidas como un problema social enmarcado en el ámbito de los derechos civiles y la defensa de la dignidad del ser humano.²¹¹

²¹⁰ El Acta de Bruselas de 1890 preveía la creación de una Oficina de la Esclavitud para inspeccionar este proceso, y se sometieron a vigilancia naval las rutas marítimas que se sabía eran las preferidas por los tratantes de esclavos. El artículo XVIII del Acta de Bruselas estipulaba que «las autoridades locales organizarán una supervisión estricta en los puertos y en los países próximos a la costa con objeto de evitar la venta y embarque de esclavos». OHCHR, *La abolición de la Esclavitud...op.cit.*, p. 4.

²¹¹ El planteamiento “abolicionista”, inscrito en la tradición de la lucha contra la esclavitud de donde toma su nombre, había sido impulsado a comienzos del siglo XIX por intelectuales mayoritariamente protestantes, ingleses y suizos, nucleados alrededor de la figura de Josephine Butler, quien funda en 1875 la Federación Abolicionista Internacional para luchar contra la reglamentación de la prostitución, cuyo fin único era proteger las buenas costumbres de la población y la salud de los clientes de las enfermedades que estas mujeres podían transmitir. CARMONA CUENCA, E., “¿Es la prostitución una vulneración de los derechos fundamentales?” en VVAA., SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 46 y 47. Véase, también, JIMENEZ ASENJO, E., *Abolicionismo y prostitución (Justificación y defensa del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963. MAQUEDA ABREU, ML., “El comercio

A partir de ese momento la *trata de blancas*, término utilizado como sinónimo del tráfico sexual de mujeres,²¹² comienza a ser considerada como un problema de interés público y los movimientos de protesta intentan organizarse siguiendo el ejemplo de la lucha contra la esclavitud y por los derechos civiles. De tal forma que, en 1899 se celebra en Londres el primer Congreso Internacional para la represión de la trata de blancas.²¹³ Tres años después -en el III Congreso Internacional en la materia- se adopta en París el primer instrumento internacional para combatir la trata de seres humanos: el *Convenio internacional para la represión de la trata de blancas* de 1904.²¹⁴

Hacia los años veinte un Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones afirmaba haber obtenido información fiable de algunos países que justificaba la creencia de que existía por aquel entonces un tráfico de mujeres de considerables dimensiones.²¹⁵ A la luz de estas

sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos” en *Prostitución y derecho en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 62 y ss.

²¹² El término *trata de blancas* tiene su origen en el traslado de mujeres de raza blanca procedentes de Europa al Nuevo Mundo donde eran explotadas como prostitutas o concubinas. En un periodo en el que la *esclavitud* estaba integrada en los sistemas sociales, justificada por las diferencias étnicas y raciales, el comercio transfronterizo de mujeres de raza blanca constituía una actividad delictiva. BRUSSA, L. “La prostitution, la migration et la traites des femmes: donees historiques et faits actuels (1)”, *Actes du Seminaire sur la lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignité humaine*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 25-27 septembre 1991, , pp. 38 y ss.

²¹³ El primer Congreso celebrado por la Asociación Internacional para la Represión de la Trata de Blancas tuvo lugar en Londres en 1899. A este Congreso le siguieron otros tres: el de Frankfurt, en 1902; el de París en 1906; y por último, el de Madrid, en 1910. Recorte de prensa extraído de la revista *Nuevo Mundo* del 3 de Noviembre de 1910, (<http://www.memoriademadrid.es/buscador.php?accion=VerFicha&id=34818> , consultada el 7 de mayo de 2012).

²¹⁴ A este primer texto de regulación referido a la trata de blancas, el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1904, le siguió la Convención Internacional para la represión de la trata de blancas de 1910. BRUSSA, L. “La prostitution, la migration et la traites des femmes...*op. cit.*, pp. 38 y ss.

²¹⁵ El Informe del Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones decía textualmente: “Son muchos los centenares de mujeres y muchachas –algunas de ellas muy jóvenes- a las que se trasporta de un país a otro con fines de prostitución. En algunos países el 70 por ciento de las prostitutas son extranjeras y cabe deducir con certeza que la población de prostitutas clandestinas en esos países incluye un alto porcentaje de extranjeras” .

investigaciones en el ámbito de la Sociedad de Naciones surgen otros dos textos normativos que, además de mujeres, acogían la referencia a niños en relación a la trata de seres humanos: el *Convenio de la Sociedad de Naciones para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921*; y la *Convención internacional para la represión la trata de mujeres mayores de edad de 1933*.²¹⁶

Los instrumentos internacionales relativos a la trata de personas que se aplicaban en la primera parte del siglo XX se centraban en los casos en que se transportaba a mujeres y niñas a través de fronteras internacionales, con y sin su consentimiento, con fines de prostitución.²¹⁷

No obstante, las corrientes abolicionistas habrán de esperar a mediados del siglo XX para encontrar por fin la expresión de su postura en el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, adoptado el 2 de diciembre de 1949 por la Asamblea General en el marco de las Naciones Unidas.²¹⁸ Este Convenio, en vigor desde 1951, no hace distinción entre prostitución libre y prostitución forzada y condena toda conducta de enriquecimiento de la prostitución ajena, es decir, el denominado “proxenetismo”.²¹⁹

JOHNSON, P. “Apéndice I: Un antecedente normativo: el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena” en *The Penn State Report*, Pensilvania, 1991, UNESCO and CATW, 1992, pp. 13 y 14.

²¹⁶ BRUSSA, L. “La prostitution, la migration et la traites des femmes...*op. cit.*, pp. 38 y ss.

²¹⁷ Estos instrumentos eran: el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, de 18 de mayo de 1904, nota 17 *supra*; el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas, de 4 de mayo de 1910, *United Nations Treaty Series*, vol. 98, pág. 101; el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921, *League of Nations Treaty Series*, vol. 9, pág. 415 (entró en vigor para cada país en la fecha de su ratificación o adhesión); y el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933, nota 173 *infra*. La Sociedad de las Naciones elaboró en 1937 un nuevo proyecto de convenio, pero no fue aprobado.

²¹⁸ El artículo 1 de este Convenio establece que: “*Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona; 2) exportare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona*”. Asimismo, en su artículo 2, los Estado partes se comprometen a castigar la actividad de todos los que mantienen casas de prostitución para su lucro. REY MARTINEZ, F.; MATA MARTINEZ, R y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 37 y ss.

²¹⁹ CARMONA CUENCA, E., “¿Es la prostitución una vulneración...*op cit.*, pp. 47 y 48.

El *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* de 1949 fusiona y sistematiza los instrumentos jurídicos anteriores,²²⁰ convirtiéndose en el elemento normativo más importante para la protección internacional contra la trata de personas²²¹ hasta la adopción del Protocolo de Palermo.

En términos similares se expresa la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres* (CEDAW, según sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979,²²² que prevé la utilización de medidas legislativas para acabar con la trata de mujeres y la explotación de la

²²⁰ A saber, el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas de 8 de mayo de 1904, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948; el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 4 de mayo de 1910, modificado también por el Protocolo citado; el Convenio de la Sociedad de Naciones para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947; y la Convención Internacional para la Represión la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933. GUAMÁN HERNADEZ, A., “La prostitución como actividad económica, la incidencia de la jurisprudencia del TJCE sobre la cuestión” en VVAA., Serra Cristóbal, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 258.

²²¹ El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949 fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949 y entró en vigor el 25 de julio de 1951, en base a su artículo 24. A fecha de 21 mayo de 2012, este Convenio cuenta con 25 países signatarios y 82 Estados partes.. *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*, Lake Success, New York, 21 March 1950, United Nations, *Treaty Series*, vol. 96, (http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en, consultada el 21 de mayo de 2012) p. 271.

²²² Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1984. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, páginas 7715 a 7720, en vigor en España desde el 4 de febrero de 1984.

prostitución de mujeres.²²³ Esta norma internacional considera claramente que la *explotación de la prostitución*²²⁴ es intrínsecamente abusiva y análoga a la esclavitud.

De esta manera, se asimila la prostitución con la trata de personas. Esta conexión ha determinado una interpretación del concepto de trata muy restrictiva, que abarca no solo a las primeras definiciones del fenómeno sino que ha motivado que uno de los modelos más utilizados para luchar contra la trata de personas tenga por objeto la promoción de estrategias y políticas de igualdad.²²⁵

Desde las primeras campañas abolicionistas surgidas en la Inglaterra de finales del siglo XIX, hasta la actualidad, en el ámbito del movimiento feminista,²²⁶ se sigue reclamando la relación causal entre el regularismo²²⁷ existente y la tolerancia pública de la prostitución como causas

²²³ El artículo 6 de la CEDAW establece que: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de las mujeres*”.

²²⁴ Según el artículo 2.1. del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, la “*explotación de la prostitución*” incluye, además del “proxenetismo”, el hecho de mantener o financiar a sabiendas una casa de prostitución es decir, un lugar donde una o más personas ejercen la prostitución, o de dar o tomar a sabiendas en arriendo «un edificio u otro local... para explotar la prostitución ajena» apartado 2) del artículo 2. En este sentido, el artículo 6. 1 del Convenio exige a los Estados Partes que pongan fin a la concesión de licencias o al «registro especial» de las personas que ejercen la prostitución.

²²⁵ Suecia constituye un ejemplo paradigmático en la aplicación de este tipo de políticas en la lucha contra la trata de seres humanos. Vid. En este sentido, PICARELLI, J. T. y JONSSON, A. *Fostering Imagination in Fighting Trafficking: Comparing Strategies and Policies to Fight Sex Trafficking in the U.S. and Sweden*, US Department of Justice, Washington DC, 7 de mayo de 2008. (<http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=244974> , consultada el 28 de mayo de 2011)

²²⁶ En este sentido, el informe del Ministerio de Igualdad español recoge el impacto de los regímenes regulacionistas, sobre todo de Holanda y Alemania, en el incremento de la trata de mujeres. Vid., entre otros, el Informe de la Secretaria para la Igualdad, “La prostitución. Una cuestión de género”. Departamento Confederal de la Mujer. UGT. Diciembre 2005, pp.13 y ss.

²²⁷ No debe confundirse el reglamentarismo decimonónico con el modelo regulacionista actual –también denominado modelo laboral- cuyo objetivo no es controlar la libertad de acción de las personas que ejercen la prostitución sino reconocérsela en tanto que sujetos de derechos y no objetos de los derechos de otros. Vid.

determinantes de la trata de mujeres. Sin embargo, considerar prostitución como sinónimo de trata constituye una simplificación de una realidad mucho más compleja.²²⁸

En todo caso, aunque el *Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad* de 1933²²⁹ desaconseja firmemente el ejercicio de la prostitución,²³⁰ el acto de prostituirse cometido por adultos mayores de 18 años no está explícitamente prohibido por las normas internacionales. En este sentido se ha posicionado la Organización de Naciones Unidas

OBSBORNE, R. "Feminismo y prostitución. Buenas intenciones y malas comprensiones". *Sistema: Revista de ciencias sociales* nº 74, septiembre 1986, p. 82.

²²⁸ No constituye el objeto de este estudio analizar los argumentos del debate para determinar la mejor opción a adoptar en relación a la prostitución. La discusión entre una política "abolicionista" o una política "legalizadora" de la prostitución es ya antigua. Sin embargo, en los últimos años, el hecho de que la prostitución aparezca ligada al tráfico ilegal de personas en situación irregular y a la trata de personas, mujeres y niñas en su mayoría, ha reactivado el debate, introduciendo argumentos contundentes a favor de las políticas abolicionistas, cuyo objetivo es erradicar el ejercicio de la prostitución. Ésta ha sido la opción elegida por Suecia y Francia. Desde el punto de vista legal, esta opción implica que nunca debe sancionarse a quién ejerce la prostitución, pero sí a quienes se benefician de la prostitución ajena (los proxenetes) o, incluso, a los clientes que requieran este tipo de servicios. La opción "legalizadora", en cambio, defiende el libre ejercicio de la prostitución como una actividad laboral más, regulada jurídicamente y sometida al pago de impuestos. Se insiste que esta opción protege del aislamiento y el riesgo de explotación a las personas que ejercen la prostitución. Tanto Alemania como Holanda se han decidido por esta opción. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L., "La trata de mujeres para la explotación sexual", pp. 296-306 y JAREÑO, A. "La política criminal en relación con la prostitución: ¿Abolicionismo o Legalización?", pp. 71-83, en VVAA., Serra Cristóbal, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

²²⁹ Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad firmado en Ginebra el 11 de octubre de 1933, en vigor desde el 24 de agosto de 1934 (*League of Nations Series*, vol. 150, p. 431) Dicho Convenio ha sido posteriormente modificado por el Protocolo que modifica el Convenio para la represión de la trata de mujeres y menores concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y el Convenio para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, concluido en la misma ciudad el 11 de octubre de 1933, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 3 de diciembre de 1948.

²³⁰ El Preámbulo del Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad de 1933 afirma que "la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad". Asimismo, su artículo 1 prohíbe la trata de mujeres "aun con [su] consentimiento".

que distingue entre prostitución libre y prostitución forzada, condenando solo esta última modalidad.²³¹

A modo de conclusión, este enfoque presenta dos importantes lagunas. Para empezar, en un entorno internacional mayoritariamente abolicionista la trata de mujeres con fines de explotación sexual ha seguido creciendo²³² hasta convertirse en la forma de trata más y mejor documentada en las estadísticas globales.²³³ La segunda laguna, y más significativa, es el no reconocimiento del elevado número de personas afectadas por otras manifestaciones de la TSH que a principio de los años ochenta apenas empezaban a aflorar.

1.2 Segunda etapa, de 1980 a 2005: la lucha contra el delito de trata de seres humanos a través del Protocolo de Palermo.

A comienzos de los años ochenta, cuando los tratados y declaraciones adoptados para acabar con la esclavitud parecían garantizar el derecho fundamental a no ser esclavizado²³⁴ ni

²³¹ En diciembre de 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Declaración sobre la violencia contra las mujeres, definiendo como una forma de violencia la prostitución forzada y la trata de mujeres. Distinguiendo, de esta forma entre prostitución libre y prostitución forzada, condenando solo esta última modalidad. En 1994, la Comisión de Derechos Humanos emitió un *Informe sobre violencia contra las mujeres*, recibiendo un especial mandato, en el marco de los acuerdos sobre derechos humanos, para investigar las causas de violencia contra las mujeres, incluida la trata y la prostitución forzada y las recomendaciones para eliminar sus causas y consecuencias. Finalmente, en 1995 (del 4 al 15 de septiembre) se celebró la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (China), en la que se aprobó la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, que incidió sobre la lucha por la eliminación de la trata de mujeres, la prostitución forzada y la violación de los derechos humanos de las mujeres.

²³² Vid. LEAN LIM, L. "EL Sector del sexo: la contribución económica de una industria" en OSBORNER, R. (Dir.) *Trabajador@s el sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2004, p. 64

²³³ Vid. apartado 1.2 del Capítulo I, *Manifestaciones de la trata de personas*.

²³⁴ El primer instrumento internacional que condenó esta práctica fue la Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos de 8 de febrero de 1815 (*Consolidated Treaty Series*, vol. 63, N.º 473). Unos años más tarde, se adopta la Convención sobre la esclavitud de 1926 y en 1930, el Convenio 29 Organización Internacional del Trabajo relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930 en Ginebra, en vigor desde el 1 de mayo de 1932. Después de la II Guerra Mundial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se prohíbe específicamente la trata de esclavos en todas sus formas, establece que "nadie estará

sometido a servidumbre;²³⁵ la experiencia de organizaciones como Anti-Slavery International²³⁶ empezaban a poner de manifiesto la existencia de una esclavitud real, constituida por

sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas” (art. 4) y *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”* (art.5). Además, en 1956 la Organización de Naciones Unidas adopta su primer instrumento para acabar con la esclavitud: la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 (la Convención suplementaria de 1956), documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955). Un año más tarde, la OIT establece el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (United Nations Treaty Series, vol. 320, p. 291). En este contexto, la Carta internacional de los derechos humanos - integrada por la citada Declaración universal de derechos humanos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos; y el Segundo protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte- supuso un sólido apoyo jurídico a las prohibiciones enunciadas en la Convención sobre la esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria del 1956. En este sentido, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce el derecho a *“ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”* (art. 6.1.) en *“determinadas condiciones y derechos que deben ser observados y protegidos por los Estados Partes, como un salario equitativo e igual remuneración por trabajo de igual valor, el derecho a fundar sindicatos y el correspondiente derecho de afiliación”* (arts. 5, 7 y 8). Por otra parte, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; establece en su artículo 8 una prohibición de la esclavitud y servidumbre similar a la que figura en la Declaración universal, el artículo 8 prohíbe, asimismo, la ejecución de un trabajo forzoso u obligatorio, a reserva de algunas excepciones limitadas. En todo caso, la importancia asignada por el Pacto a la citada disposición sobre la esclavitud se refleja en su categoría de derecho inderogable (art. 4.2).

²³⁵ Aunque durante el período de elaboración de la Convención Suplementaria de 1956, el término *servidumbre* aparecía en el título del “Proyecto de convención suplementaria sobre la esclavitud y la servidumbre”, documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955). Finalmente, la Convención suplementaria de 1956 en su redacción final obliga a los Estados Partes a abolir, además de la esclavitud, una serie de instituciones y prácticas genéricamente denominadas como *“condición servil”*:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición; c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: c) iii) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en

trabajadores forzados sometidos como garantía de un préstamo o para pagar una deuda heredada. El valor de estos esclavos no reside tanto en los productos concretos que fabrican como en el volumen de trabajo que llevan a cabo. En la agricultura (donde trabajan la mayor parte de ellos), en la fabricación de ladrillos, la minería, la cantería, la prostitución, la talla de piedras preciosas, la confección de telas y alfombras o en el servicio domestico.²³⁷

Aunque el termino esclavo parece remontarnos al pasado,²³⁸ la antigua esclavitud legal ha llegado hasta el mundo desarrollado a través de las economías esclavistas de Estados Unidos y Brasil del siglo XIX.²³⁹ Sin embargo, la esclavitud nunca ha alcanzado a desaparecer, solo ha ido

especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; c) iii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; c) iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

En este sentido, los Estados Partes en dicha Convención, debían procurar “la completa abolición o el abandono” de las citadas instituciones y prácticas “dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud” (art. 1).

²³⁶ Vid. n. 146.

²³⁷ Aunque la esclavitud ha tendido a concentrarse en el sureste asiático, el norte y el oeste de África y algunas zonas de Sudamérica, existen esclavos en todo el mundo; en los países más desarrollados del continente europeo, en Estados Unidos y en Japón. Los esclavos se utilizan habitualmente para trabajos sencillos y tradicionales. Durmiendo junto a sus telares y hornos; algunos incluso encadenados a sus mesas de trabajo, todas sus horas de vigilia pueden convertirse en horas de trabajo. Pese a que gran parte de este trabajo es para el consumo y la venta local, los bienes fabricados por esclavos llegan a hogares de todo el mundo: América del Norte y Europa importan directamente alfombras, material pirotécnico, joyas y objetos metálicos fabricados por mano de obra esclava, así como cereales y azúcar cultivados por ellos. El valor de la mano de obra esclava no reside tanto en los productos concretos que fabrican como en el volumen de trabajo que llevan a cabo, ya que todas sus horas de vigilia pueden convertirse en horas de trabajo. BALES, K. *La nueva esclavitud...op.cit.*, p. 10.

²³⁸ Etimológicamente *esclavo* procede indirectamente del griego bizantino *sklávos*: “esclavo” es un derivado regresivo del griego bizantino *sklavinós*, que deriva a su vez de *slovin* o eslavo, nombre propio con el que se autodenominaba la familia de pueblos eslavos, que había sido víctima del comercio esclavista en el Oriente medieval. MELTZER, M. (1993) *Slavery: A World History*, De Capo Press, Nueva York, pp. 1-16.

²³⁹ En Estados Unidos, aunque el tráfico de esclavos había sido prohibido en 1834 mediante una Ley del Congreso al amparo de la Decimotercera enmienda de la Constitución americana, el tráfico ilegal continuó durante

cambiando de forma para adaptarse a la economía global.²⁴⁰ En el antiguo Egipto, en los años de la Grecia clásica o durante el periodo del Imperio Romano, las diferencias étnicas y raciales servían para justificar e integrar la esclavitud en sus sistemas sociales. En la actualidad, el denominador común que explica la llamada “esclavitud moderna” es la pobreza²⁴¹ y su peso en la actividad económica internacional, aunque poco significativo a priori, tiene importantes consecuencias indirectas en la economía mundial, cuyo impacto resulta difícil de soslayar.²⁴²

años sin que se consiguiera erradicar finalmente dicha práctica hasta 1865, cuando tras la Guerra de secesión se prohíbe por ley la posesión legal de esclavos. Sin embargo, tras la supuesta abolición de la esclavitud en América del Norte, miles de afroamericanos pasaron de manos de sus antiguos amos a situaciones de servidumbre por deudas. Paralelamente, durante las primeras décadas del siglo XX, centenares de mujeres inmigrantes fueron forzadas a trabajar en EEUU, siendo en muchas ocasiones obligadas a prostituirse. La repercusión de este fenómeno, conocido como “trata de blancas”, determinó la aprobación del Mann Act del 1910, que penalizaba a quienes esclavizaran sexualmente a mujeres blancas en el interior de las fronteras de norteamericana. BALES, K., TRODD, WILLIANSON, *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oneworld, Oxford, 2009, pp. 6 y ss.

²⁴⁰ BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España Editores. Madrid. 2000, p. 13.

²⁴¹ A partir de la Segunda guerra mundial, en un contexto marcado por un aumento de la población mundial sin precedentes –desde 1945 la población mundial se ha triplicado, pasando de 2.000 millones de personas a 5. 700 millones de personas en el año 2000- los cambios económicos y sociales experimentados por la modernización de países desarrollados o en vías de desarrollo, trajeron consigo la concentración de los recursos en manos de unos pocos privilegiados, cuyo enriquecimiento ha prolongado o intensificado la vulnerabilidad de las poblaciones empobrecidas. De hecho, los países donde más se lleva a cabo la practica de la esclavitud son aquellos que han experimentado un mayor crecimiento en ambos sentidos: los del sureste asiático, los países situados en el subcontinente indio, los africanos y los países árabes. BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España Editores. Madrid. 2000, pp. 13-20. Vid. también, el Capítulo 1.

²⁴² A modo de ejemplo, el carbón producido por esclavos resulta fundamental para la fabricación de acero en Brasil. Con este acero se fabrican coches, recambios, y otros utensilios metálicos que, en conjunto constituyen una cuarta parte de las explotaciones brasileñas. Según datos del Ministerio de comercio e industria de Gran Bretaña correspondientes al año 1997, el Reino Unido importa de Brasil, anualmente, bienes por un valor de 1.538.591 euros y Estados Unidos una cantidad aún mayor. En Europa y América del Norte, la comercialización de estos productos, de bajo coste de producción, repercute en la corriente económica en forma de precios más bajos con beneficios más elevados para los minoristas. Sin embargo, la reducción de costes de producción ha originado también el cierre de fábricas en Europa y Norte América, incapaces de competir contra precios tan bajos. BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España Editores. Madrid. 2000, p. 25-27.

Tras un periodo de indiferencia y desinterés, la comunidad internacional empieza a tener en cuenta el problema,²⁴³ siendo Estados Unidos, una sociedad aún marcada por los vestigios de la

²⁴³ Como ya se ha apuntado, la Asamblea General de Naciones Unidas había adoptado hasta la fecha tan solo algunos instrumentos normativos con objeto de distinguir entre prostitución libre de la explotación de la prostitución ajena, para tan solo penalizar esta última: la Declaración de 1993 sobre la violencia contra las mujeres y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, sobre la lucha por la eliminación de la trata de mujeres, la prostitución forzada y la violación de los derechos humanos de las mujeres. Por otra parte, las Conclusiones relativas a la trata de personas elaboradas por el mecanismo de control creado por Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en 1949, el Comité Especial de Expertos sobre la Esclavitud -convertido en 1974 en el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud- rara vez han mencionado cuestiones concretas por lo que se han mantenido en el ámbito de los organismos de ONU, sin trascender al resto de la Comunidad internacional. A lo que se suma el largo y complicado procedimiento de verificación previsto por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, cuyo mandato consiste en comprobar la existencia de *“esclavitud y trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones”* (Decisión 16 (LVI) del Consejo Económico y Social, de 17 de mayo de 1974.281) a partir de la información que reciben por parte de los Estados y de las diferentes organizaciones especializadas en la materia. Esta información es examinada por el Grupo de Trabajo en los debates oficiosos de sus sesiones anuales, donde se formulan recomendaciones a la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos -órgano del que depende el Grupo de Trabajo- para que la Comisión de Derechos Humanos adopte nuevas medidas. En este contexto, el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, que había examinado el problema de la trata de personas en su 20º período de sesiones sobre información recibida de la OIT y Action for Children Campaign, realizó una propuesta que determinó la aprobación por parte de la Comisión de Derechos Humanos (Resolución 1993/79) del Proyecto de Programa de Acción para la Eliminación de la Explotación del Trabajo Infantil. El programa contiene propuestas sobre las medidas que deben aplicar las autoridades nacionales en las esferas de la aplicación de las leyes, la rehabilitación, la reintegración y la educación. En 1995, el Grupo de Trabajo propuso el Programa de Acción para la Prevención de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/28/Add.1) el cual fue aprobado por la Comisión, con importantes reservas, en su Resolución 1996/61. El Grupo de Trabajo actúa con un alto grado de flexibilidad y recibe información de los Estados Miembros y las ONG sobre la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y otras prácticas análogas a la esclavitud. Si bien las convenciones sobre la esclavitud disponen que los Estados Partes deben presentar informes a las Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo ha instaurado la práctica de recibir información de cualquier gobierno que desee presentarla. Normalmente, en cada período de sesiones el Grupo de Trabajo recibe información de las ONG e informa rápidamente a los gobiernos correspondientes de que han sido mencionados invitándoles a presentar más información, aunque la Subcomisión suele apoyar esas recomendaciones y presenta nuevas propuestas a la Comisión de Derechos Humanos para su autorización y

antigua esclavitud,²⁴⁴ el primer país en aprobar una normativa integral interna con objeto de luchar contra la trata de seres humanos.²⁴⁵

Esta primera norma, la *Trafficking Victims Protection Act* (TVPA, según sus siglas en inglés) fue aprobada, en octubre de 2000 durante el segundo mandato de la Administración Clinton, por el Congreso de los Estados Unidos en el marco de un conjunto más amplio de acciones legislativas reunidas en la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000*,²⁴⁶ orientada

aprobación. ZOGLIN, K. "United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation", *Human Rights Quarterly*, vol. 8, 1996, p. 329.

²⁴⁴ Estados Unidos, una enorme sociedad esclavista en el pasado, sigue sufriendo en el presente los efectos de un incompleto programa de emancipación – marcado por las leyes de Jim Crow y la opresión- que ha mantenido alejados a los antiguos esclavos del poder político y económico. En este contexto, las distintas condiciones de habitabilidad de las viviendas, las diferencias de salud entre razas, los problemas de las escuelas integradas o el racismo en el sistema jurídico, constituyen las secuelas de un proceso inacabado, que no finaliza con la declaración de Abraham Lincoln de 1865. BALES, K. *La nueva esclavitud...op.cit.*, p. 8.

²⁴⁵ Los casos de trata de personas –caso *Virchenco*, el caso *Ramos*, *Paoletti* o *Carreto*, entre otros- aparecidos en los medios de comunicación a finales de los noventa justifican por sí mismos, ante a la opinión pública y a las propias víctimas, la necesidad de adoptar una normativa para luchar contra el problema de la TSH. De hecho, en Estados Unidos, el fenómeno de la trata de seres humanos ha removido conciencias al compararse con la esclavitud tradicional, provocando con ello el aumento de la presión incriminadora de los movimientos neoabolitionistas. STOLZ, B. "Interpreting the USE Human Trafficking Debate Through the Lens of Symbolic Politics", *Law & Policy*, vol. 29, nº 3, July 2007, p. 324 y ss. En este sentido, vid también, DILL, S., "Old Crimes in New Times. Human Trafficking and the Modern Justice System", *Criminal Justice Magazine*, vol. 21, nº 1, spring 2006, p.18.

²⁴⁶ La *Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000* estaba compuesta por dos grandes títulos que contenían la *Trafficking Victims Protection Act of 2000* o TVPA en la *Division A* y la *Violence Against Women Act of 2000* en la *Divison B*. Aunque aprobada por la administración Clinton, la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000* ha sido fundamentalmente implementada y desarrollada a lo largo de las dos subsiguientes Administraciones Bush, siendo reformada en tres ocasiones. La primera en 2003, con la *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act*; la segunda en 2005; y la tercera en 2008, la *William Willbforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act*. El resultado de las citadas reformas ha sido el incremento de los fondos destinados a programas de asistencia a las víctimas de los delitos de TSH y a programas de investigación efectuados pro organizaciones e instituciones en el campo de la trata de seres humanos. Las modificaciones de los preceptos del *USE Code*, afectados por la TVPA de 2000, han coadyuvado a la expansión de conductas delictivas relacionadas con

básicamente a atajar aquellas formas de criminalidad cuyas principales víctimas fueran mujeres.²⁴⁷

En este sentido, , bajo el término *formas severas de trata de personas*,²⁴⁸ la TVPA cita en primer lugar el *tráfico sexual*²⁴⁹ donde, apartándose de la definición de trata del principal instrumento jurídico internacional en la materia hasta ese momento,²⁵⁰ se recoge la noción de prostitución forzada.²⁵¹ Por otra parte, la TVPA integra en su definición de trata de personas, la

la trata y al reconocimiento de derechos de reparación de las víctimas, especialmente, en los supuestos de trata con fines de explotación sexual. ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata...op.cit.*, pp. 247-264.

²⁴⁷ Apenas unos años antes de la aprobación de la TVPA, había comenzado a publicarse literatura especializada en relación a la trata de mujeres procedentes de los países del Este de Europa que integraban la antigua Unión Soviética. BRAVO, K. "Exploring the analogy between modern trafficking in Human beings and the transatlantic slave trade", en *Boston University International Law Journal*, Vol. 25, No. 2, 2007, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=996455 consultada el 4/6/2012) p. 247-248.

²⁴⁸ Párrafo 7102 (8) del Cap. 78 del Título 22 del US Code, *Definitions: "Severe forms of trafficking in persons. The term "severe forms of trafficking in persons" means: (A) sex trafficking in which a commercial sex act is induced by force, fraud, or coercion, or in which the person induced to perform such act has not attained 18 years of age; or (B) the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for labor or services, through the use of force, fraud, or coercion for the purpose of subjection to involuntary servitude, peonage, debt bondage, or Slavery"*.

²⁴⁹ Párrafo 7102 (9) del Cap. 78 del Título 22 del US Code, *Definitions: "Sex trafficking: The term "sex trafficking" means the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for the purpose of a commercial sex act"*.

²⁵⁰ El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, que en su artículo 1 criminaliza el ejercicio de la prostitución, sin distinguir entre prostitución libre o forzada. Así, "*las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; y explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona*". Además en el artículo 2 el Convenio establece que "*las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que: 1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare a sabiendas, la sostuvo o participare en su financiamiento; 2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena*".

²⁵¹ Según la Declaración sobre la violencia contra las mujeres de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1993, tanto la prostitución forzada como la trata de mujeres constituyen una forma de violencia contra las mujeres (art. 2. b): A través de esta Declaración Naciones Unidas distingue entre prostitución libre y la prostitución

idea del *reclutamiento, peonaje transporte, provisión u obtención de una persona para labor o servicios, a través del uso de la fuerza, fraude o coerción con el propósito de sometimiento a servidumbre involuntaria, la servidumbre por deudas o esclavitud*, precedente de la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* de 1956 (la Convención Suplementaria de 1956).²⁵²

Aunque, originariamente el ámbito de aplicación de la TVPA se circunscribe al territorio de los Estados Unidos, la *Trafficking Victims Protection Act* fue adoptada con el objetivo de convertirse en una herramienta de la política exterior norteamericana a fin de armonizar las legislaciones y recursos de la lucha contra la trata de seres humanos en los distintos estados de la Comunidad internacional.²⁵³

En este contexto, la influencia de la política exterior norteamericana se ha dejado sentir no solo a través de las acciones emprendidas por los distintos Estados para luchar contra la trata

forzada, condenando solo la última modalidad. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, documento de Naciones Unidas: A/RES/48/10.

²⁵² El artículo 3. 1. de la Sección II de la Convención Suplementaria de 1956 referente a la *Trata de esclavos* establece que: *el acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas*. Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955).

²⁵³ En este sentido, el actual párrafo 7101 del Cap. 78 del Título 22 del *US Code, Purpose and findings* –una suerte de exposición de motivos- establece en el apartado (b) (24) lo siguiente: *“Trafficking in persons is a transnational crime with national implications. To deter international trafficking and bring its perpetrators to justice, nations including the United States must recognize that trafficking is a serious offense. This is done by prescribing appropriate punishment, giving priority to the prosecution of trafficking offenses, and protecting rather than punishing the victims of such offenses. The United States must work bilaterally and multilaterally to abolish the trafficking industry by taking steps to promote cooperation among countries linked together by international trafficking routes. The United States must also urge the international community to take strong action in multilateral fora to engage recalcitrant countries in serious and sustained efforts to eliminate trafficking and protect trafficking victims.”* (Pub. L. 106-386, div. A, Sec. 102, Oct. 28, 2000, 114 Stat. 1466).

de seres humanos²⁵⁴ sino en el origen de la política inicial internacional de la lucha contra la trata de seres humanos, que ha alcanzado directamente instancias internacionales. Concretamente, la Organización de Naciones Unidas donde paralelamente, ese mismo año, se adopta la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional de las Naciones Unidas*,²⁵⁵ un importante esfuerzo de armonización normativa y de promoción de la cooperación judicial internacional para poner fin al comercio de seres humanos.

Entre los mecanismos normativos e institucionales propuestos en el marco de esta Convención, se aprueba el tratado que establece, por primera vez, un lenguaje común para

²⁵⁴ La TVPA establece unos estándares mínimos para la lucha contra la trata de personas (párrafo 7106 del Cap. 78 del Título 22 del *US Code, Actions against governments failing to meet minimum standards*) en el marco de la denominada estrategia de las tres “p”. A saber, el procesamiento judicial de los responsables (párrafo 7108 del Cap. 78 del Título 22 del *US Code, Actions against significant traffickers in persons*), la protección de las víctimas (párrafo 7105 del Cap. 78 del Título 22 del *US Code, Protection and assistance for victims of trafficking*) y la prevención de las actividades de trata (párrafo 7104 del Cap. 78 del Título 22 del *US Code, Prevention of trafficking*). Asimismo, el párrafo 7111 del Cap. 78 del Título 22 del *US Code*, bajo el título *Report by Secretary of State*, exige al Departamento de Estado de Estados Unidos la elaboración anual de un informe sobre el estado de la cuestión internacional. Como se ha señalado ya el *Trafficking in Person Report* se viene elaborando desde el año 2001; actualmente en su 12ª edición, se ha convertido uno de los documentos de referencia sobre el tema e incluye el análisis país por país de las medidas y políticas adoptadas en el marco de la citada estrategia. Vid. US DEPARTMENT OF STATE, “Victims of trafficking and Violence Protection Act 2000. Trafficking in Person Report” en TROUBNIKOFF (Ed.), *Trafficking in women and children. Current Issues and Developments* pp. 51 y ss.

²⁵⁵ La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas fue adoptada por la firma de 135 países (el 15 de noviembre de 2000 en Nueva York) que participaron en la Conferencia Intergubernamental de Naciones Unidas, celebrada en Palermo (Italia) entre los días 12 y 15 de diciembre de 2000. Dada la compleja dimensión criminológica del fenómeno, la Convención contra la delincuencia organizada fue adoptada junto a dos Protocolos opcionales: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, firmado por 93 países, tiene por objeto la prevención y la represión del tráfico de personas ilegales; y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado por 89 países, para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas. Sobre la elaboración de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas Vid. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º*, Distr. General, 10 de noviembre de 2000, documento A/55/383 (http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf).

describir el fenómeno de la trata: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, también denominado Protocolo de Palermo.²⁵⁶

El borrador original sobre el que se edificó el entonces futuro Protocolo de Palermo fue elaborado precisamente por el representante de los Estados Unidos. Sobre él se efectuaron algunos ajustes con el objeto de incorporar algunas cuestiones sugeridas por Argentina²⁵⁷. Aunque el texto final del Protocolo de Palermo se vio influenciado por las distintas delegaciones y organizaciones no gubernamentales que intervinieron en su realización, resulta clara la influencia de Estados Unidos tanto en la propuesta del protocolo como en la política internacional de la lucha contra la trata de seres humanos.²⁵⁸

Precisamente, es a raíz de la adopción de la *Trafficking Victims Protection Act* y del Protocolo de Palermo cuando algunos de los principales Estados de tránsito y destino de hombres,

²⁵⁶ El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, firmado el 13 diciembre de 2000, proporciona una amplia definición del delito de "trata de personas" así como instrumentos jurídicos para combatirlo. El llamado Protocolo de Palermo, que se basa en las denominadas "tres pes" (prevención, protección y procesamiento), entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, y hasta la fecha cuenta con 117 signatarios y 118 partes.

²⁵⁷ El representante de los Estados Unidos de América presentó el proyecto de protocolo para combatir la trata internacional de mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (documento A/AC.254/4/Add.3). El representante de la Argentina presentó el proyecto de elementos para un acuerdo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico internacional ilícito de mujeres, niños y niñas, adicional a la convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional (A/AC.254/8). Hicieron declaraciones los observadores de dos organizaciones no gubernamentales y las delegaciones de la Argentina y los Estados Unidos se comprometieron a producir un texto combinado, que sirviera de base para el futuro examen del proyecto de instrumento por el Comité Especial. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º*, Distr. General, 10 de noviembre de 2000, documento A/55/383 (http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf) parr. 27. Vid. también en este sentido, SCARPA, S. *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 59.

²⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata...op.cit.*, pp. 247-252.

mujeres y niños traficados con el propósito de ser explotados sexual y laboralmente,²⁵⁹ empiezan a adoptar medidas concretas destinadas a combatir la trata de personas.

En todo caso, la elaboración del Protocolo de Palermo supuso la primera oportunidad en decenios de abordar en un foro internacional la relación existente entre la trata de seres humanos y la prostitución;²⁶⁰ ya que ni la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926²⁶¹ ni los distintos comités de expertos sobre la esclavitud se habían ocupado de mencionar la trata de mujeres con fines prostitución.²⁶² Consecuentemente, la fijación de un nuevo concepto de trata de seres humanos más amplio y claro no estuvo exento de controversias.

²⁵⁹ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons, Human Trafficking a crime...op.cit.*, pp.55-69; US DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Person Report 2011* (<http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2011/164222.htm>) p. 53.

²⁶⁰ PÉREZ ALONSO, E. *Trafico de personas...op.cit.*, p.173.

²⁶¹ La Convención sobre la Esclavitud de 1926 define la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (art. 1, párr. 1). A continuación se define la trata de esclavos como “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos” (art. 1, párr. 2). La Convención también se refiere al trabajo forzoso y establece que «el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad”, y que los Estados Partes deben evitar “que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud” (art. 5). *League of Nations Treaty Series*, vol. 60, p. 253.

²⁶² Si bien, la Convención sobre la Esclavitud de 1926 prohibió la esclavitud y las prácticas análogas, no establecía procedimientos para examinar su incidencia en los Estados Partes ni tampoco un órgano internacional facultado para evaluar e investigar las denuncias por las violaciones del Convenio. Por este motivo en 1931, la Sociedad estableció comités de expertos encargados de examinar el estado de la cuestión en relación a la esclavitud; uno de estos órganos fue el Comité Consultivo de Expertos sobre la Esclavitud, cuya labor quedó interrumpida al declararse la segunda guerra mundial. Una vez superado el conflicto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) creó el Comité Especial de Expertos sobre la Esclavitud en 1949. En opinión de este Comité la definición que figuraba en la Convención sobre la Esclavitud no abarcaba la gama completa de prácticas relativas a la esclavitud ya que existían otras formas igualmente repulsivas de servidumbre que deberían prohibirse. En este sentido, aunque el Comité estimó que “no había suficientes motivos para descartar o modificar la definición contenida en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926”, se recomendó la elaboración de una convención suplementaria que abarcara las prácticas análogas a la esclavitud, muchas de las cuales habían sido mencionadas por la Sociedad de las Naciones al preparar la convención anterior. Con este fin, en 1956, el ECOSOC convoca en su Resolución 608 (XXI) el ECOSOC la Conferencia de Plenipotenciarios en la que se adoptó el

En primer lugar, no fue tarea fácil consensuar el término utilizado para dar nombre al fenómeno. Mientras que en inglés únicamente se emplea el término *traffic* y *trafficking* para referirse a la TSH, la traducción de *traffic* a otros idiomas se había llevado a cabo utilizando expresiones que dotaban al fenómeno de una mayor gravedad: *la traite des êtres humains*, en francés y la *trata de seres humanos*, en español.²⁶³ Tanto la palabra *traite* como *trata* implican el uso de seres humanos como mercancías sobre los que ejercitar algunos de los derechos de propiedad que le son propios al concepto de esclavitud.²⁶⁴

En segundo lugar, las diferencias de opinión en relación a algunos de los elementos definitorios pusieron de manifiesto las distintas concepciones a la hora de abordar la trata de seres humanos así como la existencia de intereses contrapuestos sobre todo para establecer las obligaciones aparejadas para los Estados.²⁶⁵

30 de abril, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, en vigor desde el 30 de abril de 1957. OHCHR: “La abolición de la Esclavitud...*op.cit.*, p. 5.

²⁶³ *Traffic*, en español, significa tráfico, circulación o tránsito. Sin embargo, la expresión *traffic in persons* del título en inglés del Convenio para la represión de la trata de 1949 (*Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others* «*the traffic in persons*») fue traducido al francés como *la traite des êtres humains* y al español como *trata de seres humanos*. Estos mismos términos fueron los empleados para traducir la palabra *trade* (comercio en español) de la expresión *slave trade* del título de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 (*Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*). *Ibid.*, p. 19.

²⁶⁴ Vid. Artículo 1 (1) de la Convención sobre la Esclavitud donde se define la esclavitud como “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*”. A continuación se delimita la trata de esclavos como “*todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos*” (art. 1, párr. 2). La Convención también se refiere al trabajo forzoso y establece que “*el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad*”, y que los Estados Partes deben evitar “*que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud*” (art. 5). *League of Nations Treaty Series*, vol. 60, p. 253.

²⁶⁵ Así sucedió con la referencia a la *prostitución ajena u otras formas de explotación sexual*, que decidieron dejarse abiertas y sin un contenido explícito ante la ausencia de acuerdo en el seno de la Comité Especial para la

El resultado de las negociaciones fue una definición que se aparta del criterio adoptado por el instrumento que hasta la adopción del Protocolo de Palermo constituía la base jurídica principal de la protección internacional contra la trata de personas; el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* de 1949, para asumir la trata de seres humanos como el equivalente moderno de la trata de esclavos del siglo XIX.²⁶⁶

El concepto más importante y reciente de trata de seres humanos en el Derecho internacional es el recogido en el Protocolo de Palermo.²⁶⁷ El tratado internacional aprobado en el marco de la *Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada*

elaboración de una convención contra la delincuencia organizada transnacional. El objeto de discusión era si la prostitución libremente aceptada de adultos debía considerarse integrada dentro de la citada forma de explotación. La conclusión final fue dejar este aspecto indefinido y trasladar esta labor a los Estados parte al adaptar lo dispuesto en el Protocolo de Palermo a sus respectivas legislaciones internas. SCARPA, S. *Trafficking in Human Beings...op. cit.*, p. 5-6.

²⁶⁶ Vid. TESSIER, K. "The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13 (1995-1996), p. 261.

²⁶⁷ El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, firmado el 13 diciembre de 2000, proporciona una amplia definición del delito de "trata de personas" así como instrumentos jurídicos para combatirlo. El llamado Protocolo de Palermo, que se basa en las denominadas "tres pes" (prevención, protección y procesamiento), entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, y hasta la fecha cuenta con 117 signatarios y 147 partes. Este Protocolo ha sido ratificado por España, donde entró en vigor el día 28 de enero de 2004 (Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 295 de 10 de diciembre de 2003).

*transnacional*²⁶⁸ que establece, por primera vez, un lenguaje común para describir el fenómeno de trata de seres humanos²⁶⁹.

Así el artículo 3 del Protocolo de Palermo establece que:

a) *“Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, 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;*

b) *El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*

c) *La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;*

d) *Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.*

²⁶⁸ La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas fue adoptada por la firma de 135 países, el 15 de noviembre de 2000 en Nueva York, que participaron la Conferencia Intergubernamental de Naciones Unidas, celebrada en Palermo (Italia) entre los días 12 y 15 de diciembre de 2000. Dada la compleja dimensión criminológica del fenómeno, la Convención contra la delincuencia organizada fue adoptada junto a dos Protocolos opcionales: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, firmado por 93 países, tiene por objeto la prevención y la represión del tráfico de personas ilegales; y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado por 89 países, para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas.

²⁶⁹ En inglés la mayor parte de los instrumentos normativos utilizan la expresión *trafficking person* o *trafficking in human beings* para referirse al fenómeno de trata. En este texto, utilizaremos la expresión *trata de seres humanos*, y las siglas *TSH* para referirnos al fenómeno, así como los términos *trata de personas* y *comercio ilícito de personas con fines de explotación*.

1.3 Tercera etapa, de 2005 en adelante: la identificación y protección de las víctimas del delito de trata en el Convenio de Varsovia.

Pese a la dificultad que entraña sistematizar las distintas formas que puede presentar la trata de seres humanos, todas ellas implican un trato degradante o inhumano, y con ello, la vulneración de bienes jurídicos personalísimos, como el derecho a la vida, la salud, la libertad y la seguridad, la libertad sexual, la intimidad, etc.²⁷⁰ La necesidad de integrar la perspectiva de los derechos humanos en el enfoque de la lucha contra la trata de seres humanos así como en la articulación de las posibles soluciones, ha terminado por convertirse en uno de los objetivos principales de las distintas organizaciones que actúan en el ámbito de la intervención con las víctimas de la trata. En este sentido, es indispensable citar la labor de La Strada Internacional²⁷¹ y la Alianza Global Contra la Trata de Mujeres (GAATW).²⁷²

²⁷⁰ CONSEJO DE EUROPA, Resolution 1702 (2010), Action against trafficking in human beings: promoting the Council of Europe convention (<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1702.htm>).

²⁷¹ Vid. entre otros La Strada Internacional es una asociación integrada por nueve organizaciones no gubernamentales de Bielorrusia, Bosnia Herzegovina,, los Países Bajos, Macedonia, Moldavia, Polonia, República Checa, Ucrania y Bulgaria. Surgida en octubre de 2004 en el contexto de la Europa ampliada, el objetivo general de esta asociación internacional europea, registrada en Ámsterdam, es prevenir la trata de seres humanos en Europa, en particular la trata de mujeres, y proteger los derechos de las personas objeto de trata. En este sentido, la filosofía que orienta a *La Strada Internacional* su trabajo contra la trata y su prestación de servicios, se basa en un enfoque de derechos humanos, exigiendo la igualdad de los derechos humanos para todos los seres humanos. La misión de LSI es mejorar la posición de las mujeres y promover sus derechos universales, incluyendo el derecho a elegir a emigrar y trabajar en el extranjero ya ser protegidos de la violencia y el abuso. INTERNATIONAL LA STRADA ASSOCIATION, *La Strada, European Network Against Trafficking in Women*, Amsterdam, 2005. La web oficial de La Strada Internacional es: <http://lastradainternational.org/>, consultada el 12/2/2012.

²⁷² La Alianza Global Contra la Trata de Mujeres (GAATW, en sus siglas en inglés) es una red fundada en 1994 por un grupo de activistas pro-derechos de las mujeres. Se encuentra integrada, en la actualidad, tanto por organizaciones no gubernamentales, como por individuos de todas las regiones del mundo que comparten una profunda inquietud por las mujeres, hombres y niños, cuyo derechos humanos han sido violados mediante prácticas criminales de la trata de personas. La GAATW está comprometida en trabajar por conseguir cambios en las estructuras y sistemas políticos, económicos, sociales y legales que contribuyen a la trata de personas y otras violaciones de derechos humanos, en el contexto de los movimientos migratorios por otros fines, incluyendo seguridad laboral y sustento. En este contexto, el GAATW utiliza un Método Basado en los Derechos Humanos

Tras la aprobación del Protocolo, la política internacional en materia de trata de personas ha sufrido una transformación al integrar la perspectiva de los derechos humanos en la lucha contra esta nueva esclavitud.²⁷³ Este giro en la política internacional, se ha visto reflejado en posteriores instrumentos jurídicos internacionales que obligan a los Estados a proteger los derechos de las víctimas.

El reconocimiento oficial de la necesidad de que los gobiernos garanticen protección y apoyo a las personas víctimas de trata se consolida con la adopción en Varsovia (Polonia) del *Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos* el 16 de mayo de 2005.²⁷⁴ Este tratado abierto a la firma y ratificación de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, entró en vigor el 1 de agosto de 2009 y, aunque su ámbito de aplicación se

para abordar los temas que implican el tráfico de personas con el fin de explotación. La web oficial de GAATW es: <http://www.gaatw.org/>, consultada el 12/4/ 2012.

²⁷³ Desde finales de 1980 el Consejo de Europa ha sido el centro de diversas e importantes iniciativas para la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el fenómeno de la trata. La elaboración de informes sobre el estado de la cuestión en Europa y en los Estados miembros del Consejo, en particular; la preparación de Planes de Acción para combatir el fenómeno que sirvan de ejemplo para los planes nacionales o la adopción de Recomendaciones son solo algunos ejemplos del compromiso de esta Organización en la lucha contra la trata de seres humanos. Todas estas iniciativas llevadas a cabo a través de actos normativos internos del Consejo - Recomendaciones, Decisiones y Órdenes de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros- carentes en principio de efectos jurídicos vinculantes, poseen, sin embargo, un peso político que trasciende el ámbito interno de la Organización. En este sentido, la intensa actividad de estos dos órganos del Consejo de Europa ha repercutido de manera decisiva a la hora de integrar la perspectiva de los derechos humanos en el enfoque de la lucha contra la trata de seres humanos así como en la articulación de las posibles soluciones. Vid. la web del Consejo de Europa relative a la TSH, *Action against Trafficking in Human Beings of the Council of Europe*: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/default_en.asp, consultada el 20/12/2011.

²⁷⁴ Con la adopción de este instrumento de referencia, el Consejo de Europa ha pretendido ir más allá que el resto de tratados internacionales vistos hasta ahora y consolidar su liderazgo en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos. En este sentido, el Convenio de Varsovia constituye el reconocimiento oficial de la necesidad de que los gobiernos ofrezcan protección y apoyo a todas las víctimas de la trata de seres humanos. Recomendación 1895, de 26 de enero de 2011, relativa a la Acción contra la trata de seres humanos en la promoción de la Convención del Consejo de Europa (on line: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1702.htm>

circunscriba a los Estados miembros de esta organización regional que es el Consejo de Europa, en su elaboración participaron también otros países como Canadá, Estados Unidos, Japón, México y la Santa Sede. Por ello, para muchos, el también conocido como Convenio de Varsovia constituye el primer “tratado internacional”²⁷⁵ que aborda el fenómeno con una perspectiva global, incluyendo todas las formas de trata de seres humanos, relacionadas o no con la delincuencia organizada así como a todas las posibles víctimas, nacionales y extranjeras.

A pesar de la nueva orientación el Convenio de Varsovia adopta en su artículo 4 prácticamente la definición contenida en el Protocolo de Palermo. A saber:

“Por “trata de seres humanos” se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos;

b) El consentimiento de una víctima de la “trata de seres humanos” a la explotación pretendida, tal como se describe en la letra a) del presente artículo, será irrelevante cuando se utilice cualquiera de los medios a que hace referencia la misma letra a);

c) El reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor a efectos de su explotación se considerará «trata de seres humanos» aunque no se recurra a ninguno de los medios previstos en la letra a) del presente artículo;

d) Por “menor” se entenderá toda persona menor de dieciocho años;

e) Por “víctima” se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo”.

²⁷⁵ Cfr. Mary Cuneen, directora de Anti-Slavery International, comunicado de prensa de Amnistía Internacional (on line: <http://web.amnesty.org/library/index/ESLIOR300122005>)

Las diferencias más importantes entre el Convenio de Varsovia y el Protocolo de Palermo son: en primer lugar, para el Convenio europeo no es determinante que el reclutamiento o la captación se lleve a cabo por una organización criminal (art. 4. e); y en segundo lugar, que la fase de transporte no requieran el cruce de una frontera, aplicándose igualmente el concepto *transporte* al tráfico de personas con fines de explotación en el ámbito nacional. Otra novedad del Convenio del Consejo de Europa relativo a la trata es que define específicamente la trata de menores. En este sentido, como se pone de manifiesto en el artículo 4 apartado b), basta que haya existido cualquiera de las acciones recogidas por la definición para considerar la existencia de trata, aunque no se haya recurrido a ninguno de los medios previstos en la definición general.

Esta nueva perspectiva integra, además, tanto la aplicación de medidas eficaces para la prevención del delito, como el establecimiento de un régimen jurídico que garantice a las víctimas las condiciones necesarias para poder ejercer sus derechos de asistencia, de protección ante sus traficantes, a recibir una indemnización, etc.. y, finalmente, la adopción de medidas eficaces de cooperación internacional para luchar contra este fenómeno global en cualquiera de sus fases.

La influencia de esta nueva orientación a la hora de combatir la esclavitud moderna no se ha hecho esperar. En la Unión Europea la sustitución del, hasta ahora, más importante instrumento en la materia de la UE, la Decisión Marco 2002/629/JAI, por la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*,²⁷⁶ supone, como veremos, la plasmación jurídica de la perspectiva abanderada por el Convenio de Varsovia: el enfoque de la lucha contra la trata desde los derechos humanos.

²⁷⁶ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, 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 (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1)

2 Adopción del concepto de trata en el ámbito de la Unión Europea.

Para los países de la Unión Europea, al igual que en Estados Unidos, la trata de seres humanos ha sido durante años un asunto política exterior y seguridad. En este contexto, las estrategias y políticas europeas para poner fin a la más grave de las formas de explotación de personas han tenido por objeto la lucha contra la inmigración irregular y el crimen organizado.²⁷⁷

No obstante, a pesar del enfoque inicial, la regulación del concepto de trata en la Unión Europea puede dividirse en dos etapas. Una primera etapa que abarca desde 1996 al año 2003, centrada en la lucha contra la delincuencia organizada y la inmigración irregular. Y una segunda etapa que se inicia en 2004, a partir de la cual la trata empieza a tenerse en cuenta como una grave violación de los derechos humanos.

2.1 Primera etapa, de 1996 a 2003: la lucha contra la delincuencia organizada y la inmigración irregular.

Antes ya de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y del desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la UE aprueba los primeros instrumentos donde se aborda el problema de la trata como un tipo de delincuencia organizada contra la que se debe de luchar a través de la normativa penal de los distintos Estados miembros.²⁷⁸ Este es el caso de la Acción Común 96/700/JAI del Consejo, de 29 de noviembre de 1996 por la que se establece el programa *Stop*, un programa de fomento de iniciativas coordinadas relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, a las desapariciones de menores y a la utilización de los medios de telecomunicación para la trata de seres humanos y la

²⁷⁷ PÉREZ ALONSO, E. *Trafico de personas...op.cit.*, p.174. Vid. también, PICARELLI, J. T. y JONSSON, A. *Fostering Imagination in Fighting Trafficking...op. cit.*

²⁷⁸ En relación a la noción de trata de seres humanos en el Derecho de la UE vid. ORTEGA GOMEZ, M. "La trata de seres humanos en el Derecho de la unión Europea" VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.; OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario...op. cit.*, pp. 1197-1203.

explotación sexual de los niños;²⁷⁹ y especialmente, la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.²⁸⁰

En el marco de este proceso de armonización de las legislaciones penales europeas en materia de trata, el instrumento normativo por antonomasia adoptado por la UE para la luchar contra la trata de seres humanos era la *Decisión marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos sobre la definición, tipificación y sanción del delito de trata*.²⁸¹

2.1.1 La definición, tipificación y sanción del delito de trata: la Decisión marco 2002/629/JAI

Tal y como se expone en el considerando de la *Decisión marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*,²⁸² la actuación de la Unión Europea debe completar el trabajo desarrollado por las organizaciones internacionales, especialmente las Naciones Unidas.

²⁷⁹ Acción común de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L 322 de 12.12.1996, p. 7).

Garantizar la continuidad del programa STOP, que concluye a finales del año 2000; prevenir y combatir la trata de seres humanos y toda forma de explotación sexual de los niños incluida la pornografía infantil. Decisión del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se establece una segunda fase del programa de estímulo, intercambios, formación y cooperación destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (STOP II) (Diario Oficial L 186 de 07.07.2001). Los objetivos del programa son: desarrollar, aplicar y evaluar una política europea, fomentar la creación de redes de información, la difusión de información, la mejora de la investigación científica y técnica, favorecer la participación de los países candidatos a la adhesión a la Unión Europea en las acciones desarrolladas, fomentar la cooperación con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes.

²⁸⁰ DO L 191 de 7.7.1998, p. 4.

²⁸¹ Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DO n° L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

²⁸² Considerando 6: “La actuación de la Unión Europea debe complementar el importante trabajo realizado por las organizaciones internacionales, en particular, las Naciones Unidas”. (DO n° L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

En este sentido, partiendo del concepto jurídico internacional de trata establecido por el Protocolo de Palermo, el objetivo de la Decisión marco es la definición de los elementos de Derecho Penal comunes a todos los Estados miembros en que incluya sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, con el objeto último de armonizar las legislaciones en materia penal consiguiendo así mayor eficacia en la lucha contra el delito.

Este instrumento, cuya aproximación estrictamente punitiva resulta evidente,²⁸³ se limitaba, una vez concretado un concepto de trata de personas, prácticamente coincidente con el Protocolo de Palermo,²⁸⁴ a determinar que la obligación de los Estados miembros respecto a la criminalización de tales conductas incluye la inducción, la complicidad y la tentativa.²⁸⁵ Asimismo, gran parte del articulado de la Decisión marco se dedicaba al establecimiento de un marco sancionatorio tanto para personas físicas²⁸⁶ como jurídicas.²⁸⁷ Por último, la Decisión Marco 2002/629/JAI reservaba tan solo un artículo para la protección y asistencia a las víctimas de este delito, donde se recogen algunas disposiciones para los supuestos en los que las víctimas fueran personas menores de edad, tales como que el delito será perseguible de oficio.²⁸⁸

²⁸³ Pese a los paralelismos temporales y procedimentales en la aprobación de la Decisión marco de la UE y el Protocolo de Palermo aprobado por Naciones Unidas, ambos instrumentos se diferencian en que mientras Naciones Unidas se ha adoptado, aunque en modo parcial, un enfoque victimocentrico ; mientras que en el seno de la Unión Europea hasta la adopción de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la aproximación al fenómeno ha sido criminocéntrico, donde las medidas adoptadas tienen por objeto casi exclusivamente la incriminación de las conductas delictivas. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, pp. 165-167.

²⁸⁴ El concepto de trata que recoge la Decisión Marco en su artículo 1, difiere del contenido en el art. 3 del Protocolo de Palermo, en que incluye entre las conductas típicas “el intercambio o el traspaso de control sobre la persona objeto de trata” y excluye como posible finalidad de explotación la extracción de órganos. Artículo 1 DM (DO L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

²⁸⁵ Artículo 2 DM (DO L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

²⁸⁶ Artículo 3.1. DM (DO L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

²⁸⁷ Artículos 4 y 5 DM (DO L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

²⁸⁸ Artículo 7 DM (DO L 203 de 01/08/2002 pp. 0001 – 0004).

Además, este interés ha cristalizado también en la dotación de una serie de programas que posibilitan la financiación de actividades de investigación sobre el particular, como el programa *Stop*, aunque especialmente relevante resulta el programa *Daphne*²⁸⁹ –que ha alcanzado ya su tercera etapa- así como el Programa de prevención y Lucha contra el Crimen con vigencia en el periodo 2007-2013.

En el ámbito político, como se ha puesto de manifiesto, tanto en el Programa de Tampere (1999-2004) cuanto en el de La Haya (2004-2009) el enfoque utilizado para luchar contra la trata de seres humanos se ha basado en la tradicional relación existente entre la trata y la migración irregular.²⁹⁰

En este contexto, el instrumento más relevante ha sido la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes* (en

²⁸⁹ El programa tiene por objeto aplicar medios destinados a garantizar un elevado nivel de protección de la salud física y mental de los niños, los adolescentes y las mujeres contra la violencia (incluidos los abusos y la explotación sexual) mediante la prevención y la ayuda a las víctimas, para evitar nuevas exposiciones a la violencia. Este programa expiró a finales de 2003, habiendo sido sustituido por el programa *Daphné II*. Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa *Daphne*) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres (DO L 34 de 9.2.2000, p. 1). Este programa constituye la segunda fase del programa *Daphné*. Su objetivo es prevenir y combatir todas las formas de violencia ejercidas contra los niños, los jóvenes y las mujeres mediante la aplicación de medidas preventivas y la prestación de ayuda a las víctimas. También pretende ayudar a las organizaciones que actúan en este ámbito y reforzar su cooperación. Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (DO L 34 de 30.4.2004).

²⁹⁰ En relación a la Decisión Marco y la Directiva vid. OBOKATA, T. "EU Action Against Trafficking of Human Beings: Past, Present and Future" in GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (Eds.) *International and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (The Netherlands) 2006, pp.387-406.

adelante, Directiva de permisos a víctimas de trata)²⁹¹ por la que se introduce en el ordenamiento comunitario un “periodo de reflexión” para las víctimas de la trata extranjeras.

2.1.2 El “periodo de reflexión”: la Directiva 2004/81/CE

La previsión de un periodo de recuperación y reflexión se contempla por primera vez en el Convenio de Varsovia²⁹² y tiene como objeto garantizar a víctima un periodo mínimo de tiempo para poder decidir si quiere o no colaborar con la administración de justicia, antes de que se pueda emprender cualquier acción judicial o legal en la que la víctima se vea involucrada, como por ejemplo la repatriación en el caso de ser nacional de un tercer estado.

Partiendo de esta previsión, la *Directiva 2004/81/CE del Consejo 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* establece que:

“Los Estados miembros garantizarán que se conceda a los nacionales de terceros países interesados un período de reflexión que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos, de forma que puedan decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades competentes”.²⁹³

²⁹¹ Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. (DO L 261 de 6.08.2004, pp.19-23).

²⁹² El artículo 13. 1. del Convenio de Varsovia establece que “Las Partes deberán prever en su legislación interna un periodo de restablecimiento y de reflexión de al menos 30 días cuando existan motivos razonables para creer que una persona determinada es una víctima. Este plazo deberá ser suficiente para que la persona en cuestión pueda restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes y/o pueda tomar, con conocimiento de causa, una decisión en lo relativo a su cooperación con las autoridades competentes. Durante este plazo no podrá adoptarse ninguna medida de extrañamiento a su respecto. Esta disposición se adopta sin perjuicio de las acciones que lleven a cabo las autoridades competentes en cada una de las fases del procedimiento nacional aplicable, en particular durante la investigación y las acciones judiciales respecto de los hechos delictivos. Durante este plazo, las Partes autorizarán la estancia de la persona en cuestión en su territorio”.

²⁹³ Artículo 6.1 de la Directiva 2004/81/CE.

Sin embargo, en un escenario marcado por la lucha contra la migración ilegal relacionada con la delincuencia organizada, el “periodo de reflexión”²⁹⁴ se articula en la Directiva de permisos a víctimas de trata como un mero instrumento sin una duración determinada, un tiempo para que las víctimas extranjeras –esto es no nacionales ni comunitarias- decidan acerca de su colaboración con las autoridades competentes, que les da derecho a un permiso de residencia mientras colabora con las autoridades.²⁹⁵

Concluido el periodo de reflexión o incluso antes de su expiración puede concederse un permiso de residencia especial, que tiene una duración mínima de seis meses, cuya concesión se encuentra condicionada a que la persona haya mostrado una clara voluntad de cooperación y haya roto sus relaciones con los presuntos tratantes o traficantes (art. 8.1).

En todo caso, durante la vigencia de este permiso especial, que puede renovarse si se siguen cumpliendo las condiciones para su concesión (art. 8.3), se garantiza ayuda económica a quienes no posean suficientes recursos y asistencia médica o de otro tipo a las personas que tengan necesidades especiales: mujeres embarazadas, personas discapacitadas, víctimas de violencia sexual u otras formas de violencia y los menores (art. 9) . Además, el titular de un permiso especial tendrá acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación (art. 11) así como podrá acceder a los programas o planes existentes, ofrecidos los Estados miembros o por organizaciones o asociaciones no gubernamentales dirigidos a la recuperación de una vida social normal, que abarcan desde los cursos para mejorar las aptitudes profesionales, hasta la preparación del retorno asistido a sus países de origen (art. 12).

²⁹⁴ El “periodo de reflexión” proviene como veremos del Convenio de Varsovia, donde en el artículo 13 se contempla “un plazo de restablecimiento y reflexión” que habrá de tener una “duración suficiente para que esa persona pueda restablecerse y escapar de la influencia de los traficantes y/o tomar una decisión informada sobre su cooperación con las autoridades competentes”.

²⁹⁵ Artículo 1 Directiva 2004/81/CE.

Sin embargo, el permiso puede retirarse²⁹⁶ en el momento en que deja de colaborar o su colaboración no es necesaria porque el procedimiento penal ha concluido, se aplica la legislación ordinaria de extranjería (art. 13) y la persona que se encuentra en esta situación es abandonada a la víctima a su suerte.

En el caso de los menores, la Directiva de permisos a víctimas de trata establece que deberá ser tenido en cuenta el *interés superior del menor*, por lo se podrá prolongar la duración del período de reflexión y se garantiza el acceso al sistema público de enseñanza (art. 10. a) y b)) En el caso de los menores no acompañados, la Directiva 2004/81/CE exige a los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer su identidad y nacionalidad y el hecho de que no están acompañados. Pondrán todos los medios para encontrar cuanto antes a su familia y adoptarán cuanto antes las medidas necesarias para garantizar su representación jurídica, incluida, en caso necesario, la representación en un proceso penal, de acuerdo con la legislación nacional (art. 10. c).

2.2 Segunda etapa, de 2004 en adelante: la trata como una grave violación de los derechos humanos

Como hemos visto, la tendencia al abordaje represivo a la hora de acometer el fenómeno ha sido la que ha imperado en Europa en los primeros tiempos del diseño de una estrategia común contra la trata de personas. Sin embargo, aunque la influencia de la lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia organizada para terminar contra la trata es aún muy importante, la política comunitaria ha ido poco a poco cambiando de rumbo. Concretamente a raíz de la actividad desarrollada entre 2003 y 2004 por el “Grupo de Expertos en la trata de seres

²⁹⁶ El artículo 14 Directiva 2004/81/CE establece que: “El permiso de residencia podrá retirarse en cualquier momento si dejan de cumplirse las condiciones para su expedición. En particular, el permiso de residencia podrá retirarse en los siguientes casos: a) si el titular reanuda de forma activa, voluntaria y por iniciativa propia las relaciones con los presuntos autores de los delitos a que se refieren las letras b) y c) del artículo 2, o b) si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada, o c) por motivos relacionados con el orden público y la protección de la seguridad nacional, o d) cuando la víctima deje de cooperar, o e) cuando las autoridades competentes decidan desistir de la acción”.

humanos” creado por la Comisión en 2003²⁹⁷ y la publicación de su informe final en 2004;²⁹⁸ donde a través de 132 recomendaciones²⁹⁹ la Comisión formula fundamentalmente dos propuestas: por un lado, la necesidad de integrar la perspectiva de derechos humanos en el marco de la lucha contra la trata;³⁰⁰ y, por otro lado, adoptar una aproximación temática multidisciplinar e integrada.³⁰¹

²⁹⁷ La función esencial de este grupo, creado por la Decisión 2003/209/CE de la Comisión, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado “Grupo de expertos en la trata de seres humanos” (DO L 79 de 26.3.2003, p. 25), era contribuir a la prevención, la lucha contra la trata y la emisión de opiniones en relación con cada iniciativa adoptada por la Comisión en la materia. Con este fin se crea un grupo integrado por 20 especialistas procedentes de las administraciones de los Estados miembros de la UE (7 miembros), cuatro de los entonces Estados candidatos a acceder a la UE así como 9 miembros procedentes de organizaciones intergubernamentales, internacionales y ONGs activas en el ámbito europeo en el campo de la TSH.

Una vez disuelto el Grupo, la Comisión creó, mediante la Decisión 2007/675/CE de 17 de octubre de 2007 (DO L 277 de 20.10.2007, p. 29) un nuevo grupo consultivo integrado por 21 miembros con un plazo de vigencia de tres años, cuya labor ha permitido a la Comisión recabar opiniones sobre las iniciativas europeas relativas a la trata de seres humanos. Teniendo en cuenta la gran utilidad de los trabajos realizados por ambos grupos de expertos desde 2003, la Comisión adopta el 10 de agosto de 2011, la nueva Decisión 2011/502/UE, por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la Decisión 2007/675/CEprocede derogarla y sustituirla (DO L 207, de 12.8.2011, p. 14).

²⁹⁸ Nueve meses después de su constitución, este primer “Grupo de Expertos en la trata de seres humanos” debía presentar un informe a la Comisión con propuestas en relación a la trata de seres humanos. Así, el Grupo de expertos presentó el 16 de septiembre de 2004, una propuesta de informe, que fue públicamente discutida el 26 de octubre de 2004 y entregada definitivamente a la Comisión el 22 de diciembre de ese mismo año. EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report of the Experts Group...op. cit.* pp. 16 y ss.

²⁹⁹ Según SCARPA entre todas estas recomendaciones cabe destacar los números 33, 34 y 35. A saber, la creación de una red europea contra la trata de personas; el establecimiento de un mecanismo individual de reclamación para denunciar los defectos de los Estados en el cumplimiento de obligaciones derivadas del Derecho internacional en relación con los derechos humanos y la previsión de un informador sobre trata de personas en cada Estado miembro, así como una también para el ámbito de la Unión Europea. SCARPA, S. *Trafficking in Human Beings...op.cit.* p. 197.

³⁰⁰ En este sentido, los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, así como de procurar a las víctimas los mecanismos adecuados para superar la situación en la que se encuentran. EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report of the Experts Group...op. cit.* pp. 8-9.

³⁰¹ Para ello, deben abordarse estrategias tendentes a la implementación de soluciones adecuadas a las víctimas de la trata y a su inclusión social con la participación de los grupos afectados como son las ONGs. Dicho

Esta nueva aproximación tiene su plasmación en varias acciones posteriores y ha comenzado a cristalizar en la normativa de la UE.

En relación a las acciones destacamos el Programa de Acción de la Haya aprobado por el Consejo el 5 de noviembre de 2004,³⁰² que en su punto 1.7.1, recomendaba al Consejo y a la Comisión la adopción de un plan de acción contra la trata de personas. Así, el Consejo adopta el 9 de diciembre de 2005, el *Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla*,³⁰³ donde expresamente se reconoce “la importancia de adoptar un planteamiento focalizado en los derechos humanos y en las víctimas”.³⁰⁴

La adopción de este plan confirma el cambio de rumbo en la política seguida para luchar contra la trata como se manifiesta en las acciones adoptadas con posterioridad. En este contexto, ante la falta de un instrumento normativo que refuerce la nueva concepción y que obligue a los Estados miembros a adoptar tal perspectiva -siguiendo la recomendación del Consejo- comienza el proceso de reforma de la Decisión marco 2002/629/JAI con la *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de 2009*.³⁰⁵

enfoque comprende también el procesamiento efectivo de los responsables de la trata; para lo cual es necesario prestar especial atención a la formación, el desarrollo de instrumentos en el área de lavado de dinero y la confiscación de activos de origen delictivo, compensaciones y mecanismos de restitución así como a las estrategias de lucha contra la corrupción. *Ibid.* p. 8.

³⁰² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. COM (2005) 184 final, Bruselas, 10.5.2005.

³⁰³ DO C 311 de 9.12.2005, p. 1/12.

³⁰⁴ En este sentido, entre los principios generales de ejecución del plan, la UE señala que “para hacer frente eficazmente a la trata es preciso un planteamiento integrado, cuya base sea el respeto de los derechos humanos y que tenga en cuenta la naturaleza mundial del fenómeno”. *Ibid.*, p. 1.

³⁰⁵ Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI. COM(2009) 136 final, Bruselas, 25.3.2009.

Sin embargo, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009³⁰⁶ supuso la desaparición de la estructura de pilares y la extensión del anterior proceso de “codecisión” – el actual “procedimiento legislativo ordinario” – a muchos nuevos ámbitos como era el caso de las iniciativas legislativas integradas en el tercer pilar, relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal adoptadas en el marco de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia,³⁰⁷ afectando sustancialmente al proceso de adopción de acuerdos, que requería, no la mera modificación formal de la propuesta ya formulada, sino que esta fuera considerada “caduca”, esto es retirada formalmente y sustituida por una nueva si procede.³⁰⁸

Así, en lugar de la Propuesta de Decisión marco de 2009,³⁰⁹ la Comisión presenta la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI*.³¹⁰ Este proceso culmina con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos.

³⁰⁶ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C83/01 de 30.3.2010, pp. 1-388).

³⁰⁷ Vid. apartado 3.1. *El marco jurídico de la Unión Europea* del Capítulo I.

³⁰⁸ Artículo 1 y 4 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sobre los procedimientos interinstitucionales de toma de decisiones en curso* *Consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sobre los procedimientos interinstitucionales de toma de decisiones en curso*, (COM (2009) 665 final, Bruselas, 2.12.2009). “4) En el caso de algunas propuestas, el Tratado de Lisboa modifica profundamente el marco jurídico. Se trata de las propuestas presentadas por la Comisión con arreglo al Título VI del Tratado de la Unión Europea, que ahora están reguladas por el nuevo Título V del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. En estas propuestas, debido a la naturaleza y ámbito de estos actos, no basta con substituir la base jurídica actual por una nueva. Estas propuestas, ahora “caducas”, serán retiradas formalmente y la mayoría de ellas será sustituida , en el menor plazo posible, por nuevas propuestas en las que se tenga en cuenta el nuevo marco del Tratado de Lisboa (anexo 2)”.

³⁰⁹ Para saber más sobre la Propuesta de *Decisión marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de 2009*, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, p. 211-216.

³¹⁰ COM (2010) 95 final, de Bruselas, 29.3.2010.

2.2.1 Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Como ya hemos apuntado en el Capítulo I³¹¹ el primer instrumento jurídico en el proceso de adopción del enfoque basado en los derechos humanos es la Directiva 2011/36/UE de trata de seres humanos y sustituye a la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Aunque ambas propuestas regulan en profundidad aspectos como la prevención o protección del delito y asistencia a las víctimas, además de la incriminación de conductas delictivas, la Directiva sobre trata es más amplia que la propuesta original de Decisión Marco de 2009³¹². En la Directiva la regulación de aspectos como la asistencia y el apoyo a las víctimas se hallan claramente más desarrollado. Aunque podría pensarse que de adaptar el procedimiento de tramitación de la Decisión al de codecisión, siendo una iniciativa que parte del mismo órgano europeo, el contenido de ambas iniciativas no coinciden en absoluto; en parte porque la Directiva recoge las conclusiones y recomendaciones del Dictamen de octubre de 2010, del Comité Económico y Social Europeo donde se hace especial hincapié en la protección de las víctimas³¹³.

En su Preámbulo, la Directiva 2011/36/UE establece que la trata de seres humanos se considera uno de los delitos más graves a nivel mundial, se la conceptúa como una grave violación de los derechos humanos, una forma de moderna esclavitud y una actividad extremadamente lucrativa para la delincuencia organizada. Partiendo de esta consideración, se anuncia el abordaje de la denominada política de las 3P. Esto es, prevención, protección de las víctimas de persecución o procesamiento de los infractores. Siguiendo con este enfoque global

³¹¹ Vid. el apartado 3.1 del Capítulo I, *Marco Jurídico de la Unión Europea*.

³¹² COM(2009) 136 final, Bruselas, 25.3.2009.

³¹³ DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI" COM(2010) 95 final – 2010/0065 (COD) (SOC/378, 21 de octubre de 2010).

-que reconoce el adoptado ya por el Convenio del Consejo de Europa de 2005- demuestra la consolidación del viraje hacia los derechos humanos también en la normativa de la Unión.

En este sentido, el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE establece que las siguientes infracciones relacionadas con la trata de seres humanos:

1. *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:*

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el raptó, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

2. *Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.*

3. *La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.*

4. *El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.*

5. *Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1.*

6. *A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "menor" cualquier persona menor de dieciocho años.”*

Debe señalarse también que la estructura recuerda en muchos aspectos a la del Convenio de Varsovia. Sin embargo, como se establece en el artículo 1 de la Directiva 2011/36/UE, su objetivo es el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos, aún cuando también busca mejorar la prevención del delito así como la protección de las víctimas.

Así la Directiva dota de mayor relevancia a las disposiciones adoptadas en materia de persecución del delito, al situarlas en primer lugar y presentar una escala más precisa de penas adaptada a la gravedad de las infracciones (art. 4). En este sentido, establecen también una norma competencia jurisdiccional más amplia y vinculante, que obliga a los Estados miembros a enjuiciar a sus ciudadanos y residentes habituales responsables de un delito de trata cometido fuera del territorio de la UE (art. 10).

Respecto a la protección y la asistencia de las víctimas, la Directiva contempla medidas de protección especiales para las víctimas infantiles (arts. 13 a 15) así como un mayor nivel de asistencia a las víctimas, en especial en relación con el tratamiento médico (art. 11). Asimismo, la Directiva 2011/36/UE prevé un alcance más amplio de la disposición relativa a la no imposición de penas a las víctimas por su implicación en actividades delictivas, con independencia de los medios ilícitos empleados por las personas implicadas en la trata de seres humanos (art. 8). En cualquier caso, la asistencia y apoyo a las víctimas previstos en la Directiva sobre trata, entre las que se encuentran la concesión de un período de reflexión y recuperación con arreglo a la Directiva 2004/81/CE,³¹⁴ no se supedita a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o en el juicio (art. 11).

Finalmente, la Directiva también incluye, al igual que el Convenio de Varsovia, la coordinación entre Estados a través de la figura del Coordinador de la Unión Europea para la lucha contra la trata (art. 20).

En todo caso, las ventajas de la Directiva de TSH sobre el Convenio de Varsovia son las condiciones más restrictivas impuestas por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea,

³¹⁴ (DO L 261 de 6.08.2004, pp.19-23).

concretamente en relación a su incorporación al derecho nacional (art. 21) así como la supervisión de su implementación a través de informes de la Comisión (art. 23) y del nombramiento de ponentes nacionales o mecanismos equivalentes (art. 19).

El plazo para transposición de la Directiva 2011/36/UE acababa el 6 de abril de 2013 (art. 22) y, aunque aún la Comisión Europea no ha realizado su informe relativo a la aplicación de la Directiva sobre trata, el pasado 15 de abril de 2013, la Comisaria europea del Interior, Cecilia Malmström, instó a España y otros 13 Estados miembros a transponer "rápidamente" la directiva europea contra la trata de seres humanos porque ofrece "instrumentos legales muy importantes para combatir" un fenómeno "lamentablemente" al alza en Europa.³¹⁵

Precisamente, con la finalidad de apoyar la transposición y aplicación de la Directiva 2011/36/UE surge la "Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de personas (2012-2016)".³¹⁶ Con esta estrategia, la Comisión Europea tiene por objeto la elaboración de una política multidisciplinar y coherente para luchar contra la trata³¹⁷ con la ayuda de los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil en la UE y en los terceros países.³¹⁸ Los

³¹⁵ "Until today only six countries out of the 27 EU Member States (Czech Republic, Finland, Hungary, Latvia, Poland and Sweden) have reported to the European Commission that they have fully implemented these new laws into national legislation". Speech: EU Member States must respond to the increase in human trafficking. EUROPEAN COMMISSION, Speech/13/319: *EU Member States must respond to the increase in human trafficking*, 15/04/2013. (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-319_en.htm, consultada del 24 de octubre de 2013).

³¹⁶ COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012.

³¹⁷ Entre éstos deberán encontrarse agentes de policía, guardias de fronteras, funcionarios de inmigración y asilo, fiscales, magistrados y abogados, funcionarios judiciales, inspectores de vivienda, trabajo, sanidad, asuntos sociales y organizaciones de la sociedad civil, trabajadores de los ámbitos social y juvenil, organizaciones de consumidores, sindicatos, organizaciones de empresarios, agencias de trabajo temporal, agencias de contratación y personal consular y diplomático, así como aquellos que resultan más difíciles de alcanzar, tales como los tutores legales y los representantes legales, y los servicios de apoyo a los menores y a las víctimas. Los voluntarios y las personas que trabajan en situaciones de conflicto también podrían intervenir. *Ibid.*, p. 6.

³¹⁸ Las medidas incluidas en esta Estrategia son el resultado de un examen exhaustivo de las medidas y las políticas ya vigentes, de los trabajos del Grupo de expertos (18), de extensas consultas con los gobiernos, las organizaciones de la sociedad civil, los interlocutores sociales, los académicos, las organizaciones internacionales,

cinco objetivos prioritarios de esta nueva política europea relativa a la trata de seres humanos han sido refrendados por el Dictamen de diciembre de 2012 del Comité Económico y Social Europeo³¹⁹ y son los siguientes: detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos; reforzar la prevención de la trata de seres humanos; perseguir más activamente a los traficantes; mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas; y, por último, conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos.

2.2.2 Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

La experiencia de la Comisión Europea a lo largo de los años ha puesto de manifiesto los problemas a los que se enfrentan las personas cuando se ponen en contacto con las autoridades o las organizaciones competentes para recibir información clara sobre sus derechos de asistencia y de atención sanitaria, su derecho a un permiso de residencia y sus derechos laborales, así como sus derechos en relación con el acceso a la justicia y a un abogado, y sobre las posibilidades de solicitar una indemnización. Partiendo de esta realidad, surge la necesidad de crear mecanismos nacionales en el ámbito de la Unión Europea para orientar, proteger y asistir mejor a estas víctimas, especialmente a las más vulnerables. A saber: las víctimas adultas de la trata de seres humanos, los niños víctimas de la trata de seres humanos, los niños víctimas de abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil.³²⁰

los ponentes nacionales o mecanismos equivalentes y otras partes interesadas. Las opiniones de las víctimas de la trata de seres humanos también se han incorporado a la Estrategia. *Ibid.*, p. 5.

³¹⁹ DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo 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 (SOC/467, 13 de diciembre de 2012).

³²⁰ COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012, p. 8.

En este contexto, y en línea con el compromiso adquirido en la Directiva de trata y en base a los otros instrumentos comunitarios relacionados con la materia³²¹ de abordar las necesidades específicas de las categorías particulares de víctimas de la trata de seres humanos, los abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil, la *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* (en adelante, Directiva de protección a las víctimas)³²² concede especialmente a este grupo de víctimas una serie de derechos muy específicos que tienen por objeto garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y puedan participar también en los procesos penales (art. 1).

Para ello, la Directiva de protección a las víctimas proporciona una definición de "víctima" que engloba a "las personas naturales que hayan sufrido daños (...) causados por un delito penal" y a los "miembros de la familia de una persona cuya muerte ha sido causada por una ofensa criminal".³²³

La Directiva 2012/29/UE se encuentra en vigor desde el 15 de noviembre de 2012 (art. 31) y los Estados miembros tienen como plazo para su transposición hasta el 16 de noviembre de 2015 (art. 27). En todo caso, para dar cumplimiento a lo establecido en la dicha norma, es importante resaltar que en el sentido de esta Directiva protección a las víctimas, una persona es una víctima de un delito independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor y con independencia de la relación familiar que exista entre ellos.³²⁴

³²¹ La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (DO L 338 de 21.12.2011, p. 2.) por la que se establece un mecanismo para el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las medidas de protección en materia penal. y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DO L 335 de 17.12.2011, p. 1).

³²² 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 (DO L 315 de 14.11.2012).

³²³ Art. 2 de la Directiva de protección a las víctimas.

³²⁴ Considerando 19 de la Directiva de protección a las víctimas.

3 Conceptualización de la trata en España

Al igual que en otros Estados de Miembros de la UE, para España la trata de seres humanos ha sido durante años un asunto política exterior y seguridad, enmarcado en el contexto de la prevención internacional del delito, en particular de la delincuencia organizada internacional y la lucha contra la inmigración irregular. Sin embargo, en los últimos años la necesidad de implementar el concepto de trata como una de las más graves violaciones de derechos humanos, ha determinado la connivencia de este modelo con el enfoque de género.

Ambos enfoques como veremos han sido determinantes a la hora de diseñar la prohibición de la trata en España así como la designación del órgano estatal encargado para la coordinación de las actuaciones de la Administración General del Estado en materia de trata y de los planes de acción elaborados para luchar contra el fenómeno.

3.1 Prohibición de la trata

En España, el enfoque legislativo de la lucha contra la trata de seres humanos implica una combinación de sanciones administrativas y penales. Dependiendo de los supuestos, esta dualidad da lugar a la aplicación de cualquiera de las leyes administrativas más importantes relativas a los extranjeros, la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, Ley de extranjería),³²⁵ o a la aplicación de la legislación penal de la materia recogida en el Código Penal español.³²⁶

³²⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, 2/2009, de 11 de diciembre, 10/2011, de 27 de julio, Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013) y por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General de Poder Judicial).

³²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995) Vigencia desde 24 de Mayo de 1996. Última revisión vigente desde 17 de Enero de 2013.

Sin embargo, la mayoría de los casos finalizan en procesos penales, pues la normativa administrativa se aplica solo e en aquellos casos en los que la conducta en cuestión no constituye un delito tipificado en el Código Penal. En todo caso, el ordenamiento jurídico de la lucha contra la trata en España se completa con una serie de normas estatales y autonómicas.

3.1.1 Legislación penal

La tipificación del delito internacional de trata de seres humanos se encuentra recogida desde 2010 en el Título VII bis del Código Penal, titulado “De la trata de seres humanos”, que consta de un solo artículo, el 117 bis que se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 2011.³²⁷ Dicho código recoge, además, una serie de delitos que como veremos subyacen en la trata, como son la *prostitución coactiva*³²⁸, la *pertenencia a una organización criminal*³²⁹, el *homicidio*³³⁰, la *falsedad documental*³³¹ o la *tortura*³³² que en caso de llevarse a cabo entrarían en concurso con el delito del artículo 117 bis CP.

³²⁷ El 1 de enero de 2011 entró en vigor la última reforma del Código Penal español, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Dicha reforma adoptada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio introdujo importantes modificaciones en relación a la trata de seres humanos: por un lado, la tipificación del delito de trata de personas per se con la inclusión del nuevo título VII bis, titulado “De la trata de seres humanos”; y las modificaciones de los artículos 311 y 318 bis del Título XV “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”.

³²⁸ Como afirma Joaquín SANCHEZ-COVISA VILLA, el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, los delitos de prostitución coactiva afectan prácticamente a la totalidad de ciudadanas extranjeras que son víctimas cualificadas de trata de seres humanos. Lo cual hace necesario el seguimiento específico por parte del Ministerio Fiscal de los delitos tipificados en el art. 188 del Código Penal. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op. cit.*, p. 55.

³²⁹ Título XXII del Código Penal, Capítulo VI, *De las organizaciones y grupos criminales*, del artículo 570 bis al 570 quáter.

³³⁰ Título I del Código Penal, *Del homicidio y sus formas*, del artículo 138 al 143.

³³¹ Título XVIII, Capítulo II, *De las falsedades documentales*, del artículo 390 al 399.

³³² Título VII del Código Penal, *De las torturas y u otros delitos contra la integridad moral*, del artículo 173 al 177.

Entre todos ellos, es necesario hacer referencia al delito de *tráfico ilegal* del artículo 318 bis, el más importante en la represión de la trata hasta la entrada en vigor de la reforma del Código Penal español³³³ -adoptada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio- que tenía por objeto la tipificación de la trata tal y como exigen los distintos convenios internacionales firmados y ratificados por España.³³⁴

3.1.1.1 El delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del CP

Con la reforma del 2010 el artículo 177 bis del CP, el único del Título VII (bis) denominado "De la trata de los seres humanos", tipifica por fin el delito la trata de seres humanos como tal y de forma independiente y tiene la siguiente redacción:

«1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

³³³ Aunque el principal motivo de la reforma del CP era incluir el artículo 177 bis, las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio cambiaron también la redacción de los artículos 313 y 318 bis. Por un lado, se ha retirado el actual artículo 313, la referencia a la inmigración clandestina hacia España o cualquier país de la UE, dejando solo el párrafo 2 del antiguo 313 que hace referencia a la emigración en general a cualquier país. Además, la reforma del la LO 5/2010, suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2. del art. 318 bis CP de "explotación sexual".

³³⁴ Como ya se ha apuntado en el apartado 4.2 del Capítulo I relativo al marco jurídico español, el Protocolo de Palermo de 2000 es vinculante para España desde el 28 de enero de 2004 (instrumento de ratificación, BOE núm. 295 de 10/12/2003); y el Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 fue ratificado por España el día 23 de febrero de 2009 (instrumento de ratificación, BOE núm. 219 de 10 de septiembre de 2009). En este mismo contexto, es necesario hacer referencia también al Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; que es vinculante para España desde el 25 de diciembre de 2003 (instrumento de ratificación, BOE núm. 296 de 11/12/2003).

a) *La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*

b) *La explotación sexual, incluida la pornografía.*

c) *La extracción de sus órganos corporales.*

2. *Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.*

3. *El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.*

4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*

a) *Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;*

b) *la víctima sea menor de edad;*

c) *la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.*

5. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevalidándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.*

6. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la*

circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.»

La creación de este nuevo título es fruto de la modificación del Código Penal adoptada por la ya citada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio -en vigor desde el 1 de enero de 2011- en respuesta a los frecuentes llamamientos de la Unión Europea para la armonización de la normativa española relacionada en la lucha contra el tráfico ilegal y la trata de personas al

Derecho de la UE, sobre todo respeto al contenido de la *Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos sobre la definición, tipificación y sanción del delito de trata*.³³⁵ Pero también respuesta a la Sentencia del Tribunal Europeo de la Unión Europea contra España³³⁶ por no haber "adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la *Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*".³³⁷

Esta modificación termina, además, con la discriminación existente respecto de los ciudadanos nacionales y europeos, de cualquiera de los aún 27 Estados miembros de la UE que no podían ser sujetos pasivos de un delito de trata, pues el principal artículo, el artículo 318 bis, hasta la presente reforma en la sanción de este delito se encontraba en el título de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros.³³⁸

3.1.1.2 El delito de tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas del artículo 318 bis del CP.

³³⁵ DO L 203 de 1.08.2002, pp.0001-0004.

³³⁶ Asunto, C-266/08, Sentencia de 14 de mayo de 2009 del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas contra el Estado Español por el incumplimiento de la Directiva 2004/81/CE relativa al Derecho de residencia de los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata. En este sentido, el TJUE añade que el Estado español tampoco ha "comunicado a la Comisión Europea las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad".

³³⁷ DO L 261 de 6.08.2004, pp.19-23.

³³⁸ En este sentido, es importante señalar que según los datos del el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO): el 40% de las víctimas de la trata en España proceden de Rumanía o Bulgaria. No hay datos, sin embargo, de víctimas españolas. CASTAÑO, MJ. "Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case" in VVAA (GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN (eds.) *European Migration and Asylum Policies...op. cit.*, pp.197-198.

El artículo 318 bis, incluido dentro del Título XV del Código Penal que hace referencia a los “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”,³³⁹ recoge el delito de *tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas* y constituye la respuesta del gobierno español a la necesidad de implementar el contenido de la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,³⁴⁰ concretamente de su artículo 1.³⁴¹

Así el tipo básico de inmigración clandestina de personas del Código penal queda establecido de la siguiente manera:

“El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.”³⁴²

Sin embargo, tal y como se configura en el artículo 318 bis del CP, el delito de tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas no se identifican³⁴³ ni con el contrabando de personas ni

³³⁹ El Título XV del Libro II fue introducido por Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12 enero) y el artículo 318 bis fue redactado por el número trece del artículo primero de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, 30 septiembre).

³⁴⁰ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 de 05.12.02)

³⁴¹ El artículo de la Directiva 2002/90/CE tipifica de modo general la infracción de ayudar a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares:

“1. Los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas:

a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros;

b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.

2. Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.”

³⁴² Artículo 318 bis. 1 del Código Penal.

con la trata de seres humanos. Por un lado, la figura del artículo 318 bis no contempla el elemento subjetivo –el ánimo de lucro- que caracteriza el contrabando de personas definido en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes de Naciones Unidas,³⁴⁴ ya que el ánimo de lucro solo aparece como una circunstancia calificadora del un tipo agravado.³⁴⁵ Tampoco puede equipararse el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina del Código penal con el delito de trata de seres humanos adoptado en el marco del Derecho internacional, ya que no recoge los medios comisivos integradores de la trata ni el elemento subjetivo que lo integra, esto es la finalidad de explotación en cualquiera de sus manifestaciones.³⁴⁶

3.1.2 Legislación administrativa

³⁴³ Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la inclusión del artículo 318 bis en el Código Penal tenía por objeto la trasposición de la Directiva 2002/90/CE del Consejo y la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Con esta finalidad el legislador español se unifica el tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, confundiendo ambas modalidades delictivas concernientes a los desplazamientos territoriales o movimientos ilegales de personas previstos en el Derecho internacional en una entidad de difícil conceptualización. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op. cit.*, p. 11.

³⁴⁴ Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

³⁴⁵ Concretamente el apartado 2 del artículo 318 bis del CP establece que: “Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior”.

³⁴⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op. cit.*, p. 12. Los medios comisivos implica el empleo de medios coercitivos, fraudulentos y, también, la utilización de medios de carácter abusivo, Vid. en este sentido, el apartado 2.2 del Capítulo II.

Hasta la reforma de 2009,³⁴⁷ el artículo 54 de la Ley de extranjería era la norma principal administrativo que cubría todas las posibles situaciones implican extranjeros implicados en la inmigración ilegal y el tráfico ilegal de seres humanos y contó con la conducta administrativa considerada muy grave fallas.³⁴⁸

Sin embargo, en el año 2009 se modifica sustancialmente la legislación de extranjería para incorporar la Directiva 2004/81/CE de permisos a víctimas de trata.³⁴⁹

3.1.2.1 La Ley de extranjería

En este contexto, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre introduce el artículo 59 bis, *Víctimas de la trata de seres humanos*³⁵⁰ que recoge la obligación estatal identificar a las víctimas de la trata:

“Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del

³⁴⁷ La modificación adoptada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 299, de 12 /12/ 2009, pp. 104986-105031.

³⁴⁸ Artículo 54, 1. b) de la LOE “Son infracciones muy graves: Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”.

³⁴⁹ DO L 261 de 6.08.2004, pp.19-23.

³⁵⁰ Artículo 59 bis. 1. Víctimas de la trata de seres humanos. (Introducido por la Ley Orgánica 2/2009 y redactado conforme a la Ley Orgánica 10/2011)

5. Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.

6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos.

Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005".³⁵¹

Asimismo, con el objetivo de priorizar la protección a las víctimas y la lucha contra el delito de TSH frente a la persecución de la inmigración irregular, el legislador español recoge el período de restablecimiento y reflexión, por el cual se concede a las víctimas un plazo de 30 días durante el cual poder decidir si desean o no cooperar con las autoridades. En 2011, el artículo 59 bis fue reformado por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio,³⁵² con el fin de ampliar la protección que se dispensa a las mujeres³⁵³ víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al explotador, extendiéndose también a los hijos de la víctima y a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares.³⁵⁴

³⁵¹ Artículo 59 bis. 1. Víctimas de la trata de seres humanos de la Ley de extranjería. (Introducido por la Ley Orgánica 2/2009 y redactado conforme a la Ley Orgánica 10/2011)

³⁵² Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE num.: 180, 28/07/2011, pp: 85346-85349)

³⁵³ En este sentido, el artículo 1 de la L.O. 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («B.O.E.» 28 julio). Vigencia: 29 julio 2011 introduce también el artículo 31 bis, *Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género*, donde se establece que la mujer extranjera que se halle en la situación de violencia de género y en situación irregular “podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género” (art. 31 bis apartados 2 y 3). Dicha autorización provisional también podrá extenderse, si es caso, a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia (art. 31 bis apartado 3).

³⁵⁴ Artículo 59 bis apartados 2 y 3 de la Ley de extranjería y el artículo 31 bis apartado 3 de la misma Ley, donde se establece que “la autorización provisional también podrá extenderse, si es caso, a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia”

“2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

En todo caso, prevalece el enfoque de la persecución del delito ya que a las víctimas de trata identificadas que colaboraren en las investigaciones y procesos judiciales, se les ofrece un permiso de residencia de un año,³⁵⁵ renovable por dos años si la víctima logra conseguir un empleo durante ese primer año.³⁵⁶ Si la víctima asegura con éxito la segunda renovación de un

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período. Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

3. El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

³⁵⁵ Artículo 59 bis apartado 4 de la Ley de extranjería: “La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y 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, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente. En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.”

³⁵⁶ Artículo 72 del Reglamento de extranjería, *Efectos de la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena* establece que: “La renovación de la autorización de residencia y trabajo por

total de cinco años, pueden obtener la residencia larga duración en España,³⁵⁷ o incluso si cumple los requisitos la residencia de larga duración-UE.³⁵⁸

Asimismo, la aproximación a la trata desde la lucha contra la inmigración irregular se constata ante las lagunas existentes en los procesos de identificación de las víctimas de la trata,³⁵⁹ que incrementan la probabilidad de que éstas sean tratadas como inmigrantes ilegales y expulsadas del territorio español (art. 57 de la LOEX) por ser responsables de una infracción muy grave que consiste en:

“Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”.³⁶⁰

A este tenor, el gobierno español tiene por objeto fomentar la colaboración en las investigaciones y procesos judiciales contra las redes organizadas de las personas en situación irregular inmersas en los procesos de tráfico, que en base al artículo 59 de la LOEX, pueden obtener un permiso de residencia al tiempo que cooperan con las autoridades competentes.³⁶¹

cuenta ajena se hará por un periodo de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, y permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior”.

³⁵⁷ Capítulo I del Título VI del RELOEX, *La residencia de larga duración* (arts. 147-150).

³⁵⁸ Vid. el Capítulo II del Título VI del RELOEX, *La residencia de larga duración-UE* (arts. 151 a 153) acerca de las condiciones y requisitos relativas al estatuto de residentes de larga duración establecido en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO CL16/44 de 16.1.2004).

³⁵⁹ Vid. en este sentido el Capítulo III, *La protección internacional de la trata*, apartado 4, *La protección de las víctimas*.

³⁶⁰ Artículo 54. 1 d) de la LOEX.

³⁶¹ Artículo 59. 1 LOEX, *Colaboración contra redes organizadas*: “El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes,

En cualquier caso, el permiso de residencia se termina cuando una decisión judicial que finaliza el proceso y la ley general de extranjería se aplica a la víctima.³⁶²

El procedimiento a seguir para la identificación de víctimas de trata y el ofrecimiento del periodo de restablecimiento y reflexión se desarrolla³⁶³ como veremos en el Reglamento de la Ley de Extranjería.³⁶⁴

Finalmente, en el marco del Derecho administrativo relativo a la trata de seres humanos es necesario hacer referencia a la Circular sobre los criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.³⁶⁵

3.1.2.2 El Reglamento de extranjería

Las condiciones para la identificación de las potenciales víctimas de la trata, la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión así como la autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos se encuentra

proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores”.

³⁶² Vid. Capítulo III, *Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas*, del RELOEX (artículos 135 al 139).

³⁶³ Durante el proceso de modificación del Reglamento de la Ley de extranjería, el procedimiento de identificación de víctimas de trata y concesión del periodo de restablecimiento y reflexión se encontraba regulado por la *Instrucción 1/2010 de la relativa a la aplicación transitoria a las víctimas de la trata de seres humanos del artículo 59.bis de la LO 4/2000* aprobada por el Departamento de Seguridad del Estado.

³⁶⁴ El actual Reglamento de la Ley de extranjería, fue aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE num. 103, de 30/04/2011, Sección 1, pag. 43821) en su redacción dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo, BOE núm. 98 de 24 de abril de 2013. Corrección de errores del RD 557/2011, de 20 de abril, de BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011.)

³⁶⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op. cit.*, pp. 20-25.

regulada en el Capítulo IV del citado Reglamento de extranjería aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.³⁶⁶

La entidad encargada de centralizar la lucha contra la trata de personas en España es la Unidad de Lucha contra las Redes de Inmigración y Falsificación de Documentos (en adelante, UCRIF), que es la responsable de identificar a las víctimas de los actos ilegales cometidos como resultado directo de ser víctimas de la trata.³⁶⁷ Una vez identificada la víctima, “solo si se considera que existen motivos razonables”,³⁶⁸ la UCRIF tiene un plazo de 48 horas a fin de someter la propuesta de un período de recuperación y reflexión a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se hubiera realizado la identificación. La autoridad competente tiene un plazo de 5 días para resolver o de veinticuatro horas si la víctima se encontrara ingresada en un Centro de Internamiento de Extranjeros (art. 142. 3 RELOEX).

Durante el periodo de restablecimiento y reflexión, la UCRIF es también la encargada de garantizar la seguridad y protección de la persona así como de que conozca las medidas asistenciales previstas.³⁶⁹ Las bases de coordinación y actuación de las instituciones y administraciones con competencias relacionadas se regula en el Protocolo Marco de Protección

³⁶⁶ El Capítulo IV, titulado *Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos*, abarca los artículos 140 a 146 donde se abordan además, la exención de la responsabilidad de estas víctimas a los efectos de archivar el procedimiento, o de revocar su expulsión o devolución (art. 143), el retorno asistido a su país de procedencia (art. 145) y las particularidades del proceso en el caso de que las víctimas sean menores de edad (art. 146).

³⁶⁷ Art. 141 RELOEX, *Identificación de las potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos*.

³⁶⁸ En este sentido, el art. 142.1 RELOEX establece que. “la propuesta será favorable cuando estime que existen motivos razonables para creer que el extranjero es víctima potencial de trata de seres humanos y, en tal caso, incluirá la duración del periodo de reflexión, que será de al menos treinta días y, en todo caso, suficiente para que el extranjero pueda restablecerse y decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal”.

³⁶⁹ Art. 142. 7 RELOEX.

de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, de octubre de 2011³⁷⁰ adoptado por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración, de Justicia, de Seguridad y de Igualdad en 2011.³⁷¹

3.1.3 Otras normas

El sistema de protección de las víctimas de trata del ordenamiento jurídico español se completa con la ley que salvaguarda la seguridad de testigos y peritos que colaboran con la justicia, Ley Orgánica 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales;³⁷² la normativa que regula la concesión de la protección internacional a las víctimas de la trata, Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria,³⁷³ y por último, la

³⁷⁰ El Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial. (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>)

³⁷¹ Artículo 140 RELOEX, *Coordinación de actuaciones*.

³⁷² Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. (BOE de 24/12/1994, en vigor desde 25/12/ 1994).

³⁷³ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE núm. 263 de 31/10/ 2009, en vigor desde 20/11/ 2009), que contempla la trata como una situación de vulnerabilidad específica a tener en cuenta en la solicitud de protección internacional. En este sentido el artículo 46 de la Ley de Asilo establece que:

“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 monoparentales 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.

2. Dada su situación de especial vulnerabilidad, se adoptarán las medidas necesarias para dar un tratamiento diferenciado, cuando sea preciso, a las solicitudes de protección internacional que efectúen las personas a las que se refiere el apartado anterior. Asimismo, se dará un tratamiento específico a aquellas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la presente Ley.

3. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”.

normativa que tiene por objeto actuar contra todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, que incluye la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³⁷⁴ así como la normativa autonómica relativa a la prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género donde se hace referencia al tráfico o utilización de mujeres con fines de explotación sexual prostitución y comercio sexual.³⁷⁵

Este elenco de normas, junto con la regulación de la trata en el Código Penal y en la Ley de Extranjería, corroboran que las acciones contra la trata de personas en España se centran en la persecución de la inmigración irregular y la lucha contra la violencia de género, concretamente en los casos de trata de mujeres extranjeras para fines de explotación sexual.³⁷⁶

3.2 Coordinación de las actuaciones en el ámbito estatal

Como hemos apuntado, en España la necesidad de integrar la trata como una de las más graves violaciones de derechos humanos ha supuesto la adopción del llamado enfoque de

³⁷⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313 de 29.12.2004, en vigor desde 28.1.2005).

³⁷⁵ En Canarias la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género (BOE núm. 162, de 8.7.2003); en Cantabria I Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas (BOC nº 70, de 12.4.2004); en la Comunidad de Madrid, la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 52, de 2.3.2006); en Aragón de la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón (BOE núm. 141 de 13.6. 2007); en Galicia, la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (BOE núm. 226 de 20.9.2007); y en Cataluña, la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (BOE núm. 131, 30.5.2008).

³⁷⁶ Vid. en este sentido el informe presentado por el Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres humanos para España, GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain* (First evaluation round) Strasbourg, 27 September 2013 (GRETA(2013)16)

(http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf) p. 19.

violencia de género³⁷⁷. Por lo que en origen el primer órgano gubernamental encargado del desarrollo de las políticas relativas a la trata de personas era el Ministerio de Igualdad; creado en 2008 durante la IX Legislatura bajo la presidencia de José Luis Rodríguez Zapatero (PSOE), este Ministerio tenía el objetivo de impulsar las políticas sociales recogidas en la Ley para la Igualdad y en la Ley Integral contra la Violencia sobre la Mujer, así como los programas sociales del Instituto de la Mujer y del Instituto de la Juventud.³⁷⁸

Sin embargo, el 20 de octubre de 2010, en una remodelación del Gobierno, el Ministerio de Igualdad fue suprimido y su estructura pasó a formar parte del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España,³⁷⁹ conformando la nueva Secretaría de Estado de Igualdad. En el marco de este nuevo contexto, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género pasa a ser la instancia gubernamental responsable de proponer las políticas del Gobierno contra las distintas formas de violencia de género así como de impulsar, coordinar y asesorar acerca de todas las medidas que se lleven a cabo en esta materia.³⁸⁰

3.3 Planes de acción

El primer instrumento que tiene como objetivo la planificación de la lucha contra la TSH con fines de explotación sexual en España es el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual 2009 – 2012, aprobado por el Consejo de Ministros el

³⁷⁷ En este sentido vid. el apartado 1.2 del Capítulo III, *La perspectiva de la trata desde la violencia de género*.

³⁷⁸ El Ministerio recogía las competencias de Igualdad que en la VIII Legislatura de España tenía el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el cual pasó a llamarse Ministerio de Trabajo e Inmigración. La persona escogida por el Presidente del Gobierno para dirigir este Ministerio de nueva creación fue Bibiana Aído.

³⁷⁹ Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE, Núm. 255 Jueves 21 de octubre de 2010 Sec. I. Pág. 88340) concretamente en su artículo 15.

³⁸⁰ En la actualidad el titular del Centro Directivo es Blanca Hernández Oliver a la que corresponde el impulso de la coordinación en el ámbito de la Administración General del Estado en materia de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la cooperación con las instituciones y Administraciones competentes para la atención y protección de las víctimas. Asimismo, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género es la encargada de la sensibilización, la prevención, la elaboración de los planes y protocolos de actuación, etc. que se adopten en materia de trata en España. Web oficial del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad: <http://www.msssi.gob.es/organizacion/ministerio/organizacion/SEssi/dgvgf.htm>, consultada el 16/5/2013.

12 diciembre de 2008 en el marco del entonces Ministerio de Igualdad. Dicho Plan se completa con las medidas contra la trata de niñas y niños incluidas en el II Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y Adolescencia (2006-2009), aprobado en diciembre de 2005 por el Observatorio de la Infancia.

El Plan Integral recoge sesenta y una medidas divididas en tres ejes principales que pretenden sensibilizar a la sociedad frente a la trata; combatir sus causas a través de políticas activas de cooperación con los países de origen, tránsito y destino; contar con la participación de las organizaciones no gubernamentales para el desarrollo de medidas desde una perspectiva integral; asegurar la asistencia y protección a la víctima, y luchar decididamente contra los traficantes y proxenetas.

El plan prevé, además, la creación de un Grupo Interministerial de Coordinación del Plan en el que están representados los Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, del Interior, Justicia, Empleo y Seguridad Social y Asuntos Exteriores y Cooperación, y al que atribuye el seguimiento y evaluación del Plan y establece que, entre otras funciones, la obligación de elaborar una Memoria anual³⁸¹. Tras la desaparición del citado Ministerio, la aplicación y evaluación del Plan se ha convertido en una competencia del Delegado del Gobierno para la violencia de género y se ha constituido el Foro Social contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, integrado por Administraciones públicas y ONGs.³⁸²

³⁸¹ Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual 2009 – 2012 (http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf)

³⁸² El Foro Social contra la Trata está compuesto por representantes de las siguientes entidades: en primer lugar, representantes de las instituciones que forman el Grupo Técnico Interministerial de Coordinación del Plan Integral contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; en segundo lugar, dos personas en representación de las CCAA y Ciudades Autónomas, designadas por las personas responsables de los organismos de igualdad autonómicos, elegidas mediante sorteo; tercero una representación de la FEMP; y por último, representantes de instituciones y ONGs. A saber, una persona en representación de ACNUR; una persona en representación de la OIM; un máximo de 5 personas de la Red Española contra la trata de personas; una persona en representación de Cruz Roja Española; una persona en representación de Médicos del Mundo; una persona en representación de la Plataforma por la abolición de la prostitución; Una persona en representación de Cáritas; una persona en representación de ACCEM; una persona en representación de la Federación de Mujeres Progresistas; una persona en representación del Foro de Integración social de Inmigrantes; una persona en representación de la

En el ámbito económico, la aplicación del Plan para luchar contra la trata cuenta con un presupuesto de 2 millones de euros en proyectos de atención y ayudas sociales a mujeres víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.³⁸³

Sin embargo, los resultados de los cuatro Informes de Seguimiento elaborados hasta la fecha³⁸⁴ evidencia la ineficacia de un enfoque que identifica la TSH con la violencia de género.³⁸⁵

Plataforma por la Infancia; dos personas en representación del Consejo de Participación de la Mujer (Foro social contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Reglamento de Funcionamiento Interno, on line: <http://www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/foroSocial/DOC/ReglamentoForoSessi2012-2013.pdf>)

³⁸³ Artículo 6 de la Orden del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad 1839/2012, de 2 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a proyectos de atención y ayudas sociales a mujeres víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2012 (BOE Núm. 199 Lunes 20 de agosto de 2012 Sec. III. Pág. 59901) Dicho artículo 6 establece que: “Las subvenciones que se concedan de acuerdo a esta Orden se financiarán con cargo a la aplicación presupuestaria 26.22.232C.484 del presupuesto de gastos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para el ejercicio 2012, con un importe máximo de 2.000.000,00 de euros”. (<http://www.boe.es/boe/dias/2012/08/20/pdfs/BOE-A-2012-11040.pdf>)

³⁸⁴ IV Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2012 (http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf) ; III Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2011 (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2011Cst.pdf>) ; II Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2010 (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2010Cst.pdf>); y el I Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2009 (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2009Cst.pdf>)

³⁸⁵ A modo de ejemplo, en el II Informe de Seguimiento, el Gobierno español identificó 1.301 víctimas de la trata en España mientras que la cifra que maneja la Red Española contra la Trata de seres humanos alcazaba

Finalmente, en el contexto español de la lucha contra la trata es necesario hacer referencia a la Red Española contra la Trata de Personas, una red compuesta por organizaciones nacionales e internacionales que trabajan en el ámbito de la lucha contra la trata de personas en España: Accem,³⁸⁶ Proyecto ESPERANZA,³⁸⁷ Amnistía Internacional, Médicos del Mundo, Women's Link Worldwide, CEAR, Cruz Roja Española, OIM y con la colaboración de la Delegación Española del ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados). Actualmente, participan y colaboran más de 20 entidades no gubernamentales y organismos internacionales.³⁸⁸

Aunque España haya tipificado el delito de trata según los estándares mínimos establecidos por la normativa internacional relativa a la lucha contra la TSH.³⁸⁹ La prohibición de la trata en España tiene pendiente la adopción del enfoque de derechos humanos, ya que no ha implementado ni el contenido del Convenio de Varsovia ni el de la Directiva sobre trata de personas. En este sentido, el informe presentado por el Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres humanos (GRETA)³⁹⁰ relativo a la implementación del Convenio del

cerca de 50.000 personas víctimas de la trata. U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2010* (<http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2010/142761.htm>) p. 299-301.

³⁸⁶ Vid. n.: 151.

³⁸⁷ Vid. n.: 150.

³⁸⁸ Vid. Web de la Red Española contra la Trata de Personas: <http://www.redcontralatrata.org/>, consultada el 21/10/2013.

³⁸⁹ Vid. EUROPEAN NGOs OBSERVATORY ON TRAFFICKING, EXPLOITATION AND SLAVERY, E-notes. *Report on implementation of anti-trafficking policies and intervention in the 27 EU Member States from a human rights perspective (2008-2009)*, Associazione on the Road, Teramo, 2010, pp. 204-206. U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2013*, pp. 339-340.

³⁹⁰ Este es el mecanismo de control establecido por el Convenio de Varsovia que consta de dos pilares: un organismo técnico, (GRETA) un órgano más político, que es el Comité de las Partes (art. 36 y 37 respectivamente). GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain* (First evaluation round) Strasbourg, 27 September 2013 (GRETA(2013)16) (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf) y Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, *Recommendation CP(2013)10 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, adopted at the 12th meeting of the Committee of the Parties on 7 October 2013

Consejo de Europa de Lucha contra la Trata de Seres Humanos recomienda al Estado español mejorar la lucha contra el fenómeno desde la identificación³⁹¹ pasando por la protección³⁹² y la asistencia;³⁹³ y por su parte, como ya se ha señalado la Comisión Europea y la oficina de estadística de la Comisión, el EUROSTAT la necesidad de transponer al derecho interno el contenido de la Directiva 2011/36/UE.³⁹⁴

(http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/CommitteeParties/Recommendations/CP_2013_10_ESP_en.pdf)

³⁹¹ Según el GRETA, las iniciativas adoptadas para la prevención de la TSH se han limitado a elevar la concienciación de la trata con fines de explotación sexual. Sin embargo, GRETA subraya la necesidad de actividades de sensibilización para abordar otros tipos de explotación, en particular la explotación laboral en sectores de alto riesgo de la economía (trabajadores temporeros en la agricultura, la industria textil, el trabajo doméstico, la construcción, la hostelería o restauración, etc. así como la trata de niños y el TSH de nacionales españoles. (pp. 32-36) Por último, también en relación a la identificación de las víctimas de la TSH, el GRETA observa que el papel de las ONGs se limita a informar de posibles casos de trata a la policía, a ofrecer asesoramiento de posibles casos de trata a la policía, a ofrecer asesoramiento jurídico y a aportar información para que ésta pueda ser tenida en cuenta para tomar la decisión sobre la identificación. (p. 18) GRETA, *Report concerning the implementation...op.cit.*

³⁹² En relación a la protección el GRETA subraya que el periodo de restablecimiento y reflexión debe concederse no solo a las víctimas identificadas sino también cuando haya motivos razonables para pensar que pueden ser víctimas de trata.(p. 47) Asimismo, el GRETA acoge con satisfacción que se conceda a las víctimas de trata un permiso de residencia temporal no solo en función de la cooperación con las autoridades sino también en base a su situación personal, aunque los criterios de concesión carecen de claridad. (p. 50-52) Debe mejorarse también el acceso a la indemnización, (p. 53-54) las expulsiones deben ser evitadas (p. 55-56) y es necesario formara a jueces y fiscales en relación a la aplicación de la normativa de trata y más concretamente en relación a la cláusula de exención de la responsabilidad penal. (p. 59) GRETA, *Report concerning the implementation...op.cit.*

³⁹³ En cuanto a la asistencia, GRETA acoge con satisfacción la oferta de servicios de asistencia a disposición de las mujeres víctimas de la trata con fines de explotación sexual, pero insiste en la necesidad de prestar asistencia adecuada a otras víctimas de trata. Haciendo especial hincapié en la asistencia a los niños víctimas de la trata independientemente del tipo de explotación que hayan sufrido. (pp. 42-46) Además, pese a la existencia del Protocolo Marco aún debe hacerse efectiva su plena aplicación en la práctica aumentando el nivel de coordinación entre los organismos públicos a nivel estatal y regional (en particular entre las fuerzas policiales nacionales y regionales) así como la cooperación entre las autoridades competentes y la sociedad civil. (pp. 13-15) GRETA, *Report concerning the implementation...op.cit.*

³⁹⁴ EUROSTAT, *Trafficking in human beings*, Luxemburgo, 2013, p. 17.

4 Conclusiones

Etimológicamente la palabra trata vincula dos términos presentes en las distintas fases del proceso de conceptualización del fenómeno: el comercio y la esclavitud.

Si bien, originariamente la trata se asimila con el comercio de mujeres para la prostitución –la llamada *trata de blancas*– la fijación de un nuevo concepto de trata de seres humanos más amplio y claro en el Protocolo de Palermo tenía por objeto asumir la trata de seres humanos como el equivalente moderno de la trata de esclavos del siglo XIX.

Según este concepto la trata se configura como un delito que consiste en la captación y el transporte de personas, por medio de amenaza, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad con el fin de su explotación en alguna de las actuales formas de explotación; que incluyen como mínimo, la explotación sexual, la explotación laboral, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.

Partiendo de esta consideración, se anuncia el abordaje de la denominada política de las 3P. Esto es, prevención, protección de las víctimas y persecución o procesamiento de los infractores de este delito. Sin embargo, en la aplicación de la normativa contra la trata domina, como ha visto, el enfoque basado en la persecución del delito.

En el marco de este planteamiento, la adopción del Convenio de Varsovia surge la necesidad de abordar el fenómeno de la trata como una de las más graves violaciones de los Derechos humanos y desde una perspectiva global, que abarque todas las formas de trata de seres humanos y su peso en la actividad económica internacional así como a todas las posibles víctimas en la protección internacional contra la trata de personas. Las aportaciones más importantes del Convenio de Varsovia al proceso de conceptualización del delito de trata son: que deja de ser un delito transnacional, pues la fase de transporte no requieren el cruce de una frontera; que no requiere el reclutamiento o la captación de la víctima por parte de una organización criminal; y que establece una definición jurídica internacional de la trata de menores –distinta de la trata de adultos– que requiere sólo un acto (traslado, venta, recepción,

etc..) realizado con el propósito de someterlos a explotación y sin la necesidad de demostrar ningún medio como el engaño, la coacción o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Asimismo, aunque a efectos prácticos no suponga un avance cualitativo en la identificación de las víctimas, el Convenio de Varsovia incluye una definición de víctima dentro del propio concepto del delito.

En este contexto, la adopción de la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos representa la consolidación del viraje hacia los derechos humanos de las estrategias y políticas europeas en materia de trata orientadas, hasta ese momento fundamentalmente, a la lucha contra la inmigración irregular y el crimen organizado. La Directiva recoge normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones del Convenio de Varsovia para ser incorporadas al derecho nacional según las impuestas por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, más estrictas que las del Convenio de Varsovia. Además, la regulación de la asistencia y protección a las víctimas en la Directiva 2011/36/UE se encuentran más desarrollados que en el Convenio de Varsovia; en cualquier caso, además de dimensión normativa de la Directiva de trata de seres humanos es necesario resaltar las implicaciones su dimensión jurisdiccional, ya que su aplicación y correcta interpretación es competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Sin embargo, a pesar de que la Directiva 2011/36/UE es sin duda un paso decisivo en el proceso de “positivización” del modelo de protección relativo a la prohibición de la trata en el ámbito de la Unión Europea, la principal norma de la UE relativa a la trata de seres humanos no aporta una definición de víctima de la trata ni concreta el contenido de las formas de explotación recogidas por la Directiva de trata de seres humanos. Por lo que la identificación de las víctimas de la trata continúa siendo una labor exclusiva de cada Estado parte sobre la base de los tratados internacionales existentes en la materia y a su propio derecho interno.

España, tradicionalmente, ha asumido la trata como un fenómeno directamente relacionado con la lucha contra la migración irregular. Sin embargo, la necesidad de adoptar las medidas impuestas por los instrumentos europeos para la prohibición de la trata de seres humanos a partir del enfoque de derechos humanos ha sido traducida siguiendo un enfoque de

violencia de género. Así las iniciativas adoptadas en España para luchar contra la trata se encuentran limitadas a la trata de mujeres extranjeras con fines de explotación sexual³⁹⁵ y no abordan otros tipos de explotación, como la explotación laboral en sectores de alto riesgo de la economía -trabajadores temporeros en la agricultura, la industria textil, el trabajo doméstico, la construcción, la hostelería o restauración- así como la trata de niños y el TSH de nacionales españoles.³⁹⁶

En todo caso, el concepto de trata ha ido evolucionando con el paso del tiempo hasta configurarse como una de las más graves violaciones de los derechos humanos. Con que quedaría, al menor a priori, contestada nuestra primera pregunta de investigación: ¿Cómo recoge la norma internacional la trata de seres humanos? ¿Lo recoge simplemente como un delito internacional o bien como una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona?

Sin embargo, para poder terminar de contestar a esta pregunta es necesario profundizar un poco más en las obligaciones que impone esta aproximación, por lo que el siguiente Capítulo de encuentra dedicado al estudio de la trata desde la perspectiva de los derechos humanos.

³⁹⁵ GRETA, Report concerning the implementation...*op.cit.*, p. 19.

³⁹⁶ *Ibid.*, pp. 32-36.

CAPÍTULO III. LA TRATA DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

“It has been said very often, but I want to be very clear: trafficking in human beings is a gross violation of human rights. It inflicts severe and often long-lasting harm on the most vulnerable people of our societies, those who most need and deserve our protection and support. It is, simply, unacceptable that this form of slavery still exists in the EU”.

(Cecilia Malmström, Comisaria europea de asuntos de interior, *Speech13/490*, Bruselas, 31 de mayo de 2013).³⁹⁷

La línea tradicional del Derecho internacional, la perspectiva más trascendente y generalizada entre la doctrina especializada en la materia, sitúa la trata de seres humanos en la protección histórica de los derechos humanos;³⁹⁸ que es el enfoque adoptado por la política de

³⁹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *SPEECH/13/490 EU Civil Society Platform against Trafficking in Human Beings*, Brussels, 31/05/2013 (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-490_en.htm , consultada el 21/10/ 2013).

³⁹⁸ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human Beings*. All roads led to America, Prague, Westport/Connecticut/London, 2007, p. 28. GARCIA, E.; GORTAZAR, C.; OBREGÓN, A “Trafficking in and Smuggling of Human Beings: The Spanish Approach” in GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (Eds.) *International and Criminal Law in the European Union...op.cit.*, pp.277-278. Vid. En este sentido también, OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*

la Unión Europea para luchar contra la trata desde la adopción de la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos.³⁹⁹

Este capítulo tiene por objeto el análisis de la trata desde la perspectiva de derechos humanos. Para poder comprender mejor dicho alcance, dedicamos una primera parte del Capítulo al repaso de otros enfoques con los que habitualmente se ha querido abordar el fenómeno de la trata: la aproximación desde la de migración irregular, desde la de violencia de género y, también, desde el crimen organizado.

El segundo apartado del Capítulo se dedica específicamente a presentar la aproximación de derechos humanos. Concretamente, el modo en el que dicha perspectiva identifica la raíz del problema; esto es, como una grave violación de los derechos fundamentales de las personas. Y, por otra parte, los principios y normas del Derecho internacional de los derechos humanos que constituyen la base de la estrategia de esta perspectiva así como su aplicación en cuanto a normas de Derecho internacional.

1 La perspectiva de derechos humanos frente a otras perspectivas

La complejidad del fenómeno de la trata de seres humanos ha favorecido la existencia y convivencia de distintas aproximaciones al problema. La trata de personas como un asunto de inmigración irregular o bien como una forma de violencia de género; las aproximaciones que identifican la raíz de la cuestión en las actividades del crimen organizado o aquellas que ven la trata como una de las más graves formas de violación de los Derechos humanos y la dignidad.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Vid. Capítulo II, apartado 3.2. *Segunda etapa, de 2004: la trata como una grave violación de los derechos humanos.*

⁴⁰⁰ En este sentido, es interesante señalar el análisis que hace VILLACAMPA ESTIARTE de las distintas perspectivas, centrándose sobre todo en las aproximaciones existentes desde el Derecho internacional. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, pp. 145-170.

Alguna de las aproximaciones no son excluyentes ni deben serlo, pero es importante conocer que perspectiva recoge la clave del problema.

Todas tienen por objeto erradicar el fenómeno, pero cada una de ellas a través de una estrategia distinta. Como ya hemos apuntado en el Capítulo I, para la realización de esta investigación queremos situarnos en la perspectiva de derechos humanos. Sin embargo, antes de realizar dicho estudio, nos detendremos brevemente en el estudio de los enfoques que más han influido en el diseño de las estrategias para poner fin a la trata de personas: la perspectiva de migración irregular; la de violencia de género y la de crimen organizado.

1.1 La perspectiva de la trata desde la migración internacional irregular

El análisis de la trata de personas desde el punto de vista de la movilidad humana internacional vincula dicho fenómeno a la migración irregular, confundiendo en ocasiones la trata con el tráfico ilegal de personas en situación irregular.

1.1.1 Migración irregular

Esta perspectiva parte de que la trata de seres humanos solo se lleva a cabo cuando el transporte de personas implica el cruce ilegal de una frontera.

En el continente europeo, la Unión Europea viene desarrollando desde la década de los noventa una importante actividad para combatir la trata de personas en el ámbito de la política comunitaria de la lucha contra la inmigración irregular. Entre las disposiciones comunitarias adoptadas en este ámbito conviene destacar tanto la *Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*⁴⁰¹ sobre la definición, tipificación y sanción del delito de

⁴⁰¹ Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (Diario Oficial nº L 203 de 01/08/2002 p. 0001 – 0004). Hoy derogada por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, de 5 de abril de relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

trata así como la *Directiva 2004/81/CE 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*⁴⁰². Así mismo, resulta revelador cómo el *Pacto europeo sobre inmigración y asilo de 2008*⁴⁰³ sitúa la trata de seres humanos en el marco del compromiso II del Pacto, combatir la inmigración irregular, donde el Consejo Europeo conviene:

“invitar a los Estados miembros a que luchen con firmeza, incluso en interés de los emigrantes, mediante sanciones disuasorias y proporcionadas, contra las personas que explotan a los extranjeros en situación irregular (empleadores, ...);”⁴⁰⁴

Al igual que en el resto de países de la Unión Europea, para España la trata de seres humanos ha sido durante años un asunto política exterior y seguridad. De hecho en España la tipificación del delito de trata de seres humanos como tal y de forma independiente no se lleva a cabo hasta el 2011, con motivo de la última reforma del Código Penal⁴⁰⁵. Esta modificación termina con la discriminación existente respecto de los ciudadanos nacionales y europeos, de cualquiera de los entonces 27 Estados miembros de la UE que no podían ser sujetos pasivos de

⁴⁰² Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (Diario Oficial n° L 261 de 06/08/2004 p. 0019 – 0023).

⁴⁰³ *Pacto europeo sobre inmigración y asilo* de 2008, Bruselas, 24 de septiembre de 2008 (07.10) 13440/08 ASIM 72).

⁴⁰⁴ Compromiso II del Pacto, “Combatir la inmigración irregular, en particular garantizando el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular”, letra g) (Documento 13440/08 ASIM 72).

⁴⁰⁵ Los frecuentes llamamientos de la Unión Europea para la armonización de la normativa española relacionada en la lucha contra el tráfico ilegal y la trata de personas al Derecho de la UE, sobre todo al contenido de la Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos sobre la definición, tipificación y sanción del delito de trata determinó finalmente la creación del Título VII (bis), bajo la denominación “De la trata de los seres humanos”, que consta de un único artículo, el 177 bis, en vigor desde el 1 de enero de 2011.

un delito de trata,⁴⁰⁶ pues el principal artículo, el 318 bis del Código Penal, hasta la citada reforma en la sanción de este delito se encontraba en el título de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros.⁴⁰⁷

Sin embargo, las víctimas de la trata pueden llegar a los países de destino con su situación administrativa regularizada. En este sentido, es importante señalar que según los datos del el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO), el 40 por ciento de las víctimas de la TSH en España proceden de Rumanía o Bulgaria.⁴⁰⁸

En otras ocasiones, son los propios tratantes los que buscan el modo de que las víctimas entren en el país de destino con su situación regularizada. Así, como se ilustra en el caso *Rantsev v. Rusia y Chipre*, en Chipre el visado de *artista* constituye la autorización administrativa para residir y trabajar de las mujeres que llegan de Rusia a prostituirse a Chipre.⁴⁰⁹ En otros casos (como en la *Sentencia del Tribunal Supremo 837/2010 de la Sala 2ª de lo Penal de 18 de octubre de 2010*) las mujeres involucradas en la explotación sexual eran extranjeras procedentes de países del Este de Europa -Bielorrusia, la República Checa y Lituania- y eran introducidas en España con un visado de vacaciones de 3 meses.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ CASTAÑO, MJ. "Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case" in VVAA (GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN (eds.) *European Migration and Asylum Policies...op. cit.*, pp. 197-198.

⁴⁰⁷ Vid. en este sentido, GARCIA, E.; GORTAZAR, C.; OBREGÓN, A "Trafficking in and Smuggling of Human Beings: The Spanish Approach" in GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (Eds.) *International and Criminal Law in the European Union...op. cit.*, pp.298-324.

⁴⁰⁸ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons, Human Trafficking a crime...op. cit.*, pp. 282-283

⁴⁰⁹ Los informes del Defensor del Pueblo en Chipre y los del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en sus visitas a Chipre apuntan que las víctimas de la trata con fines de explotación sexual entraban en el país con un visado de artista. TEDH, *Rantsev v. Chipre y Rusia* (App. 25965/04) Sentencia de 7/1/10 (§96-104)

⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 837/2010 de la Sala 2ª de lo Penal, de 18 de octubre de 2010. Dicha sentencia responde a un recurso de casación presentado por los dos responsables de la explotación sexual de mujeres en un establecimiento, el "Night Club 2000", dedicado al ejercicio de la prostitución en la provincia de Murcia. Finalmente el Tribunal Supremo confirma y ratifica la Sentencia de la Audiencia Nacional donde se condena a los dos responsables del delito de prostitución forzada del art. 188.1 del Código Penal.

Además, en los últimos años, se ha detectado un considerable aumento de víctimas de trata de nacionales. Éste ha sido el caso de Holanda y Alemania donde la cifra de holandeses (40%) y alemanes (27%), respectivamente, víctimas de trata superan ampliamente las de otras nacionalidades.⁴¹¹

Ante las limitaciones que imponía reducir la trata de personas a los movimientos internacionales irregulares algunos importantes actores empezaron a proponer la necesidad de adoptar una definición de trata más amplia: el Consejo de Europa en la *Recomendación (2000) 11* sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual,⁴¹² Estados Unidos en la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*⁴¹³ y la Organización Internacional de las Migraciones en el informe *Trafficking in Migrants: IOM Policy and Responses*.⁴¹⁴

Notese que aún no había entrado en vigor la reforma de 2011 y por tanto no son condenados por un delito de trata de seres humanos.

⁴¹¹ En 2007, el número de víctimas de la trata de personas identificadas en Alemania fueron 689, de las cuales 184 eran de nacionalidad alemana. En Holanda, en 2008, el porcentaje de víctimas de la TSH holandesas representaba el 40 por ciento del total de las víctimas identificadas. UNOCD, *Trafficking in Person: Analyses...op. cit.*, pp. 9 y 10.

⁴¹² Adoptada por el Comité de Ministros a los Estados miembros el 19 de mayo de 2000, en la 710 reunión del Comité sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. La *Recomendación (2000) 11* establece que por trata con fines de explotación sexual se entenderá: "la captación por una o varias personas físicas o jurídicas y/o la organización de la explotación y/o transporte o migración -legal o ilegal- de personas, incluso con su consentimiento, cuando éste se haya obtenido por medio de coacción, el uso de la violencia o amenaza, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad con el fin de su explotación sexual. *Recomendación (2000) 11* sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=355371&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>).

⁴¹³ Section 102 (b)(5), *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*.

⁴¹⁴ La OIM determina que la trata de personas se produce cuando: un inmigrante es ilícitamente captado (secuestro, venta, etc.) y/o trasladado bien en el marco del territorio nacional bien a través de las fronteras internacionales; y también, cuando los intermediarios (los tratantes) obtienen en este proceso un beneficio económico o cualquier otro beneficio que implique engaño, coerción y/o cualquier otra forma de explotación que viole los derechos fundamentales de los inmigrantes. OIM, *Trafficking in Migrants: IOM Policy and Responses*, 10

Esta visión según la cual la trata de personas abarca también la inmigración regular ya se reflejaba en el proceso de elaboración del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* de 2000 o Protocolo de Palermo.⁴¹⁵ Sin embargo, fruto de la necesidad de hacer compatible el Protocolo con la Convención contra el crimen organizado,⁴¹⁶ finalmente la trata de seres humanos queda definida internacionalmente como un delito de naturaleza transnacional.⁴¹⁷

Por ello, el primer documento internacional que abarca todas las formas de trata de personas, nacional o transnacional, es el *Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre*

May 1999 (documento MC/EX/INF/58 (10/5/99). En relación a las actividades de la Organización Internacional de las Migraciones vid. también OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, pp. 107-111.

⁴¹⁵ Desde el primer borrador hasta el séptimo contienen el término “trata internacional” con el objeto de reflejar la posibilidad de que la trata al ámbito nacional. No obstante, la versión definitiva del Protocolo de Palermo no incluye la precisión “internacional” pues ésta podría de algún modo limitar no solo el ámbito de aplicación del instrumento sino también el ámbito de protección de las víctimas involucradas en el fenómeno. (Documento A/AC.254/4/Add.3/Rev.5) nota 18. 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 de 2000 adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia). En vigor desde el 25 de diciembre de 2003, documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001. Instrumento de ratificación BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

⁴¹⁶ La Convención contra el crimen organizado excluye las formas de trata de personas que se lleven a cabo dentro del territorio nacional, pues en el artículo 3 se establecen que “un delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”. (documento A/RES/111).

⁴¹⁷ Artículo 4 del Protocolo de Palermo establece su ámbito de aplicación:

“A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”. (documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001).

lucha contra la trata de seres humanos de 2005 o Convenio de Varsovia⁴¹⁸ cuyo objetivo es mejorar la protección que ofrece el Protocolo de Palermo:⁴¹⁹ Así, el Convenio establece un ámbito de aplicación más amplio que el Protocolo.⁴²⁰ En el marco de la Unión Europea, la *Directiva 2011/36/UE de relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*⁴²¹ se sigue también esta línea al introducir en la fase del transporte figuras que no requieren el cruce de una frontera. A saber, el “traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas”,⁴²² lo cual implica la adopción del concepto *transporte* a la trata nacional o doméstica y la concreción del cambio de enfoque en la lucha contra la trata en la UE, asumido especialmente desde el Programa de Estocolmo (2010-2014).⁴²³

1.1.2 Tráfico ilícito de personas

Otra de los inconvenientes de esta perspectiva es que favorece la confusión de la persecución de la trata de seres humanos con la perspectiva del delito de tráfico ilícito de personas en situación irregular o *smuggling* (su denominación en inglés).

⁴¹⁸ Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197. Instrumento de ratificación BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2009, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2009.

⁴¹⁹ Artículo 39 Convenio de Varsovia.

⁴²⁰ Artículo 2 Convenio de Varsovia.

⁴²¹ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, de 5 de abril de relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

⁴²² Art. 2.1 Directiva 2011/36/UE sobre trata de derechos humanos (DO L 101 de 15.4.2011).

⁴²³ En relación a la Decisión Marco y la Directiva vid. OBOKATA, T. “EU Action Against Trafficking of Human Beings: Past, Present and Future” en GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (Eds.) *International and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (The Netherlands) 2006, pp.387-406.

El concepto de inmigración clandestina es, a diferencia de la trata de seres humanos, relativamente reciente. Pese a que el fenómeno no es nuevo, son pocos los antecedentes legislativos relevantes en esta materia, donde además, inicialmente los conceptos de trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en situación irregular eran asimilados y utilizados alternativamente.⁴²⁴ Así en 1996, la Organización Internacional para las Migraciones establece por primera vez los elementos que requiere el tráfico ilícito de personas: el cruce de fronteras; la implicación de una persona que facilite dicha actividad; el dinero u otra forma de pago; y la entrada o salida ilegal en el país.⁴²⁵

Según el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* de 2000 (Protocolo de tráfico de migrantes),⁴²⁶ -el instrumento universal más importante sobre la inmigración clandestina-, por “tráfico ilícito de inmigrantes” se entenderá:

“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.⁴²⁷

En este sentido, la inmigración clandestina se plantea como una cuestión de política migratoria y de gestión de fronteras.⁴²⁸ Así para el Estado tanto los traficantes como la persona traficada son responsables de conductas tipificadas en su derecho interno, ya que dicha

⁴²⁴ PÉREZ ALONSO, E. *Tráfico de personas...op. cit.*, pp. 156-157.

⁴²⁵ En el marco de la Conferencia europea sobre tráfico de mujeres, organizada por la OIM y la Comisión Europea en Viena, los días 10 y 11 de junio de 1996. OIM, *Trafficking women to the European Union: characteristics, trends and Policy issues*. Conference paper submitted by OIM at the Conference on Trafficking in Women for Sexual Exploitation, Viena, junio 1996, p. 2.

⁴²⁶ El *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* de 2000, complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptado en 2000 (documento de Naciones Unidas A/RES/55/25 (Anexo I) de 8 de enero de 2001). Este Protocolo ha sido ratificado por España y entró en vigor el día 28 de enero de 2004. Vid. Instrumento de ratificación publicado en el BOE nº 295 de 10 de diciembre de 2003.

⁴²⁷ Artículo 3. a) del Protocolo de tráfico de migrantes.

⁴²⁸ PÉREZ ALONSO, E. *Tráfico de personas...op. cit.*, p. 157.

conducta constituye una vulneración de la legislación estatal relativa a la entrada y permanencia de extranjeros.⁴²⁹

Sin embargo, el favorecimiento de la inmigración clandestina también se puede realizar por motivos humanitarios, siendo en ocasiones castigado con un innecesario rigor por parte de los Estados.⁴³⁰

En el marco del tráfico ilícito de personas, lo habitual, es contar con el consentimiento del inmigrante⁴³¹ mientras que en uno de los elementos fundamentales de la trata de seres humanos es, como veremos, la coerción o la falta de consentimiento.⁴³²

Sin embargo, la línea que separa el tráfico de personas de la trata es muy fina y poco clara; con frecuencia los migrantes que son introducidos clandestinamente en un país, huyen de situaciones de extrema pobreza o de conflictos que les hacen especialmente vulnerables a cualquier forma de abuso. Como señala la Organización Internacional de las Migraciones, la razón estriba en que la libertad de elección de la persona traficada puede verse mediatizada

⁴²⁹ En relación con el concepto de inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes, Vid. *Ibid.*, pp. 104-120.

⁴³⁰ Este es el caso de España, donde –prácticas de solidaridad y hospitalidad hacia personas extranjeras en situación irregular aparte- cualquier tipo de ayuda a la entrada, tránsito o salida de ilegal de inmigrantes de España se castiga con una pena de 4 a 8 años. Como ocurre, por ejemplo, en la Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, de 30 de septiembre de 2002, confirmada por la STS de 10 de junio de 2004 (ToI 614314) donde se condena a un policía a una pena de dos años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta, detenido en el paso Oficial de fronteras de Ceuta por llevar en su coche a una conocida y su hermana -ambas de nacionalidad marroquí- cuya tarjeta de residencia francesa resultó ser falsa; o el caso de un nacional español que intentó ayudar a cruzar en su coche el mismo paso de frontera a una mujer marroquí y a su hijo; siendo castigado con pena de prisión de tres años por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cadiz, con sede en Ceuta, de 21 de noviembre de 2005 (ToI 944025), confirmada por la STS de 14 de junio de 2006. Vid. también *Ibid.*, pp. 242-244.

⁴³¹ CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER SALGADO, C. “El Derecho Penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal” en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (Coords) *Derecho Penal y Política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 358.

⁴³² Vid. Capítulo IV, apartado 1.2.4. *Especial referencia al consentimiento*.

por una falsa información sobre las leyes de inmigración, por necesidades económicas extremas o por haber sufrido una escalada de violencia.⁴³³

Además, como se pone de manifiesto en el caso *Diamond City, Eindhoven* no existe ninguna garantía, en la práctica, de que el inmigrante sujeto de tráfico incluso si dispone de un capital propio, quede por ello inmune a acabar siendo objeto de la TSH.⁴³⁴ En este caso los tribunales holandeses consideraron culpable de un delito de tráfico de inmigrantes en situación irregular al dueño de un restaurante chino, que empleaba inmigrantes procedentes de China en situación irregular en unas “condiciones laborales socialmente indeseables” a cambio de comida y vivienda o una remuneración muy baja; desestimando el recurso del Ministerio Fiscal de condenar al acusado por un delito de trata.⁴³⁵

En todo caso, aunque ambos fenómenos tienen alcance global solo el primero afecta única y exclusivamente a los procesos migratorios.⁴³⁶ Por ello, y aunque, la migración irregular constituye un aspecto importante de la trata de personas, la perspectiva de la migración irregular no resulta suficiente para ilustrar el fenómeno de modo global, pues limita inevitablemente el alcance de la trata de seres humanos a los movimientos internacionales.⁴³⁷

A pesar de lo expuesto, la migración irregular continua siendo uno de los enfoques más utilizados por los Estados en el tratamiento y persecución de la trata;⁴³⁸ contribuyendo a

⁴³³ OIM, *Trafficking women to the European Union: characteristics, trends and Policy issues*. Conference paper submitted by OIM at the Conference on Trafficking in Women for Sexual Exploitation, Viena, junio 1996, p. 2.

⁴³⁴ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito...op. cit.*, pp.28 y 29.

⁴³⁵ *Diamond City case, Eindhoven* (Aimelo District Court) LJN: BA0145, 's-Hertogenbosch District Court01/825364-06, 11 July 2008. The Netherlands.

⁴³⁶ Acerca de las precisiones terminológicas en torno a la diferencia entre tráfico ilegal de inmigrantes y trata de seres humanos consultar PÉREZ CEPEDA, A.I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de persona y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp.23 y 32.

⁴³⁷ DREW, S. “Human Trafficking: A Modern Form of Slavery?”, 4 *European Human Rights Law Review* 481, 2002, p. 489. Vid. también, OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.* pp. 22-26.

⁴³⁸ SECRETARIAT OF BUDAPEST GROUP, *The Relationship between Organised Crime and Trafficking in Aliens*, International Centre for Immigration Policy and Development (ICMPD), Viena, 1999, p. 2.

ocultar dicho delito de trata bajo el fenómeno de la inmigración ilegal.⁴³⁹ Tal situación puede, por ejemplo, evidenciarse en el caso *Tailandia v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, que responde al recurso presentado por una ciudadana tailandesa objeto de trata en el Reino Unido con fines de explotación sexual, contra la decisión de la Secretaría de Estado de expulsarla del Reino Unido a Tailandia por ser inmigrante ilegal.⁴⁴⁰

Este es también el caso de España, donde aún tiene demasiado peso la perspectiva de la migración irregular en las políticas adoptadas para poner fin a la TSH, casi tanto como la aproximación de la violencia de género, que ahora pasamos a analizar.⁴⁴¹

1.2 La perspectiva de la trata desde la violencia de género

Una de las perspectivas más tempranas es la que se centra en la prostitución y/ o en la explotación sexual mujeres y niñas. De hecho, en la actualidad algunas importantes organizaciones siguen haciendo especial hincapié en esta perspectiva.⁴⁴²

A esto ha contribuido la defensa de los derechos humanos de las mujeres, una cuestión que ha estado en la Agenda de las Naciones Unidas desde su creación en 1945.⁴⁴³

⁴³⁹ CASTAÑO, MJ. "Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case" in VVAA (GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN (eds.) *European Migration and Asylum Policies...op. cit.*, p. 202.

⁴⁴⁰ *Tailandia v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior* (Immigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) AZ (Trafficked women) Thailand CG (2010) UKUT 118 (IAC), 26 January 2010.

⁴⁴¹ Vid. apartado 3 del Capítulo II, *Conceptualización de la trata en España*.

⁴⁴² PICARELLI, J. T. y JONSSON, A. *Fostering Imagination in Fighting Trafficking...op.cit.*; CARMONA CUENCA, E., "¿Es la prostitución una vulneración...op. cit., pp. 47 y 48; MAQUEDA ABREU, ML., "El comercio sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos" en *Prostitución y derecho...op. cit.*, pp. 62 y ss.; HUGHES, D. "The "Nathasha" Trada: The Transnational Shadow Market of Trafficking in Women", 53 *Journal of International Affairs* 625 (2000), pp. 627 y 628; BRUSSA, L. "La prostitution, la migration et la traites des femmes...op. cit., pp. 38 y ss. BARRY, K. "Female Sexual Slavery: Understanding the International Dimension of Women's Oppression", 3 *Human Rights Quarterly* 44, 1981.

La razón por la que la trata ha recibido una orientación de violencia de género en su tratamiento está en que la explotación (especialmente, la explotación sexual) de las mujeres es un objetivo central del crimen de la trata.⁴⁴⁴

El fenómeno de la violencia de género se encuentra definido en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de 1994⁴⁴⁵ donde la Asamblea General establece que:

“A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.⁴⁴⁶

Esta vinculación refleja una realidad muy extensa. Se estima que los beneficios anuales de la explotación sexual mueven 39 billones de euros.⁴⁴⁷ Comparado con el tráfico de drogas y el de armas, la trata de mujeres es un negocio que implica grandes beneficios, pues según la

⁴⁴³ En el cuerpo de los Derechos Humanos se han adoptado más de 20 tratados relacionados con el status de las mujeres. (citar) Además, en 1994 se crea la figura de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, cuyo mandato es recabar y analizar información acerca del fenómeno de la violencia contra la mujer y recomendar medidas encaminadas a eliminar la violencia en los planos internacional, nacional y regional. Yakin Ertürk de nacionalidad turca es la actual Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer. Vid. La web http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?s=111). Vid. también, TOEPFER, S.J. y WELLS, B.S., “The Worldwide Market for Sex: A Review of International and Regional Legal Prohibition Regarding Trafficking in Women”, 2 Michigan Journal of Gender & Law 83, 1994.

⁴⁴⁴ Vid. en este sentido, *Vienna Declaration and Programme of Action* de 1993 (A/CONF. 157/23), párr. 13; *Trata de personas, especialmente de mujeres y niños: acceso a recursos efectivos para las personas víctimas de la trata y derecho de estas personas a una reparación efectiva por las violaciones de sus derechos humanos* de 2012 (documento, A/HRC/RES/20/1); y *Report of Special Rapporteur on Violence against Women* de 2001 (documento E/CN.4/2001/73).

⁴⁴⁵ Adoptada por Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993 (documento A/RES/48/104)

⁴⁴⁶ Artículo 1 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de 1993.

⁴⁴⁷ INTERPOL, Trafficking in human beings, Fact sheet (<http://www.interpol.int/Crime-areas/Trafficking-in-human-beings/Trafficking-in-human-beings>, consultada el 24 de octubre de 2013).

INTERPOL una prostituta gana unos 120.000 dólares al año para su explotador⁴⁴⁸ y con bajo riesgo,⁴⁴⁹ debido a que los organismos encargados de hacer cumplir la ley no son tan fuertes como las adoptadas para otras formas de tráfico ilícito, siendo las sanciones a los tratantes más leves.⁴⁵⁰

Aunque la forma de trata detectada con más frecuencia es la explotación sexual (79%)⁴⁵¹ según las estimaciones de Naciones Unidas solo una cuarta parte de las víctimas de la trata son mujeres explotadas en la industria del sexo.⁴⁵² Lo cual pone de manifiesto la necesidad de poner atención en otras formas de trata, tal y como vienen reconociendo la Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW)⁴⁵³ o la OSCE,⁴⁵⁴ incluso antes de la adopción de la

⁴⁴⁸ La INTERPOL estima que una prostituta gana unos 120.000 dólares al año para su explotador, de este dinero recibe una parte irrisoria. La policía alemana -Alemania es junto con España uno de los prostíbulos de la UE- con estima que una prostituta inmigrante de Rusia gana una media de 7.500 dólares al mes: de los que 7000 se queda el propietario del local que explota a la mujer. De los 500 dólares restantes son para pagar el alojamiento, comida y ropa. Finalmente la mujer recibiría sólo 12 euros. PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito...op. cit.*, p. 34.

⁴⁴⁹ HUGHES, D. "The "Nathasha" Trada: The Transnational Shadow Market of Trafficking in Women", 53 *Journal of International Affairs* 625, 2000, p. 625.

⁴⁵⁰ OHCHR, "Trafficking in People: The Human Rights Dimension" en WILLIAMS, P. y VLASSIS, D. (eds.) *Combating Transnational Crime: Concepts, Activities, and Responses*, Frank Cass, Londres, 2001, p. 245.

⁴⁵¹ Según Naciones Unidas la explotación sexual de mujeres sigue siendo objeto de denuncias más frecuente y por tanto el tipo de trata más documentado en las estadísticas globales. Esto que puede obedecer a un sesgo estadístico, ya que por lo general, la explotación de la mujer suele ser más visible y ocurre en centros urbanos o al lado de las carreteras. UNODC, *Global Report...op. cit.*, p. 10.

⁴⁵² Estimación de Naciones Unidas. Vid. También, HUGHES, D. "The "Nathasha" Trada...op.cit., p. 628.

⁴⁵³ GAATW, *Normas fundamentales de derechos humanos para el trato a vtimas de la trata de personas 1999** (<http://gaatw.org/Spanish%20texts/Normas%20version%202005.pdf>) p. 5.

⁴⁵⁴ En este sentido, se expresaba ya en 1999 la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa al precisar que "si bien la trata indiscutiblemente tiene un impacto desproporcionado sobre las mujeres y las niñas, y con frecuencia conlleva a la trata con fines de comercio sexual, la trata de seres humanos es un fenómeno mucho más amplio, tanto a nivel mundial como en la región de la OSCE. El comercio de personas pueden incluir, por ejemplo, el tráfico de migrantes en talleres de explotación, el trabajo doméstico o agrícola, la intermediación matrimonios forzados o ficticios, así como la compra y venta de mujeres jóvenes para prostíbulos y clubes de striptease". OSCE, *ODIHR Background Paper 1999/3, Trafficking in Human Beings: Implications for the OSCE* (<http://www.osce.org/odihr/16709>).

definición del Protocolo de Palermo.⁴⁵⁵ Otra de las debilidades de esta perspectiva es que focaliza la lucha contra la trata de seres humanos más en la prostitución que en la trata misma.⁴⁵⁶

Con respecto a la prostitución, los expertos y las organizaciones no gubernamentales sobre género adoptan diferentes posturas. Por un lado, la opción “abolicionista” cuyo objetivo es erradicar el ejercicio de la prostitución. Desde el punto de vista legal, esta opción implica que nunca debe sancionarse a quién ejerce la prostitución, pero sí a quienes se benefician de la prostitución ajena (los proxenetas) o, incluso, a los clientes que requieran este tipo de servicios. Y por otro, la opción “legalizadora”, en cambio, defienden el libre ejercicio de la prostitución como una actividad laboral más, regulada jurídicamente y sometida al pago de impuestos. Se insiste que esta opción protege del aislamiento y el riesgo de explotación a las personas que ejercen la prostitución.⁴⁵⁷

Sin embargo, cualquiera de las dos opciones hacen demasiado hincapié en la prostitución o en la explotación sexual y puede ir en detrimento de la comprensión global del fenómeno de la trata.

Suecia constituye un ejemplo paradigmático en la aplicación de este tipo de políticas en la lucha contra la trata de seres humanos. El modelo sueco considera la trata con fines de explotación sexual como un problema internacional que requiere una estrategia que combine la política exterior, el establecimiento de un marco jurídico adecuado y el bienestar social.⁴⁵⁸ En este contexto, el objetivo del legislador sueco es erradicar el ejercicio de la prostitución para lo cual es necesario acabar con la demanda que precede a la oferta de servicios sexuales. Así, en

⁴⁵⁵ El artículo 3 a) del Protocolo de Palermo (Documento A/RES/55/25 (2001).

⁴⁵⁶ CASTAÑO, MJ. “Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case” in VVAA (GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN (eds.) *European Migration and Asylum Policies...op. cit.*, p. 202.

⁴⁵⁷ Vid. MAQUEDA ABREU, M.L., “La trata de mujeres para la explotación sexual”, pp. 296-306 y JAREÑO, A. “La política criminal en relación con la prostitución: ¿Abolicionismo o Legalización?” en VVAA., SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *Prostitución y Trata...op.cit.*, pp. 71-83,

⁴⁵⁸ PICARELLI, J. T. y JONSSON, A. *Fostering Imagination in Fighting Trafficking...op.cit.*

Suecia, la Ley 1998-408 *de prohibición de compra de servicios sexuales* castiga con multa o prisión de hasta seis meses a quien solicite servicios sexuales a cambio de precio; pudiendo sustituirse dicha sanción por el ingreso en programas educativos ⁴⁵⁹. Junto a estas medidas, el modelo sueco contempla, además, la implementación de programas de asistencia para las personas que ejercen la prostitución.

En todo caso, la aplicación de este enfoque se justifica más en un sistema nacional de valores y el “compromiso de lucha” del Estado sueco contra dicha práctica, que considerara indigna para las personas,⁴⁶⁰ que en su probada eficacia para poner fin a la TSH con fines de explotación sexual.⁴⁶¹

Ésta ha sido también la perspectiva utilizada para afrontar el problema de la TSH en España, donde en 2003, se introdujo -con la voluntad de “erradicar el tráfico ilegal de personas, mayoritariamente mujeres, para dedicarlas a la prostitución”⁴⁶²- la propuesta legislativa orientada a criminalizar el lucro en la explotación de la prostitución ajena, incluso consentida (art. 188,1 if. del Código Penal español).⁴⁶³

Por otra parte, como ya hemos visto, en el marco del Ministerio de Igualdad, el Consejo de Ministros aprueba el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual 2009 – 2012, el 12 diciembre de 2008. El primer instrumento de carácter

⁴⁵⁹ Tras largos años de debate e investigaciones, el Parlamento aprueba en 1999 con el voto favorable de un 60% de los diputados de la cámara y con el voto en contra de conservadores y liberales. JAREÑO LEAL, A., “La política criminal en relación con la prostitución: ¿Abolicionismo o legalización?” en SERRA CRISTOBAL, R (Coord.) *Prostitución y Trata...op.cit.*, pp. 72 y 73.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, pp.3-7.

⁴⁶¹ PICARELLI, J. T. y JONSSON, A. *Fostering Imagination in Fighting Trafficking...op.cit.*, pp. 50 y 51.

⁴⁶² CONGRESO DE DIPUTADOS A-136-7 de 13 de mayo de 2003, con amplia aprobación del artículo 188, 1 if del Código Penal que introduce “en la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma” (26 de junio de 2003).

⁴⁶³ MAQUEDA ABREU, ML., “La trata de mujeres para explotación sexual” en SERRA CRISTOBAL, R (Coord.) *Prostitución y Trata..op. cit.*, pp. 299 y 300.

integral, que tiene como objetivo la planificación de la lucha contra la TSH con fines de explotación sexual en España.

Dicho plan prevé la creación de un Grupo Interministerial de Coordinación del Plan en el que están representados los Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, del Interior, Justicia, Empleo y Seguridad Social y Asuntos Exteriores y Cooperación, y al que atribuye el seguimiento y evaluación del Plan y establece que, entre otras funciones, la obligación de elaborar una Memoria anual.⁴⁶⁴ Tras la desaparición del citado Ministerio, la aplicación y evaluación del Plan se ha convertido en una competencia del Delegado del Gobierno para la violencia de género y se ha constituido el Foro Social contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, integrado por Administraciones públicas y ONGs.⁴⁶⁵

Sin embargo, los resultados de los cuatro Informes de Seguimiento elaborados hasta la fecha⁴⁶⁶ evidencia la ineficacia e insuficiencia de un enfoque que identifica la TSH con la violencia de género.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual 2009 – 2012 (http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf)

⁴⁶⁵ Web oficial de violencia de género y trata de mujeres del Ministerio de Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/home.htm>, consultada el 6/11/2012).

⁴⁶⁶ IV Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2012 (http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf)

; III Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2011 (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2011Cst.pdf>); II

Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2010 (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2010Cst.pdf>); y el

I Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2009 (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2009Cst.pdf>).

⁴⁶⁷ A modo de ejemplo, en el II Informe de Seguimiento, el Gobierno español identificó 1.301 víctimas de la trata en España mientras que la cifra que maneja la Red Española contra la Trata de seres humanos alacazaba

En todo caso, el Protocolo de Palermo es la prueba del consenso internacional existente respecto a la necesidad de mantener un planteamiento equitativo respecto al género en la lucha contra la trata de seres humanos. Por esta razón, a pesar de las dudas iniciales,⁴⁶⁸ el ámbito de aplicación personal del Protocolo se concreta el término “todas las personas, especialmente mujeres y niños”.⁴⁶⁹

Además, el Protocolo de Palermo hace referencia a otras formas de trata, reflejo de la opinión creciente entre los Estados de que debían incluirse otras formas de trata, tales como la explotación laboral⁴⁷⁰ o el tráfico de órganos;⁴⁷¹ máxime cuando el elemento de explotación no es requisito indispensable para apreciar la existencia de trata de seres humanos.⁴⁷²

cerca de 50.000 personas víctimas de la trata. Los posteriores Informes de Seguimiento en lugar de elevar el número de cifras identificadas aportan cada año cifras inferiores, 1.082 en 2011 y 976 en 2012. tratantes. US DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Person Report, 2010* (<http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2010/142761.htm>) pp. 299-301.

⁴⁶⁸ Durante el proceso de elaboración del Protocolo de Palermo, el representante de Argentina presentó el proyecto de elementos para un acuerdo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico internacional ilícito de mujeres, niños y niñas, adicional a la convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional (A/AC.254/8) Esta propuesta se encontraba específicamente enfocada a la trata de mujeres y niños y a las formas de explotación vinculadas con la prostitución forzada y la explotación sexual. (Documento A/AC.254/4/Add.3/Rev.1.).

⁴⁶⁹ Finalmente, en el Segundo periodo de sesiones del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional, que tuvo lugar en marzo de 1999, prácticamente todos los Estados expresaron la necesidad de que el Protocolo de Palermo abarcara a todas las víctimas de la trata. Así, al Cuarto periodo de sesiones del Comité Especial, se presentó un documento con un nuevo título *-Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* - donde el término “mujeres y niños” había sido cambiado por “todas las personas, especialmente mujeres y niños” (Documento A/AC.254/4/Add.3/Rev.2.).

⁴⁷⁰ Las delegaciones de Australia y Canadá propusieron incluir el término “trabajo forzado” según la definición de la *Convención relativa al trabajo forzoso u obligatorio* de 1930 (Documento A/AC.254/4/Add.3/Rev.2).

⁴⁷¹ Por su parte, la delegación de Bielorrusia defendió la necesidad de que el tráfico de órganos constará como una manifestación más de las formas de trata de personas. (Documento A/AC.254/5/Add.19).

⁴⁷² OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, p. 28. Vid. también, SANCHEZ-COVISA, J. (Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería) *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos*

1.3 La trata desde la perspectiva de crimen organizado

Aunque el crimen organizado existe desde hace tiempo, su crecimiento exponencial es un fenómeno relativamente reciente producto de la globalización. Los avances tecnológicos en las comunicaciones, los transportes o las transacciones financieras lo han hecho posible.⁴⁷³

La transnacionalización de la actividad criminal se ha acelerado significativamente con el proceso de globalización que se ha desencadenado en los últimos veinte años.⁴⁷⁴

Así la globalización económica ha facilitado oportunidades no solo para el comercio lícito sino también a empresas criminales o sumergidas que operan en el mercado negro o ilícito.⁴⁷⁵

Ante esta realidad, los Estados han manifestado la necesidad de luchar contra el crimen organizado en todos los ámbitos: regional, nacional e internacional. Uno de los aspectos más importantes de esta estrategia es la lucha contra la trata de seres humanos. Esta perspectiva se enfoca por un lado en el procesamiento de las organizaciones criminales y, por otra, en la importancia económica de la trata de seres humanos.

de los ciudadanos extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia Sala 2ª del Tribunal Supremo, 19 de noviembre de 2009.

(

http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1240559967741&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadordoc_Especialista&vest=1240559967741).

⁴⁷³ WILLINANS, P. y BAUDIN-O´HAYON, “Global Governance, Transnational Organized Crime and Money Laundering” en HELD y MCGREW (eds.), *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 131 y 132.

⁴⁷⁴ Los ingresos de este comercio ilícito se difuminan con la mayor facilidad en el inmerso flujo diario de las transacciones interbancarias y las transacciones de dinero a través de Western Union. Además, la aparición de internet no sólo ha potenciado la rapidez y eficacia de todo este comercio sino que ha multiplicado sus posibilidades, como por ejemplo, al albergar mercados on line de prostitutas de Moldavia y Ucrania destinados a Gran Bretaña, Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos. NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes...op. cit.*, p. 16.

⁴⁷⁵ WILLINANS, P. y BAUDIN-O´HAYON, “Global Governance, Transnational Organized Crime and Money Laundering” en HELD y MCGREW (eds.), *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 131.

1.3.1 ¿Qué es el crimen organizado?

La *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas* de 2000 (Convención contra la delincuencia organizada)⁴⁷⁶ no contempla una definición de “crimen organizado”. Sin embargo, la Convención entiende por “crimen organizado” la comisión de cualquier “delito grave”⁴⁷⁷ llevado a cabo por un “grupo delictivo organizado”.

Según el artículo 2. a) de la Convención un “grupo delictivo organizado” es:

“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

En este contexto, un grupo estructurado es “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito” que no requiere, sin embargo, que sus miembros tengan funciones formalmente definidas, ni la continuidad en la condición de miembro o la existencia de una estructura desarrollada.⁴⁷⁸

La vinculación del crimen organizado a la trata de seres humanos es relativamente reciente y marca la transición de la esclavitud tradicional a la actual de trata de personas.⁴⁷⁹ Tras la prohibición de la trata de esclavos y la esclavitud, han sido las organizaciones criminales las encargadas de cubrir la demanda de las formas de explotación de personas de los países de

⁴⁷⁶ Documento A/RES/55/25.

⁴⁷⁷ Artículo 2. b) de la Convención contra la delincuencia organizada: “por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena”.

⁴⁷⁸ Artículo 2, c) de la Convención contra la delincuencia organizada.

⁴⁷⁹ ISELIN, B. *Trafficking in Human Beings: New Patterns for and Old Phenomenon* (Paper presentado a la Conferencia “Trafficking in Persons: Theory and Practice in Regional and International Cooperation” organizada por la UNDODC), Bogotá, Colombia, noviembre de 2003, pp. 4-6; y OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, p. 30.

destino.⁴⁸⁰ Un negocio muy lucrativo⁴⁸¹ y con poco riesgo, gracias a la capacidad de estas organizaciones de penetrar en la economía legal.⁴⁸²

Los cárteles colombianos, la *Triada* de Hong Kong, la *Yakuza* japonesa y la mafia rusa,⁴⁸³ son algunas de las organizaciones criminales que se dedican a la trata de personas⁴⁸⁴ junto a otras actividades delictivas como la extorsión, el asesinato por encargo, el pirateo de películas y música, la prostitución o el blanqueo de dinero.⁴⁸⁵ En todo caso, las organizaciones criminales se caracterizan por la gravedad de sus conductas. Como muestra el *caso SNEEP* la violación y la coerción en la ampliación del pecho o el aborto constituyen alguna de las practicas habituales de estas organizaciones.⁴⁸⁶

⁴⁸⁰ SECRETARIAT OF BUDAPEST GROUP, *The Relationship between Organised Crime...op.cit.*, p. 16.

⁴⁸¹ Vid. n.: 3.

⁴⁸² En Tailandia, por ejemplo, el dueño de varias salas de masajes, con objeto de defender sus propios intereses en el tráfico de seres, se presentó a las elecciones locales en 2003 con una campaña basada en la crítica a la policía; explotando así el descontento generalizado de la opinión pública. CHOKCHAIMADOM, W., "Set a Thief to Catch to Thief", *Korea Herald*, 17 November 2003.

La capacidad de penetrar la economía legal para proteger las actividades ilícitas y otros negocios constituye según NAYLOR una de las características fundamentales de toda organización criminal transnacional. Las otras tres características que definen este tipo de organizaciones son: la estructura bajo la que operan; el uso de la violencia y el alto margen de beneficios o ganancias. NAYLOR, T. "Mafias, myths, and markets: on the theory of enterprise crime", *Transnational Organized Crime*, vol. 3, n. 3, Autumn 1997, p. 4.

⁴⁸³ Los Carteles de drogas, los cuales han tenido gran prominencia en el tráfico de cocaína vendiendo el producto desde \$10,000 a \$40,000 por kilogramo de cocaína, y a venderlo en la calle entre \$15 y \$150 el gramo; la Triada China (hombre, cielo y tierra) que nacieron como movimientos de resistencia, desarrollan su actividad ahora en el tráfico de heroína en el llamado Triángulo de Oro (Burma, Tailandia, y Laos) y tiene en Hong Kong su centro de operaciones principales. Por otra parte, existen organizaciones cuasi legales, como la Yakuza japonesas que participa en el negocio de tráfico de armas o de mujeres; y la Mafia rusa que opera en el ámbito global y trabaja en diferentes actividades, sexo, armas, drogas, objetos de arte, extorsión, etc.

⁴⁸⁴ GUYMON, C. D. "International Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention" 18 *Berkeley Journal of International Law* 53 2000, p. 60 y 61.

⁴⁸⁵ O'NEIL, R. *International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organised Crime*, Center for Study of Intelligence (CIA), Washington D.C., 2000, p. 1.

⁴⁸⁶ Sentencia de la Corte del Distrito Aimelo de 11 de julio de 2008 (Países Bajos) En este caso, había seis acusados, todos culpables de la trata de mujeres con respecto a una o más mujeres. Sobreseimiento parcial en este punto en parte como resultado de la formulación de las acusaciones. Cinco acusados culpables, además de la

1.3.2 Análisis económico de las organizaciones criminales

Por otra parte, el estudio del crimen organizado se encuentra también asociado al análisis económico de las organizaciones criminales y sus actividades. En este contexto, el propósito principal del crimen organizado y las organizaciones criminales es obtener el máximo beneficio de la venta de bienes y servicios ilegales.⁴⁸⁷ En el actual mercado global se pone a la venta prácticamente cualquier cosa que tenga algún valor. A saber, drogas ilegales; especies protegidas; seres humanos para la esclavitud sexual y la explotación laboral; cadáveres y órganos vivos para trasplantes; ametralladoras y lanzacohetes; centrifugadoras y precursores químicos utilizados en la fabricación de armas nucleares.⁴⁸⁸

Esta perspectiva propone dividir la conducta de la trata de personas en tres fases: la movilización o captación; la ruta y la integración.⁴⁸⁹ En este sentido, este tipo de análisis resulta

participación y / o dirigir una organización criminal. "Un rasgo característico de la organización era su conducta cruel y violento.

El expediente del caso está llena de violencia e intimidaciones. Los cinco acusados tienen "ningún respeto por la integridad física y mental y el derecho a la libre determinación de estas mujeres. Las condenas también para el asalto de las mujeres individuales, entre otras cosas. En la determinación de la sanción a imponer, el tribunal buscó sintonía con las convicciones de los demás tribunales de justicia en el país.

El tribunal ha considerado que la violación y la coerción en la ampliación del pecho o el aborto como circunstancias agravantes. Sentencias que varían desde ocho meses a siete años y seis meses. Concesión parcial de la indemnización de las reclamaciones de las víctimas por daños y perjuicios. Anticipos de hasta 50.000 euros.

⁴⁸⁷ En este sentido la actividad de las organizaciones criminales es comparable con la de cualquier empresa transnacional. La única diferencia es que las organizaciones operan en el mercado negro. SCHLOENHARDT, A. "Organised Crime and the Business of Migrant Trafficking: An Economic Analysis" 32 *Crime, Law and Social Change* 203, 1999, pp. 204-206.

⁴⁸⁸ NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes...op. cit.*, p. 18.

⁴⁸⁹ SALT, J. y STEIN, J. "Migration as a Bussiness: The Case of Trafficking" 35 (4) *International Migration* 467, 1997.

muy útil para entender el *modus operandi* de las organizaciones criminales.⁴⁹⁰ Además, la vinculación de esta perspectiva con la trata de seres humanos aporta datos interesantes tales como que este negocio constituye la mayor fuente de ingresos de las organizaciones criminales (que, entre otros negocios, se dedican a la trata de personas).⁴⁹¹

El estudio económico de la actividad de las organizaciones criminales, facilita también la indemnización a las víctimas de la TSH.⁴⁹² Esto es, como se plasma en el *caso Sahel*, el decomiso y la incautación de los bienes producto de las infracciones cometidas por 19 miembros de una organización criminal destinados a la indemnización de 17 mujeres nigerianas víctimas de la trata con fines de explotación sexual.⁴⁹³

Otra importante aportación del análisis económico del crimen organizado en relación con la trata de personas es que ayuda a entender la dinámica de la oferta y la demanda de las actuales formas de explotación en el mercado de la trata de personas.⁴⁹⁴ En 2011, la demanda

⁴⁹⁰ Este tipo de enfoque aporta la base para entender mejor la estructura e idiosincrasia de las modernas redes criminales que operan en el mercado global. *Ibid.*, p. 484.

⁴⁹¹ Algunos autores argumentan que el negocio del tráfico de personas es fruto de las restrictivas políticas migratorias y del control de fronteras. SCHLOENHARDT, A. "Organised Crime and the Business...*op. cit.*", pp. 212-213; Vid. también, WILLIAMS, P. "Human Commodity Trafficking: An Overview" en WILLIAMS, P (ed.) *Illegal Migration and Commercial Sex: The New Slave Trade*, Frank Cass, Nueva York, 1999.

⁴⁹² Art. 17 de la Directiva 2011/36/UE (DOUE 15.04.2011, L 101): "Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente".

⁴⁹³ Senteza de la Corte di Assise di Appello di l'Aquila di 25 maggio de 2012. El fallo sentencia se fundamenta: por un lado, en el artículo 600 del Código Penal italiano, que hace referencia a la esclavitud en relación con la explotación de la prostitución; y por otro lado, en la Directiva 2011/36/UE sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y proteger a sus víctimas, especialmente el artículo 13 que establece que "El uso de los instrumentos incautados y decomisados y el producto de las infracciones contempladas en la presente Directiva para apoyar la asistencia a las víctimas y la protección, incluida la indemnización de las víctimas y de la Unión transfronteriza policial contra-actividades de tráfico, deben ser alentados ", y el artículo 17, que hace referencia a la indemnización de las víctimas. En base a ambos artículos, el tribunal condenó a los responsables al pago de una indemnización de 50.000 € a cada una de las 17 víctimas mujeres nigerianas.

⁴⁹⁴ ACNUR, *Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game in European Asylum Policy?. New Issues in Refugee Research*. (Documento de trabajo nº 39), by MORRISON, J. y CROSLAND, B., Ginebra, 2001, p. 7. Vid.

de personas para ser explotadas en el servicio doméstico, en fábricas, la construcción y la industria del sexo, movió entre 600,000 y 800.000 personas.⁴⁹⁵

Sin embargo, la perspectiva del crimen organizado no aporta una visión completa del fenómeno de la trata de seres humanos. Los responsables de la trata de personas no son siempre organizaciones criminales. Familiares, amigos u otro tipo de organizaciones son también responsables de la trata de personas.⁴⁹⁶

La corrupción política, unida al exponencial aumento de la población mundial así como su continuo empobrecimiento ha determinado que en países como Tailandia, los primeros responsables de la trata de mujeres y niños sean sus propios padres.⁴⁹⁷ En Birmania la construcción del conducto de gas natural realizada en colaboración con tres empresas multinacionales, se llevó a cabo con la mano de obra de trabajadores forzosos.⁴⁹⁸ El reclutamiento por parte del ejército para la participación de menores en la guerra⁴⁹⁹ o la

también, TAYLOR, I. y JAMISON, R. "Sex Trafficking and the Mainstream of Market Culture", 32 *Crime, Law & Social Change* 257, 1999, pp. 260-263.

⁴⁹⁵ US DEPARTMENT OF STATE, 2012 *Trafficking in Person Report*, (<http://www.state.gov/documents/organization/192587.pdf>) p. 45.

⁴⁹⁶ Vid. OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, p. 39-83.

⁴⁹⁷ Estas niñas proceden por lo general del ámbito rural. Una vez lejos de sus casas, el intermediario que ha comprado a la niña a sus padres, la prepara para el ejercicio de la prostitución en condiciones de esclavitud y se la vende al dueño de un burdel. Una niña entre doce y quince años puede adquirirse por 100 o 200 euros. . BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁹⁸ El gobierno birmano junto con la petrolera estadounidense Unocal, la francesa Total y la tailandesa PTT Exploration and Production emplearon para desbrozar el terreno y construir un ferrocarril paralelo al gasoducto trabajadores forzosos entre los que se encontraban ancianos, mujeres embarazadas y niños. *Ibid.*, p. 23.

⁴⁹⁹ La *Child Soldiers Prevention Act of 2008* (CSPA) firmada el 23 de diciembre de 2008 (Título IV de la Publicación. L. 110 a 457) y en vigor el 21 de junio 2009, exige la publicación en el *Trafficking in Person Report* anual una lista de los gobiernos cuyas fuerzas armadas o que apoyen a grupos armados que recluten y utilicen niños soldados en base al concepto recogido en la CSPA, lo cual incluye distintos roles, como cocineros, porteadores, mensajeros, enfermeros, guardianes o esclavos sexuales. En el 2012 *Trafficking in Person Report*, los gobiernos incluidos en la lista fueron los siguientes: Myanmar, Libia, Republica Democrática del Congo, Sudan del Sur, Somalia, Sudán y Yemen. US DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Person Report 2012*, (<http://www.state.gov/documents/organization/192587.pdf>) p. 36.

participación en casos de trata con fines de explotación sexual de las fuerzas y cuerpos internacionales para el mantenimiento de la paz.⁵⁰⁰

Así, todos estos casos ponen de manifiesto que la trata de personas por actores distintos a las organizaciones criminales puede ser alcanzar el mismo grado de sofisticación, con el agravante de que los responsables bien tienen una especial vinculación con las víctimas, en el caso de familiares y amigos, bien tienen una posición social relevante, como las empresas transaccionales o son los encargados de velar por la seguridad como es el caso de las fuerzas y cuerpos de la seguridad.⁵⁰¹

2 La perspectiva de Derechos humanos

La característica principal de la perspectiva de derechos humanos es identificar la trata de seres humanos como la vulneración de bienes jurídicos personalísimos, como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, la libertad sexual, la intimidad, etc. El presente punto comienza con el reconocimiento de aquellas violaciones de derechos humanos que hemos considerado más vinculadas al fenómeno de la TSH.

Por otra parte, partiendo de esta aproximación, en la parte final de este punto se refiere a los instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos en los que constituyen la base del enfoque de derechos humanos. Esto es las normas de derecho internacional aplicables a la trata así como otras fuentes de Derecho internacional relevantes en este marco jurídico.

2.1 Los derechos humanos vulnerados por la trata

⁵⁰⁰ RAWSKI, F. "To Waive or not to Waive: Immunity and Accountability in UN Peacekeeping Operations", 11 *Connecticut Journal of International Law* 103, 2002.

⁵⁰¹ Según OBOKATA estos casos plantean a los Estados la disyuntiva imponer sanciones más elevadas a la trata en Sin constituye una decisión moral por lo que en su opinión los Estados han decido centrar la lucha contra la trata de seres humanos en la actividad de las organizaciones criminales y no en otro tipo de actores. OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.* p. 32.

La trata de seres humanos implica la violación de números derechos civiles y económicos. Entre los primeros, los derechos civiles y políticos distinguimos: el derecho a la vida; el derecho a no sufrir torturas ni tratos crueles o denigrantes; el derecho a no sufrir discriminación; el derecho a la libertad y a la seguridad; y el derecho de asilo⁵⁰². Por otra parte, las causas, proceso y consecuencias de la trata de personas afectan también a un importante elenco de derechos económicos, sociales y culturales: el derecho a la salud, el derecho a la vivienda⁵⁰³. Por último, la trata de seres humanos vulnera los derechos laborales y algunos derechos relativos a la administración de justicia.

2.1.1 Derechos civiles y políticos

Los Derechos civiles y políticos que resultan afectados por las causas, procesos y consecuencias de la trata de seres humanos son el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; el derecho a no sufrir discriminación; el derecho a la libertad; el derecho a la seguridad; y por último, el derecho al asilo.

La trata de seres humanos pone en peligro el *derecho a la vida*⁵⁰⁴ pues en el proceso de la trata las víctimas han perdido la vida bien durante alguna de las etapas del proceso de trata bien como consecuencia de la explotación.

Por ejemplo, en 2001, murieron 356 personas cuando un barco lleno de inmigrantes que estaban siendo trasladados naufragó en las costas de Indonesia. Esto es solo un ejemplo, este tipo de catástrofes se han repetido en Irlanda, Libia, México, Nigeria, el Reino Unido, Italia y los

⁵⁰² Artículos 6, 7 y 9 de PIDCP; artículos 2,3 y 5 de la CEDH; artículos 4,5 y 7 del la CADH; y los artículos de 4 a 6 de la Carta africana.

⁵⁰³ Artículos 6, 11 y 12 del CEDH; Observación general N° 7 (El derecho a una vivienda adecuada) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, § 6, Compilación de comentarios generales (documento E/1998/22, anexo IV).

⁵⁰⁴ Artículo 6 del PIDCP; artículo 2 del CEDH; artículo 4 de la CADH; y el artículo 4 de la Carta africana.

Estados Unidos de América.⁵⁰⁵ En Europa, concretamente, la convulsión producida por la llamada *primavera árabe* en el norte de África dificulta que algunos de sus países mantengan a raya a las mafias que mercadean con seres humanos; ansiosos de un porvenir imposible en sus propios países, intentan entrar en Europa aún a riesgo de poner su vida en peligro.⁵⁰⁶ En octubre de 2013 el incendio en un barco de inmigrantes acabó con la vida de al menos 200 personas en el Canal de Sicilia.⁵⁰⁷

El *derecho a la integridad personal* tampoco se respeta, durante el proceso de reclutamiento o captación, los medios utilizados por los tratantes implican el uso de la fuerza u otras formas de coacción. En este contexto, la trayectoria de las mujeres objeto de trata con fin de explotación sexual son especialmente degradantes.⁵⁰⁸ Por otra parte, el rapto o secuestro de

⁵⁰⁵ Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos: Misión a la frontera entre México y los Estado El País, 3 de octubre de 2013.s Unidos § 32 (documento, E/CN.4/2003/85/Add.3).

⁵⁰⁶ “Estrategia letal”, *El País*, 3 de octubre de 2013.

⁵⁰⁷ La avería y posterior hundimiento de una barcaza con unos 500 inmigrantes a bordo -entre ellos muchos niños y mujeres embarazadas- provoca la muerte de al menos 200 inmigrantes eritreos y somalíes que intentaban alcanzar suelo europeo a media milla de la isla italiana de Lampedusa. “Más de 200 fallecidos en el incendio de un barco con inmigrantes en Lampedusa”, *El País*, 3 de octubre de 2013.

⁵⁰⁸ Vid. en este sentido, *Adición al Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, 2007. Misión a los Países Bajos* (documento A/HRC/4/34/Add.4) § 79; y el *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, 2006* (documento E/CN.4/2006/61) § 8, 70, 71, 72, 91, 94 y 95.

niños para la adopción, la extracción de órganos⁵⁰⁹ o la participación en conflictos armados⁵¹⁰ constituyen también una práctica generalizada.⁵¹¹

El uso de la violencia y el maltrato de las víctimas constituyen una de las características propias de la trata de seres humanos,⁵¹² suponiendo por tanto una violación del *derecho a no sufrir torturas o tratos crueles o denigrantes*.

Otra de las violaciones de derechos humanos relacionadas con la trata de personas es *la discriminación por razones de raza, género, edad u otros motivos*.⁵¹³

⁵⁰⁹ Una misión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) ha certificado que en Ucrania hubo casos de secuestro de niños recién nacidos, presuntamente para utilizar sus órganos en trasplantes y como fuente de las valiosas células madre. Diario El País, lunes, 5 de septiembre de 2005.

⁵¹⁰ Por ejemplo, en Somalia, el grupo militante al-Shabaab ha reclutado a la fuerza Niños somalíes sean niños soldados o han obligado a ejercer la prostitución. US DEPARTMENT OF STATE, *2013 Trafficking in Person Report*, (<http://www.state.gov/documents/organization/210737.pdf>) p. 32. En este sentido, vid. también, TALLEYRAND, I., "Military Prostitution: How the Authorities Worldwide Aid and Abet International Trafficking in Women", 27 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 151, 2000.

⁵¹¹ Vid. entre otros el *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography, Najat Maalla M'jid Addendum Mission to the United States of America* (documento A/HRC/16/57/Add.5); y HUMAN RIGHTS WATCH, *Stolen Children Abduction and Recruitment in Northern Uganda*, de 29 de marzo de 2003 (<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/uganda0403.pdf>)

⁵¹² Vid. en este sentido, el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§252) donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que, en el examen de las denuncias relativas a la trata de seres humanos presentadas ante el TEDH, no es necesario examinar separadamente su adecuación al artículo 3 del CEDH (*prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*) pues es claro que el uso de la violencia y el maltrato de las víctimas constituyen características propias de la trata de seres humanos.

⁵¹³ El principio de no discriminación se enuncia en el artículo 2. 2 del PIDESC: "garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". En este mismo sentido se pronuncia el PIDCP (art. 2.1.). *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 1965 (documento 660 UNTS 195) y el artículo 2 de la *Convención de los derechos del niño* de 1989.

Aunque, en principio, las diferencias étnicas y raciales no constituyen una causa directa del tráfico de personas que tiene como fin su explotación;⁵¹⁴ el racismo implica la falta de oportunidades para personas pertenecientes a ciertos grupos raciales o étnicos, que se ven obligados a aceptar un empleo en cualquier circunstancia.⁵¹⁵ Además, en ciertos países, como Pakistán, India, y sobre todo Mauritania, las diferencias étnicas justifican su explotación como esclavos.⁵¹⁶

Según la OIT, el 56 por ciento de todas las víctimas de trabajo forzoso son mujeres y niñas. En este contexto, la Organización Internacional de las Migraciones cifra en 500.000 el número de mujeres que entran todos los años en Europa occidental para ser explotadas sexualmente.

Además la violencia contra las mujeres así como las estructuras tradicionales subordinan la sexualidad de las mujeres, facilitan en muchos casos su traslado.⁵¹⁷

2.1.2 Derechos económicos, sociales, culturales y emergentes

⁵¹⁴ Aunque antiguamente se recurría a las diferencias étnicas y raciales para justificar la *otredad* de los esclavos; en las nuevas formas de esclavitud la raza cuenta muy poco. En la actualidad, los criterios empleados para la explotación de personas se centran en la debilidad, la credulidad y la penuria. BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁵¹⁵ *Report of the Asian-Pacific regional seminar of experts on migrants and trafficking in persons with particular reference to women and children* de 2001 (documento A/CONF.189/PC.2/3), párraf. 9, 12, 18, 71, 83 y 85. Vid. también, *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies* de 2002 (documento CERD/C/62/Misc.22).

⁵¹⁶ En Pakistán, los ladrilleros cristianos son esclavizados mientras que los propietarios son musulmanes; y en la India, esclavo y propietario pertenecen a distintas castas. El caso paradigmático es Mauritania, donde se conserva el racismo de la antigua esclavitud y la raza constituye una diferencia fundamental los árabes tienen esclavos negros. BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, pp. 12 y 13.

⁵¹⁷ MANJOO, R, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences* de 2012 (documento A/HRC/20/16).

Entre los derechos económicos, sociales y culturales distinguimos el derecho al desarrollo; derecho a la salud; derecho a la vivienda; y el derecho al matrimonio, familia y maternidad; y el derecho al medio ambiente.

Una de las causas comunes a la trata de seres humanos es la pobreza,⁵¹⁸ por lo tanto la trata pone en peligro el *derecho al desarrollo*. Los tratantes buscan a sus víctimas entre las personas más vulnerables⁵¹⁹ y la pobreza es un factor determinante de vulnerabilidad,⁵²⁰ cuyo impacto negativo en el disfrute de los derechos fundamentales de las personas aparece ya enunciado en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Así lo han reconocido el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* de 1966;⁵²¹ y mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas como la Comisión de derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) y el Experto independiente sobre la cuestión de la pobreza extrema.⁵²²

⁵¹⁸ La conceptualización del término pobreza se excede del objeto de este trabajo. Para el desarrollo de esta investigación nos adherimos al enfoque de pobreza planteado por el premio nobel AMARTYA SEN que se inspira en la acepción primigenia de pobreza como falta de capacidad de producir o de realizar su potencial productivo. SEN, A. *Poverty and Famines: An Essay on Entitlements and Deprivation*, Oxford: Clarendon Press, 1981. Pp.

⁵¹⁹ El denominador común es la pobreza, no la raza. BALES, K. *La nueva esclavitud...* op.cit., p. 13.

⁵²⁰ En este sentido el *Trafficking in persons, especially women and children* de 2012 (A/67/261) enviado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a la 67ª sesión de la Asamblea General de 2012 de las Naciones Unidas. Vid. también, *Report of Independent Expert on Human Rights and Extreme Poverty*, E/CN.42003/52, párrafos 30-35.

⁵²¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976 (ONU Doc. A/6316 (1966), 993 UNTS 3)

⁵²² Sra. Magdalena Sepúlveda Carmona (Chile), Mayo 2008

La pobreza afecta a los derechos económicos, culturales y sociales, tales como el derecho al trabajo, a alimentos, a un adecuado nivel de salud y a la educación.⁵²³ Respecto a los derechos civiles y políticos afecta a la vida, la libertad y la seguridad.⁵²⁴

En este contexto, algunos de los derechos humanos emergentes o de tercera generación⁵²⁵ directamente relacionados con la trata de personas son: el derecho a la autodeterminación personal; a la elección de los vínculos personales; el derecho a la salud reproductiva; a la movilidad universal; derecho a ser consultado; derecho a la verdad y a la justicia; y el derecho a la democracia global.

2.1.3 Derechos laborales

Los derechos laborales que se conculcan con la trata de seres humanos son: el derecho al trabajo, el derecho al salario mínimo, el derecho a una jornada de trabajo con descanso semanal, el derecho a la seguridad social y, por último, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.

La trata está cada vez más conectada con tendencias económicas, especialmente en algunos sectores tales como la agricultura y la construcción, en donde la explotación de los trabajadores, especialmente inmigrantes en situación irregular, es ya un problema endémico. En este contexto, se vulneran derechos fundamentales de los trabajadores como por ejemplo,

⁵²³ Artículos 6,11 y 12 del PIDESC.

⁵²⁴ Artículos 6 y 9 del PDCP.

⁵²⁵ Como apunta SAURA ESTEPÀ los derechos humanos emergentes son las reivindicaciones legítimas, en virtud de necesidades o preocupaciones sociales actuales, dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos individuales y colectivos en el plano nacional o internacional. SAURA ESTEPÀ, J. (Coord.) *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2012.

el derecho a un salario mínimo, a una jornada de trabajo, a descanso semanal y a vacaciones anuales; y a unas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo dignas.⁵²⁶

Las características generales de la agricultura junto a las migraciones han supuesto para los trabajadores agrícolas, convirtiéndoles en víctimas especialmente vulnerables para la explotación y la trata de seres humanos.⁵²⁷

En la trata con fines de explotación sexual es habitual que las víctimas sean forzadas a trabajar durante horas sin descanso mediante el uso de la violencia e la intimidación y obligadas a ganar una cantidad determinada.⁵²⁸

Asimismo, los casos de servidumbre doméstica son los que presentan peores condiciones laborales: largas jornadas laborales que normalmente superan las doce horas, e incluso pueden llegar a 18 horas al día; falta de descanso nocturno; viven con su empleador; no tienen un espacio privado en la casa; no se les ofrece una alimentación adecuada; y no reciben salario alguno o cuantía insignificante del mismo.⁵²⁹

⁵²⁶ OSCE, *An Agenda for prevention: trafficking for labour exploitation*, Viena, 2011. (<http://www.osce.org/cthb/86293>) p.52.

⁵²⁷ OSCE. *A Summary of Challenges on Addressing Human Trafficking for Labour Exploitation in the Agricultural Sector in the OSCE Region*. Viena: OSCE, 2009.

⁵²⁸ Las siete víctimas del *Caso Sierra*, obligadas a trabajar en la industria del sexo durante varios años en diferentes ciudades de los Países Bajos tenían que ganar una suma mínima de 500 euros al día. Esta Sentencia del Tribunal Penal del Distrito de Alkmaar (Holanda) de 3 de febrero de 2012) termina con la condena de un tratante de nacionalidad búlgar junto con otros delincuentes por la trata de seres humanos con fines de explotación sexual de siete mujeres a las que forzaba a las víctimas a trabajar durante horas sin descanso mediante el uso de la violencia e intimidación. Vid. La Sentencia BV2848, Rechtbank Alkmaar, 14.810312-07 3 februari 2012.

⁵²⁹ "F. Llegó a España a finales del año 2002 como turista y posteriormente su estancia no fue regularizada. Se le proporcionó alojamiento en casa de un matrimonio ecuatoriano con un niño. Fue obligada a trabajar siete días a la semana, 16 horas al día y se le proporcionaba comida una vez al día. F. tenía que cuidar al bebé, hacer las tareas domésticas y vender productos artesanales de Ecuador en la calle. F. dormía en el suelo o en la furgoneta cuando ella acompañaba a su empleador a vender los productos fuera de la ciudad. Fue amenazada verbalmente y no recibía salario por su trabajo (...)". OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Viena, 2010 (<http://www.osce.org/cthb/75804>) p. 10.

2.1.4 Derechos en relación a la administración de justicia;

En relación a los derechos vinculados a la administración de justicia, la situación de irregularidad documental de muchas de las víctimas extranjeras constituye la barrera que sigue impidiendo de hecho o de derecho el acceso a un remedio judicial efectivo.⁵³⁰

Además, dentro del fenómeno se contempla también el empleo de personas tratadas para el desarrollo de actividades ilegales, como pequeños robos o venta de drogas,⁵³¹ que no son juzgadas con las suficientes garantías.

En todo caso, como veremos, la falta de identificación como víctimas de la trata conculca sus derechos de como víctimas de violaciones de derechos humanos.

2.2 Los derechos humanos vulnerados por la trata y su protección a través del Derecho internacional de los derechos humanos vigente

La prohibición de la trata de seres humanos se recoge en el primer documento relativo a los derechos humanos elaborado por una Organización Internacional de carácter universal, donde se enumeran los derechos básicos y las libertades fundamentales a las que todo ser humano tiene derecho sin discriminación alguna: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948.⁵³²

⁵³⁰ OSCE, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Viena, 2010 (<http://www.osce.org/cthb/75804>) p. 17-19.

⁵³¹ SCARPA, S. *Trafficking in Human Beings...op. cit.*, p. 31 y ss.

⁵³²Una de las primeras tareas abordadas por la ONU en el ámbito de la protección internacional de los Derechos humanos fue encomendar a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la preparación de la *Carta internacional de derechos humanos de las Naciones Unidas*, un triple proyecto que abarcaba una declaración de derechos humanos, un pacto de derechos humanos y las medidas de aplicación. Finalmente solo el proyecto de declaración fue sometido a la Asamblea de Naciones Unidas, que aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el día 10 de diciembre de 1948, poco más de tres años después de la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas, por 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones (a saber: Arabia Saudí,

En esta Declaración, el consenso existente en la Comunidad internacional en torno a esta controvertida cuestión se expresa en el artículo 4 donde se establece que *“la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”*.⁵³³

A partir de este momento, la protección y regulación de la trata de seres humanos se desarrolla dentro del conjunto de normas que se enmarcan en el ordenamiento jurídico internacional relativo a los Derechos humanos.⁵³⁴

Son muchos los instrumentos, internacionales y regionales aplicables al fenómeno de la trata de seres humanos.

En el marco de este conjunto de normas de naturaleza consuetudinaria, convencional e institucional, distinguimos entre los instrumentos que específicamente hacen referencia a la trata de seres humanos y aquellos que solo tocan algunos de los aspectos de dicho crimen.

Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, URSS y Yugoslavia). Cabe señalar que ni la Delegación de Honduras ni la de Yemen participaron en las votaciones. En todo caso, la Declaración Universal de Derechos Humanos es el instrumento que consagra los derechos civiles y políticos así como los derechos económicos, sociales y culturales -ya enunciados en las primeras constituciones europeas- al ordenamiento jurídico internacional. FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en VVAA. FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2ª edición, Dilex, Madrid, 2005*, p. 64.

⁵³³ El artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prohíbe específicamente la trata de esclavos en todas sus formas al establecer que *“nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”*

⁵³⁴ EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report of the Experts Group...op. cit.*; CHUANG, J. “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Context” 11 *Harvard Human Rights Journal* 65, 1998, p. 79; OBOKATA, T. *Trafficking of Human Beings...op. cit.*; ZHANG, S. *Smuggling and Trafficking in Human Beings: All Roads Lead to America*, Praeger Publishers Inc. Westport, 2007; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*; y GALLAGHER, A. *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2012.

2.2.1 Disposiciones convencionales específicos de trata

En el ámbito de la Comunidad internacional la referencia más importante a la trata de personas como un asunto de derechos humanos se encuentran en el *Protocolo de Palermo*, en cuyo *Preámbulo* ya se alerta acerca de la necesidad de tener en cuenta esta perspectiva. En este sentido, el artículo 2 precisa que la finalidad del Protocolo es “proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos”. Asimismo, los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo se encuentran dedicados a la protección de las víctimas.⁵³⁵

En relación a la protección específica de las mujeres y niños víctimas de la trata, es necesario tener en cuenta otros tres instrumentos. A saber, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres* de 1979 (CEDAW), que en su artículo 6 urge a los Estados de urge a “suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de las mujeres”;⁵³⁶ y la *Convención sobre los Derechos del niño* de 1989 (CDN) donde se hace una llamada a los Estados para prevenir “el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”;⁵³⁷ este artículo fue reforzado con la aprobación del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía* de 2000,⁵³⁸ pues la trata de menores existe, aún con su consentimiento, con que se den una de las conductas del tipo del delito de TSH - el reclutamiento, transporte, traslado, acogida y recepción de una persona menor de dieciocho años⁵³⁹ con fines de su explotación-.⁵⁴⁰

En el caso de los menores, la emisión del consentimiento es irrelevante, por lo que para apreciar la existencia de trata de seres humanos basta realización de una de las conductas que

⁵³⁵ Protocolo de Palermo (documento A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001.

⁵³⁶ Artículo 35 de la CEDAW (documento 1249 UNTS 13).

⁵³⁷ Artículo 35 de la CDN (documento A/RES/44/25).

⁵³⁸ Documento A/RES/54/253.

⁵³⁹ “A efectos de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos (art. 2.5) se entenderá por “menor” cualquier persona menor de dieciocho años”.

⁵⁴⁰ Vid. Capítulo IV, apartado 4.3.

el tipo contempla. A saber, el reclutamiento, transporte, traslado, acogida y recepción de una persona menor de dieciocho años⁵⁴¹ con fines de su explotación.

Por otra parte, en el ámbito regional, se han adoptado importantes documentos normativos relativos a la trata de seres humanos. En este contexto distinguimos tres zonas geográficas, Europa, Estados Unidos y Asia, donde hemos identificado los siguientes tratados.

En el continente europeo, el Convenio de Europa adopta en 2005 el *Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos* (Convenio de Varsovia) donde la por primera vez se aborda la necesidad de que los gobiernos garanticen protección y apoyo a las personas víctimas de trata.⁵⁴²

En la Unión Europea, la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* de 2000, prohíbe la trata de seres humanos.⁵⁴³ En este sentido, se adopta la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*,⁵⁴⁴ que supone no solo la adaptación jurídica del enfoque de derechos humanos sino también la inclusión de dicha norma bajo la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ “A efectos de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos (art. 2.5) se entenderá por “menor” cualquier persona menor de dieciocho años”.

⁵⁴² Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197.

⁵⁴³ Artículo 5. 3 de CDFUE, PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO y COMISIÓN (Informaciones procedentes de Instituciones y Órganos de la Unión Europea) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (versión consolidada 2007) (DO C 303/3 de 14.12.2007, pp. 391-407).

⁵⁴⁴ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, 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 (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

⁵⁴⁵ Artículo 22.1. de la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos: “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 6 de abril de 2013”.

En América, la Organización de Estados Americanos se refiere a la trata de mujeres en el artículo 6.1. de la *Convención americana sobre derechos humanos* de 1969 (Convención de San José)⁵⁴⁶ y a la trata de menores en *Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores* de 1994.⁵⁴⁷

Por último, la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (ASACR) adoptó en 2002 la *Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution*.⁵⁴⁸

2.2.2 Disposiciones convencionales aplicables a la trata

Aunque no hagan referencia específica a la trata de personas, existen numerosos instrumentos generales del Derecho internacional de los derechos humanos que tocan aspectos relacionados con ella.

Entre los instrumentos de carácter universal distinguimos los siguientes.

El primero, la *Convención Suplementaria de sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* de 1956⁵⁴⁹, cuya Sección II (arts. 3 y 4) se encuentra dedicada a la trata de esclavos. La Convención recoge en su artículo 7 c) una definición de trata de esclavos.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO. 36.

⁵⁴⁷ SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO.79.

⁵⁴⁸ Documento disponible on line:
<http://sgdatabase.unwomen.org/uploads/SAARC%20Convention%20on%20Preventing%20and%20Combating%20Trafficking%20in%20Women%20and%20Children%20for%20Prostitution.pdf>.

⁵⁴⁹ (Convención Suplementaria) Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955).

⁵⁵⁰ Artículo 7 de la Convención Suplementaria: “Trata de esclavos” significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado”.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (ICCPR) que establece en su artículo 8 una prohibición de la esclavitud y servidumbre similar a la que figura en la Declaración Universal. Dicho artículo prohíbe, asimismo, la ejecución de un trabajo forzoso u obligatorio, a reserva de algunas excepciones limitadas. En todo caso, la importancia asignada por el Pacto a la citada disposición sobre la esclavitud se refleja en su categoría de derecho inderogable (art. 4.2).⁵⁵¹

Con respecto a los trabajadores migrantes, la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias* de 1990 (Convención de los trabajadores migrantes) recoge también la prohibición de la esclavitud y servidumbre.⁵⁵²

Por último, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966, reconoce la necesidad de medidas especiales de protección a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.⁵⁵³

⁵⁵¹ Artículo 8 del PIDCP (documento 999 UNTS 171).

⁵⁵² El artículo 11 de la Convención de los trabajadores migrantes (documento ILM 152) establece que:

- “1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre.
2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzados u obligatorios.
3. El párrafo 2 del presente artículo no obstará para que los Estados cuya legislación admita para ciertos delitos penas de prisión con trabajos forzados puedan imponer éstos en cumplimiento de sentencia dictada por un tribunal competente.
4. A los efectos de este artículo, la expresión "trabajos forzados u obligatorios" no incluirá: a) Ningún trabajo o servicio, no previsto en el párrafo 3 de este artículo, que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional; b) Ningún servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; c) Ningún trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate”.

⁵⁵³ Artículo 10.3. del ICESCR (documento 993 UNTS 3) establece que: “3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de

En el ámbito regional, es necesario hacer referencia a la *Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* de 1950 (CEDH);⁵⁵⁴ y en el marco de la Unión Europea, la *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*.⁵⁵⁵

En el continente americano, señalamos la *Convención americana sobre derechos humanos* de 1969 (Pacto de San José)⁵⁵⁶ y en África, la *Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos* de 1986 (Carta africana) que prohíbe también todas las formas de explotación.⁵⁵⁷

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945 (Capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre del mismo año).

2.3 Disposiciones no convencionales aplicables a la trata: especial referencia a las normas imperativas del Derecho internacional general o *ius cogens*

Aunque los tratados internacionales constituyen la fuente principal del Derecho internacional aplicable a la trata de seres humanos, existen, sin embargo, otro tipo de instrumentos internacionales relevantes que constituyen también una parte importante del

perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

⁵⁵⁴ Artículo 4 de la CEDH donde se establece la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso (documento ETS No.5).

⁵⁵⁵ DO L 315, 14.11.2012.

⁵⁵⁶ Artículo 6 del Pacto de San José también contempla la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (documento, 1144 UNTS 123).

⁵⁵⁷ Artículo 5 de la Carta africana (Organización de la Unidad Africana, documento CAB/LEG/67/Rev.5)

marco jurídico de la lucha contra la trata de seres humanos.⁵⁵⁸ A saber, la costumbre internacional⁵⁵⁹ y el llamado “soft law”.⁵⁶⁰

2.3.1 La costumbre internacional

Según el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* de 1945 la costumbre internacional es la “expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho” (art. 38.1. b).⁵⁶¹ En base a esta definición, son dos los elementos que configuran la costumbre internacional: el elemento material, de repetición de actos o prácticas constante y uniforme de los sujetos; y el llamado elemento espiritual u *opinio iuris sive necessitatis*, esto es, la convicción por parte de los sujetos de Derecho internacional de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente.⁵⁶²

La especial relevancia del proceso consuetudinario en el actual sistema jurídico internacional se debe fundamentalmente a la contribución de determinados tribunales internacionales, cuyas decisiones más que una fuente de derecho constituyen, como afirma HENKIN, una *evidence of law*.⁵⁶³ En este sentido, la costumbre internacional se adapta bien al ritmo cambiante de la

⁵⁵⁸ GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 132-143.

⁵⁵⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945 (Capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre del mismo año).

⁵⁶⁰ GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 138-143.

⁵⁶¹ Vid. n.: 144.

⁵⁶² Vid. En este sentido, también, el Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre *La legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares*, al recordar la Sentencia de 3 de junio de 1985 en el Caso de la plataforma continental contra Libia y Malta (CIJ. *Rec.* 1985, pár. 27): “la sustancia de ese derecho (consuetudinario) debe buscarse principalmente en la práctica real y en la *opinio iuris* de los Estados” (CIJ. *Rec.* 1996, pár. 64).

⁵⁶³ Sobre la base de que los jueces sólo afirma la aplicación de la ley creada a través de algunas de las fuentes principales del derecho. HENKIN, L. “Inter-State Responsibility for Compliance with Human Rights Obligations” in VOHRAH, L.C. et al. eds. *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* 383, Kluwer Law International, 2003, p. 27.

formación de Derecho internacional en la Sociedad internacional y a la participación en dicho proceso de todos los Estados y Organizaciones implicados.⁵⁶⁴

La costumbre internacional tiene un importante papel a la hora de clarificar la interpretación del contenido de las normas ya codificadas, en el actual sistema jurídico internacional relativo a la trata de seres humanos. Este ha sido el caso de la prohibición de la esclavitud, cuya inclusión individualizada como una posible forma de TSH⁵⁶⁵ evidencia la especial vinculación existente entre ésta y la trata de seres humanos.⁵⁶⁶

Como se ha señalado ya, la contribución de los tribunales internacionales ha sido substancial en el “proceso de cristalización del derecho consuetudinario”.⁵⁶⁷ En relación a la trata de seres humanos, este ha sido el caso de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia⁵⁶⁸ en el caso *Prosecutor vs. Kunarac*,⁵⁶⁹ donde se establece que el concepto

⁵⁶⁴ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005, p130-131.

⁵⁶⁵ La esclavitud y la servidumbre constituyen en si mismas una manifestación de la TSH individual e independiente de otras formas de explotación tradicionales como son la explotación sexual o el trabajo forzoso. GALLAGHER, A. *The International Law...* p. 119.

⁵⁶⁶ GALLAGHER utiliza este razonamiento para referirse a la relación entre TSH y esclavitud. Sin embargo, en nuestra opinión es posible e interesante aplicar este paralelismo también a la relación existe entre la trata y las figuras de la servidumbre y el trabajo forzado. *Ibid.*, p. 119.

⁵⁶⁷ En este sentido, DIXON afirma que la contribución de los tribunales al derecho consuetudinario (especialmente la Corte Internacional de Justicia) ha sido substancial “para culminar el proceso de cristalización del derecho consuetudinario” DIXON, M. *Textbook on International Law*, Blackstone, 2007, p. 45.

⁵⁶⁸ El Tribunal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia, creado por la Resolución 827 de Naciones Unidas de 25 de mayo de 1993, se constituye el 17 de noviembre de 1993 con la finalidad exclusiva de juzgar a las personas responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, cometidas en territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha a determinar por el Consejo de Seguridad una vez restaurada la paz. Sobre la actividad del Tribunal para la ex Yugoslavia, veáse entre otros: GETTI, J. P. y K. LESCURE, “Historique du fonctionnement du Tribunal Pénal International pour l’ex Yougoslavie”, *Revue Internationale du Droit Pénal*, 1996, pp. 248 y ss; BERGSMO, M. “International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia. Recent Developments”, *Human Rights Law Journal*, 1994, vol. 15, n. 11-12, pp. 405-410. Web con las publicaciones del propio Tribunal, www.un.org-icty.

⁵⁶⁹ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, of 22 February 2001.

tradicional de "esclavitud"⁵⁷⁰ ha evolucionado hasta abarcar las diversas formas contemporáneas de la esclavitud. Para este Tribunal la evaluación de las formas contemporáneas de esclavitud ha de llevarse a cabo en base al ejercicio de cualquiera de los poderes atribuidos al derecho de propiedad. A saber: el control de los movimientos de una persona física; si ha existido algún elemento de control psicológico; si se tomaron medidas para prevenir o impedir la fuga; y si se ha llevado a cabo el control de la sexualidad y el trabajo forzoso.

Parece, sin embargo, que el simple traslado, que responde al concepto tradicional de trata de esclavos recogido en la *Convención sobre la esclavitud* de 1926 en el art. 1.2,⁵⁷¹ no resultaría suficiente para poder asimilar la trata de personas a una nueva forma de esclavitud;⁵⁷² y por tanto, solo algunas de las situaciones que hoy en día calificamos de trata de personas entrarían dentro del concepto de forma actual de esclavitud definido por el TPIY. Esto es, aquellas en la que los tratantes sean los mismos que explotan a las víctimas, pues solo en estos casos puede darse en ejercicio continuado del derecho de propiedad según los criterios que plantea el TIPY.⁵⁷³ Además, respecto del ejercicio del derecho de propiedad el tribunal añade, que la duración del mismo podrá utilizarse como un criterio más a la hora de determinar la existencia o no de una forma de esclavitud moderna.⁵⁷⁴

Por otra parte, en la creación o identificación de este derecho consuetudinario relativo a la trata de seres humanos,⁵⁷⁵ es necesario hacer referencia también a las decisiones del Tribunal

⁵⁷⁰ El artículo 1.1 de la *Convención sobre la esclavitud* determina que: "la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos".

⁵⁷¹ Artículo 1.2.de la *Convención contra la esclavitud*: "La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos".

⁵⁷² *Prosecutor v. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, of 22 February, 2001 (§ 543).

⁵⁷³ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, p. 20.

⁵⁷⁴ "The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved" *Prosecutor vs. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, 22 de febrero 2001. (§ 542)

⁵⁷⁵ En este sentido, DIXON "acelerase la creación del derecho consuetudinario y confirmando las tendencias de la práctica estatal y por el descubrimiento de una necesaria *opinio iuris*" DIXON, M. *Textbook on International Law*, Blackstone, 2007, p. 45.

Europeo de Derechos Humanos,⁵⁷⁶ que enmarcan la trata de seres humanos en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y trabajo forzoso.⁵⁷⁷

En todo caso, interpretación de la prohibición de esclavitud ha sido extendida - tanto por la *opinio iuris* como por la práctica estatal- respecto a su codificación en la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926⁵⁷⁸ configurando la trata de seres humanos como una manifestación de la esclavitud. Esta conclusión como afirma GALLAGHER podría reforzar significativamente los fundamentos jurídicos básicos de la prohibición de la trata.⁵⁷⁹

2.3.2 Las normas imperativas de Derecho internacional general o *ius cogens*

En esta línea, además, resulta interesante señalar que la prohibición de la esclavitud es una norma consuetudinaria de Derecho internacional general o de *ius cogens*.⁵⁸⁰ Esto es “una norma imperativa de Derecho internacional general”:

⁵⁷⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional del Consejo de Europa. Este mecanismo de protección de la CEDH, instituido ex novo por el artículo 19 de la CEDH, ha ido evolucionando hasta garantizar el acceso directo de los particulares. PATOR PALOMAR, A. (2003) “El sistema Europeo: El Consejo de Europa” en VVAA. FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.) Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2ª edición, Dilex, Madrid, pp. 166-168.

⁵⁷⁷ There can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention. In view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes “slavery”, “servitude” or “forced and compulsory labour”. Instead, the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention” (*Rantsev v. Chipre y Rusia*, §282)

⁵⁷⁸ El artículo 1.1 de la *Convención sobre la esclavitud* determina que: “la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (documento ,,,)

⁵⁷⁹ GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 177-189.

⁵⁸⁰ El desarrollo del Derecho internacional contemporáneo ha llevado a la superación, al menos en teoría, de las tesis voluntaristas, al afirmar que el arbitrio soberano de los Estados se encuentra limitado por ciertas normas imperativas, que emanan directamente del Derecho Natural. Estas normas imperativas de Derecho internacional

“aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto como norma que no admite prueba en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.⁵⁸¹

Asimismo, tampoco admite limitación ninguna⁵⁸² la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes; una figura que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

general, aceptadas y reconocidas por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto, principalmente a partir de 1945, como normas que no admiten acuerdo en contrario, modificables tan sólo por otras ulteriores que tengan el mismo carácter y con capacidad para anular y terminar con todo Tratado que a ellas se opongan, constituyen lo que conocemos como el *ius cogens* (art. 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de Tratados).

Determinar cuáles son estas normas de *ius cogens* es un problema muy complejo; por ello la propia Comisión de Derecho Internacional cuando preparaba el proyecto de artículos para los trabajos de la Conferencia de Viena, en la que se organizó la Convención de 1969 sobre Derecho de los Tratados, decidió no incluir ni siquiera ejemplos de normas de *ius cogens*, dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional. En este sentido, encontramos una excelente orientación en la sentencia de 5 de febrero de 1970 del Tribunal Internacional de Justicia (caso de *Barcelona Traction*), ésta contiene un *dictum* en el que se hace referencia a las “obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto (...). Estas obligaciones resultan, por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta en escena fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial”. PASTOR RUIDREJO, J. A. *Curso... op.cit.* pp. 41-45.

⁵⁸¹pues se encuentra ubicado en la parte V, sección segunda del Convenio de Viena que regula la nulidad de los Tratados-; En este sentido, el artículo 53 del citado Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dice que. “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto como norma que no admite prueba en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁵⁸² El párrafo 3 de la Observación general 20 Observación General 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (44º período de sesiones, 1992), de 10 de marzo de 1992, por la que reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (del 16º período de sesiones, 1982), establece que:

“El texto del artículo 7 no admite limitación alguna. El Comité reafirmó asimismo que, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas en el artículo 4 del Pacto, nada autoriza la suspensión de la cláusula del

constituye una característica esencial y parte de la conducta propia de la trata de seres humanos:

“en todo caso, el uso de la violencia y el maltrato de las víctimas constituyen una de las características propias de la trata de seres humanos por lo que su inclusión en el ámbito de la prohibición del artículo 3 del CEDH (que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes) no ofrece ninguna duda”.⁵⁸³

Así pues, los fundamentos jurídicos básicos de la prohibición de la trata de seres humanos no solo derivan de que la esclavitud sea una norma de *ius cogens*, sino también de la prohibición de la tortura, que como establece el caso *Prosecutor v. Furundzija* es una prohibición con estatus de *ius cogens*.⁵⁸⁴

Este cuerpo de normas imperativas de Derecho internacional general es esencialmente dinámico y abierto. La práctica internacional fruto del desarrollo progresivo del Derecho Internacional puede atribuir de manera expresa carácter imperativo a otras normas generales.⁵⁸⁵ El desarrollo del derecho consuetudinario relativo a la trata de seres humanos

artículo 7, y las disposiciones de dicho artículo deben permanecer en vigor. Análogamente, el Comité observa que no se puede invocar justificación o circunstancia atenuante alguna como pretexto para violar el artículo 7 por cualesquiera razones, en particular las basadas en una orden recibida de un superior jerárquico o de una autoridad pública”(<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%20%20Art%207%20PDCP.html>).

⁵⁸³ “However, it is clear that the use of violence and the ill-treatment of victims are common features of trafficking (...) The Court therefore considers that, in the absence of any specific allegations of ill-treatment, any inhuman or degrading treatment suffered by Ms Rantseva prior to her death was inherently linked to the alleged trafficking and exploitation. Accordingly, the Court concludes that it is not necessary to consider separately the applicant’s Article 3 complaint and will deal with the general issues raised in the context of its examination of the applicant’s complaint under Article 4 of the Convention” (*Rantsev v. Chipre y Rusia*, §252).

⁵⁸⁴ “Covering crimes such as torture whose prohibition has the status of jus cogens” *Prosecutor v. Furundzija case*, Judgement of 10 December 1998 (par. 155)

⁵⁸⁵ Como por ejemplo el reciente principio del Derecho del Mar (art. 136 de la Convención del Derecho del Mar de 1982) por el que se declara la zona internacional de los fondos marinos y sus recursos patrimonio común de la humanidad. PASTOR RUIDREJO, J. A. *Curso... op.cit.* pp. 41-45.

constituye la base por la que la prohibición de la trata de seres humanos se configura como una norma imperativa de Derecho internacional general o *ius cogens*.⁵⁸⁶

2.3.3 El “soft law”

El término *soft law* es, como apunta BROWNLIE, una “*moderately useful shorthand*” que se emplea para describir una deslumbrante gama de normas e instrumentos que solo tienen en común su incapacidad para ser identificadas como derecho vinculante⁵⁸⁷. Así, bajo el término *soft law* se recogen los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio pero incardinados en el sistema de fuentes, tales como recomendaciones, resoluciones, instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, códigos de conducta o de buen gobierno, entre otros, cuyo elemento común es el de causar dificultades al intérprete del derecho.⁵⁸⁸

Y es que las normas de *soft law* internacional no son en principio obligatorias. Sin embargo, el hecho de que las entidades internacionales las respeten y observen normalmente hace que se pueda caracterizar como Derecho.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Como afirma BUENO ARUS, El concepto de *iuscogens*, aunque elaborado en el marco del Derecho de los Tratados a efectos de apreciar su nulidad, se puede evidentemente extrapolar a efectos de reconocer caso por caso si un delito internacional es además un delito contrario al *ius cogen*. BUENO ARÚS, F. *Manual de Derecho...op. cit.*, p. 40.

⁵⁸⁷ BROWLIE, I. “To What Extent are the Traditional Categories of Lax Late and Lax Ferenda Still Viable?”, CASSESE, A. y WEILER, J.H. eds. *Change and Stability in International Law-Making* 62, 1988, p. 66.

⁵⁸⁸ SARMIENTO, D.: “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, 2006, pp. 221-261, p. 223.

⁵⁸⁹ “Soft law is usually generated as a compromise between those who wish a certain matter to be regulated definitively and those who, while not deying the merits of the substantive issue, do not wish to be bound by rigid and obligatory rules-perhaps because they fear they cannot obtain any necessary domestic legisaltive approval”; SZASZ, P.C. “General law-making process”, JOYNER, C.C. *The United Nations and International Law*, ASIL y Cambridge University Press, 1997, pp. 32-33.

La lucha contra la trata de seres humanos ha dado lugar a una amplia gama de instrumentos que no poseen en su total extensión alguno de los elementos que integran las tres dimensiones de la legalidad – la legalidad en la adopción de la norma, el contenido o *negotium* y la estructura que asegura el cumplimiento⁵⁹⁰ y que podrían ser calificados como *soft law*.⁵⁹¹

En el contexto del *soft law*, referido a la trata de personas resultan especialmente relevantes las normas o instrumentos de *soft law* por su contenido o *negotium* y aquellas que lo son por su forma de adopción (*instrumentum*).⁵⁹²

Resulta relativamente sencillo la determinación de las normas de *soft law* del tipo *negotium*⁵⁹³ así como las obligaciones de comportamiento⁵⁹⁴ incluidas en los tratados

⁵⁹⁰ Según la doctrina para analizar la calidad legal de los instrumentos de Derecho internacional resulta necesario el estudio de tres dimensiones o rasgos en la norma objeto de análisis. A saber, la legalidad en su adopción; su contenido o *negotium* y la estructura que asegura su cumplimiento. Estas dimensiones son subdivididas a su vez en elementos que devienen determinantes para analizar hasta que punto una dimensión está presente en el instrumento objeto de análisis. Así, en el ámbito de la legalidad de la adopción de la norma se estudian elementos como la forma del instrumento (*instrumentum*) o su procedimiento de adopción; en el caso de la substancia o (*negotium*) se analiza su obligatoriedad, precisión y tipo de lenguaje utilizado; y por último, en relación a la estructura de la norma, se toman en consideración su sistema de resolución de conflictos, como se controla su cumplimiento y como se lleva a cabo su reglamentación. En relación al modelo de análisis de la naturaleza legal de los instrumentos internacionales vid. ABBOTT, K.W.; KEOHANE, R.O.; MORAVCSIK, A.; SLAUGHTER, A.M.; SNIDAL, D. "The Concept of Legalization", *International Organization*, 50, Nº 3, 2000, pp. 401-419; GAMBLE, J.K. "The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea as Soft Law", *Houston Journal of International Law*, 8, 1985, pp. 37-48; y RAUSTIAR, K. "Form and Substance in International Agreements", *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 581-614.

⁵⁹¹ Cuando todos los elementos de las tres dimensiones están presentes en su total extensión, el instrumento es entonces *hard law*; todo elemento que no está presente en su máxima extensión "debilita" el instrumento y lo acerca hacia un concepto de *soft law*; cuando muchos elementos están ausentes la pregunta que surge es si el instrumento realmente pertenece al ámbito legal. De tal modo que adoptamos una escala legal descendente desde el derecho tradicional o *hard law* hacia diferentes formas de *soft law* o incluso de no legalidad en absoluto. ABBOTT, K.W.; KEOHANE, R.O.; MORAVCSIK, A.; SLAUGHTER, A.M.; SNIDAL, D. "The Concept of Legalization", *International Organization*, 50, No 3, 2000, pp. 401-419.

⁵⁹² GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 139.

internacionales examinados, donde se formulan numerosas obligaciones “soft”. Así, en el *Protocolo de Palermo*, los Estados parte son varias veces exhortados a “considerar”⁵⁹⁵ ciertas medidas o a “procurar”⁵⁹⁶ llevarlas a cabo. Todas estas referencias son aún más vagas en la medida en la que se aplicaran “Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno”.⁵⁹⁷ Otro de los instrumentos que contiene obligaciones que podrán calificarse como *soft law* es el *Convención de Varsovia*, donde en diversas ocasiones los Estados parte son llamados a “promover”⁵⁹⁸ y “utilizar”⁵⁹⁹ un enfoque de derechos humanos desde una perspectiva de género y edad.

⁵⁹³ Esta dimensión, como explica ABBOTT se apoya con fuerza en la idea subyacente de "concepto de legalidad". Así, la dimensión substancia o *negotium*, se encuentra estrechamente relacionada con la calidad normativa del contenido del instrumento. A saber, los derechos y obligaciones que el instrumento diseña con el objetivo de regular el comportamiento de los sujetos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. El análisis de esta dimensión se centra en tres elementos: la obligación, la precisión y el tipo de lenguaje utilizado. ABBOTT, K.W.; KEOHANE, R.O.; MORAVCSIK, A.; SLAUGHTER, A.M.; SNIDAL, D. "The Concept of...*op. cit.*, pp. 401-419.

⁵⁹⁴ En la práctica se han adoptado varias clasificaciones de las obligaciones internacionales. Por ejemplo generalmente se hace la distinción entre obligaciones de comportamiento y las obligaciones de resultado. El objetivo de esta distinción es ayudar a determinar cuando se ha producido una violación del artículo 12 del *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidades del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* -adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) el 9 agosto de 2001- que establece que existe violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está de conformidad con lo que de él se exige esa obligación “sea cual fuere...la naturaleza de esa obligación”. CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Dickinson, Madrid, 2004, pp. 168-169.

⁵⁹⁵ “Cada Estado Parte *considerará* la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata” (Artículo 6.3. Protocolo de Palermo)

⁵⁹⁶ “Los Estados Parte *procurarán* aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión” (Artículo 9.2. Protocolo de Palermo)

⁵⁹⁷ Artículo 6.1. Protocolo de Palermo.

⁵⁹⁸ “Las Partes *promoverán* un enfoque basado en los derechos de la persona y utilizarán un enfoque integrado de la igualdad entre mujeres y hombres” (Artículo 5.3. Convenio de Varsovia).

⁵⁹⁹ “Los Estados parte *utilizarán* un enfoque integrado de la igualdad entre mujeres y hombres, así como un enfoque respetuoso de los niños” (Artículo 5.3. Convenio de Varsovia).

El contenido específico de estas estipulaciones es en muchas ocasiones discutible. No obstante, mientras que algunas de estas estipulaciones⁶⁰⁰ se encuentran marcadas por la ausencia de un derecho u obligación inequívoca;⁶⁰¹ existen otras como la obligación recogida en el artículo 6.5 del *Protocolo de Palermo* -“cada Estado Parte se *esforzará* por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio”- ha sido interpretada por la propias partes del tratado en un acto posterior⁶⁰² como una obligación *positiva* para los Estados de *hacer algo*.⁶⁰³

En este sentido, la jurisprudencia internacional reconoce la posibilidad de que la responsabilidad internacional se derive de omisiones ilícitas, como en el fallo del Tribunal Internacional de Justicia relativo al *asunto del estrecho de Corfú*, donde la omisión del deber por parte de las autoridades albanesas de notificar acerca de la existencia de un campo de minas en sus aguas jurisdiccionales se contempla desde la óptica objetivista de una obligación internacional preexistente.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Como por ejemplo la disposición del artículo 12.5 Convenio de Varsovia que establece que: “Las Partes adoptarán, en caso de necesidad y en las condiciones previstas por su legislación interna, las medidas necesarias para cooperar con las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones competentes u otros elementos de la sociedad civil, comprometidos con la asistencia a las víctimas”.

⁶⁰¹ GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 139.

⁶⁰² En este caso estaríamos hablando de una interpretación auténtica, es decir aquella que llevan las partes en el tratado mismo o en un acto posterior. En este sentido, no podemos olvidar que la interpretación en el Derecho internacional no es una actividad reservada a un órgano determinado. Además, de la interpretación auténtica, KELSEN distingue la interpretación doctrinal, que incluye dictámenes, resoluciones y publicaciones; la judicial, mediante sentencias y dictámenes; y la llamada interpretación diplomática que se realiza a través de notas diplomáticas y decisiones de órganos internos no judiciales. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 170 y 171.

⁶⁰³ El párrafo 49 de la *Guía Legisaltiva del Protocolo de Palermo* establece que “Cada Parte deberá cumplir los siguientes requisitos obligatorios: c) Esforzarse por prever la seguridad física de las víctimas mientras se encuentren en su territorio” UNDOC, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 285.

⁶⁰⁴ El caso del Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania) se originó por los incidentes ocurridos el 22 de octubre de 1946 en el Estrecho de Corfú cuando dos destructores británicos chocaron con minas en aguas albanesas, sufriendo daños y la pérdida de numerosas vida humanas. Sentencia del TIJ de 9 de abril de 1949, *asunto estrecho de Corfú* (CIJ: Rec. 1949: 22-23).

Precisamente, el amplio y creciente cuerpo de materiales interpretativos constituye una variante *instrumentum* de *soft law*.⁶⁰⁵ Estos documentos van desde los *travaux préparatoires de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*⁶⁰⁶ y sus guías legislativas⁶⁰⁷ a los comentarios del *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report*.⁶⁰⁸

Aunque, en todo caso, la norma básica de interpretación de los tratados es la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* de 1969.⁶⁰⁹ El valor de estas disposiciones radica en que no están completamente desprovistas de sustancia legal y que hacen posible determinar objetivamente el alcance de comportamiento requerido.

Dentro de este mismo grupo de normas de *soft law*, distinguimos también aquellos instrumentos cuya elaboración ha sido llevada a cabo por un grupo de funcionarios de Naciones Unidas y un grupo de expertos, sin la participación de ningún Estado. Este ha sido el caso de los

⁶⁰⁵ La dimensión *instrumentum* se refiere a los aspectos formales de la adopción de un instrumento. Según WEIL es el elemento más decisivo para responder a la cuestión de cuando un instrumento es o no legalmente vinculante. En esta dimensión se distinguen cuatro elementos: la forma del instrumento; el procedimiento de adopción de la norma; la competencia para la adopción de instrumentos legalmente vinculantes y las circunstancias que rodean la creación del instrumento. WEIL, P. "Towards Relative Normativity in International Law?", *The American Journal of International Law*, 77, No 3, 1983, pp. 413-442.

⁶⁰⁶ Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, de 3 de noviembre de 2000 (A/55/383/Add.1); y Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 21 de marzo de 2001 (Documento A/55/383/Add.3).

⁶⁰⁷ Como por ejemplo, las *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, adoptadas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

⁶⁰⁸ Vease en este sentido, el *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report* (Warsaw, 16.V.2005) Council of Europe Treaty Series - No. 197

⁶⁰⁹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, firmada en Viena, 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980 (Documento de Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331)

Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas elaborado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en 2010;⁶¹⁰ la *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking* de del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia;⁶¹¹ y la Agencia de la ONU para los refugiados ha elaborado también su propio documento para la aplicación del Derecho de asilo en relación a la trata de seres humanos.⁶¹²

Además de estos instrumentos, algunos de los cuales tienen un claro enfoque normativo, existen otros documentos que también podrían ser calificados como *soft law* y que constituyen como afirma SHELTON una variedad cuyo objetivo es “ofrecer inspiración”.⁶¹³ Este sería el caso de las diversas resoluciones que aparecen en ocasiones como precursoras de tratados que se elaboran más tarde. En este sentido, la Organización de Naciones Unidas, en si misma, y la Asamblea General de Naciones Unidas⁶¹⁴ así como el Comité de Derechos Humanos han llevan años adoptando resoluciones relacionadas con la trata de seres humanos, que constituyen la antesala del *Protocolo de Palermo* de 2000.

En el ámbito regional europeo, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea vienen desarrollando una importante actividad en la adopción de planes y resoluciones para el

⁶¹⁰ *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas* (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf) Previo a este documento, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos adoptó en *Recomendad Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, 20 May 2002 (Documento E/2002/68/Add.1).

⁶¹¹ UNICEF, *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking*, September 2006.

⁶¹² ACNUR, *Directrices sobre protección internacional no. 7: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, 2006, HCR/GIP/06/07 (<http://www.refworld.org/docid/47fdfafd0.html>).

⁶¹³ Esta distinción ha sido diseñada por la American Society of International Law que publico los resultados de su estudio en en SHELTON, D. (ed.) *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the international Legal Process*, Oxford University Press, 2003.

⁶¹⁴ (“Recognizing the need to continue fostering a global partnership against trafficking in persons and other contemporary forms of slavery”) La Resolución 64/178 de la Asamblea de Naciones Unidas, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*, de 26 de marzo de 2010 (Documento ONU: A/RES/64/178) Vease también otras resoluciones 55/67, 58/137, 59/166, 61/144, 61/180, 63/156 y 63/194.

establecimiento de una estrategia paneuropea en relación a la lucha contra la trata de seres humanos, que constituyen el origen del *Convenio de Varsovia* de 2005 y de la Directiva 2001/36 sobre trata de seres humanos (respectivamente).

Dentro del Consejo de Europa estas iniciativas se han materializado en una serie de instrumentos jurídicos, dedicados sobre todo a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual,⁶¹⁵ cuyo contenido empieza a tomar forma de tratado cuando en el año 2005 la Asamblea en una de sus recomendaciones al Comité de Ministros, presenta el primer *Proyecto del futuro Convenio Europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos*.⁶¹⁶

Por otra parte, en la Unión Europea es importante destacar las numerosas Comunicaciones y los documentos preparatorios de la Comisión Europea⁶¹⁷ donde se propone una armonización de las definiciones, de las medidas de carácter general, un mismo marco metodológico y de acción para la prevención, asistencia a las víctimas y protección en cada uno de los Estados miembros así como medidas penales y de cooperación judicial entre los distintos países. En

⁶¹⁵ Citamos entre otros, la Recomendación (91) 11, de 9 de septiembre de 1991, sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución, así como la trata de niños y jóvenes; el Plan de Acción Modelo de Acción Modelo contra la trata de mujeres de 1996 (doc. EG (96) 2) elaborado por la consultora belga Michèle Hirsch; el la Recomendación (2000) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 19 de mayo de 2000, sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual ; y la Recomendación (2001) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 31 de octubre de 2001, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual.

⁶¹⁶ Recomendación 1695 (2005) Proyecto del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos; Opinion No. 253 (2005) Draft Council of Europe convention on action against trafficking in human beings.

⁶¹⁷ La Comunicación, *La trata de mujeres con fines de explotación sexual* (COM (96) 567 final, Bruselas, 20.11.1996); la Comunicación *Lucha contra la trata de seres humanos: enfoque integrado y propuestas para un plan de acción* (COM (2005) 514 final, Bruselas, 18.10.2005); el *Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para combatir y prevenir la trata de seres humanos* (2005/C 311/01, Bruselas, 09.12.2005) y el Documento de Trabajo de la Comisión *Evaluación y seguimiento de la aplicación del Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para combatir y prevenir la trata de seres humanos* (2005/C 311/01) y el Documento de Trabajo de la Comisión *Evaluación y seguimiento de la aplicación del Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla* (COM (2008) 657 final).

este contexto, citamos a modo de ejemplo, la *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA*,⁶¹⁸ esto es la Comunicación de la Comisión Europea inmediatamente anterior a la Directiva 2011/36 sobre trata de seres humanos.

Por último, y aún en el ámbito de la UE, hay que señalar la *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016)*,⁶¹⁹ un documento de carácter político, a través del cual la Comisión Europea muestra su voluntad de adoptar el enfoque de derechos humanos y se compromete a coadyuvar que los Estados miembros de la UE cumplan con las obligaciones que dimanar de esta perspectiva.

3 Consecuencias de la aplicación del enfoque de los Derechos humanos en la lucha contra la trata

La característica principal de la perspectiva de derechos humanos es identificar la trata de seres humanos como la vulneración de bienes jurídicos personalísimos, como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, la libertad sexual, la intimidad, etc. Esta interpretación, que implica un enfoque holístico del fenómeno, asume también que las normas aplicables a la trata de seres humanos son los instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos.

Las estrategias y políticas europeas para poner fin a la más grave de las formas de explotación de personas han tenido por objeto la lucha contra la inmigración irregular y el

⁶¹⁸ COM (2010) 95 final, Bruselas, 29.3.2010. Vid. también en este sentido, *Proposal for a Council Framework Decision on preventing and combating trafficking in human beings repealing Framework Decision 2002/629/JHA*, COM (2009) 136 final, Bruselas, 25.3.2009) y el *Report from the Commission to the Council and the European Parliament based on Article 10 of the Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings*, (COM (2006) 187 final, Bruselas, 02.05.2006).

⁶¹⁹ COM(2012) 286 final, Bruselas, 19.06.2012.

crimen organizado, contribuyendo así a ocultar la trata de personas detrás de fenómenos como la violencia de género, el crimen organizado o la inmigración irregular.

Sin embargo, a la luz de los resultados, la ineficacia de ambos enfoques se hace evidente, y la trata de personas continúa escondiéndose detrás de problemas como migración irregular o la prostitución. El comercio ilícito de personas para su explotación es mucho más que delincuencia o una forma más de violencia contra las mujeres, y su interrelación con las crisis mundiales es más compleja que nunca: las situaciones de exclusión social, los conflictos bélicos, las hambrunas, el vacío de poder de los estados fallidos, los efectos devastadores de las catástrofes naturales, etc. ofrecen un sin fin de oportunidades a los tratantes de personas.

Al analizar las causas, procesos y consecuencias de la trata de personas nos encontramos que ésta se encuentra estrechamente relacionada con temas relevantes de los derechos humanos como son: la pobreza, la discriminación, los tratos inhumanos o degradantes, el trabajo forzado, las prácticas forzadas y la esclavitud.

La trata de seres humanos está directamente relacionada con otras cuestiones de derechos humanos y la perspectiva de derechos humanos al aborda el fenómeno de la trata en su conjunto y no en parte como el resto de perspectivas confiere una aproximación holística a la trata de seres humanos. Así mientras éste sea el enfoque principal y de partida, la aproximación desde los derechos humanos puede y debe combinarse con el resto de los enfoques analizados.

En línea con el enfoque holístico, el marco jurídico estatal para la prevención y persecución del delito de trata así como la protección sus víctimas vendría determinado por modelo propuesto por la UNDOC, *La Ley Modelo contra la trata de personas*:⁶²⁰ un patón de ley integral contra la trata de personas. En España esta ley, un poco a imagen de la ley orgánica contra la violencia de género, debería se adoptada en forma de ley orgánica.⁶²¹

⁶²⁰UNDOC, *La Ley Modelo contra la trata de personas*, Viena, 2010.

⁶²¹ Una Ley Orgánica es aquella que se requiere constitucionalmente para regular ciertas materias, en España entre las materias que se regulan por Ley Orgánica se encuentra el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (Artículo 81 de la Constitución española).

Como ya hemos visto, las normas aplicables a la lucha contra la trata de seres humanos son los instrumentos de Derecho internacional. Éstas constituyen un conjunto de reglas e instituciones de Derechos internacional, con fisonomía propia y novedosa, cuyo propósito se vincula más al interés del ser humano que al de los Estados.⁶²²

Este conjunto de normas e instituciones del Derecho internacional de los derechos humanos, como normas de Derecho internacional obedecen a las reglas y principios generalmente reconocidos en el Derecho internacional. No obstante, dado su carácter protector se apartan de los criterios que fundamentan o sirven para interpretar las normas tradicionales.⁶²³

Por esta razón, aunque la Convención Europea de los Derechos Humanos no contempla explícitamente la prohibición de la trata de seres humanos,⁶²⁴ al evaluar el alcance de la Convención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recalca que se trata de un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de las actuales sociedades democráticas, donde la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales

⁶²² En este sentido, en palabras de NIKKEN, es posible afirmar que en lo estrictamente jurídico se constata el establecimiento de Estas instituciones de Derecho internacional, actualmente en expansión, aunque obedecen como tales a las reglas y principios generalmente reconocidos en el Derecho internacional, como consecuencia de su carácter protector se apartan de los criterios que fundamentan o sirven para interpretar las normas tradicionales. NIKKEN, P., *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 19.

⁶²³ *Ibid.*, p. 19.

⁶²⁴ La ausencia de una referencia expresa a la trata de seres humanos en la Convención Europea de Derechos Humanos no es sorprendente pues ésta se inspira en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así la CEDH incluye exclusivamente derechos civiles y políticos consagrados en las tradiciones constitucionales de los Estados de la Europa Occidental fundadores originarios del Consejo de Europa donde tampoco se recoge expresamente la trata de seres humanos. Vid. *Siliadin v. Francia* (§ 121) y *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§ 277).

está cada vez más garantizada y su violación exige una mayor firmeza por parte de las autoridades competentes.⁶²⁵

Así, la conexión entre la vulneración de los derechos humanos de las personas tratadas y el fenómeno de la trata de seres humanos, implica no solo la posibilidad de aplicar al fenómeno de la trata de personas las estructuras e instituciones del Derecho internacional, sino fundamentalmente de vincular este conjunto de reglas y organismos más al interés del ser humano que al de los Estados.⁶²⁶

En este sentido, la estrategia para luchar contra el fenómeno se basa en los principios y normas del Derecho internacional de los derechos humanos, que configuran la prohibición de la trata de seres humanos como una norma imperativa de Derecho internacional general o *ius cogens*⁶²⁷, que obliga a los Estados independientemente de su consentimiento y cuyo contenido se concreta en una serie de obligaciones “erga omnes” exigibles a todos los Estados. A saber: la prohibición del tráfico de seres humanos; perseguir a los responsables; proteger a las víctimas; y asumir las causas y consecuencias del fenómeno de la trata.

En este contexto, la cuestión que puede plantearse, y que no reviste solo carácter académico, es si la remisión al Derecho internacional general puede modificar el Derecho

⁶²⁵ *Siliadin v. Francia* § 121 y *Rantsev v. Chipre y Rusia*, § 277. Vid, también *Selmouni contra Francia* [GC], demanda. 25803/94, § 101, TEDH 1999-V; y *Christine Goodwin contra el Reino Unido* [GC], demanda. 28957/95 (§ 71), TEDH 2002-VI.

⁶²⁶ Por citar algunos, vid. una detallada exposición del conjunto de derechos y facultades que la aproximación de los derechos humanos reconoce a las víctimas de la trata de seres humanos en MATTAR, M., “Incorporating the Five Basic Elements of a Model Antitrafficking...*op.cit.*, pp. 388 y ss.; Vid. también, LENZERINI, F., “International Legal Instruments on Trafficking and a Victim-oriented approach...*op.cit.*, pp. 220 y ss; AMIEL, A., “Integrating a Human Perspective into the European Approach...*op.cit.*, pp. 35 y ss.

⁶²⁷ Como afirma BUENO ARUS, El concepto de *ius cogens*, aunque elaborado en el marco del Derecho de los Tratados a efectos de apreciar su nulidad, se puede evidentemente extrapolar a efectos de reconocer caso por caso si un delito internacional es además un delito contrario al *ius cogen*. BUENO ARÚS, F. *Manual de Derecho...op.cit.*, p. 40.

convencional a la luz de los nuevos sentimientos de la comunidad internacional.⁶²⁸ La interpretación de la prohibición de la esclavitud ha sido extendida respecto a como se encuentra codificada en los tratados de Derecho internacional de los derechos humanos, (*Convención sobre la Esclavitud* de 1926⁶²⁹) tanto por la *opinio iuris* como por la práctica estatal (soft law).

A tenor de lo expuesto, aunque según el derecho de los tratados, la trata de seres humanos constituye un mecanismo mediante el cual conseguir esclavizar a una persona;⁶³⁰ la aplicación tanto de la Costumbre internacional, determinada por las decisiones de los tribunales internacionales, como la labor inspiradora de ciertas normas de “soft law” expresan la voluntad de la Comunidad internacional de configurar la trata de seres humanos como la forma de esclavitud moderna.

En todo caso, siguiendo a OBOKATA podríamos concluir que la aplicación del Derecho internacional de los Derechos humanos impone a los Estados un amplio elenco de obligaciones respecto a los delitos de TSH. De todas ellas, este autor, distingue las siguientes obligaciones exigibles a todos los Estados en cuanto que países de origen, tránsito o destino de TSH: la prohibición del tráfico de seres humanos; perseguir a los responsables; proteger a las víctimas; y asumir las causas y consecuencias del fenómeno de la trata.⁶³¹

Por todo lo expuesto, para terminar de contestar a nuestra primera pregunta de investigación, podemos afirmar que la norma internacional recoge la trata como una de las más

⁶²⁸Vid. HUESA VINAIXA, R. “Incrimination universal y tipificación convencional. (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)” en VVAA. (ESCOBAR HERNANDEZ, C. Ed.) *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid, 2000, pp. 108-116.

⁶²⁹ El artículo 1.1 de la *Convención sobre la esclavitud* determina que: “la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

⁶³⁰ Es necesario, por tanto, distinguir entre el proceso de la esclavitud y la esclavitud misma. Así, el concepto normativo de trata se refiere al proceso de esclavización, una conducta que se desenvuelve a lo largo del tiempo, y que consta de varias fases. Estas fases son el reclutamiento o captación, el transporte y la explotación. Vid. el apartado 1 del Capítulo IV, *El delito de trata: elementos esenciales del delito*.

⁶³¹ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, 147.

graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona. De hecho, en el marco de este enfoque global u holístico se expresa la voluntad de la Comunidad internacional de configurar la trata de seres humanos como la forma de esclavitud moderna.

En la práctica, como veremos en el Capítulo siguiente, resulta difícil abordar la trata de personas como una cuestión de derechos humanos. Las implicaciones de recoger la trata como una de las formas más graves de violación de los derechos fundamentales de las personas son especialmente importantes de cara a su prohibición que requiere, no solo la persecución del delito sino también, el establecimiento de los mecanismos necesarios para la protección internacional de las personas frente a este fenómeno.

CAPÍTULO IV. LA PROHIBICIÓN DE LA TRATA

“Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2.º del art. 318 bis CP, por el que han sido condenados la recurrente y su compañero, viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo el epígrafe de “La trata de seres humanos”.

Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para que la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.

Objeto] Tales circunstancias no concurren en el presente caso, en cuanto que, se ha declarado probado, que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, “se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes...deuda inexistente y no pactada”.

Fundamento de Derecho Primero, párrafo 3;
Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011.

La prohibición de la trata de personas a través de la legislación nacional con objeto de su supresión y prevención constituye una de las obligaciones más claras del Derecho internacional de los derechos humanos;⁶³² y se configura como una norma imperativa del Derecho internacional general.⁶³³

⁶³² OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, pp. 148-150; 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 No. 2, p. 196.

⁶³³ Vid. punto 3 del Capítulo III, *Consecuencias de la aplicación del enfoque de los derechos humanos en la lucha contra la trata*.

Explícitamente, la prohibición de tratar con seres humanos se recoge en algunos de los instrumentos que contienen disposiciones específicas sobre trata.⁶³⁴ A saber, el Protocolo de 1949,⁶³⁵ la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres* de 1979 (CEDAW),⁶³⁶ la *Convención sobre los Derechos del niño* de 1989 (CRC)⁶³⁷ y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía* de 2000.⁶³⁸ En el ámbito regional, la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* de 2000,⁶³⁹ el *Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos* de 2005 (Convenio de Varsovia),⁶⁴⁰ la *Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores* de 1994⁶⁴¹ y, por último, la *Convención sobre la prevención y lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución* de 2002, adoptada por la Asociación Surasiática para la Cooperación Regional (ASACR).⁶⁴²

⁶³⁴ Vid. apartado 2.2.2. del Capítulo III, *Instrumentos específicos de trata*.

⁶³⁵ Artículos de 1 a 4 del Protocolo de 1949. Este Protocolo modifica el *Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal Denominado Trata de Blancas* de 1904, y el *Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas* de 1910 (Documento de Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 30, Nº 446).

⁶³⁶ Artículos 6 y 12 de la CEDAW (documento 1249 UNTS 13).

⁶³⁷ Artículo 35 de la CRC (documento A/RES/44/25).

⁶³⁸ Artículos de 1 a 3 del Protocolo Facultativo de la CRC (Documento A/RES/54/253).

⁶³⁹ Artículo 5. 3 de CDFUE (documento OJ C 364/1 (18/12/00)).

⁶⁴⁰ Artículo 1. a) del Convenio de Varsovia. Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197. Instrumento de ratificación BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2009, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2009.

⁶⁴¹ Artículo 8 de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm).

⁶⁴² Artículo 3 de la Convención sobre la prevención y lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución (<http://sgdatabse.unwomen.org/uploads/SAARC%20Convention%20on%20Preventing%20and%20Combating%20Trafficking%20in%20Women%20and%20Children%20for%20Prostitution.pdf>).

Como se concluye en el Capítulo III, los Estados Parte en los tratados internacionales que específicamente prohíben la trata de personas⁶⁴³ tienen en primer lugar el deber de considerar la trata, no como un simple delito internacional, sino como una violación de los derechos humanos, donde se viola la libertad, el honor y la dignidad de las personas.⁶⁴⁴ A este respecto, el instrumento más importante del Consejo de Europa en materia de trata,⁶⁴⁵ el Convenio de Varsovia de 2005, afirma en su Preámbulo que:

“la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano”.

El concepto positivo de dignidad incluye también la libertad, en el sentido de la libertad de la voluntad general de la persona que se integra en la dignidad como valor que caracteriza la condición humana.⁶⁴⁶ En todo caso, pervive en la concepción actual del sentido jurídico de dignidad del concepto kantiano en base al cual los seres humanos se denominan personas “porque ya en su naturaleza los señala como fines en sí mismos, es decir, como algo que no debe usarse como un simple medio”.⁶⁴⁷

⁶⁴³ Vid en este sentido el punto el apartado 3.1 del punto 3, *Marco jurídico* del Capítulo I (*La investigación y cuestiones de método*) que hace referencia al marco jurídico de la Unión Europea en materia de TSH.

⁶⁴⁴ Vid. en este sentido las referencias a la dignidad entre los bienes jurídicos protegidos en el delito de trata recogido en los principales instrumentos internacionales. A saber, el Preámbulo del Protocolo de Palermo recogen entre las finalidades del tratado la protección de las víctimas y la tutela de sus derechos humanos; también encontramos alusiones a la dignidad de la persona en el Preámbulo de la Directiva 2011/26 sobre trata seres humanos (considerando 2); así como en el Preámbulo del *Convenio de Varsovia* donde específicamente se afirma que “la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas”.

⁶⁴⁵ “Desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, el Convenio de Varsovia reafirma la sustantividad del delito de trata siguiendo la estela del protocolo de ONU. Sin embargo, su verdadera transcendencia no radica en sus disposiciones penales (Capítulo IV, artículos 18 y ss) sino en la ordenación de un sistema de lucha contra la trata de seres humanos más completo y estructurado, donde se profundiza sobre los aspectos atinentes a la prevención general del delito, a la investigación, a la cooperación internacional, y a la protección y asistencia integral a las víctimas”. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op. cit.*, p. 9.

⁶⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, p. 406.

⁶⁴⁷ KANT, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Aguilar, 5ª ed., Buenos Aires, 1973, pp. 110-111.

En consecuencia, el objeto jurídico de tutela del delito de trata de seres humanos es la protección de la dignidad de la persona y, como apunta VILLACAMPA, también la tutela anticipada de los bienes jurídicos que podrían verse lesionados por los delitos contenidos en la fase de explotación.⁶⁴⁸

Por todo ello, en base al Convenio de Varsovia el establecimiento de un marco jurídico eficaz que permita ejercer de manera positiva la prohibición de la TSH implica la tipificación del delito internacional de trata de seres humanos en el derecho interno de acuerdo a la definición legal internacionalmente consensuada,⁶⁴⁹ con los tres componentes básicos que la integran - acción, medios y propósito⁶⁵⁰- tanto como la penalización de otros delitos relacionados con la trata de personas.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ En este contexto, VILLACAMPA afirma que podríamos hablar a lo sumo de peligro estadístico o abstracto, circunscrito al hecho de que el previo padecimiento de la trata facilita estadísticamente la producción de la explotación. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, p. 409.

⁶⁴⁹ Tal y como establece el párrafo 72 del *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report*: “To combat trafficking more effectively and help its victims, it is of fundamental importance to use a definition of trafficking in human beings on which there is international consensus. The definition of trafficking in human beings in Article 4(a) of the Convention is identical to the one in Article 3(a) of the Palermo Protocol. Article 4(b) to (d) of the Convention is identical to Article 3(b) to (d) of the Palermo Protocol. Article 3 of that protocol forms a whole which needed to be incorporated as it stood into the present convention” (Council of Europe Treaty Series - No. 197). Vid. también en este sentido, el apartado 2.2 del Capítulo II dedicado a la *Aproximación técnico jurídica al concepto de trata de seres humanos*.

⁶⁵⁰ Así el artículo 18, *Tipificación de la trata de seres humanos*, del Convenio de Varsovia establece que: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal a las acciones contempladas en el artículo 4 del presente Convenio cuando hayan sido cometidos intencionadamente”. Recordar aquí también el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE de trata de seres humanos referido a las *Infracciones relacionadas con la trata de seres humanos*. Por último, incluimos aquí la explicación contenida en el párrafo 74 del *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report*: “In the definition, trafficking in human beings consists in a combination of three basic components, each to be found in a list given in the definition: the action of: “recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons”; by means of: “the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person”; for the purpose of exploitation, which includes “at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other

En todo caso, para evitar que la violación de derechos humanos que supone la trata de personas quede impune, las investigaciones o las acciones judiciales relativas a los delitos tipificados en el marco de esta prohibición no deben estar subordinadas a la declaración o a la acusación procedente de una víctima.⁶⁵² Por lo que el inicio del proceso judicial podrá hacerse a instancia de parte o de oficio.⁶⁵³

El objetivo de este Capítulo es analizar como se plasmación en la práctica de la prohibición de la trata de personas. Esto es, si la trata de seres humanos se está abordando efectivamente como una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona. Para ello, se analiza en este capítulo la prohibición de la trata tomando como ejemplo, aunque no solo, el caso español. En este sentido, la primera parte del capítulo se dedicada a estudio de los tres elementos esenciales del delito de trata: la acción , los medios comisivos y el propósito de explotación. En la segunda parte, se analiza otro de los componentes claves de esta prohibición que es la penalización de otros delitos relacionados con la trata de personas y, por

forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs”.

⁶⁵¹ UNODC, *Manual para luchar contra la trata de personas. Programa Mundial contra la trata de personas*, Viena, 2009, p. 98.

⁶⁵² Artículo 27 del Convenio de Varsovia, Acciones e instancias de oficio. En este sentido, el *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report* aclara en el párrafo 277 que: “Article 27(1) is intended to enable the authorities to prosecute offences under the Convention without the necessity of a complaint from the victim. The aim is to avoid traffickers’ subjecting victims to pressure and threats in attempts to deter them from complaining to the authorities. Some states require that crimes, which were committed out of their territories, must be the object of a claim by the victim or of a denunciation by a foreign authority in order to institute proceedings. The words “at least when the offence has been committed in whole or in part on its territory” enable these states not to modify their legislation on this matter”.

⁶⁵³ Así lo recoge también el artículo 9 de la Directiva 2011/36/UE de trata de seres humanos. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, de 5 de abril de relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

último, en el apartado tercero, el alcance de la obligación estatal de investigar en el marco de la prohibición de la TSH.

1 Los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos

Como ya se ha apuntado, el concepto más importante y reciente de trata de seres humanos en el Derecho internacional es el recogido en el Protocolo de Palermo.⁶⁵⁴ El tratado internacional aprobado en el marco de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶⁵⁵ que establece, por primera vez, un lenguaje común para describir el fenómeno de trata de seres humanos.⁶⁵⁶

⁶⁵⁴ Según el artículo 3 a) del Protocolo de Palermo por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, 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.

El artículo continúa y en el apartado b) establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. Por último en relación a lo trata de menores el artículo 3 c) y d) especifica lo siguiente: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; y que por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años". 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 de 2000 adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia). En vigor desde el 25 de diciembre de 2003, documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001. Instrumento de ratificación BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

⁶⁵⁵ La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas fue adoptada por la firma de 135 países, el 15 de noviembre de 2000 en Nueva York, que participantes la Conferencia Intergubernamental de Naciones Unidas, celebrada en Palermo (Italia) entre los días 12 y 15 de diciembre de 2000. Dada la compleja dimensión criminológica del fenómeno, la Convención contra la delincuencia organizada fue adoptada junto a dos Protocolos opcionales: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, firmado por 93 países, tiene por objeto la prevención y la represión del tráfico de personas ilegales; y el

Es a raíz de dicho Protocolo de Palermo cuando algunos de los principales Estados, lugar de tránsito y destino para hombres, mujeres y niños traficados con el propósito de ser explotados sexual y laboralmente,⁶⁵⁷ empiezan a adoptar medidas concretas destinadas a combatir la trata de personas en sus respectivos países.

Derivado de la definición normativa de la TSH se ha considerado que la trata se compone de tres elementos esenciales, que son la acción, los medios y la finalidad de explotación. Los dos primeros elementos se corresponden con la parte objetiva del tipo del delito de trata; el tercer elemento, la finalidad de explotación integra el tipo subjetivo y concurre tan solo en la mente del autor, por ello para que la conducta de trata tenga lugar no es necesario que la explotación se haga efectiva.

1.1 Acción

Es el primero de los elementos a los que se refiere la definición y constituye un reflejo de la idea de la trata como proceso, pues describe la conducta desde que la víctima es captada, pasando por el transporte y el traslado, hasta la acogida o la recepción en el lugar de destino. La acción alude a un cambio de ubicación en el espacio físico de la víctima, en cuanto que se comercia con la personas. En este sentido es importante aclarar que la conducta descrita en el delito de trata no requiere el traslado físico.

De las acciones⁶⁵⁸ incluidas en el concepto normativo internacional de TSH se deduce que la trata es un proceso. A fin de cuentas la trata de seres humanos constituye un mecanismo

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado por 89 países, para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas.

⁶⁵⁶ Vid. n.: 1.

⁶⁵⁷ UNODC, *Global Report on Trafficking in Person, Human Trafficking a crime...op.cit.*, pp. 55-59; . US DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Person Report, 2009* (<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2009/index.htm>) p. 53.

⁶⁵⁸ Según la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos (art. 2) las acciones que integran el concepto de TSH son: la captación; el transporte; el traslado; la acogida o la recepción de personas; el intercambio o la

mediante el cual conseguir esclavizar a una persona. En este contexto, es necesario distinguir entre el proceso de la esclavitud y la esclavitud misma.

Así, el concepto normativo de trata se refiere al proceso de esclavización, una conducta que se desenvuelve a lo largo del tiempo, y que consta de varias fases. Estas fases son el reclutamiento o captación, el transporte y la explotación.⁶⁵⁹

La perfección típica se alcanza, con la realización de una de las conductas que el tipo contempla empleando cualquiera de los medios recogidos en el delito, concurriendo la intención de proceder a la explotación de la víctima en uno de los campos apuntados, pero sin necesidad de que la explotación llegue a acontecer para que el delito se consume. El delito de trata de seres humanos se configura así como un delito mutilado en dos actos e incompatible con la comisión imprudente.⁶⁶⁰

En el contexto español, la acción del tipo requiere que sea en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella y que el tratante “capturare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare a la víctima, que puede ser nacional o extranjera”.⁶⁶¹

transferencia de control sobre estas personas; 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; la entrega o recepción de pagos o beneficios; lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona; la explotación de la persona.

⁶⁵⁹ En relación con la caracterización de la trata como proceso y su estructuración en frases, ZAHNG, *Smuggling and trafficking in human beings. All roads led to America*, Praeger, Westport/ Connecticut/London, 2007, pp.9 y ss.

⁶⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, p. 432.

⁶⁶¹ Artículo 177 bis del Código Penal español. En vigor desde el 1 de enero de 2011 por la reforma del Código Penal (aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) adoptada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo, como ya se ha apuntado, importantes modificaciones en relación a la trata de seres humanos: por un lado, la tipificación del delito de trata de personas per se con la inclusión del nuevo título VII bis, titulado “De la trata de seres humanos”; y las modificaciones de los artículos 311 y 318 bis del Título XV “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”.

1.1.1 Reclutamiento o captación

El reclutamiento o captación supone la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser *tratada*, eso es para ser tratada o movilizada⁶⁶². En esta fase, los medios de reclutamiento o captación pueden ser: la amenaza; el uso de la fuerza u otras formas de coacción; el rapto; el fraude; el engaño; el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad; y la entrega o recepción de pagos o beneficios lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.

El modo de captación puede ser oral, escrito o a través de Internet⁶⁶³ bien por un individuo bien por una organización criminal.⁶⁶⁴

En esta fase se contempla una amplia gama de medios:⁶⁶⁵ el secuestro de mujeres para su explotación sexual; el establecimiento previo de cualquier tipo de relación personal con la víctima, ya sea informal o con sustento en algún tipo de reconocimiento legal;⁶⁶⁶ el abuso de la situación de vulnerabilidad que genera la inseguridad económica y la pobreza de los individuos que esperan mejorar su propia vida y la de su familia, etc.

⁶⁶² Como apunta el Joaquín SANCHEZ-COVISA VILLA, el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, el significado jurídico de los verbos nucleares utilizados por el legislador a la hora de relacionar cada una de las conductas típicas no puede delimitarse con carácter absoluto o apriorístico según su sentido semántico o lexiconográfico propio pues depende necesariamente del medio comisivo empleado en cada caso y de su obligada interconexión. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 17.

⁶⁶³ Por ello se consideró innecesario incluir una disposición en la que se especificara la aplicabilidad al ámbito de la trata del régimen internacional de cooperación estipulado en el Convenio sobre la ciberdelincuencia (ETS N^o 185). Vid. 79 del Convenio del Consejo de Europa n^o 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos y su informe explicativo, on line: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197_en.asp#TopOfPage.

⁶⁶⁴ Como ya se ha apuntado, una de las diferencias más importantes de los instrumentos europeos respecto del Protocolo de Palermo es que no es determinante que el reclutamiento o la captación se lleve a cabo por una organización criminal. Vid. en este sentido, el artículo 4 e) del Convenio de Varsovia.

⁶⁶⁵ UNDOC, "Módulo 4: Métodos de control utilizados en la trata de personas", *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, Nueva York, 2010. p. 3.

⁶⁶⁶ ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, pp. 135 y 137.

Entre los procedimientos de captación es importante señalar la “colusión” o “conspiración”⁶⁶⁷, que consiste en involucrar a las víctimas en actividades ilegales, haciendo participe a la víctima en la empresa criminal.⁶⁶⁸ En los supuestos de trata con fines de explotación sexual no resulta inusual que mujeres que previamente han sido tratadas se conviertan, una vez saldada su deuda, en reclutadoras o *madams*.⁶⁶⁹ Según el artículo 26 del *Convenio de Varsovia*, dicha circunstancia exige la necesidad de abordar “la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”.⁶⁷⁰

1.1.2 Transporte

⁶⁶⁷ El término utilizado por la UNODC es “Collusion control”. UNODC, “Módulo 4: Métodos de control utilizados en la trata de personas”, *Manual sobre la lucha contra...op.cit.*, p. 6.

⁶⁶⁸ ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, pp. 135 y 137.

⁶⁶⁹ Vid. en este sentido la sentencia del *Reino Unido, R. v L.M. and others*, que admite tres recursos contra la condena de cinco personas acusadas de un delito de obligar a mantenerse en la prostitución con el fin de obtener beneficios de la explotación de la prostitución de otras personas (artículo 53 de la Ley de Delitos Sexuales de 2003). El fundamento de la admisión de estos recursos se basa en la circunstancia de que los acusadas y condenadas habían sido ellos mismos víctimas de la trata de personas. Finalmente, las condenas de tres de las acusadas fueron anuladas (LM, MB y la DG) en base a los siguientes criterios: la gravedad de la infracción; el grado de obligatoriedad de los acusados a cometer la infracción; y las alternativas razonablemente de las acusadas si no cometían el delito. En este sentido, el Ministerio Fiscal apreció que en los tres casos alegados no había pruebas de que las acusadas hubieran tenido un papel relevante en el proceso de la trata de otras mujeres con fines de su explotación sexual, que habiendo participado en el mantenimiento de otras víctimas en la prostitución, no habían empleado violencia, amenaza o abuso sexual; y que por último, las propias acusadas habían sido víctimas de trata de seres humanos coactiva. En cambio, en los otros dos casos el Ministerio Fiscal no observó que se cumplieran los tres requisitos citados. Vid. *R. v L.M. and others* (Court of Appeal, Criminal Division) (Prosecution People Trafficking) *R. v. LM and others* [2010] All ER (D) 202 (Oct), 21 October 2010.

⁶⁷⁰ Artículo 26 del *Convenio de Varsovia*, titulado la *Posibilidad de no imponer sanciones*, establece que “Las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”.

El *transporte* es la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o por un tercero.⁶⁷¹ En esta fase, además del transporte propiamente dicho, se incluyen el *traslado*, la *acogida*, la *recepción de personas*; y el *intercambio o la transferencia de control sobre estas personas*. Siendo esta última, una de las novedades introducidas por la Directiva de trata de seres humanos entre las conductas típicas del delito de trata de personas.⁶⁷²

En muchas ocasiones estos traslados se realizan en el marco del *tráfico ilegal de personas*, esto es “cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración”.⁶⁷³ Sin embargo, en otras ocasiones, los tratantes buscan el modo de que las víctimas entren en el país de destino con su situación regularizada, con un visado de trabajo⁶⁷⁴ o con uno de turista de duración determinada.⁶⁷⁵

El término *traslado*, a diferencia del *transporte*, se aplica al proceso movilizador de una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a alguno de los medios utilizados por los tratantes para controlar la voluntad de las víctimas: violencia, intimidación o situación abusiva. En este contexto, el *traslado* adquiere el significado de *entrega, cambio, cesión o transferencia* de la víctima. Precisamente, *transferencia* es el término utilizado tanto

⁶⁷¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 17.

⁶⁷² Vid. art. 2.1 de la Directiva de trata de personas.

⁶⁷³ A lo que la *Sentencia del Tribunal Supremo 605/2007 de 26 de junio de 2007* añade “que el tráfico ilegal no es solo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación”.

⁶⁷⁴ El visado de *artista* es la autorización administrativa para residir y trabajar que los tratantes facilitaban a las mujeres que llegan de Rusia a ejercer la prostitución en Chipre. TEDH, *Rantsev v. Chipre y Rusia* (App. 25965/04) Sentencia de 7/1/10 (§96-104).

⁶⁷⁵ Como en el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo 837/2010 de la Sala 2ª de lo Penal, de 18 de octubre de 2010*, donde los tratantes introducían a mujeres nacionales de terceros Estados del Este de Europa con un visado de vacaciones que tiene una duración de tres meses.

por el Convenio de Varsovia como por la Directiva de trata de seres humanos, ya que refleja con más propiedad el concepto expresado por el legislador.⁶⁷⁶

En todo caso, en la fase de transporte, es necesario señalar que los instrumentos europeos, a diferencia del Protocolo de Palermo, no requieren el cruce de una frontera, aplicándose igualmente el concepto *transporte* al tráfico de personas con fines de explotación en el ámbito nacional.

Asimismo, el término *recepción* indica la relación de control del tratante para con la víctima desde la perspectiva de quien la *toma o se hace cargo de ella*; y comprende los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder dominante sobre otra.⁶⁷⁷

Acoger, recibir y alojar,⁶⁷⁸ tres conductas esencialmente coincidentes que no se emplean en ninguna de las definiciones de los instrumentos internacionales,⁶⁷⁹ hacen referencia a las conductas de quienes, temporal o provisionalmente, aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada.⁶⁸⁰ En

⁶⁷⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 17.

⁶⁷⁷ *Ibid supra*.

⁶⁷⁸ Vid. como ejemplo los hechos de la sentencia 677/2012 donde se relata como la víctima salió de Paraguay el día 24 de marzo de 2011 en avión con itinerario Asunción-Ciudad del Este-Sao Paulo-París- Madrid, y tras su llegada el día 26 de marzo de 2011 se dirigió al Hotel Asturias, sito en la C/ Sevilla n.º 2, lugar de donde fue recogida al día siguiente por la procesada Felisa, llevándole a su domicilio. *Hechos Probados*, Sentencia número 677 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2012 (Sala 11 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid) p. 5.

⁶⁷⁹ La pretensión es incluir todas y cada una de las conductas que contribuyen a la explotación de los seres humanos, que normalmente se desarrollan de manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización internacional. VICENTE MARTINEZ, R., "Artículo 177 bis. De la trata de seres humanos", GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011, pp. 702 y 703.

⁶⁸⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 18.

cualquier caso, la acogida, requiriere más que el hospedaje, constituyendo una forma de recepción de la víctima en que ésta se halla a disposición de quien la acoge.⁶⁸¹

1.1.3 Explotación

Según la definición de trata de seres humanos, el objetivo debe ser la explotación de la persona. Sin embargo, para que exista trata de seres humanos no es necesario que la explotación se haya llevado finalmente a cabo. Por tanto basta que la víctima hayan sido sometida a una de las acciones mencionadas en la definición a través de uno o alguno de los medios que se especifican “*con el fin*” su explotación.⁶⁸²

Así, el ciclo de la trata de seres humanos se cierra con la explotación, y aunque ésta, no integra propiamente dicho el concepto normativo de trata, la finalidad de explotación es la que ha servido para identificar las manifestaciones de la trata⁶⁸³ y por tanto a sus víctimas.

Las formas de trata se establecen en función del servicio que presta la víctima.⁶⁸⁴ A este tenor, el artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE de prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas, establece las siguientes formas de explotación “*la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos*”.

Los conceptos contenidos en cada una de las posibles finalidades no se encuentran definidos por hallarse reflejados, la mayoría, en convenios internacionales. La labor de determinar el contenido de las distintas formas de trata corresponde a cada Estado parte sobre

⁶⁸¹ ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, p. 421.

⁶⁸² Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report (Warsaw, 16.V.2005) Council of Europe Treaty Series - No. 197, párrafo 85.

⁶⁸³ Vid. Capítulo II, apartado 1.2. *Manifestaciones de la trata de personas*.

⁶⁸⁴ ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.* p. 64.

la base de los tratados internacionales existentes en la materia y a su propio derecho interno.⁶⁸⁵

En este sentido, la obligación de los Estados parte es recoger en sus legislaciones nacionales, al menos, las formas de explotación establecidas en la Directiva de trata de seres humanos. Todo lo cual no impide la inclusión en el ámbito doméstico de dichos Estados de otras formas de explotación no amparadas por la normativa de la Unión Europea.

En España, el artículo 177 bis CP, por el que se tipifica el delito internacional de trata desde el año 2011⁶⁸⁶, describe las tres modalidades específicas de trata: trata sexual, laboral y para tráfico de órganos.⁶⁸⁷ Estos tres grupos diferenciados de conductas pueden apreciarse de manera alternativa, “con cualquiera de las tres finalidades”, por lo que basta que se acredite la existencia de uno de dichos fines para que el delito se produzca. Por el contrario, si se llegara a acreditar la concurrencia de más de un fin, ello no da lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata sino a finalidades yuxtapuestas.⁶⁸⁸ Este suele ser el caso de los delitos de trata de mujeres con fines de explotación sexual, donde además se prevé la imposición de condiciones laborales patentemente abusivas.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ Esto sucede con la referencia a la *prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual* pues no existe consenso internacional acerca de si la prostitución libremente ejercida ha de considerarse una forma de explotación o no. Así para dar contenido a esta forma de explotación los Estados han de tener en cuenta los instrumentos internacionales que prohíben la explotación de la prostitución por cuenta ajena así como su legislación interna al respecto. Vid. n.: 262.

⁶⁸⁶ Antes de la entrada en vigor del artículo 177 bis CP, el 1 de enero de 2011, por la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el más importante delito para la represión de la trata era el delito de *tráfico ilegal* del artículo 318 bis, incluido dentro del título de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros, lo cual limitaba la posibilidad de ser víctimas de la trata a los ciudadanos de la UE. CASTAÑO, MJ. “Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case” in VVAA (GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN (eds.) *European Migration and Asylum Policies...op. cit.*, pp.197-198.

⁶⁸⁷ Vid. Capítulo II, apartado 1.2. *Manifestaciones de la trata de personas*.

⁶⁸⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 20.

⁶⁸⁹ Vid. sentencia del *Sentencia número 677 de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2012*, pp. 4 y 5.

En todo caso, como se ha apuntado antes, el delito se consuma sin la necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos. En caso de alcanzarse, el delito de trata, entraría en concurso con cualquiera de los delitos consumados. En este contexto, la trata constituye el delito antecedente respecto de aquellos que pudieran perseguir situaciones de dominación o explotación –prostitución coactiva, explotación laboral, tráfico de órganos, etc.- que puede implicar la aparición de otro delito posterior distinto.⁶⁹⁰

1.1.3.1 La trata con finalidad de explotación laboral

Esta modalidad de trata abarca un grupo de conductas que se especifican en el apartado a) del artículo 177 bis del Código Penal: *“la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad”*.

1.1.3.1.1 Imposición de trabajo o servicios forzados

Junto a la esclavitud y la servidumbre, existe un amplio consenso a la hora de identificar el trabajo forzoso como una de las formas de explotación de la trata de personas.⁶⁹¹

Desde 1919, la Organización Internacional del Trabajo, la institución internacional responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo, lidera la lucha para la eliminación de este fenómeno.⁶⁹² En este contexto, el *Convenio de la OIT N.º 29*

⁶⁹⁰ Vid. por todas en relación al tráfico con fines de explotación sexual la Sentencia número 677 de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2012, donde el tratante además de ser acusado de un delito de trata de seres humanos resulta responsable también de un delito contra la libertad sexual.

⁶⁹¹ US DEPARTMENT OF STATE, 2012 *Trafficking in Person Report*, (<http://www.state.gov/documents/organization/192587.pdf>) p. 45; y también, el art. 3 a) del Protocolo de Palermo, el artículo 4 del Convenio de Varsovia y el art. 2.3 de la Directiva 2011/36/UE de prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas.

⁶⁹² OHCHR, *La abolición de la Esclavitud...op.cit.*, p. 6.

que *prohíbe todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio de 1930*,⁶⁹³ define trabajo forzoso como:

“todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.⁶⁹⁴

Esta definición de trabajo forzoso se distingue de la esclavitud porque no incluye un elemento de propiedad. Sin embargo, dicha práctica impone un grado similar de restricción de la libertad individual, a menudo por medios violentos, que hace que el trabajo forzoso se asemeje a la esclavitud en sus efectos en el individuo.⁶⁹⁵

Según el TEDH, la trata de seres humanos por su naturaleza y finalidad de explotación comparte alguno de los elementos propios de la figura del *trabajo forzoso u obligatorio*. Esto es, la existencia de alguna limitación física o mental, primordial que merme la voluntad de la persona.⁶⁹⁶ En todo caso, el trabajo forzoso u obligatorio es la antítesis de un “empleo

⁶⁹³ Convenio n. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión Entrada en vigor: 1. de mayo de 1932, de conformidad con el artículo 28.

⁶⁹⁴ Artículo 2.1. *Convenio de la OIT N.º 29 de 1930*.

⁶⁹⁵ En los casos de trabajo forzoso, los trabajadores pueden ser sometidos a: un clima de temor, coacción psíquica o física para realizar un trabajo que de otra manera no han aceptado realizar; engaño o fraude, que se puede utilizar para obtener el consentimiento de los trabajadores. Por ejemplo, aceptar un trabajo que se les dice que es legal y bien remunerados, sólo para descubrir más tarde que este no es el caso; y/o, castigo (amenaza de una pena), que puede ser en forma de una amenaza de violencia física o amenazas no físicas, incluyendo la denuncia a la policía o las autoridades de inmigración en el caso de personas sin residencia legal o situación laboral. GROUP AND MIGRANT RIGHTS CENTRE IRELAND, *A framework for tackling forced labour in Ireland, Paper prepared by Irish Congress of Trade Unions Labour Exploitation*, June 2011 (<http://mrci.ie/wp-content/uploads/2012/10/Framework-for-Tackling-Forced-Labour-June-2011.pdf>), p. 3.

⁶⁹⁶ La existencia del trabajo forzoso u obligatorio requiere examinar si ha habido algún tipo de restricción mental o del bienestar físico. Esto es, si se trata de un trabajo "exigido...bajo la amenaza de una pena cualquiera" y en contra de la voluntad de la persona interesada: un trabajo para el que la persona "no se ofrece voluntariamente" Vid. *Van der Musselle vs. Bélgica*, 23 de noviembre 1983 (§ 34) serie A núm. 70; y *Siliadin vs. Francia* (§117).

productivo y libremente elegido”⁶⁹⁷ y conculca los principios fundamentales de la democracia, que se basa en la libertad y la igualdad.⁶⁹⁸

Así mismo, para el Derecho internacional vinculante para España, en este caso el *Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999*,⁶⁹⁹ el concepto de trabajo no solo comprende cualquier actividad laboral productiva reglada o no -agrícola, industrial, se servicios, doméstica, etc.- sino también otras actividades de naturaleza distinta como son la recluta de menores para intervenir en conflictos armados o para la comisión de hechos constitutivos de delitos.⁷⁰⁰

Es interesante citar aquí la sentencia de la Court of Appeal en relación al caso *Lord Chief Justice of England and Wales v. R v N, R v LE*,⁷⁰¹ donde el tribunal británico aborda por primera vez la trata de menores con fines de explotación laboral para la comisión de delitos, en relación a dos menores de nacionalidad vietnamita que son acusados y condenados por delitos relacionados con la producción de cannabis; a pesar de que la UK Borders Agency sospechaba que habían sido objeto de trata para la realización de delitos relacionados con el tráfico de drogas. A partir de esta sentencia se publica el *Police Response to Recovering a Child or Young Person from a Cannabis Farm*⁷⁰² donde se establecen principios claros y mecanismos de protección de menores que pudieran estar involucrados en este tipo de trata.

⁶⁹⁷ Artículo 1.1 del Convenio núm. 122 sobre la política del empleo 1964 adoptado en Ginebra en la 48ª reunión CIT el de 9 julio 1964, en vigor desde el 15 julio 1966.

⁶⁹⁸ Preámbulo del Convenio núm. 122 sobre la política del empleo 1964.

⁶⁹⁹ *Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación* de 1999 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 87ª reunión, celebrada en Ginebra en junio de 1999. (OIT-C.182).

⁷⁰⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 21.

⁷⁰¹ *Lord Chief Justice of England and Wales v. R v N, R v LE*, Court of Appeal (Criminal Division) Appeal no. 2011/01252B3 and 2010/06660D1, 20 February 2012.

⁷⁰² ASSOCIATION OF CHIEF POLICE OFFICERS OF ENGLAND, WALES AND NORTHERN IRELAND, *Position from ACPO Lead's on Child Protection and Cannabis Cultivation on Children and Young People Recovered in Cannabis Farms*

http://www.ceop.police.uk/Documents/ceopdocs/externaldocs/160810_ACPO_lead's_position_on_CYP_recovered_from_can).

En línea con lo anterior,⁷⁰³ y es necesario señalar que la Directiva 36/2011/CE incorpora una nueva finalidad que es la “explotación para realizar actividades delictivas”. Esta modalidad según se explica en el Considerando 11 “debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”.⁷⁰⁴

Tomamos de nuevo una sentencia de la Court of Appeal del Reino Unido, *R. v L.M. and others* donde se admite el recurso contra la condena de cinco personas acusadas de un delito de obligar a mantenerse en la prostitución con el fin de obtener beneficios de la explotación de la prostitución ajena, en base a la circunstancia de que estas personas habían sido ellos mismas víctimas de la trata de personas. Finalmente, las condenas de tres de las acusadas fueron anuladas (LM, MB y la DG) en base a los siguientes criterios: la gravedad de la infracción; el grado de obligatoriedad de los acusados a cometer la infracción; y las alternativas razonablemente de las acusadas si no cometían el delito.⁷⁰⁵

Dentro de este apartado debería considerarse también como señala BALES la comisión de delitos medioambientales, en el contexto de la explotación de seres humanos para llevar a cabo

⁷⁰³ Como se argumenta en los *travaux préparatoires* del Protocolo de Palermo la “explotación para realizar actividades delictivas” ha de incluirse en el marco del concepto ampliado de servicios forzados. Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, de 3 de noviembre de 2000 (A/55/383/Add.1).

⁷⁰⁴ DO L101 de 15.4.2011, p.2.

⁷⁰⁵ En este sentido, el Ministerio Fiscal apreció que en los tres casos alegados no había pruebas de que las acusadas hubieran tenido un papel relevante en el proceso de la trata de otras mujeres con fines de su explotación sexual, que habiendo participado en el mantenimiento de otras víctimas en la prostitución, no habían empleado violencia, amenaza o abuso sexual; y que por último, las propias acusadas habían sido víctimas de trata de seres humanos coactiva. En cambio, en los otros dos casos el Ministerio Fiscal no observó que se cumplieran los tres requisitos citados. Vid. n.: 665.

extracciones ilegales de metales y otros recursos que supongan una amenaza para el medio ambiente.⁷⁰⁶

1.1.3.1.2 *Esclavitud o prácticas similares a la esclavitud*

El primer instrumento internacional que condenó esta práctica fue la *Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos* de 1815.⁷⁰⁷ Unos años más tarde, se adopta la *Convención sobre la esclavitud* de 1926 donde se define la esclavitud como:

“el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y "esclavo" es toda persona en tal estado o condición”.⁷⁰⁸

Posteriormente, en 1956 la Organización de Naciones Unidas adopta su primer instrumento para acabar con la esclavitud, la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* de 1956 (la Convención suplementaria de 1956),⁷⁰⁹ donde adopta la misma definición de la Convención de 1926.

En estas situaciones, la persona esclavizada puede ser utilizada para la realización de cualquier actividad lucrativa o no, entre ellas para satisfacer los apetitos sexuales de su dominador o de un tercero; si la persona ha sido tratada con la intención de ser utilizada como mero objeto sexual por el tratante no nos hallaríamos ante un supuesto del apartado b) del nº

⁷⁰⁶ BALES, K. *La nueva esclavitud...op.cit.*, pp. 21-22.

⁷⁰⁷ Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos de 8 de febrero de 1815 (Consolidated TreatySeries, vol. 63, N.º 473).

⁷⁰⁸ Art. 1 de la Convención sobre la esclavitud de 1926. Igualmente definida por el artículo 7 de la *Convención Suplementaria de sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* de 1956 (Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955); la esclavitud se encuentra recogida como una forma del *crimen de lesa humanidad* en el artículo 7.2 c) *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998 (Estatuto de Roma, en adelante) (Documento A/CONF.183/9).

⁷⁰⁹ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud adoptada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956 (la Convención suplementaria de 1956), documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955). En vigor desde el 30 de abril de 1957.

1 del artículo 177 bis CP (explotación sexual) sino ante un caso específico de fines de esclavitud sexual. Consumado el atentado contra la libertad sexual daría lugar al correspondiente concurso de delitos, normalmente con el de agresiones sexuales de los artículos 178 y siguientes.

1.1.3.1.3 *Servidumbre*

Las manifestaciones de la *servidumbre* contempladas son: la *servidumbre por deudas*; *servidumbre de la gleba*; la *servidumbre que tiene por objeto imponer un matrimonio*; y, cuando tenga por objeto la venta o transmisión de una mujer o de un menor.⁷¹⁰

La *servidumbre por deudas* se produce cuando la víctima se somete a la situación de dominación como único medio de satisfacer las deudas con el tratante. En este sentido, la Convención Suplementaria de 1956 la describe como:

“el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”.⁷¹¹

Éste es precisamente el caso del primer fallo judicial en España por un delito de trata con fines explotación sexual, la ya citada *Sentencia número 677 de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2012*.⁷¹² No son pocos los casos enjuiciados por los tribunales españoles en los que unos inmigrantes –cualquiera que fuera su procedencia- han sido desplazados de su residencia habitual mediante falsas promesas de un buen puesto de trabajo en España, se les ha facilitado toda la cobertura económica necesaria para el transporte y han sido recibidos y

⁷¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 22-24.

⁷¹¹ Art. 1. a) de la Convención Suplementaria de 1956.

⁷¹² Las dos mujeres de nacionalidad paraguaya habían sido captadas con el objetivo de venir a España a trabajar debían abonar mensualmente 800 euros a sus tratantes para devolverles el dinero que habían empleado en cada una de ellas en el importe de los billetes de avión, la ropa y el alquiler de la habitación. Sentencia AN 677/2012 pp. 4 y 5.

alojados en pisos o lugares previamente dispuestos. Es entonces cuando se les comunica que han adquirido una deuda descomunal que solo pueden solventar realizando trabajos en condiciones extraordinariamente abusivas e indignas (jornadas agotadoras, obligación de gastos exagerados de manutención, remuneraciones prácticamente inexistentes, alojamiento en condiciones inhumanas, imposición de multas, etc. En caso de negativa a trabajar han sido obligados coactivamente, con amenazas, llegándose incluso a privarles de libertad.

En esta categoría se encontrarían los supuestos de captación de jóvenes extranjeras para el ejercicio de la prostitución consentida en España, es decir aquellas mujeres que bien ya ejercían la prostitución en su país de origen o bien ya se les advirtió cual era el “trabajo” que iban a realizar a España.

Sin embargo, en la práctica las situaciones concretas de servidumbre se engloban en otros delitos como por ejemplo, la explotación de prostitución ajena o el delito de tráfico ilegal de inmigrantes en situación irregular. Este ha sido el caso de la ya citada *Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011*⁷¹³ que desestima el recurso presentado contra la sentencia que condena a los dueños de un prostíbulo por tráfico ilegal de inmigrantes en situación irregular, pues las mujeres que traían a España sabían que iban a trabajar como prostitutas y que tendría que prestar servicios sexuales hasta saldar la deuda contraída con los traficantes, aunque dicha deuda estuviera por determinar.⁷¹⁴

⁷¹³ Recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de junio de 2010. En esta sentencia, los hechos recurridos ante el Tribunal Supremo, los acusados Carlos José y su esposa Florencia de la captación en Brasil y su posterior traslado a España durante 2006 y 2007, para trabajar como prostitutas en el prostíbulo "Las Musas" en Castellón, donde eran obligadas a prestar servicios sexuales con los clientes designados por los acusados hasta que la deuda que habían contraído por la compra de su billete hubiera sido saldada.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso al considerar que los elementos de engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad y amenaza de violencia o coacción no estaban presentes en este caso.

⁷¹⁴ “Una vez en el local, aunque esas mujeres tenían conocimiento de que venían a España a ejercer la prostitución y que tenían que reembolsar los gastos ocasionados por los billetes de avión, les exigían aquéllos la cantidad de 2.600 euros, por el coste del viaje, generalmente el doble del importe de los billetes, así como por los gastos de manutención y alojamiento en el complejo hostelero titularidad de la referida mercantil, de modo que para conseguir el abono de esa cantidad, no consensuada ni pactada, el pago de los servicios de alterne y prostitución se efectuaban a la persona designada por los procesados Carlos José y Florencia, hasta liquidar el

Por su parte, la *servidumbre de la gleba*, consiste en:

“la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición”.⁷¹⁵

Como se ha señalado en el punto anterior, el TEDH estima que las conductas calificables como trata de seres humanos se asimilan de manera automática a alguna de las conductas recogidas y prohibidas por el artículo 4 CEDH, entre las que se encuentran la servidumbre, que define como “una forma grave de la negación de la libertad”⁷¹⁶ y “la obligación de proporcionar unos servicios”.⁷¹⁷ En este sentido, este Tribunal estima que la servidumbre es una forma de trabajo forzoso “agravado” basado en el hecho de que al individuo sometido a servidumbre le es imposible cambiar su situación.⁷¹⁸

Este tipo de conductas, de llevarse al efecto podrían integrar, además, concurso con el delito de trata de seres humanos un delito contra los derechos de los trabajadores tipificados en los artículos 311.1 o en su caso, 312. Del Código Penal.⁷¹⁹

La servidumbre puede llevarse a cabo, también, con el propósito de imponer un *matrimonio forzoso a una mujer*, una práctica que según la *Convención Suplementaria de sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956*⁷²⁰ consiste en que:

saldo, por lo que no percibían inicialmente las mujeres cantidad de dinero alguna por el ejercicio de la prostitución en el citado club, con el pretexto de que las cantidades retenidas iban destinadas a liquidar una deuda inexistente y no pactada.” (Antecedentes, Segundo) STS 196/2011. En este sentido vid también la STS 378/2011.

⁷¹⁵ Art. 1. b) de la Convención Suplementaria de 1956.

⁷¹⁶ “It could have been regarded as servitude only if it involved a "particularly serious" form of "denial of freedom" (§79-80) Commission Report in the case of Van Droogenbroeck v. Belgium of 9 July 1980.

⁷¹⁷ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§282)

⁷¹⁸ Commission Report in the case of Van Droogenbroeck v. Belgium of 9 July 1980. (§79-80)

⁷¹⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 23.

⁷²⁰ (Convención Suplementaria) Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955).

“una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas”.⁷²¹

Esta forma de servidumbre puede encubrir gran parte de los casos de esclavitud doméstica y de esclavitud sexual.

La última forma de servidumbre tiene por objeto la *venta o transmisión de una mujer o de un menor*. Según la Convención Suplementaria de 1956 describe esta forma de servidumbre incluye las siguientes prácticas o instituciones:

“el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; y toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”.⁷²²

Aunque es valorado como una finalidad específica, este tipo de prácticas pueden constituir también un medio para lograr cualquier de los otros fines señalados.

1.1.3.1.4 Mendicidad

La mendicidad callejera es un fenómeno muy extendido en Europa y constituye un mercado ilícito en el cual se explotan sobre todo menores y personas con alguna discapacidad. En este sentido, la Directiva sobre trata incluye la mendicidad forzosa como una forma de trabajo o

⁷²¹ Art. 1. c) i) de la Convención Suplementaria de 1956.

⁷²² Art. 1. c) ii), iii) y d) de la Convención Suplementaria de 1956.

servicio forzoso⁷²³ según la definición del *Convenio de la OIT N.º 29 que prohíbe todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio de 1930*.⁷²⁴

A estas víctimas se les obliga a vivir en barracas situadas en la periferia de la ciudad y al ejercicio de la mendicidad en las estaciones de las grandes ciudades y calles con numeroso tránsito. Su obligación es ganarse una determinada suma y, en ocasiones, requiere la realización de pequeños hurtos de carteras, bolsos y objetos de particular valor como teléfonos móviles.⁷²⁵

En todo caso, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso.

Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. En este sentido, resulta relevante la sentencia dictada en Bélgica en relación a un caso de mendicidad forzada, la *Sentencia NI21.L4.483/12 del Tribunal Correccional de Nivelles de 25 de enero de 2013*.⁷²⁶ En esta resolución fue juzgado y condenado un ciudadano húngaro que residía en Eslovaquia como responsable de un delito de trata de seres humanos con fines de mendicidad cometido en varias ciudades de Bélgica. El tratante que elegía a sus víctimas con algún tipo de discapacidad, lo que le permitía beneficiarse de las prestaciones sociales previstas por el Gobierno de Eslovaquia, nacionalidad de las víctimas, para personas con algún tipo de discapacidad. Las víctimas eran obligadas a pedir en supermercados y aparcamientos eran también forzados a dormir en el coche del tratante.

⁷²³ Considerando (11) DO L 101 de 15.4.2011, p. 2.

⁷²⁴ Artículo 2.1. *Convenio de la OIT N.º 29 de 1930*: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

⁷²⁵ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito...op. cit.*, p. 39.

⁷²⁶ Cause NI21.L4.483/12, Tribunal correctionnel de Nivelles (6^º chambre), 25 janvier 2013.

Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido. En este sentido, los supuestos de *tráfico de menores con fines de mendicidad* del artículo 232.2 del Código Penal quedarían evidentemente comprendidos en el delito de trata del artículo 177 bis del CP –ya que siendo menores no es necesaria la concurrencia de medios comisivos- dando lugar a un concurso aparente de normas,⁷²⁷ el cual se resuelve en base al *criterio de alternatividad* de conformidad con el artículo 8.4 del Código Penal castigándose solo el delito de trata.⁷²⁸

En los casos en los que se hubiesen utilizado menores o incapaces en el ejercicio efectivo de la mendicidad una vez alcanzado el lugar de destino el delito de trata entraría en concurso con el delito del artículo 232. 1 del Código Penal.⁷²⁹

1.1.3.2 La trata con finalidad de explotación sexual

Este apartado se refiere a la explotación sexual, incluida la pornografía y comprende no solo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, como el *alterne*⁷³⁰ o los *llamados masajes eróticos*⁷³¹ sino también cualquier otra práctica de

⁷²⁷ UNODOC, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, 2nd edition, October 2008, ([www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/07-89375_Ebook\[1\].pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/07-89375_Ebook[1].pdf)) p. 109.

⁷²⁸ Artículo 8 del Código Penal establece que: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.º El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.º El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.º El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.º En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

⁷²⁹ Artículo 232.1 del Código Penal: “Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

⁷³⁰ STS 728/2005.

naturaleza erótico sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o “*strip tease*”⁷³² o en pornografía⁷³³ a la que alude expresamente el artículo 177 bis del Código Penal español, y que aunque sea un concepto difuso, abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con *finalidad de provocación sexual, se contenga imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el Código civil*”.⁷³⁴

Entre las formas de explotación sexual habría que incluir también el *turismo sexual*, una forma de trata de personas en la que quien se desplaza no temporalmente no es la víctima sino el cliente en el marco de viajes organizados (los llamados *sex tours*), en los que el precio del billete pagado por el turista incluye los servicios de una persona prostituta. Este tipo de turismo se incorpora en un mercado de prostitución existente y le da impulso. En este sentido, el turismo sexual es la peor expresión de codesarrollo por parte de los países del primer mundo.⁷³⁵

Existe la prostitución forzada o coactiva cuando la persona se ve obligada bajo coacción o intimidación a realizar actos sexuales a cambio de dinero o de un pago en especie, ya se transmita ese pago a terceros o lo reciba la propia víctima de la prostitución forzada.⁷³⁶ En este contexto se hace necesario aclarar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha aceptado

⁷³¹ STS 556/2008.

⁷³² STS 1428/2000.

⁷³³ STS 651/2006.

⁷³⁴ STS 373/2011.

⁷³⁵ ONU, Informe del Relator Especial sobre la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, Relator Jean Fernand-Laurent (documento de las Naciones Unidas E/1983/7) 1983, párr. 39.

⁷³⁶ Vid. en este sentido que propone, el Plan de acción del Consejo de Europa contra la trata de mujeres y la prostitución forzada establece como definición de “prostitución forzada” el “acto, con fines de lucro, de inducir a una persona mediante cualquier forma de coacción a proporcionar servicios sexuales a otra persona”, COUNCIL OF EUROPE, *Plan of Action Against Traffic in Women and Forced Prostitution*, Michèle Hirsch (ed) EG(96) 2 (1996). Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo describe la prostitución forzada como “la posesión de mujeres y niños y niñas por parte de proxenetas, propietarios de casas de prostitución y algunas veces incluso clientes, con fines de lucro, satisfacción sexual y/o dominio”, OIL, *The Sex Sector: The Economic and Social Basis of Prostitution in South East Asia*, Lin Lean Lim (ed.), 1998.

de manera explícita la existencia de una prostitución libre y voluntaria,⁷³⁷ afirmando que se trata de una actividad que puede beneficiarse de las libertades de circulación de personas en los asuntos *Adoui*⁷³⁸ y *Jany*,⁷³⁹ cuando se ejerce de manera independiente, sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución, bajo responsabilidad propia, y a cambio de una remuneración que se le paga a la profesional íntegra y directamente.⁷⁴⁰

En todo caso, si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del artículo 188.1 del Código Penal –en el caso de personas mayores de edad- o con el artículo 188.2 o 3. del Código Penal, si fueran menores de dieciocho y mayores de trece años respectivamente. Esta ha sido el caso de la primera sentencia española sobre trata, *Sentencia número 677 de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2012*.⁷⁴¹

⁷³⁷ El TJUE ha establecido las bases para un estatuto comunitario de la actividad de prostitución en respuesta a cuestiones prejudiciales elevadas por los tribunales nacionales en sendos procedimientos provocados por la denegación de autorizaciones de residencia y trabajo. Por tanto, dado que el TJEU limita al ámbito del recurso, los Acuerdos de asociación con terceros Estados donde no se incluye la libre circulación de trabajadores donde parece necesario la apertura de un debate acerca de la regulación de la prostitución como actividad profesional libremente ejercida por personas adultas. GUAMÁN HERNANDEZ, A. “La prostitución como actividad económica, la incidencia de la jurisprudencia del TJCE sobre la cuestión” VVAA., SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 261-278.

⁷³⁸ STJCE, de 18 de mayo de 1981, *Rezguia Adoui contra Bélgica y la ciudad de Liège y Dominique Cornuaille contra Bélgica*, asuntos acumulados C-115 y 116/81.

⁷³⁹ STJCE, de 20 de noviembre de 2001, *Aldona Malgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justitie*, C-268/99.

⁷⁴⁰ Así lo afirma RETETTER y el Abogado general Maduro en sus Conclusiones al asunto *Ponayotova*, presentadas el 19 de febrero de 2004, C-327/02 apartados 17 y más específicamente el 82 y 83, en esta última conclusión afirma “Este examen se ha previsto para impedir que las organizaciones y redes delictivas de prostitución utilicen en su propio beneficio la legislación nacional prevista para proteger la situación de las prostiutas”. RETETTER, S. “L’activité de prostitution exercée a titre indépendant: une activité économique au sens du droit communautaire”, *Recueil Dalloz Chroniques*, 2002, p.2144.

⁷⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional 677/2012 de 26 de diciembre de 2012, pp. 4 y 5.

Del mismo modo, si la actividad efectivamente desarrollada en el caso de menores o incapaces necesariamente *sometidos al proceso* de trata fueran explotados sexualmente –es decir con ánimo de lucro- a través de su utilización en con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados o para elaborar cualquier clase de material pornográfico de producirá concurso de delitos con el artículo 189 del Código Penal.

1.1.3.3 La trata con la finalidad de extraer órganos corporales

En el último de los apartados se contempla la trata con fines de extracción de sus órganos corporales. La incorporación de esta forma de trata implica la incorporación al proceso de trata de la propia persona afectada para extraer sus órganos corporales tal como exige el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia. Normalmente la extracción del órgano se realizará para ser posteriormente traficado o trasplantado, pero la redacción del artículo 177 bis del Código Penal no excluye otras posibilidades, como por ejemplo que la extracción forme parte integrante de una ceremonia o rito aberrante (“satánico”).

Esta forma de trata de seres humanos constituye la plasmación concreta de un supuesto más genérico que es la trata para la explotación fisionómica.⁷⁴² En este contexto, la trata que tiene como fin la extracción de órganos y tejidos humanos ha ido ganando protagonismo gracias a las informaciones aportadas por los organismos internacionales –sobre todo, el Consejo de Europa,⁷⁴³ pero además, la Organización Mundial de la Salud, la Sociedad de

⁷⁴² En la trata para la explotación fisionómica, caben no solo los supuestos de extracción de órganos y tejidos humanos, sino también la utilización de úteros para la gestación de hijos biológicos de otras personas – generalmente parejas infértiles procedentes del primer mundo- o bien los casos de empleo de personas para efectuar ensayos clínicos o farmacológicos. Vid. REPETSAKAIA, A. “Classifying the elements of Human Trafficking Crimes”, in (VVAA) STOECKER, S. SHELLEY, L., (eds) *Human Trafficking and transnational crime. Eurasian and American Perspectives*, Rowan and Littlefield Publishers, inc. Lanham, 2004, p. 56.

⁷⁴³ En el contexto del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó, el 3 de junio de 2003, un informe sobre “El tráfico de órganos en Europa” (Doc. 9822, 3 de junio de 2003, Social, Salud y Familia de la Comisión de Asuntos, Ponente: Sra. Ruth-Gaby Vermot- Mangold, Suiza, SOC) y la Recomendación 1611 (2003) sobre el tráfico de órganos en Europa. Además, su Comité de Ministros adopta la Resolución (78) 29,

Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología,⁷⁴⁴ especialmente - que han trabajado en la realización de investigaciones y declaraciones orientadas a alertar a los Estados acerca de la existencia de este tipo de prácticas. un mercado ilegal de órganos humanos de donantes vivos, especialmente el comercio de riñones,⁷⁴⁵ que no solo se ha generalizado sino que va en aumento, y la necesidad de que los Estados pongan fin a este tipo de prácticas.

Con posterioridad, la prohibición de traficar con órganos humanos fue confirmada en la Declaración Final de la 3ª Conferencia de Ministros de Sanidad europeos celebrada en París, en 1987 dando lugar al *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* de 1997 donde específicamente se prohíbe el lucro y la utilización de una parte del cuerpo humano.⁷⁴⁶ Concretamente en relación a la utilización de una parte del cuerpo humano dicho Convenio establece que:

“Cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquélla para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados”.⁷⁴⁷

donde se establece por primera vez, la prohibición de la utilización del cuerpo humano o sus partes con objeto de obtener beneficios económicos.

⁷⁴⁴ En 2004 la Organización Mundial de la Salud hace un llamamiento a los Estados miembros para que pongan los medios necesarios para evitar este tipo de prácticas. Por otra parte, el 2 de mayo de 2008, la Sociedad de Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología organizaron la Reunión Internacional sobre Turismo y Tráfico de Trasplantes, que dio lugar a la Declaración de Estambul, donde se insta a los Estados a prohibir todo tipo de prácticas que puedan inducir o alentar la comercialización de trasplantes, el tráfico de órganos o el turismo de trasplantes. GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos (art. Bis CP)” VAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pp. 142-143.

⁷⁴⁶ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina) del Consejo de Europa, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, en vigor desde el 1 de diciembre de 1999 (ETS Nº 164) BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830, en vigor en España desde el 1 de enero de 2000.

⁷⁴⁷ Art. 22 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina.

Esta prohibición ha sido reafirmada en el *Protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano* de 2000.⁷⁴⁸

En el ámbito de la UE, la adopción de normativa comunitaria para regular la donación y trasplante de tejidos humanos pone de manifiesto el compromiso por Directiva 2006/17/CE de la Comisión de 8 de febrero de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.⁷⁴⁹

En España, el recientemente adoptado delito de tráfico ilegal de órganos⁷⁵⁰ podría generar en muchos casos un concurso aparente de normas con el delito de trata de seres humanos, que de nuevo se resolvería con el ya citado cauce del artículo 8. 4 del Código Penal y sería de aplicación el artículo 177 bis del Código Penal donde se regula la trata. En estos casos, una vez practicada la extracción –fase de agotamiento– el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido.

⁷⁴⁸ Protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano, adoptado en Estrasburgo, el 24 de enero de 2002 (ETS Nº 186).

⁷⁴⁹ Diario Oficial L 038, de 09/02/2006.

⁷⁵⁰ Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal (boe del 23) introduce en su apartado Triigesimo séxto el artículo 156 bis por el que se introduce el nuevo tipo de *tráfico ilegal de órganos*: “1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

1.2 Medios comisivos

Se refieren tanto al empleo de medios coercitivos, fraudulentos y, finalmente, a la utilización de medios de carácter abusivo. Con base en los medios comisivos utilizados, distinguimos los supuestos de: trata forzada, en la que se emplea la coacción, la amenaza o la fuerza, incluyendo el rapto; la trata fraudulenta, cuando se emplea fraude y/o engaño; y, finalmente, la trata abusiva, que viene configurada por el empleo de las situaciones de abuso de poder o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima. En este último supuesto se incluye también la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona (por ejemplo el pago para que un progenitor o tutor de una persona la ceda en trata)⁷⁵¹.

Los medios comisivos son alternativos en el sentido de que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases. Pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso. Al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto. Así por ejemplo, como señala SANCHEZ COVISA, se puede captar con engaño y alojar con violencia.⁷⁵²

1.2.1 Medios coercitivos

Los medio coercitivos son fundamentalmente la violencia y la intimidación.

1.2.1.1 Violencia

⁷⁵¹ Tomamos esta clasificación de la realizada por ESTIARTE VILLACAMPA en base a los medios comisivos utilizados .ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, p. 422-432.

⁷⁵² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...*op.cit.*, p. 19.

La violencia equivale a la fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción.⁷⁵³

Abarcaría cualquiera de las conductas subsumibles en el delito de coacciones⁷⁵⁴ del artículo 172 del Código Penal,⁷⁵⁵ pero sin exigir que se traduzca en lesiones corporales de la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal.⁷⁵⁶

⁷⁵³ Vid. por estas SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1536/2004, 1257/2005 y 1425/2005.

⁷⁵⁴ Vid. por estas SSTS 1428/2000, 1588/2001, 823/2007 y 15/2008.

⁷⁵⁵ Artículo 172 del Código Penal:

“1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

⁷⁵⁶ Vid. SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005 y 1425/2005.

1.2.1.2 Intimidación

La intimidación se corresponde con la fuerza psíquica o moral. Esto es con las amenazas en sentido estricto o el ejercicio de empleo de la fuerza física contra la víctima o alguno de sus familiares o amigos⁷⁵⁷ con la finalidad de doblegar su voluntad.⁷⁵⁸

1.2.2 Medios fraudulentos

El engaño equivale a fraude o maquinación fraudulenta comprendiendo cualquier tipo de señuelo que según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima. Ello se puede lograr a través de múltiples mecanismos de la más variada naturaleza: normalmente el medio más utilizado es la proposición de ofertas de trabajo o la contratación simulada. Así en la *Sentencia número 677 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2012*,⁷⁵⁹ las víctimas dos mujeres de nacionalidad paraguaya habían sido captadas con el objetivo de venir a España a trabajar: la primera en prostitución y la segunda al cuidado de una menor.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Un ejemplo de esta forma de control psicológico el miedo a la “re trata”, que como se evidencia en el *caso Nigeria v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior* consiste en amenazar a las víctimas que se encuentran en situación irregular con volver a ser objeto de trata o represaliada por los tratantes que la captaron en el caso de retornar a su país. *Nigeria v. Secretary of State for the Home Department* (Immigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) Appeal No: AA/O1314/2005, 22 February 2011. (§ 192 a y c). Vid. también en este sentido el caso *Tailandia v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, donde el Upper Tribunal reconoce a una mujer víctima de trata en el Reino Unido, el derecho a la protección internacional por pertenecer a un “grupo social determinado” (§ 128-143). que en función de las circunstancias imperantes en su país de origen, Tailandia (§ 118-127), constituye un fundado temor de persecución. (§ 144-154). *Tailandia v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior* (Immigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) AZ (Trafficked women) Thailand CG (2010) UKUT 118 (IAC), 26 January 2010. (§ 174-175).

⁷⁵⁸ La intimidación ha sido delimitada por la jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo pudiendo ser trasladada convenientemente al ámbito del artículo 177 bis del CP. Vid en este sentido, la SSTS 1367/2004; 1536/1257/2005; y 1425/2005.

⁷⁶⁰ Entre los *Hechos Probados* de esta sentencia se relata como el tratante con la ayuda de su madre capta a la primera mujer ofreciéndole viajar a España para ejercer la prostitución en el domicilio de su hijo atendiendo a clientes y amigos. En el caso de la segunda víctima, fue el hermano del tratante el encargado de reclutar a la

En estos contextos, elementos como el *fraude* y el *engaño*, frecuentemente utilizados por los tratantes de personas, resultan relativamente fáciles de identificar como medios para llevar a cabo un delito de trata de seres humanos.

Sin embargo, en los últimos años se ha producido una sutilización de los métodos de control utilizados en la trata de personas⁷⁶¹ como por ejemplo el empleo del vudú⁷⁶² o el establecimiento de una relación íntima con la víctima de tipo parental⁷⁶³ o sentimental.⁷⁶⁴

hermana de su pareja con la promesa de ir a trabajar a España al cuidado de una menor. *Sentencia número 677 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2012* (Sala 11 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid) Vid. en términos similares, SSTS 1588/2001, 1905/2001, 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005, 1257/2005.

⁷⁶¹ ZHANG, S. *Smuggling and Trafficking...op.cit.*, p. 60.

⁷⁶² Existen muchas referencias acerca de esta práctica que consiste en el empleo del vudú como medio de control de las mujeres nigerianas que se encuentran en situación de trata con fines de explotación sexual. Vid. en este sentido, entre otros, CARCHEDI et al. *Il traffico di donne. Il caso della Nigeria*. Fondazione Internazionale Lelio Basso, Roma, 2003, p. 109, y ZHANG, S., *Smuggling and Trafficking...op.cit.*, p. 60. En relación a esta práctica y las mujeres procedentes de Nigeria que llegan a España, el Informe del Defensor del Pueblo describe como una vez que la mujer está de acuerdo en ir a Europa, el pacto de emigración es confirmado y sellado en un santuario, en presencia de un líder religioso (*ohen*) que sella el pacto actuando como un juez. La mujer y su *madam* o *sponsor* visitan varios santuarios juntos. Durante estas visitas se compone un paquete con varios elementos simbólicos, que se convierte en la expresión concreta del pacto entre los dos y con frecuencia tiene también una función de amuleto de la suerte para la mujer. El paquete contendrá material humano, posiblemente de ambas partes, como uñas y pelo y, en el caso de las mujeres, ropa interior con restos de sangre menstrual.

Las visitas a los santuarios pueden incluir también sacrificios animales y otros rituales con un significado complejo. La mujer puede tener que beber material orgánico o sufrir cortes de una forma particular en su piel. Todos estos rituales son percibidos sin duda por las mujeres de un modo abrumador pero no necesariamente opresivo o amenazante. Las mujeres lo denominan “vudú” en oposición a los rituales realizados en Nigeria y supone para ellas una forma maligna de magia utilizada para asegurar su explotación más que un pacto entre dos partes. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Trata de seres...op.cit.*, p. 127-130. Vid. en estos términos, SSTS 349/2005, 1461/2005, 951/2009, 651/2010, 249/2011.

⁷⁶³ Durante el último trimestre de 2011, la Dirección General de la Policía inició de oficio una investigación, ante la noticia publicada en prensa en el diario *El Mundo* el martes, 13 de septiembre de 2011, donde se señalaba la existencia de una organización criminal rumana que explotaba a sus conciudadanos en la mendicidad en distintos centros comerciales de Palma de Mallorca. En el informe remitido se dio cuenta de la detención de una ciudadana rumana por explotar a su hija, “la menor pedía y la madre vigilaba desde lejos. Cada rato recogía el

1.2.3 Medios de carácter abusivo

Las diversas modalidades de abusos, de una situación de superioridad o de vulnerabilidad, comprenden aquellas relaciones de prevalimiento del sujeto activo bien derivadas de una situación de superioridad respecto a ella, bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar.⁷⁶⁵

Entre estos supuestos se comprenderán no solo los que tengan su causa en el pleno sometimiento de la víctima al padre, marido, patriarca o líder comunitario que todavía se producen en determinadas culturas, sino también aquellos en que la víctima se encuentre previamente tratada o en régimen asimilable a la esclavitud,⁷⁶⁶ como es el caso de los

dinero y lo guardaba”; y de otra mujer, también de nacionalidad rumana que “presuntamente de esta red por exhibir a su bebé mientras pedía, algo que está penado como explotación de menores”. Esta investigación prosigue ante la Fiscalía General del Estado en relación a la causa penal en curso. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Trata de seres...op.cit.*, p. 127-130. Vid. también en este sentido, la investigación, denominada Operación Golf, llevada a cabo por la Policía Metropolitana y la Policía Nacional de Rumania de 2007 a 2009 y que terminó con la detención de 87 personas por trata de personas y la identificación y asistencia de 272 víctimas que tenían como fin la mendicidad y la comisión de pequeños hurtos, de los cuales al menos 28 de ellos eran menores que habían sido vendidos por sus propios padres. *Operation GOLF – A UK and Romanian Joint Investigation Tackling Romanian Organised Crime and Child Trafficking*, (Reference ISEC/2007/FPA/C1/034).(on line: http://ec.europa.eu/anti-trafficking/entity.action;jsessionid=JQFsRZLJctf51Q2lyjpl2mF2hrLNCpCLLYTNf12BGGHwjfl91Qj2!-656776111?path=EU+Projects%2FISEC_2007_FPA_C1_034, visitada 28/06/2013).

⁷⁶⁴ Un ejemplo de control relacional basado en una relación formal sentimental son los llamados *loverboys* y su papel como reclutadores de mujeres para su explotación sexual, que consiste en seducir a la mujer para una vez ganada su confianza introducirla en el mundo de la prostitución. Este método es utilizado tanto por los tratantes individuales, como por los grupos criminales organizados. KARA, S., *Sex Trafficking: Inside the Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York, 2008, p. 9.

⁷⁶⁵ SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005.

⁷⁶⁶ Vid. SSTS 1428/2000, 372/2005, 726/2005, 1465/2005, 191/2007, 96/2008, 644/2008, 876/2008, 308/2010, 873/2010.

matrimonios forzosos o el de los menores reclutados para el desarrollo de actividades militares.⁷⁶⁷

1.2.3.1 El abuso de una situación de superioridad

El Protocolo de Palermo se refiere al abuso de una situación de superioridad.⁷⁶⁸

Por situación de superioridad se conceptúa la situación que supone aprovecharse de la correlativa posición de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo.⁷⁶⁹ Se trata de que el sujeto activo y pasivo se hallen en un estado real de desigualdad, objetivamente determinable entre ambos.⁷⁷⁰

En este sentido, resulta muy ilustrativo el caso *Diamond City case, Eindhoven*, donde se plantea la necesidad de apreciar la existencia de abuso de una situación de superioridad por parte del propietario del restaurante chino que empleaba a inmigrantes de nacionalidad china en situación irregular en unas “condiciones laborales socialmente indeseables” a cambio de comida y vivienda o una remuneración muy bajas. En este recurso, la Corte Suprema holandesa anula la sentencia del Tribunal de Apelación, que condena al acusado por un delito de tráfico de inmigrantes en situación irregular sobre la base de que la iniciativa de trabajar y consentir hacerlo en las circunstancias “indeseables”⁷⁷¹ provenía de los inmigrantes chinos y no de el dueño del restaurante.⁷⁷²

⁷⁶⁷ REPETSAKAIA, A. “Classifying the elements of Human...*op.cit.*, p. 54.

⁷⁶⁸ El artículo 3 del Protocolo de Palermo hace referencia a “el abuso de poder”.

⁷⁶⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2010, p.176.

⁷⁷⁰ GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi SA, Madrid, 2007, p. 365.

⁷⁷¹ En este contexto, la Corte Suprema clarifica que, en línea con la *ratio legis*, la definición de situaciones indeseables, o de otros términos como, “extremadamente”, “desproporcionada” o “mala” tiene como punto de referencia la situación holandesa. *Diamond City case, Eindhoven* (§ 46).

⁷⁷² Este caso es un recurso de casación presentado a la Supreme Court holandesa en relación a la sentencia de la Corte de Apelación of’s Hertogenbosch of 30 January 2008, num. 20/001124-07 por la interpretación incorrecta del art. 273^a) (old) Criminal Code donde se regulan el concepto de abuso y el de explotación. *Diamond City case*,

Sin embargo, tal y como señala en la misma sentencia el Abogado General, la mayoría de los inmigrantes en situación irregular han sido objeto de contrabando de personas a Occidente, por redes de traficantes de personas, conocidas como “snakeheads”, que se aseguran de originar una deuda, a veces con los inmigrantes, pero más a menudo con la familia de estas personas que permanecen en china. Esta deuda impone una gran presión sobre estos inmigrantes, que se sienten obligados a aceptar cualquier trabajo para ganar dinero de una manera u otra. Sin una fuente de ingresos que no tienen medios de subsistencia en el país receptor, en este caso Holanda; y, por otra parte, saben que su familia puede ser amenazado si la deuda no se salda. Todo esto condiciona su falta de libertad y una situación de dependencia múltiple.⁷⁷³

Finalmente, el alto tribunal holandés concluye que “las personas que se encuentran en esta situación tienen una posición tan vulnerable⁷⁷⁴ que los explotadores ni siquiera tienen que tomar la iniciativa para explotarlos⁷⁷⁵ y por tanto merecen la protección de la ley más que nadie”.⁷⁷⁶

1.2.3.2 El abuso de una situación de vulnerabilidad

En cuanto a la situación de vulnerabilidad se recoge tanto en el Protocolo de Palermo (art. 3) como en el Convenio de Varsovia y en la Directiva.⁷⁷⁷

Eindhoven (Aimelo District Court) LJN: BA0145, 's-Hertogenbosch District Court01/825364-06, 11 July 2008. The Netherlands (§ 17).

⁷⁷³ *Diamond City case, Eindhoven* (§ 26).

⁷⁷⁵ KORVINUS, A.G. et. Al. “Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273 a Sr.” *Trema*, 29(7), pp. 286-290.

⁷⁷⁶ “(...) The fact that these Chinese pleaded, as it were, to be allowed to work at [A] emphasises the hopelessness of their situation all the more, rather than providing an argument for deeming abuse of this situation unpunishable: in fact, the reverse is the case, as people who are in a position that is so vulnerable that exploiters do not even need to take the initiative to exploit them deserve the protection provided by criminal law more than anyone else”. *Diamond City case, Eindhoven* (§ 27).

⁷⁷⁷ Artículo 3 b) del Protocolo de Palermo y el artículo 4 b) del Convenio de Varsovia.

Como apunta ESTIARTE VILLACAMPA, la expresión “situación de vulnerabilidad”⁷⁷⁸ está conceptualizada en un sentido tan amplio que abarca también los supuestos de necesidad. En este sentido, el Informe explicativo del Convenio de Varsovia especifica que constituye una “situación de vulnerabilidad” cualquier contexto en la que la persona no tiene más opción real que someterse al *abuso*.

Esto es un estado de penuria que impulsa al individuo a aceptar ser explotados. Esta *situación* puede estar motivada, entre otros ejemplos, por la inseguridad de la víctima acerca de su situación administrativa irregular, por la dependencia económica de la persona respecto a su explotador o debido a la frágil salud de la víctima. Así, la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional, familiar, social o económica; y los responsables de abusar de esta situación infringen flagrantemente en una violación de los derechos humanos que atentan contra la dignidad humana y la integridad, a la que nadie puede válidamente renunciar.⁷⁷⁹

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los inmigrantes en situación irregular es habitualmente aprovechada para la contratación de mano de obra barata. Así lo reconoce el tribunal de primera instancia holandés del Distrito de Zwolle en su sentencia del 28 de abril de 2008, el llamado *caso Moonfish*,⁷⁸⁰ en relación a la acusación del propietario de una fábrica en Holanda, acusado de reclutar, transportar, transferir y alojar a varios hombres de nacionalidad india en situación irregular con fines de explotación⁷⁸¹ y el beneficio de esta explotación.

⁷⁷⁸ ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, p. 427.

⁷⁷⁹ COUNCIL OF EUROPE, *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report*, (Council of Europe Treaty Series - No. 197) Warsaw, 16.V.2005, p. 14.

⁷⁸⁰ *Case Moonfish* (LJN BD0846) Zwolle District Court (Netherlands), 07.976405-06, 29 April 2008.

⁷⁸¹ “Under these circumstances, it can be established that the Defendant and/or one or more other persons took th acted purposefully by transporting, housing and receiving the illegal persons (in their living and employment doing so abusing the vulnerable position in which the illegal persons found themselves, with the ultimate aim through their acts, from the recruitment of cheap labour for their factory”. *Case Moonfish* (Count 1).

Sin embargo, determinar la existencia o no del *consentimiento* por parte de la víctima no resulta sencillo.⁷⁸² Mientras que algunas personas desconocen cuál será su destino final, como el caso de la segunda víctima de la Sentencia de la Audiencia Provincial que pensaba que iba venir a España a cuidar de una menor con un salario de 1.300 euros;⁷⁸³ otras son perfectamente conscientes de que, como en el caso de la primera mujer, se dedicarán a la prostitución, lo cual no implica que hayan consentido en ser sometidas a los abusos que conlleva la trata de seres humanos.⁷⁸⁴

1.2.4 Especial referencia al consentimiento

La referencia al consentimiento es constante en los instrumentos jurídicos que constituyen la base del marco jurídico de la lucha contra la TSH. Así, tanto el artículo 3 del Protocolo de Palermo como el artículo del Convenio de Varsovia (art. 3 b) y la Directiva sobre trata de seres

⁷⁸² “No obstante en sede de tipicidad esta polémica ha quedado en cierto punto solventada por la reforma operada en el art. 318 bis por LO. 5/2010, que ha suprimido el subtipo agravado del apartado 2 , por considerar inadecuado el citado precepto para el tratamiento penal unificado de los delitos de seres humanos e inmigración clandestina, cuando el nuevo Título VII bis, en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos, y en cuyo art. 177 bis, se castiga la trata de seres humanos, entre otras finalidades, con la de explotación sexual, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, esto es la prostitución coactiva del art. 188.1 , hemos que en el factum expresamente se excluyen (no ha quedado acreditado que las mujeres que ejercían la prostitución hubieran sido engañadas con tal fin y tampoco que la ejercieran en contra de su voluntad ni que por Plácido o Tarsila se empleara contra ellas cualquier genero de violencia o coacción para obligarles a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella).” Fundamento de Derecho segundo, Sentencia del Tribunal Supremo 378/2011 STS (Sala 2ª. Sección 1ª) de 17 de mayo de 2011. P. 8.

⁷⁸³ Hechos Probados, *Sentencia número 677 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2012* (Sala 11 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid) p. 5.

⁷⁸⁴ “Una vez alojadas en el domicilio de los tratantes, dinámica empleada con ambas chicas fue la misma: el tratante las llevaba al polígono “Marconi” y las indicaba que iban a trabajar como prostitutas, fijaba un horario (de 17 a 22 horas todos los días), el precio de cada servicio (de 10 a 20 euros), el tiempo de estancia con cada cliente (10 minutos) y la cantidad que debían abonar mensualmente para devolverles el dinero que habían empleado en cada una de ellas (billetes de avión, ropa, más el alquiler de la habitación, 800 euros. Además, el tratante acudía regularmente al polígono a vigilarlas y ante su disconformidad las amenazaba con hacer daño a su familia en Paraguay y entregarlas a un tratante colombiano amigo muy violento”. *Sentencia número 677 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2012* (Sala 11 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid) p. 4-6.

humanos (art. 2.4) establecen que el consentimiento “no se tendrá en cuenta”. A modo de ejemplo, la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos afirma que:

“El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.”⁷⁸⁵

A este respecto, el análisis de los medios comisivos recogidos en el delito de trata de personas - esto “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 mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona”⁷⁸⁶- invalida el consentimiento que la víctima hubiere podido prestar, pues nos hallamos ante un caso de consentimiento viciado, por haber sido prestado concurriendo trascendentes vicios de la voluntad.⁷⁸⁷

Sin embargo, como ya hemos señalado conviene tener siempre presente que en el caso de la trata de menores, la emisión del consentimiento es irrelevante.

En todo caso, “el *consentimiento* de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en la definición”.⁷⁸⁸ A saber, amenaza; uso de la fuerza u otras formas de coacción; rapto; fraude; engaño; abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad; o entrega o recepción de pagos o beneficios lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.

Para poder delimitar donde termina el libre albedrío y donde comienza la restricción en el caso de que la víctimas sean mayores de edad, es necesario vincular el consentimiento a otro de los elementos recogidos dentro de los medios para llevar a cabo la trata de seres humanos: el abuso de una situación de vulnerabilidad. En este sentido, tanto el Convenio de Varsovia en

⁷⁸⁵ Artículo 2.4 de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos. (DO L101/1, de 15.04.2011).

⁷⁸⁶ Artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos. (DO L101/1, de 15.04.2011).

⁷⁸⁷ ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op. cit.*, pp. 430-431.

⁷⁸⁸ Artículo 2.4 de la Directiva de trata DO L 101 de 15.04.2011.

su Explanatory Report como la Directiva de trata de seres humanos en el propio art. 2.2., clarifican, además, qué se entiende por abuso o situación de vulnerabilidad.

En este sentido, la normativa europea establece que cualquier situación en la que “la persona no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso” que someterse al abuso constituye una situación de vulnerabilidad: un estado de penuria que impulsa al individuo a aceptar ser explotados. Esta situación puede estar motivada, entre otros ejemplos, por la inseguridad de la víctima acerca de su situación administrativa irregular, por la dependencia económica de la persona respecto a su explotador o debido a la frágil salud de la víctima. Así, la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional, familiar, social o económica; y los responsables de abusar de esta situación incurren flagrantemente en una violación de los derechos humanos que atentan contra la dignidad humana y la integridad, a la que nadie puede válidamente renunciar.

La apreciación de cualesquiera de estos elementos –la amenaza; el uso de la fuerza el rapto; el fraude; el engaño; el abuso de una situación de vulnerabilidad; etc.- resulta esencial para poder determinar la naturaleza del fenómeno ante el que nos encontramos distinguiéndola de figuras afines a la trata de personas como el tráfico de inmigrantes en situación irregular o la prostitución.

1.2.4.1 El consentimiento viciado

El consentimiento de una víctima de trata será irrelevante, tal y como se recoge en el apartado 3 del artículo 172 del Código Penal⁷⁸⁹ por considerarse viciado cuando se haya recurrido a los medios, formas o modos indicados para controlar la voluntad de la víctima.

⁷⁸⁹ En el código penal español, la referencia al consentimiento se recoge en el apartado 3 del artículo 177 bis en los términos siguientes: “El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”.

Establecer la existencia o no del *consentimiento* por parte de la víctima no resulta sencillo. Sin embargo, este proceso resulta esencial para poder determinar la naturaleza del fenómeno ante el que nos encontramos, distinguiéndolo de figuras afines, como por ejemplo, el tráfico de inmigrantes en situación irregular, donde el consentimiento es irrelevante penalmente, por la naturaleza del bien jurídico protegido, que es el Estado o la sociedad en su conjunto.⁷⁹⁰

No obstante, el estado de la normativa interna y su aplicación judicial⁷⁹¹ ha sido determinante para que situaciones perfectamente calificables de servidumbre por deudas⁷⁹², explotación laboral⁷⁹³ o esclavitud sexual⁷⁹⁴ finalicen con una condena por delitos relacionados con el tráfico de personas en situación irregular⁷⁹⁵ o por conductas relativas a la prostitución.⁷⁹⁶

⁷⁹⁰ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas...op.cit.*, p. 425; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito...op. cit.*, pp.203, 204 y 253.

⁷⁹¹ En opinión de PÉREZ ALONSO, contrarias a las más elementales reglas de la convivencia democrática y de los principios y valores que inspiran los valores Constitucionales de los Estados miembros. *Ibid.*, p. 244.

⁷⁹² Donde el Tribunal Supremo consideró que los elementos propios del delito de trata, que se acababa de introducir en el Código Penal, de engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, y la amenaza o la coacción no estaban presentes en este caso, debido a que las mujeres habían consentido en venir a España a trabajar como prostitutas y pagar una deuda, aunque ésta estuviera por determinar. *Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011.*

⁷⁹³ En este caso, los tribunales holandeses consideraron culpable de un delito de tráfico de inmigrantes en situación irregular al dueño de un restaurante chino, que empleaba inmigrantes procedentes de China en situación irregular en unas "condiciones laborales socialmente indeseables" a cambio de comida y vivienda o una remuneración muy baja. *Diamond City case, Eindhoven* (Aimelo District Court) LJN: BA0145,'s-Hertogenbosch District Court01/825364-06, 11 July 2008. The Netherlands.

⁷⁹⁴ Así en los fundamentos de hecho de la *Sentencia del Tribunal Supremo 450/2009* se describe el caso de una joven de nacionalidad rumana, que atraído por una oferta de empleo para trabajar como camarera en un bar de la ciudad de Sevilla, termina ejerciendo la prostitución bajo el control y las constantes amenazas recibidas por parte de sus tratantes. Los malos tratos recibidos por la víctima fueron tales que, a pesar de ser obligada a mantener relaciones sexuales con clientes, éstos al apercibirse de su estado desistieron de tener relaciones sexuales con ella. *Sentencia del Tribunal Supremo 450/2009, Sala 2ª de lo Penal, de 22 de abril de 2009* (Fundamentos de Hecho).

⁷⁹⁵ Como el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011* y *Diamond City case, Eindhoven.*

⁷⁹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo antes citada, confirma la decisión de la Audiencia Nacional relativa a la condena de los recurrentes relativa a la prostitución prevista en el art. 188 del Código Penal, concretamente la

En este sentido resulta especialmente flagrante, el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo 378/2011, (Sala 2) de 17 de mayo de 2011* donde los acusados captaban, trasladaban y explotaban mujeres en prostitución con la complicidad con un abogado que a petición de dichos acusados redactaba contratos de “suministro de personas” para ejercer la prostitución en España según las “normas internas” de los acusados.⁷⁹⁷

Sin embargo, “al no quedar acreditado que las mujeres que ejercían la prostitución hubieran sido engañadas con tal fin y tampoco que la ejercieran en contra de su voluntad ni que por los acusados se empleara contra ellas cualquier genero de violencia o coacción para obligarles a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella” se condena a los responsables por un delito de

modalidad de intervención lucrativa en la explotación de la prostitución de otra persona. *Sentencia del Tribunal Supremo 450/2009, Sala 2ª de lo Penal, de 22 de abril de 2009* (Fundamentos de Derecho).

⁷⁹⁷ “El acusado tenía establecidas unas "normas internas" del "Harem" de obligado cumplimiento referentes al aspecto e indumentaria de las mujeres, comportamiento y sistema de multas a las trabajadoras que estableció por concertar citas privadas con clientes, 1000 euros, y de 500 euros por no trabajar en exclusiva, no realizar servicios especiales que hubieran aceptado una vez concertados, y por abandono del trabajo sin preavisar con 15 días de antelación, normas de las que las mujeres eran informadas antes de comenzar a trabajar en el piso y a las que también les entregaba para que cubriesen un registro o ficha personal en la que además de sus datos, rasgos físicos y disponibilidad horaria incluía una relación de servicios sexuales especiales en los que las mujeres indicaban "si" o "no", concretamente, Constanza los firmó el día 2 de agosto de 2007 y Inmaculada , el día 18 de octubre de 2007 encontrándose a solas con el acusado en el piso (...) también los firmó y con ocasión de enseñarle a realizar los servicios sexuales le dijo que se pusiera lencería y desfilara ante él entrando y saliendo de la habitación debiendo responder a la pregunta de "quien era el mayor putón de Vigo" que ella después de lo que ocurrieron otros hechos que la mujer no ha querido denunciar.

Cada una de ellas determinó en la citada ficha su disponibilidad horaria pudiendo librar un día a la semana.

El acusado solicitaba que las mujeres trabajasen también durante los días que tenían la menstruación a cuyo fin Tarsila hablaba con ellas para tratar de conseguir que trabajasen durante esos días facilitándoseles unas esponjas cuyo uso les explicaba.

Los clientes pagaban los servicios sexuales al acusado o a persona de su confianza, y hacía cuentas con las mujeres los lunes abonándoles el porcentaje pactado del 50% si bien siempre les dejaba a deber alguna suma con la intención de que regresaran al piso.

tráfico ilegal o de inmigración clandestina con el propósito de explotación sexual (en nuevo tipo agravado del artículo 318 bis 1 del Código Penal recientemente incluido por la LO 5/2010).

En cualquier caso, probablemente sea la denominada trata abusiva la que mayores problemas de determinación genera pues como afirma PÉREZ ALONSO se refiere a un medio de contornos más difusos.⁷⁹⁸ Para ello, es necesario vincular el *consentimiento* a otros dos de los elementos recogidos dentro de los medios para llevar a cabo la trata de seres humanos: *el abuso de una situación de autoridad o el abuso de una situación de vulnerabilidad* que se encuentran recogidos en los tres instrumentos internacionales que son la base del diseño del delito de trata.

No obstante, parece que ciertos tribunales españoles no han terminado de darse cuenta que la trata es un delito distinto y diferenciado de la explotación efectiva de la víctima en cualquiera de sus modalidades. Esto es que una persona puede aceptar libremente realizar actividades integradas en la explotación sexual o laboral pero ser engañada o forzada en cuanto a los presupuestos que condicionan su desplazamiento o las condiciones en las que va a desarrollar dicha actividad.

En todo caso, la ineficacia del consentimiento en el supuesto del delito de trata de personas se encuentra vinculada a la naturaleza absolutamente individual del bien jurídico protegido, que se refiere a la libertad, la seguridad y dignidad de la persona, concretada esta última en la integridad moral de los seres humanos. Precisamente, el vínculo a la idea de dignidad humana hace que dicho bien sea indisponible para el titular mismo, pese a su carácter individual, por ser un atributo consustancial a la personalidad humana.⁷⁹⁹ Por lo que, como señala TERRADILLOS BASOCO, no se puede consentir válidamente en lo degradante”.⁸⁰⁰

Las mujeres procedentes del extranjero con billete pagado por el acusado, como la testigo protegida Candida , no cobraban el porcentaje pactado hasta el completo pago de la deuda por el viaje y tenían que estar disponibles las 24 horas”. *Sentencia del Tribunal Supremo 378/2011, (Sala 2) de 17 de mayo de 2011*, p.3.

⁷⁹⁸ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas...op.cit.*, pp. 329.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 425. Vid. también VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, p. 406.

⁸⁰⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. , “Migraciones ilegales”, *Revista de derecho social*, Nº 4, 1998 , p. 198.

1.2.4.2 El consentimiento de los menores

La emisión del consentimiento de los menores es irrelevante (apartado 2 del art. 177 bis CP)⁸⁰¹ por lo que para apreciar la existencia de trata de seres humanos basta realización de una de las conductas que el tipo contempla. A saber, el reclutamiento, transporte, traslado, acogida y recepción de una persona menor de dieciocho años⁸⁰² con fines de su explotación.

En este sentido, la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos establece que:

“Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1”.⁸⁰³

Así, para poder apreciar la existencia de trata de seres humanos en menores de edad, no importan los medios utilizados que resultan irrelevantes, pues basta con que se hayan llevado a cabo las tres fases que integran el proceso del delito de trata de personas: el reclutamiento y transporte (traslado, acogida y recepción) de un niño con fines de explotación (art. 2.5 Directiva 2011/36).

1.3 Finalidad de explotación

Constituye el tercer elemento de la trata –el elemento subjetivo o intencional- y tiene una traducción económica más o menos lucrativa. Como ya se ha visto en el apartado 1.1.3., las finalidades de explotación reflejadas en los instrumentos normativos analizados se pueden englobar en: explotación sexual, explotación laboral y trata con la finalidad de extracción de órganos.

⁸⁰¹ Artículo 177. 2 del CP establece que: “aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación”.

⁸⁰² A efectos de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos (art. 2.5) se entenderá por “menor” cualquier persona menor de dieciocho años”.

⁸⁰³ Artículo 2.5. de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos. (DO L101/1, de 15.04.2011).

La finalidad de explotación, requiere que el autor del delito tenga intención de explotar a la persona en alguna de las formas que el tipo enumera, sin ser necesario que la referida explotación llegue a producirse para que el tipo se consume. A este respecto, QUERALT JIMENEZ afirma que nos hallamos ante un delito de tendencia interna transcendente o intensificada;⁸⁰⁴ a lo que la doctrina de la jurisprudencia española añade que no se puede apreciar este delito en tentativa y que basta la concurrencia de la voluntad de explotar a la víctima en una solo de las posibilidades de explotación recogidas para la perfección típica del delito.⁸⁰⁵

En todo caso, aunque el *elemento subjetivo o intencional* es un elemento esencial del delito de TSH, resulta en ocasiones difícil probar su existencia.⁸⁰⁶ A este respecto a partir de la jurisprudencia analizada hemos identificado dos dificultades: probar la finalidad de explotación y la interpretación del propio término explotación.

1.3.1 Probar la finalidad de explotación

La primera dificultad a la hora de probar la finalidad de explotación surge por el hecho de que el delito de trata no exige que el explotador sea la misma persona que el tratante, pues la intención de que la víctima sea utilizada en provecho propio o de un tercero se presupone.⁸⁰⁷

Sin embargo, en la práctica dicha presunción resulta difícil de demostrar. En este sentido, el *caso Koolvis* constituye un caso paradigmático en relación con la trata con fines de explotación sexual de menores.

En esta sentencia el tribunal holandés del Distrito de Zwolle se pronunció en relación a 11 procesados de Nigeria, Holanda e Italia, por trata de seres humanos, cuyo arresto fue el resultado de una investigación internacional coordinada llamada “Koolvis. En esta operación, se

⁸⁰⁴ QUERALT JIMENEZ, J. *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, Atelier, Barcelona, 2010, p. 185.

⁸⁰⁵ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas...op. cit.*, p. 429.

⁸⁰⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, pp. 432-433.

⁸⁰⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...op.cit., p. 20.

puso de manifiesto como los Países Bajos estaban siendo utilizados por las organizaciones criminales nigerianas como país de tránsito para la trata de personas, concretamente de niñas, cuyo destino final era generalmente Italia o España, donde eran obligadas a trabajar como prostitutas. Sin embargo, todos ellos fueron absueltos del delito de trata de seres humanos, ya que el tribunal consideró que no se podía probar el elemento subjetivo o intencional, esto es la intención por parte de los sujetos de que las niñas fueran explotadas, pues como declara la sentencia los sospechosos desconocían de que las niñas iban a ser obligadas a prostituirse.⁸⁰⁸

1.3.2 Interpretación del concepto de explotación

Por otra parte, como señala la Supreme Court holandesa en *Diamond City case, Eindhoven*,⁸⁰⁹ el concepto de explotación es relativo y debe interpretarse en función de otros dos criterios: el primero, el “propósito” de abusar de la posición dominante que surge de las circunstancias de hecho o de la posición vulnerable en la que se encuentran las víctimas; y en segundo lugar, a partir del análisis del beneficio del autor del delito.

1.3.2.1 El “propósito” de abusar de la posición dominante surgida de las circunstancias de hecho o de la posición vulnerable en la que se encuentran las víctimas

Según el alto tribunal holandés, el “propósito” de abusar de la posición dominante surgida de las circunstancias de hecho o de la posición vulnerable de en la que se encuentran las víctimas, -los chinos que residen ilegalmente en los Países Bajos en el caso *Diamond City case*,

⁸⁰⁸ *Koolvis case*, Zwolle District Court (Netherlands), 10 December 2009.

⁸⁰⁹ Este caso es un recurso de casación presentado a la Supreme Court holandesa en relación a la sentencia de la Corte de Apelación of's Hertogenbosch of 30 January 2008, num. 20/001124-07 por la interpretación incorrecta del art. 273^a) (old) Criminal Code donde se regulan el concepto de abuso y el de explotación. En base a la cual el acusado es condenado por un delito de tráfico de inmigrantes en situación irregular al dueño de un restaurante chino, que empleaba inmigrantes procedentes de China en situación irregular en unas “condiciones laborales socialmente indeseables” a cambio de comida y vivienda o una remuneración muy baja. *Diamond City case, Eindhoven* (Aimelo District Court) LJN: BA0145, 's-Hertogenbosch District Court01/825364-06, 11 July 2008. The Netherlands.

Eindhoven- no se puede descartar aunque los tratantes no hayan tomado la iniciativa o actuado activamente para, que en este caso los inmigrantes chinos vinieran o intentar convencerlos de venir a trabajar en el restaurante.⁸¹⁰ Por lo que la Corte concluye que inferir el requisito de que los autores tienen que tomar la iniciativa y acercarse activamente a sus víctimas da evidencia de una concepción errónea de la ley. En este sentido, la Corte toma las aportaciones hechas por el Abogado General donde se pone de manifiesto que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores que caen en la redes de tráfico de inmigrantes en situación irregular⁸¹¹. En este sentido, como apunta la Supreme Court holandesa, “las personas que están en una posición tan vulnerable que los explotadores ni siquiera tienen que tomar la iniciativa para explotarlos merecen la protección prevista por la ley penal más que nadie”.⁸¹²

1.3.2.2 Análisis del beneficio del autor del delito

En este contexto, de nuevo en línea con la jurisprudencia del *Diamond City case, Eindhoven* podemos afirmar que “para determinar la existencia o no de explotación no solo habrá que

⁸¹⁰ *Diamond City case, Eindhoven* (§ 17).

⁸¹¹ “Todas las víctimas llegaron a los Países Bajos a través de traficantes de personas, personas que se conocen como “cabezas de serpiente” en la práctica, y en mi opinión esto es generalmente conocido en la comunidad china en los Países Bajos, estos inmigrantes están en deuda -. Veces una deuda personal, pero mucho más a menudo de una deuda contraída por la “familias inmigrantes en china. esta deuda tiene que ser reembolsado. esto impone una gran presión sobre las víctimas, que se sienten obligados a aceptar cualquier trabajo que pueda. por consiguiente, en este caso, la deuda no es debe al empleador, pero a un intermediario:. sin embargo, contribuye a su falta de libertad, es decir, la dependencia múltiple (...) la situación antes mencionada de un desconocido en un país desconocido, que ha sido arrancado, lo pone o en una posición en la cual no significa que no hay trabajo en casa y, a menudo sin comida. (...) en este caso, la mayoría de las víctimas son objeto de contrabando a Occidente, incluidos los Países Bajos, por las personas que se conocen como “cabezas de serpiente”. se aseguran de que se origine una deuda, a veces por la víctima, pero más a menudo por la “familia víctima s que permanecen en china Como resultado, los inmigrantes ilegales en los Países Bajos tienen sólo una opción -. para ganar dinero de una manera u otra. Sin una fuente de ingresos que no tienen medios de subsistencia en los Países Bajos y, por otra parte, sabe que su familia puede ser amenazado. Esto se conoce generalmente en la comunidad china en los Países Bajos” *Diamond City case, Eindhoven* (§ 26).

⁸¹² *Diamond City case, Eindhoven* (§ 27).

tener en cuenta exclusivamente la "situación de la víctima" sino que es necesario analizar el beneficio que el autor se acumulan a partir de la situación".⁸¹³

Esta afirmación que parece clara a la hora de probar la finalidad de explotación sexual, pues como mantiene la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el ánimo de lucro es consustancial al concepto de explotación sexual⁸¹⁴ -esta ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo⁸¹⁵- no resulta tan evidente cuando la finalidad de explotación es laboral, donde habitualmente –como en *Case Moonfish*- la “existencia de circunstancias indeseables,⁸¹⁶no constituyen prueba suficiente para constatar la finalidad de explotación de los tratantes”; eludiendo así la condena por trata de personas con finalidad laboral.⁸¹⁷

En este contexto, la definición de “situaciones indeseables”, o de otros términos como, "extremadamente", "desproporcionada" o "mala" se hacen tomando como punto de referencia la *ratio legis* del legislador, en este caso de Holanda.⁸¹⁸

⁸¹³ *Diamond City case, Eindhoven* (§ 28).

⁸¹⁴ Así lo ha entendido la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación a la interpretación de la misma expresión “explotación sexual” del ordinal segundo del artículo 318 bis del Código Penal, que es plenamente trasladable, *mutatis mutandi*, al artículo 177 bis del Código Penal “la existencia del ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quién explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone” FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios...op.cit., p. 25.

⁸¹⁵ Vid. STS 450/2009; 1171/2009; 1238/2009.

⁸¹⁶ Las víctimas tenían que trabajar seis días a la semana, a menudo durante más de 8 horas al día, se les pagaba 800 € al mes (muy por debajo de las condiciones salariales del mercado holandés) con deducción de 100 € el alquiler de un mes, y no tenían el pago por exceso de trabajo. *Case Moonfish* (LJN BD0846) Zwolle District Court (Netherlands), 07.976405-06, 29 April 2008 (Count 1).

⁸¹⁷ Por lo que el dueño de la fábrica, el acusado de trata con fines de explotación laboral en la sentencia de la Corte del distrito de Zwolle, termina siendo declarado culpable tan solo de un delito de fraude fiscal, por haber presentado en varias ocasiones deliberadamente una declaración de impuestos incompleta e incorrecta. *Case Moonfish* (Count 5).

⁸¹⁸ *Diamond City case, Eindhoven* (§ 46).

Sin embargo, como afirma la Corte Suprema holandesa, al recoger la lista de indicadores elaborada por el Ministerio Fiscal holandés,⁸¹⁹ las llamadas “situaciones indeseables” o “situaciones ciertamente lamentable en el caso de gente acomodada”⁸²⁰ constituyen *prácticas equivalentes* al trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre, pues son formas bipolares de la explotación en las contribuyen otros factores por lo que no es exigible el mismo grado de falta de libertad o coacción que caracteriza el trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre del artículo 4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos”.⁸²¹

Por último, en relación al concepto concreto de explotación, como señala Corte holandesa, “es necesario tener en cuenta que el objetivo de los tratantes de personas no es - o al menos, no concretamente- tener a la víctima en condiciones miserables sino el propósito es hacer dinero”. Lo cual implica términos y condiciones de empleo muy por debajo del nivel aceptable en el país para las víctimas y grandes ganancias económicas para los explotadores. Por lo que resulta fundamental incluir el importe de la ganancia económica obtenida por el tratante para probar la existencia o no de explotación.⁸²²

⁸¹⁹ Los indicadores presentados por el Ministerio Fiscal holandés se concentran en dos extremos: el primero, que es el grado de dependencia del empleado y el grado de falta de libertad que acompaña al empleo; y el segundo, que se refiere a los términos y condiciones de empleo (pobres) y la ganancia económica resultante de ingresos del empleador. Annex 3 to the *Aanwijzing mensenhandel van het College van procureurs-generaal*, Netherlands Government Gazette 2006, 58, registration number 2006A002, adopted on 6 March 2006 and entry into force on 1 April 2006 (followed with a rectification and an amendment), succeeded by the *Aanwijzing mensenhandel*, Netherlands Government Gazette 2008, 253, rectification number 2008A022, 17 November 2008, entry into force on 1 January 2009.

⁸²⁰ Como señalaron los tribunales franceses en el caso *Siliadin v. Francia* European Court of Human Rights, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01) Judgment of 26/10/05. (§ 27).

⁸²¹ Por lo que “la importancia de la ganancia económica disminuye con la disminución de la libertad. Un empleado que está encadenado al lugar de trabajo y es encerrado durante la noche (para quien las condiciones de trabajo se aproximan o equivalen al trabajo forzado) está siendo explotado aun cuando su salario sea aceptable. Por el contrario, cuando el trabajador conserva una gran libertad de movimientos las circunstancias de la explotación tendrá que ser evaluadas de acuerdo a otros criterios más relacionados con las condiciones miserables de trabajo y el beneficio económico resultante” *Diamond City case, Eindhoven*(§ 56).

⁸²² *Diamond City case, Eindhoven*(§ 46).

2 La tipificación de las conductas directamente relacionadas con las formas de explotación

La prohibición de la trata de personas se ve reforzada cuando el derecho a la vida se ve implicado. En *Osman v. United Kingdom*, la Corte Europea de Derechos Humanos establece que la primera obligación estatal es garantizar el derecho a la vida, lo cual “implica el establecimiento de normativa penal efectiva para impedir la comisión de crímenes que atenten contra la vida de las personas”.⁸²³

No obstante, la prohibición de tratar con personas abarca, además del asesinato, otras conductas graves que constituyen crímenes contra las personas,⁸²⁴ pues como ya se ha apuntado, la trata de personas debe entenderse como un proceso más que como un delito aislado.⁸²⁵

Sin embargo -como se indica en el Protocolo de Palermo⁸²⁶- para la tipificación de la trata de personas no basta con penalizar solamente algunos de los delitos subyacentes en la trata,⁸²⁷ como por ejemplo la prostitución forzada, el aborto forzado; el embarazo forzado; la tortura; el trato cruel, inhumano o degradante; la violación o agresión sexual; las lesiones corporales; el

⁸²³ *Osman v. United Kingdom* (App. 23452/94), Judgment of 28/10/98 (§115).

⁸²⁴ MOWBRAY, A. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 16.

⁸²⁵ Empieza con el rapto o la captación de una persona y continúa con el transporte del individuo a otro Estado y su entrada en él. A ello sigue la fase de explotación, durante la cual la víctima se ve sometida a una servidumbre sexual, laboral u a otras formas de explotación. Es posible que haya otra fase que no atañe a la víctima sino al delincuente. Según el volumen y grado de complejidad de la operación de la trata, es posible que el autor de la trata (la organización delictiva) tenga que blanquear el producto del delito. UNODC, *Manual para luchar contra la trata de personas. Programa Mundial contra la trata de personas*, Viena, 2009.

⁸²⁶ Artículo 5 del Protocolo de Palermo (documento A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001

⁸²⁷ UNODC, *Manual para luchar contra...op. cit.*, p. 95.

secuestro; el confinamiento ilícito; la explotación laboral; la retención de documentos de identidad;⁸²⁸ y la corrupción.⁸²⁹

Además, el Derecho internacional de los derechos humanos recoge una serie de prohibiciones que se encuentran directamente relacionadas con la TSH: la prohibición de *la tortura o los tratos inhumanos o degradantes* y la prohibición de *la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado*.

La prohibición expresa de la tortura se encuentra recogida en una amplia variedad de tratados internacionales.⁸³⁰ Lo cual pone de manifiesto que la prohibición de la tortura forma parte del Derecho consuetudinario. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que, en todo caso, “el uso de la violencia y el maltrato de las víctimas constituyen una de las características propias de la trata de seres humanos por lo que su inclusión en el ámbito de la prohibición del artículo 3 del CEDH no ofrece ninguna duda”.⁸³¹

⁸²⁸ Vid. En este sentido, el artículo 20 del Convenio de Varsovia, *Tipificación de las acciones relativas a los documentos de viaje o de identidad*, donde se establece que: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal a los actos contemplados en el artículo 4 del presente Convenio cuando hayan sido cometidos intencionadamente: a) fabricar un documento de viaje o de identidad fraudulento; b) procurar o aportar dicho documento; c) retener, sustraer, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona.

⁸²⁹ UNODC, *Toolkit to Combat...op.cit.*, p. 109.

⁸³⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.- 51 (A/39/51). el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 7 del PIDCP (Documento 999 UNTS 171); el artículo 3 de la CEDH (documento ETS No.5); el artículo 5. 2 de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981 (Carta de Banjul); Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985 (OEA No. 67); y Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987 (ETS No. 126).

⁸³¹ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§252).

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que la trata de seres humanos, de acuerdo al concepto jurídico internacional,⁸³² entra en el ámbito del artículo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe *la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado*.⁸³³ Prohibiciones todas ellas claramente reguladas por los instrumentos de derechos humanos como la *Convención sobre la esclavitud* de 1926,⁸³⁴ el *Convenio sobre el trabajo forzoso* de 1930,⁸³⁵ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*,⁸³⁶ el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*⁸³⁷ y la *Convención de los trabajadores migrantes* de 1990.⁸³⁸

La prohibición de la tortura al igual que la de la esclavitud se encuentran recogidas dentro del Derecho consuetudinario internacional son, además, como señala el Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, dos conductas contrarias a una norma perentoria de Derecho Internacional o *ius cogens*:

“las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto (...) resultan, por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta en escena fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial”.⁸³⁹

⁸³² El concepto jurídico internacional recogido en el artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) de la Convención Europea de Lucha contra la Trata de Personas. En este sentido, vid. también el Capítulo 1, dedicado al concepto jurídico internacional de la TSH.

⁸³³ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§282)

⁸³⁴ En el artículo 5 de la Convención sobre la esclavitud de 1926 los Estados parte se comprometen “a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud” y también, en relación a la servidumbre el artículo 1. de la Convención Suplementaria de 1956.

⁸³⁵ Convenio nº 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzoso, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión, en vigor desde el 1 de mayo de 1932.

⁸³⁶ Artículo 8 del ICCPR (documento 999 UNTS 171).

⁸³⁷ Artículo 10.3. del ICESCR (documento 993 UNTS 3).

⁸³⁸ El artículo 11 de la Convención de los trabajadores migrantes (documento ILM 152).

⁸³⁹ Vid. en este sentido el caso *Barcelona Traction*, donde el Tribunal Internacional de Justicia establece que “las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto (...). Estas obligaciones resultan,

A este tenor, un marco jurídico adecuado para luchar contra el fenómeno de TSH exige la tipificación del delito internacional de trata de seres humanos tanto como la penalización de otros delitos relacionados con la trata de personas.⁸⁴⁰ Además, dado que la violación de este marco legislativo constituye el criterio para la adquisición de la condición de víctima, hace posible un concepto más amplio de víctima de trata, a aquellas personas que hayan sufrido daños derivados de tales comportamientos delictivos.⁸⁴¹

De este modo, siguiendo con el razonamiento de la sentencia del juez británico Wyn Williams en el caso *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis*,⁸⁴² aunque no se pueda condenar a las personas responsables según el delito internacional de trata de seres humanos, el tratamiento recibido por las víctimas puede equivaler a alguno de los delitos tipificados en la legislación penal vigente o a violaciones de los derechos humanos tales que se encuentren recogidas instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el caso de la sentencia de la High Court of Justice.⁸⁴³

por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta en escena fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial". Caso Barcelona Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited de 5 de febrero de 1970 (Belgica v. España), Tribunal Internacional de Justicia 1970.

⁸⁴⁰ UNODC, *Manual para luchar contra...op. cit.*, p. 98.

⁸⁴¹ Vid. en este sentido, FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. "Las víctimas y el Derecho internacional" A.E.D.I., vol. XXV (2009), p. 28.

⁸⁴² Donde se condena al Servicio de Policía Metropolitana de Londres por no investigar las denuncias de esclavitud en relación a cuatro mujeres nigerianas que vivieron durante 9 años en situación de esclavitud domestica. *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis* (High Court of Justice Queen's Bench Division) Case No: HQ08X02815 [2011] EWHC 1246 (QB), 20 May 2011.

⁸⁴³ "One further small point. As I have said at the time when the Claimants were brought into this country there was no criminal offence of "trafficking" in our domestic law. Nonetheless, the treatment of the Claimants in this country was such that it not only amounted to an infringement of their rights under Articles 3 and 4 but it also constituted many criminal offences. I need not provide a list of all those offences; by way of example, however, it is obvious that many offences contrary to the Offences against the Person Act 1861 were committed against the Claimants. Accordingly, on any view the complaints made to the police in this case were complaints of existing

En este sentido, el establecimiento de un ordenamiento jurídico eficaz que permita ejercer de manera positiva la prohibición de la trata de seres humanos debe incluir la tipificación de aquellas violaciones manifiestas de los derechos humanos directamente relacionadas con las actuales formas de explotación o, al menos con las asumidas formalmente por los Estados en base al Derecho internacional. Esto es como mínimo: “la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”.⁸⁴⁴

Así, se propone en este estudio, la inclusión en el derecho interno de –al menos- las siguientes infracciones, algunas de las cuales se encuentran ya recogidas en el Derecho penal español: la esclavitud y prácticas análogas; el tráfico de menores; los trabajos forzados u obligatorios; la servidumbre; el matrimonio forzoso; el tráfico de menores o incapaces para la mendicidad; la prostitución coactiva; la Explotación Sexual Comercial Infantil; el tráfico ilegal de órganos; y los delitos de lesa humanidad.

2.1 Esclavitud y prácticas análogas

La esclavitud y prácticas análogas constituyen un estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y "esclavo" es toda persona en tal estado o condición.

Aunque la esclavitud no se encuentra explícitamente recogida como un delito internacional ni entre los artículos del Título XXIV del Código Penal español vigente ni en la enumeración recogida en el artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985,⁸⁴⁵ la prohibición de la

criminal offences as well as breaches of human rights”. *O.O.O and others v. the Commissioner of Police for the Metropolis* (§167).

⁸⁴⁴ Art. 2. 3. de la Directiva sobre trata (DO L 101, de 15.4.2011, p. 6).

⁸⁴⁵ El artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en vigor desde el 3 de julio de 1985. BOE de 02 de Julio de 1985 (revisión vigente desde 30 de Junio de 2013 hasta 22 de Julio de 2014).

esclavitud en España viene determinada por la Convención sobre la esclavitud de 1926⁸⁴⁶ y por la Convención suplementaria del 1956.⁸⁴⁷

En este sentido, en virtud de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985 “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

“Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España”.⁸⁴⁸

Así mismo, los tribunales españoles tendrían competencia por la violación relacionada con la esclavitud independientemente de que se hubiera cometido en otro lugar o por un ciudadano de otro país en base al principio de jurisdicción universal adoptado en virtud del artículo del, el artículo 7 del *Estatuto de Roma* de 1998,⁸⁴⁹ donde entre los crímenes de lesa humanidad se contempla la esclavitud.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ BOE núm. 356/1927, de 22 de diciembre de 1927.

⁸⁴⁷ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1967, páginas 17951 a 17953 (3 págs.) En vigor en España desde el 21 de noviembre de 1967.

⁸⁴⁸ Art. 23. 4. h) de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁸⁴⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 18 de julio de 1998 en Roma, documento A/CONF.183/9. En vigor desde el 1 de julio de 2002. Instrumento de ratificación BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

⁸⁵⁰ Art. 7.1 del ER establece que las conductas punibles como lesa humanidad son: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de *apartheid*; Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Luego en el párrafo 2 del artículo se definen estas conductas.

2.2 Tráfico de menores

El tráfico de menores consiste en la entrega a otra persona de un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, mediando compensación económica y eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción.

En España el delito de adopción ilegal se encuentra recogido en el artículo 221, donde se incluye también la adopción ilegal que establece lo siguiente:

“1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

2.3 Trabajos forzados u obligatorios

Los trabajos forzados u obligatorios constituyen todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948⁸⁵¹ no se refiere específicamente al trabajo forzoso. Posteriormente, la *Convención Suplementaria* de 1956 considera el trabajo

⁸⁵¹El artículo 4 establece que: “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/SR.53 (1948).

forzoso como una forma de servidumbre de la gleba.⁸⁵² Sin embargo, al final el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 recoge de manera individual la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio distinguiendo esta figura de la servidumbre (art. 3.2).⁸⁵³

Como ya se ha visto en el Capítulo III, la definición de trabajo forzoso se distingue de la esclavitud porque no incluye un elemento de propiedad.⁸⁵⁴ Sin embargo, dicha práctica impone un grado similar de restricción de la libertad individual, a menudo por medios violentos, que hace que el trabajo forzoso se asemeje a la esclavitud en sus efectos en el individuo.⁸⁵⁵

Por ello, “el hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio ha de ser objeto de sanciones penales”.⁸⁵⁶ Sin embargo, como se muestra en *C.N. and V. v. France*⁸⁵⁷ en general las

⁸⁵² “Teniendo en cuenta el Convenio sobre el Trabajo Forzoso, de 1930, y las medidas adoptadas después por la Organización Internacional del Trabajo en materia de trabajo forzoso u obligatorio” Preámbulo de la Convención suplementaria (Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955).

⁸⁵³ Artículo 8. 3 a) del PIDCP (documento 999 UNTS 171).

⁸⁵⁴ El artículo 2.1. del Convenio de la OIT N.º 29 que prohíbe todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio de 1930⁸⁵⁴, define trabajo forzoso como: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (OIT, C. N.º 29).

⁸⁵⁵ En los casos de trabajo forzoso, los trabajadores pueden ser sometidos a: un clima de temor, coacción psíquica o física para realizar un trabajo que de otra manera no han aceptado realizar; engaño o fraude, que se puede utilizar para obtener el consentimiento de los trabajadores. Por ejemplo, aceptar un trabajo que se les dice que es legal y bien remunerados, sólo para descubrir más tarde que este no es el caso; y/o, castigo (amenaza de una pena), que puede ser en forma de una amenaza de violencia física o amenazas no físicas, incluyendo la denuncia a la policía o las autoridades de inmigración en el caso de personas sin residencia legal o situación laboral. GROUP AND MIGRANT RIGHTS CENTRE IRELAND, *A framework for tackling forced labour in Ireland, Paper prepared by Irish Congress of Trade Unions Labour Exploitation*, June 2011, p. 3 (<http://mrci.ie/wp-content/uploads/2012/10/Framework-for-Tackling-Forced-Labour-June-2011.pdf>).

⁸⁵⁶ Artículo 25 del Convenio de la OIT N.º 29 de 1930.

⁸⁵⁷ *C.N. and V. v. France* (App. 67724/09) Not final Judgement of 11/10/12 (Decision of the Court, Article 4) Las demandantes del caso son dos ciudadanas francesas, nacidas en Burundi cuyo tío, responsable de su guardia y custodia, les deja en manos de una familia en Francia para trabajar en el servicio domestico. Finalmente, el TEDH Llegaron a Francia en 1994 y 1995 respectivamente, por intermedio de su tía y su tío (el Sr. y la Sra. M.), salón nacionales de Burundi en Francia. Este último se le había confiado la guarda y custodia de los solicitantes y sus hermanas menores en una reunión familiar en Burundi. El Sr. y la Sra. M. vivía en una casa unifamiliar en Ville

disposiciones pertinentes de derecho penal y su interpretación en la legislación nacional, en este caso la francesa, no proporcionan a la víctima una protección práctica y eficaz.⁸⁵⁸ En este sentido, el Tribunal del Consejo de Europa concluyó que el Estado francés no cumplía con la obligación positiva de poner en marcha un marco legislativo adecuado y administrativas para combatir la servidumbre y el trabajo forzoso eficaz.⁸⁵⁹

2.4 Servidumbre

La servidumbre por deudas y de la gleba que es el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

Como hemos visto en el apartado 1.1.3 de este capítulo, la servidumbre es una de las figuras comúnmente aceptadas como una manifestación de la trata de personas.⁸⁶⁰ De hecho, según BALES la *servidumbre por endeudamiento* constituye la forma de esclavitud más extendida en la actualidad un elevado porcentaje de las sentencias analizadas para este trabajo se refieren a casos de *servidumbre por endeudamiento* de manifiesto la afirmación de BALES al afirmar que la *servidumbre por endeudamiento* constituye la forma de esclavitud más extendida en la actualidad.⁸⁶¹

d'Avray con sus siete hijos, uno de los cuales fue desactivado. Los demandantes fueron alojados en el sótano de la casa y alegó que se vieron obligados a llevar a cabo toda la casa y las tareas domésticas, sin remuneración o cualquier día fuera. C.N. declaró que ella también había sido obligado a hacerse cargo del Sr. y la Sra. M. hijo 's discapacitados, incluyendo a veces por la noche. Los demandantes alegan que vivían en condiciones insalubres (sin cuarto de baño, aseos improvisados), no se les permitió compartir las comidas en familia y fueron sometidos a acoso físico y verbal diario.

⁸⁵⁸ C.N.and V. v. France (§ 4).

⁸⁵⁹ C.N.and V. v. France (§ 4). Vid también, *Siliadin v. Francia* (§112)

⁸⁶⁰ *Trafficking in Person Report* 2012; art. 3 a) del Protocolo de Palermo, el artículo 4 del Convenio de Varsovia y el art. 2.3 de la Directiva 2011/36/UE de prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas.

⁸⁶¹ BALES, K. *La nueva esclavitud...op.cit.*, pp. 21-22.

Aunque durante el período de elaboración de la Convención suplementaria de 1956, el término *servidumbre* aparecía en el título del “Proyecto de convención suplementaria sobre la esclavitud y la servidumbre”, documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955). Finalmente, la Convención suplementaria de 1956 en su redacción final obliga a los Estados Partes a abolir, además de la esclavitud, una serie de instituciones y prácticas genéricamente denominadas como “*condición servil*”:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición; c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: c) iii) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; c) iii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; c) iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

En este sentido, los Estados Partes en dicha Convención, debían procurar “*la completa abolición o el abandono*” de las citadas instituciones y prácticas “*dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud*” (art. 1).

2.5 Matrimonio forzado

El matrimonio forzado que consiste en la utilización de la violencia, intimidación o engaño para obligar a contraer matrimonio o para abandonar el territorio nacional o no regresar con esa misma finalidad.

La tipificación del delito de matrimonio forzado se recoge en el artículo 172 bis Código Penal español, con el que se castiga la violencia o intimidación para obligar a contraer matrimonio y la violencia, intimidación o engaño para forzar a abandonar el territorio nacional o no regresar con esa misma finalidad. El artículo 172 bis introduce el delito de matrimonio forzado como un tipo específico del delito de coacciones. Si bien la opción política criminal de la incriminación de los matrimonios forzosos es loable, su regulación presenta algunos problemas como la exigencia de la intimidación grave o la referencia en el tipo a las coacciones, lo que deja fuera algunos supuestos de matrimonios forzosos.

Además, este nuevo delito podrá jugar como tipo atenuado cuando hayan mediado amenazas condicionales. No parece adecuada la previsión de una pena de multa, y es aconsejable que se prevea una agravación cuando la víctima sea menor de edad.

En todo caso, el delito de matrimonio acaba de entrar en vigor en 17 de enero de 2013, de acuerdo con la Disposición Final Segunda de la LO 7/2012.⁸⁶²

2.6 Tráfico de menores o incapaces para la mendicidad

El tráfico de menores o incapaces para la mendicidad que consiste tanto en utilizar al menor o incapaz como en prestarlo a terceros para la práctica de la mendicidad.⁸⁶³

⁸⁶² Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

⁸⁶³ BUENESTADO BARROSO, J.L., *Derecho Penal Parte Especial y las Consecuencias Jurídicas del Delito en España*, Bubok, 2011, p. 183.

En el Código Penal español el tráfico de menores o incapaces para la mendicidad se encuentra tipificado en el artículo 232 como una modalidad específica de abandono de familia y dice lo siguiente:

“1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años”.

Dentro de esta modalidad de explotación entre la llamada mendicidad encubierta que se refiere a aquellos casos en los que el menor o incapaz realiza una prestación no solicitada y a cambio espera un precio; este es el caso de los menores que ofrecen pañuelos de papel por la calle o limpian los limpiaparabrisas de los vehículos en los semáforos.⁸⁶⁴

2.7 Prostitución coactiva

La prostitución coactiva es lucrarse explotando la prostitución ajena.⁸⁶⁵

El Código penal español recoge en el artículo 188 la prostitución coactiva:

“1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

⁸⁶⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., “Sección 3ª Del abandono de familia, menores o incapaces. Artículos 226-233” en GOMEZ TOMILLO, M. y otros, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2 ed. Madrid, 2011, pp. 902-907.

⁸⁶⁵ GOMEZ TOMILLO, M. “Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores” en *Ibid.*, p. 750.

2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.

2.8 Explotación Sexual Comercial Infantil

La Explotación Sexual Comercial Infantil implica la transacción económica o en especie entre una persona adulta (cliente-explotador) y el menor, o entre aquella y uno o varios intermediarios que se lucran de dicha transición y comprende cuatro manifestaciones básicas: prostitución infantil, turismo sexual infantil, trata de menores con fines de explotación sexual y pornografía infantil.

El término Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI, en adelante),⁸⁶⁶ a diferencia de la Explotación Sexual Infantil (ESI, en adelante), implica necesariamente una transacción económica o en especie entre una persona adulta (cliente-explotador) y el menor, o entre

⁸⁶⁶ La Explotación Sexual Comercial Infantil se compone de cuatro elementos esenciales que deben concurrir conjuntamente: explotación, de naturaleza sexual, remunerada y que tiene como víctimas a niños, niñas y adolescentes El termino ESCI queda definido en la Declaración y Programa de Acción del plan adoptado a partir del Primer Congreso Contra la Explotación Sexual Comercial Infantil celebrado en Estocolmo en 1996. III Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia (2010-2013), p. 6.

aquella y uno o varios intermediarios que se lucran de dicha transición. El interés comercial, la búsqueda de ganancias y la conversión del menor en una mercancía u objeto de cambio es el rasgo que caracteriza la ESCI de otras formas de explotación o violencia sexual, como es el caso de los abusos sexuales;⁸⁶⁷ y como señala RODRIGUEZ MESA, comprende cuatro manifestaciones básicas: prostitución infantil, turismo sexual infantil, trata de menores con fines de explotación sexual y pornografía infantil.⁸⁶⁸

El Código Penal no contempla un tipo específico de explotación sexual infantil, por lo que los preceptos más importantes en este sentido son el artículo 177 bis del delito de trata de personas y el precepto de referencia en el Código Penal en la lucha contra la prostitución infantil, que es el artículo 187:

“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz”.

2.9 Tráfico ilegal de órganos

El tráfico ilegal de órganos consiste en la promoción, favorecimiento o facilitación de la obtención, trasplante o tráfico ilegal de órganos humanos.

La última reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 introdujo en el texto normativo el artículo 156 bis, un precepto dedicado en exclusiva al tráfico de órganos en consonancia con los principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos aprobados en mayo de 2010.

⁸⁶⁷ RODRIGUEZ MESA, MJ. “El Código penal y la explotación sexual comercial infantil”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012) pp. 204-206.

⁸⁶⁸ En este sentido, RODRIGUEZ MESA ofrece un análisis dogmático y jurisprudencial de la protección jurídica penal de los menores frente a la explotación sexual infantil desde la perspectiva de las exigencias internacionales y comunitarias. RODRIGUEZ MESA, MJ. “El Código penal y la explotación sexual comercial infantil”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012) pp. 197-246.

El artículo 156 bis establece que:

“1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiquen la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.”

Partiendo de que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona, del propio tenor literal del artículo 156 bis CP se pueden clasificar cuatro tipos de comportamientos delictivos diferentes: la promoción, favorecimiento, facilitación de la obtención ilegal de órganos humanos; del trasplante ilegal; del tráfico ilegal; y la publicidad de las actividades anteriores.

Por otra parte, lo que más destaca de la nueva regulación es la consideración como sujeto penalmente responsable no sólo al promotor del trasplante sino también al receptor que conozca el origen ilícito del órgano en cuestión”.⁸⁶⁹

2.10 Delitos de lesa humanidad

Los delitos de lesa humanidad directamente relacionados con la trata de seres humanos cuando se comenten como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. A saber, la esclavitud, la privación grave de la libertad física, la tortura, la violación, la esclavitud sexual; la prostitución forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Artículo 607 bis del Código penal recoge los delitos de lesa humanidad:

⁸⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, M.C.; “Artículos 155 y 156” en GOMEZ TOMILLO, M. y otros, *Comentarios...op.cit.*, pp. 618-620.

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen (...).”

En todo caso, es importante hacer notar que cada modalidad de delito de lesa humanidad constituye un precepto especial frente al correspondiente delito común; dicho precepto establece marcos penales que por lo general imponen una pena superior en grado a la correspondiente en el Código penal español a la lesión del bien jurídico afectado en cada caso cuando la misma constituye un delito común. Por ello, como señala GIL GIL, sería necesario revisar las penas propuestas para el embarazo forzado y la esclavitud.⁸⁷⁰

En conclusión, lo que queremos decir es que para poder acabar con el fenómeno de la trata es necesario castigar no solo todas las formas de trata sino también las formas de explotación contempladas en el propio delito de trata, aún cuando no concurren todos los elementos típicos para poder apreciar la existencia de un delito de trata.

3 La obligación estatal de investigar

La obligación de investigar se recoge en el artículo 27.1 del Convenio de Varsovia establece que:

“Cada Parte se asegurará de que las investigaciones y las actuaciones penales relativas a infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio no estén subordinadas a la declaración o a la

⁸⁷⁰ GIL GIL, A.; “Artículo 607 bis” en GOMEZ TOMILLO, M. y otros, *Comentarios...op.cit.*, pp. 2001-2002.

acusación formulada por una víctima, al menos cuando la infracción se haya cometido en todo o en parte en su territorio”.⁸⁷¹

En este sentido, tal y como se recoge también en la Directiva sobre trata de personas la investigación podrá hacerse a instancia de parte o de oficio.⁸⁷² El alcance de la obligación de investigar en relación a la trata ha quedado claramente determinado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente por la sentencia del *caso Rantsev v. Chipre y Rusia*,⁸⁷³ donde se establece que dicha investigación ha de ser “eficaz”. Esto es: “independiente jerárquica e institucionalmente de los implicados en los hechos y capaz de conducir a la identificación y castigo de las personas responsables”.⁸⁷⁴

3.1 Investigar “con la debida diligencia”

En este sentido, como señala OBOKATA en línea con la jurisprudencia internacional, la obligación de investigar –y también enjuiciar y sancionar- a los actores no estatales debe llevarse a cabo “con la debida diligencia”.⁸⁷⁵ Por lo que, como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*⁸⁷⁶ “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁸⁷⁷

⁸⁷¹ Art. 27. 1. del Convenio de Varsovia (BOE 219, jueves 10 de septiembre de 2009, Sec. 1).

⁸⁷² Art. 9. 1. de la Directiva 2011/36/UE: “Los Estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración”. DO L 101, de 15.04.2011, p. 7.

⁸⁷³ European Court of Human Rights, *Rantsev v. Rusia y Chipre* (App. 25965/04) Judgment of 7/01/10.

⁸⁷⁴ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§ 288).

⁸⁷⁵ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 150.

⁸⁷⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.

⁸⁷⁷ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (§167).

Asimismo, como continúa diciendo el TEDH, la obligación de investigar requiere “el desarrollo de la investigación como una cuestión urgente, con la prontitud y celeridad razonables exigibles en los casos donde la necesidad de sacar al individuo de una situación de riesgo”⁸⁷⁸ así como “establecer su jurisdicción sobre los delitos de trata cometidos en su territorio”.⁸⁷⁹

Por último, siguiendo de nuevo la jurisprudencia del *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, el Estado está “obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos”. Pero, “si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”.⁸⁸⁰

3.2 Identificación de las víctimas

La identificación de los seres humanos en el marco de la obligación estatal de investigar, viene determinada no solo por la situación intolerable en la que encuentran a raíz de la

⁸⁷⁸ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§288).

⁸⁷⁹ Aunque el Protocolo de Palermo guarda silencio acerca de la jurisdicción, dado que la trata de seres humanos es un fenómeno que a menudo no se limita al ámbito doméstico -los delitos de trata puede ocurrir en el Estado de origen, cualquier Estado de tránsito y el Estado de destino- y las pruebas pertinentes y los testigos pueden estar ubicados en todos los Estados, “el Convenio Europeo de los Derechos Humanos explícitamente exige a cada Estado parte establecer su jurisdicción sobre los delitos de trata cometidos en su territorio” (*Rantsev v. Chipre y Rusia* §289).

⁸⁸⁰ “El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención” (*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, §176).

violación de derechos irrenunciables como son el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, etc. sino porque siguiendo la argumentación del juez británico Wyn Williams en el *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis*, “estas personas se ven directamente afectada por la falta de investigación”.⁸⁸¹

En este sentido, una “víctima es la persona que se ve afectada directamente por la omisión ilícita de investigar los abusos cometidos sobre él”.⁸⁸² Como en el caso de las cuatro mujeres nigerianas del caso *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis* que vivieron nueve años en situación de esclavitud domestica en la ciudad de Londres⁸⁸³ y que termina con la condena al Servicio de Policía Metropolitana de Londres por no haber investigado las denuncias por conductas recogidas y prohibidas en los artículos 3 y 4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos: *la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; y la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado*, respectivamente.⁸⁸⁴

Aunque a simple vista, la “versión contemporánea de la esclavitud”⁸⁸⁵ parece fácil de apreciar, en la práctica los supuestos habituales de trata resultan, como hemos visto en la primera parte de este capítulo, difíciles de encajar en la definición típica del delito de trata. La

⁸⁸¹ *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis* (High Court of Justice Queen's Bench Division) Case No: HQ08X02815 [2011] EWHC 1246 (QB), 20 May 2011.

⁸⁸² “When a duty to investigate has arisen and is alleged to be broken a victim of that breach of duty may make a claim. By virtue of section 7 of the 1998 Act a claim may be brought by a “victim of the unlawful act” which in this case was the alleged failure to investigate the breaches of the human rights of the Claimants. In the hearing before me there was little discussion about whether the Claimants were properly to be categorised as victims. In my judgment a victim is a person who is directly affected by the unlawful failure to investigate the abuse perpetrated upon him. *O.O.O and others v. the Commissioner of Police for the Metropolis* (§165).

⁸⁸³ La as víctimas habían llegado a Londres en 1997, siendo aún menores (la más pequeña de todas contaba apenas 9 años y la mayor 15) fueron obligadas a trabajar sin remuneración en los hogares de los alrededores de Londres a cargo de otros menores y de las labores domesticas, siendo también sometidos a abusos físicos y emocionales por los cabezas de familia (las pegaban con una vara o un cinturón,) hasta el año 2006, tiempo durante el cual vivieron siempre en situación irregular *O.O.O and others v. the Commissioner of Police for the Metropolis* (§ 5-56).

⁸⁸⁵ BALES, K. *La nueva esclavitud...op.cit.*, pp. 13-20.

trata de seres humanos, al igual que cualquier otra relación humana,⁸⁸⁶ es un proceso tan complejo y cambiante, que a menudo se confunde con otras realidades que se parecen a ella. Así, las víctimas de la trata de seres humanos se mantienen ocultas detrás de migrantes en situación irregular, mujeres involucradas en prostitución o menores no acompañados. Pese a ello, estos contextos constituyen muchas veces las razones que determinan la transformación de los individuos en víctimas.

Lo importante es que estas personas, se encuentran inmersas en un proceso cuyo objetivo es básicamente conducir a un ser humano a una situación de esclavitud. En este sentido, resultan de nuevo muy ilustrativas las declaraciones de Cecilia Malmström, la comisaria europea del Interior, en relación al informe de publicado en 2013 por la Agencia de estadística de la Comisión europea,⁸⁸⁷ donde se muestra una disminución del número de condenas por trata de personas a pesar del incremento del número de víctimas⁸⁸⁸. España, al igual que el resto de los Estados miembros, muestra la misma tendencia: 1.301 víctimas identificadas en 2010, 1.082 en 2011 y 976 en 2012.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶*Ibid.*, pp. 20-21.

⁸⁸⁷ EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*, pp.29-62. Para saber más acerca de la trata en cifras, vid. también entre otros: US DEPARTMENT OF STATE, *2013 Trafficking in Person Report*, p. 32; OIT, *Estimaciones globales...op.cit.*, pp. 4-7; UNODC, *Global Report...op.cit.*

⁸⁸⁸“Today's report on trafficking illustrates a further daunting fact: the number of traffickers convicted of their crimes is shrinking. In 2008, 1534 people were convicted of trafficking in human beings in Europe. Two years later, that number had shrunk by almost two hundred convictions.

Despite the increasing number of victims and the decreasing number of convictions, only a few Member States have implemented the new and stronger legal framework for addressing trafficking in human beings, even though it was agreed, with strong support, by all member states back in 2011”. Speech: EU Member States must respond to the increase in human trafficking. EUROPEAN COMMISSION, Speech/13/319: *EU Member States must respond to the increase in human trafficking*, 15/04/2013. (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-319_en.htm, consultada del 24 de octubre de 2013).

⁸⁸⁹ Informes de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente a los años 2011, 2012 y 2013, web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (<https://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/home.htm> consultada el 25 de octubre de 2013).

4 Conclusiones

La prohibición de la trata de seres humanos surgida de las normas, políticas, principios de aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho penal, del Derecho de extranjería, etc. implican una compleja tarea para los Estados. Esta diversidad de enfoques y normas que hace difícil en la práctica abordar la trata de personas como una cuestión prioritaria de derechos humanos.

Así, los Estados, como es el caso de España, no abordan la trata efectivamente como una de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona sino de manera desenfocada en función del interés general de Estado, sin priorizar la seguridad personal de las víctimas exigida por la aproximación desde el punto de vista de los derechos humanos.

En este contexto, el estudio de la prohibición de la trata en España, aunque no solo, nos ayuda a dar respuesta a nuestra segunda pregunta de investigación: ¿cómo define la norma internacional relativa a la trata de seres humanos el concepto de víctima de la trata? ¿Permite este concepto su identificación y protección?.

Por un lado, el estudio de los tres elementos esenciales del delito de trata - la acción, los medios comisivos y el propósito de explotación- pone de manifiesto como en la norma internacional las víctimas de la trata se confunden con víctimas de otros delitos como son la prostitución coactiva o como responsables del delito de inmigración irregular.

Además, aunque el Protocolo de Palermo tenía por objeto asumir la trata de seres humanos como el equivalente moderno de la trata de esclavos del siglo XIX; del concepto normativo internacional de trata de seres humanos configura la trata como el proceso para esclavizar a una persona, distinto por tanto la esclavitud misma. Un negocio cuya forma más habitual en la actualidad es la servidumbre por endeudamiento.

En este contexto, la ausencia de penalización de otros delitos relacionados con la trata de personas, concretamente con las actuales formas de explotación y, el limitado alcance de la obligación estatal de investigar en el marco de la prohibición de la TSH terminan por imposibilitar la identificación de las víctimas y su protección.

Todo lo cual contribuye a corroborar nuestra hipótesis: que la norma jurídica (tanto internacional como interna) no define suficientemente el concepto de víctima de la trata. Una cierta “indefinición” del concepto de víctima de la trata contribuye a perpetuar su invisibilidad, obstaculizando que los Estados cumplan con las obligaciones de identificación y protección de estas personas, en cuanto que víctimas de una de las más graves violaciones de los derechos humanos.

CAPÍTULO V. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA

“La Policía Nacional libera a un bebé de dos años retenido por una red de proxenetas para coaccionar a su madre a ejercer la prostitución”

Dirección General de la Policía, nota de prensa de 29 de marzo de 2011.

Como afirma GALLAGHER, la definición de “víctima de trata” constituye una cuestión preliminar necesaria para poder delimitar el alcance de la obligación estatal de proteger en relación a las víctimas de la TSH.⁸⁹⁰ Sin embargo, no existe una definición consensuada internacionalmente en la materia.

Por ello, la finalidad de este capítulo es aproximarnos al objetivo principal de esta investigación: La necesaria concreción del concepto de “víctima de trata” desde el Derecho – principalmente desde el Derecho internacional- con el objeto de garantizar la identificación de estas víctimas y, por tanto, su protección.

Con este fin, el capítulo comienza con una reflexión acerca de la aproximación a una definición de “víctima de trata” desde el concepto más general de víctima ya existente en el Derecho internacional de los derechos humanos, para terminar con una propuesta de definición internacional de víctima de trata. La segunda parte de este capítulo, se dedica al análisis del alcance de la obligación de todo Estado de reconocer y garantizar ciertos derechos a

⁸⁹⁰ GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 277.

las víctimas de la trata, esto es, se estudia cuál es el sistema existente de protección y vinculante para los Estados, haciendo especial hincapié en el contenido concreto de dicha protección. El último apartado del capítulo es conclusivo y recoge una propuesta de *lege ferenda* para el establecimiento de un verdadero estatuto jurídico de protección de víctima de trata en el ámbito de la Unión Europea.

1 Hacia una definición de víctima de trata

Como avanzábamos, no existe una definición de víctima de la trata internacionalmente consensuada, ni siquiera el Protocolo de Palermo⁸⁹¹ -el tratado internacional más importante en la materia⁸⁹²- contiene dicha definición.

En Europa, el concepto que más se aproxima a una definición de víctima de trata se recoge en el Convenio de Varsovia⁸⁹³ donde se establece que:

“Por “*víctima*” se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo”.⁸⁹⁴

Sin embargo, el análisis de los elementos esenciales del delito internacional de trata ponen de manifiesto que no nos hallamos ante una cuestión sencilla;⁸⁹⁵ decidir cuándo una situación específica constituye trata de seres humanos –o cuándo una persona individual es una víctima de la trata- es un proceso complejo y requiere un detallado y prolijo estudio previo. Estas dificultades provocan retrasos que suponen una carga o un gravamen para el reconocimiento de la condición de víctimas de aquellas personas que han sido objeto de trata, lo cual afecta

⁸⁹¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de 2000 (documento A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001.

⁸⁹² Vid. el apartado 2.1.2. del Capítulo II, *Segunda etapa, de 1980 a 2005: la lucha contra el delito de trata de seres humanos*.

⁸⁹³ Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (documento ETS. No. 197).

⁸⁹⁴ Art. 4.e) del Convenio de Varsovia.

⁸⁹⁵ Vid. el punto 1 del Capítulo IV, *Los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos*.

directamente a su capacidad para acceder al sistema de protección al que tienen derecho. En la práctica, los esfuerzos para abordar este problema incluyen presunciones de un estatuto de víctima de trata⁸⁹⁶ y la introducción de definiciones de bajo umbral que sirvan de fundamento de determinados derechos.⁸⁹⁷

Sin embargo, la magnitud del problema⁸⁹⁸ exige una respuesta consensuada y duradera. Europa, el ámbito geográfico que deseamos abordar en esta investigación, cuenta ya con dos instrumentos vigentes de Derecho internacional desde el enfoque de los derechos humanos:⁸⁹⁹ el Convenio de Varsovia y la Directiva sobre trata de personas.⁹⁰⁰

En este contexto y en línea con la perspectiva doctrinal elegida para la elaboración de este trabajo (el enfoque de los derechos humanos),⁹⁰¹ nos proponemos contribuir a la construcción de una definición holística de la “víctima de trata” que pudiera suponer un paso eficaz en la batalla internacional contra los crímenes de TSH. Para ello, partiremos del concepto

⁸⁹⁶ En este sentido, el Convenio de Varsovia establece en su artículo 10. 2 que: “si las autoridades competentes consideran que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de trata de seres humanos, no se traslade a la misma de su territorio hasta que las autoridades competentes hayan finalizado el proceso para su identificación como víctima”.

⁸⁹⁷ Así, acerca de la Ley modelo contra la trata de personas, GALLAGHER recuerda que en todo el texto de dicha ley se utilizará una doble definición de “víctima de la trata”. La primera, o de determinación de la condición, que establece un umbral contra la trata de personas relativamente bajo y da derecho a obtener asistencia y servicios básicos; y el umbral más alto de determinación de la condición (segunda vertiente) que se fijará de conformidad con las directrices establecidas por el gobierno. Esta doble definición tiene por objeto establecer un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades básicas e inmediatas de las víctimas que han escapado de una situación de explotación y la necesidad del gobierno de reglamentar la prestación de servicios y beneficios. GALLAGHER, A. *The International Law...op.cit.*, p. 277. Vid. también en este sentido, UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010 (<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>) p. 31-32.

⁸⁹⁸ Vid. punto 1 del Capítulo II, *Consideraciones Preliminares*.

⁸⁹⁹ Vid. apartado 2.1.3. del Capítulo II, *La tercera etapa, desde 2005: la identificación y protección de las víctimas del delito de trata*.

⁹⁰⁰ Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.).

⁹⁰¹ Vid. punto 2 del Capítulo III, *La perspectiva de Derechos humanos*.

de víctima internacional que se ha venido desarrollando en otras áreas del Derecho internacional de los derechos humanos.

1.1 El concepto de víctima y el Derecho internacional

El Derecho Internacional se apoya básicamente en una sociedad internacional de estructura principalmente interestatal, donde el Estado continúa siendo el sujeto por excelencia, en cuanto que ostenta la legitimación activa y la pasiva más plena y acabada en el sistema.⁹⁰² Razón por la cual, tradicionalmente, apenas se ha prestado atención en el marco de este Derecho a los individuos como víctimas de una violación de sus normas.⁹⁰³

No obstante, el proceso de humanización y socialización del Derecho internacional, iniciado a finales de la Segunda Guerra Mundial, trae consigo no solo la consolidación de la Organizaciones internacionales como sujeto de Derecho internacional sino también el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho del sistema tanto en el plano técnico jurídico como en el axiológico. Esto es, en el primer caso, se le reconoce al individuo un pequeño grado de subjetividad internacional al tener en determinados supuestos legitimación pasiva para sufrir directamente las consecuencias de la violación del Derecho Internacional; y en ciertos ámbitos regulados también la legitimación activa. En el plano axiológico, las concepciones personalistas del Derecho en general y del Derecho Internacional público en particular, van más allá al considerar que los fines humanos son la meta del ordenamiento jurídico.

En el marco de esta estructura principalmente interestatal de la actual Comunidad internacional, la consideración de la persona o del individuo como víctima se ha llevado a cabo

⁹⁰² La subjetividad internacional no corresponde a todos los entes beneficiados por una norma o a los que la norma les imponga una conducta, sino que tal y como apunta SOERENSEN se configura como una categoría técnica de acusado matiz procesal, que engloba tanto la legitimación activa para reclamar por incumplimiento del Derecho, como la legitimación pasiva para sufrir responsabilidad por tal incumplimiento. SOERENSEN, M. "Principes de Droit International Public " en *R.des C.*, vol. 101, 1960, p.44.

⁹⁰³ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. "Las víctimas y el Derecho internacional" A.E.D.I., vol. XXV (2009), pp. 3.

solo en determinadas áreas del Derecho internacional: el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional penal y el Derecho internacional humanitario.⁹⁰⁴

1.1.1 Víctimas de delitos y del abuso de poder

El primer instrumento internacional de ámbito general que tiene por objeto a las víctimas es la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de 1985⁹⁰⁵, donde se contemplan los principios fundamentales de justicia para las citadas víctimas. A saber: el derecho de acceso a la justicia y el trato justo, vinculado a la reparación de las víctimas y a la necesaria adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas; y los derechos de resarcimiento, indemnización y asistencia.

El concepto víctima de delito y abuso de poder siguiendo la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de 1985, posee una triple dimensión: las víctimas de violaciones de la legislación penal estatal vigente –con independencia del procesamiento de sus autores–, los familiares de dichas víctimas en vía directa y las personas que hayan sufrido daños para asistir a la víctima.⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. “El estatuto de las víctimas en Derecho internacional” en VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.; OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Volumen I, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, 2009, pp. 179-204.

⁹⁰⁵ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 (A/RES/40/34).

⁹⁰⁶ Según la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, “se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. Así mismo, “podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

En el continente europeo, el Consejo de Europa marca el inicio del proceso normativo relativo a las víctimas de delitos violentos con la adopción del *Convenio del Consejo de Europa n° 116 sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos* de 1983.⁹⁰⁷ En esta línea, la Unión Europea se involucra también en la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia: Primero lo hace con la adopción de la *Directiva 2004/80/CE, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas del delito*⁹⁰⁸ y, más tarde con la aprobación de la *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* (también denominada, Directiva de protección a las víctimas),⁹⁰⁹ elaborada en el marco del Programa de Estocolmo⁹¹⁰ y que tiene por objeto “garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales” (art. 1).⁹¹¹

En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización” (A/RES/40/34).

⁹⁰⁷ Convenio del Consejo de Europa número 116 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 24 de noviembre de 1983. BOE núm. 312/2001, de 29 de diciembre de 2001.

⁹⁰⁸ Directiva 2004/80/CE, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas del delito (DO L 261 de 6.8.2004, p. 15).

⁹⁰⁹ 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 (DO L 315 de 14.11.2012).

⁹¹⁰ En el Programa de Estocolmo, la Comisión y los Estados miembros analizan cómo mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo para la protección de las víctimas, centrándose en con carácter prioritario en prestar asistencia y reconocimiento a todas las víctimas, incluidas las del terrorismo. CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, adoptado por el Consejo Europeo en su sesión de los días 10 y 11 de diciembre de 2009 (DO C 115 de 4.5.2010, p. 1), pp. 9-10.

⁹¹¹ En este sentido el artículo 1 de la Directiva de protección a las víctimas establece también que “los Estados miembros velarán por que se reconozca a las víctimas su condición como tales y por que sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria, en todos sus contactos con servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, o con cualquier autoridad competente que actúe en el contexto de

En esta línea, la *Directiva 2012/29/UE de protección de víctimas* define el concepto de “víctima” como:

- “i) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal,
- ii) los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”.⁹¹²

Como no podría ser de otro modo, tendremos muy en cuenta la normativa europea sobre protección de víctimas de delitos en nuestra propuesta específica para mejorar la identificación y seguridad de las víctimas de la TSH.

1.1.2 Víctimas de las desapariciones forzadas

Respecto a las víctimas de desapariciones forzadas y en el seno de Naciones Unidas hay que señalar la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 1992⁹¹³ y, especialmente, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2006⁹¹⁴ (Convención sobre desapariciones forzadas), donde se facilita la primera definición de “desaparición forzada”:

“El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del

un procedimiento penal. Los derechos establecidos en la presente Directiva se aplicarán a las víctimas de manera no discriminatoria, también en relación con su estatuto de residencia”.

⁹¹² Artículo 1, a. i) e ii) de la 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 (DO L 315 de 14.11.2012).

⁹¹³ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (A/RES/47/133)

⁹¹⁴ Convención Internacional para la protección de todas las personas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006. (A/RES/61/177).

ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley".⁹¹⁵

Asimismo, esta Convención establece un catálogo de derechos del que son titulares las víctimas de desaparición forzada. A saber, el derecho a la justicia -lo que incluye el derecho a un recurso judicial rápido y eficaz-; el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin; el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas; el derecho a la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas y, por último, el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y eficaz.⁹¹⁶

En el plano regional americano, la única norma en relación a las víctimas es la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* de 1994, adoptada en el marco de Organización de Estados Americanos.⁹¹⁷

1.1.3 Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario

En cuanto a las víctimas de violaciones manifiestas del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario el principal instrumento a tener en cuenta es la Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el que se establecen los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones*

⁹¹⁵ El artículo 2 de la Convención sobre desapariciones forzadas de 2006 (A/RES/61/177).

⁹¹⁶ El artículo 24 de la Convención sobre desapariciones forzadas de 2006 (A/RES/61/177).

⁹¹⁷ Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

*graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones de 2005.*⁹¹⁸

Estos Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, a pesar de su carácter de *soft law* y de haber sido elaboradas por un grupo de expertos de Naciones Unidas sin la participación de ningún Estado, constituyen el último hito de la evolución del acercamiento global y sistemático a la situación y los derechos de las víctimas en el ámbito internacional. Pues, este proceso reciente ha dado lugar, a su vez, al surgimiento de la llamada cultura de las víctimas, y a la necesidad de continuar cimentando una cultura de la memoria como elemento indispensable para construir un futuro en el que el pasado no se repita. El Derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos han contribuido también al posicionamiento de la comprensión de los derechos de las víctimas desde un enfoque integral que va más allá del plano jurídico, llegando incluso al reconocimiento de las políticas de memoria en el marco de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.⁹¹⁹

En todo caso los Principios sitúan a la víctima en el epicentro del derecho a la reparación. Así en el Preámbulo se señala que la Comunidad internacional al aprobar estos Principios “hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas” adoptando como eje transversal un “enfoque orientado a las víctimas”. En coherencia con este planteamiento, los Principios optan por una noción bastante amplia de víctima:

“toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas

⁹¹⁸ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptada por la Resolución de la Asamblea General en su Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005 (A/RES/60/147)

⁹¹⁹ Vid. en este sentido, GOMÉZ ISA, F. (Director) *El derecho a la memoria*, Alberdania, Zarautz, 2006, pp. 11-64.

que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.⁹²⁰

En todo caso, el documento adoptado por Naciones Unidas en relación al derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos, establece que las víctimas deben ser tratadas con humanidad. Esto es, respetando su dignidad y derechos humanos así como garantizar su seguridad, bienestar físico y psicológico e intimidad tanto de la víctima como la de sus familias. En este sentido, el Estado debe considerar una atención especial a evitar la revictimización durante los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia.⁹²¹

1.2 Categorías de víctimas internacionales en el Derecho internacional: hacia un concepto de víctima de trata

A pesar de las diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico internacional y el de los Estados, del análisis de los instrumentos de Derecho internacional de derechos humanos aplicables a la trata de personas⁹²² y de la prohibición del fenómeno a través del ordenamiento jurídico estatal;⁹²³ se puede afirmar que el Derecho internacional y los ordenamientos nacionales tienen en común la escasa o débil consideración que otorgan a las víctimas de este fenómeno.

Mientras que el Derecho penal tiene como referencia al tratante a la hora de considerar a la víctima, el Derecho internacional también se ha centrado de modo exclusivo en la lucha contra el delito de trata y sus responsables minusvalorando a la víctimas.

⁹²⁰ Principio 8 (A/RES/60/147)

⁹²¹ Principio 10 (A/RES/60/147)

⁹²² Vid. apartado 6.2 del Capítulo III, *Normas de Derecho internacional de los derechos humanos aplicables a las trata de personas*.

⁹²³ Vid. punto 1 del Capítulo IV, *Los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos*.

Sin embargo, como se ha expuesto en el apartado anterior existe un importante grupo de normas, entre las que se recogen instrumentos de *soft law* respetados y observados por las entidades internacionales, a partir de las cuales se pueden establecer siguiendo a FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE cinco categorías de víctimas en el ámbito general de la actual Sociedad internacional,: víctimas de delitos, víctimas del abuso de poder, víctimas de graves violaciones del Derecho internacional humanitario, víctimas de desapariciones forzadas, víctimas del terrorismo y, por último, víctimas de violaciones del Derecho internacional penal.⁹²⁴

Nuestra propuesta, a la luz de las normas de Derecho internacional de los derechos humanos aplicables directa o indirectamente a las víctimas de la trata a las que hemos aludido a lo largo de la presente investigación,⁹²⁵ es construir una definición de “víctima de trata” que integre tres de las cinco categorías citadas. De esta forma el concepto internacional de “víctima de trata” que proponemos incluye tres de las cinco categorías de víctimas propuestas por FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE: las víctimas del delito, a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y a las víctimas de violaciones del Derecho internacional penal.

1.2.1 Víctimas del delito

Utilizando la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de 1985,⁹²⁶ las víctimas del delito de TSH adquieren tal condición como consecuencia de actos u omisiones que violan la legislación penal vigente en los Estados en materia de trata.

⁹²⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. “El estatuto de las víctimas en Derecho ...op.cit., pp. 179-204.

⁹²⁵ Concretamente en este sentido vid. el apartado 2.2 del Capítulo III, *Normas de Derecho internacional de los derechos humanos aplicables a las trata de personas*.

⁹²⁶ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 (A/RES/40/34).

Como ya se ha visto en el Capítulo IV, la trata de personas debe entenderse como un proceso más que como un delito aislado.⁹²⁷ Sin embargo, como se indica en el Protocolo de Palermo,⁹²⁸ para la tipificación de la trata de personas no basta con penalizar solamente algunos de los delitos subyacentes en la trata, como por ejemplo la prostitución forzada, la corrupción, las lesiones corporales, el asesinato, la explotación laboral, la tortura, etc.⁹²⁹ En este sentido, un marco jurídico adecuado para luchar contra el fenómeno de TSH exige la tipificación del delito internacional de trata de seres humanos tanto como la penalización de otros delitos relacionados con la trata de personas.⁹³⁰ Además, dado que la violación de este marco legislativo constituye el criterio para la adquisición de la condición de víctima,⁹³¹ hace posible incluir como víctima de trata, a aquellas personas que hayan sufrido daños derivados de comportamientos delictivos directamente relacionados con el delito de trata, como son la esclavitud, la servidumbre, el matrimonio forzado o el tráfico de menores, entre otros.⁹³²

1.2.1.1 Delito internacional de trata de seres humanos

En línea con el objetivo de este apartado, que es la definición de “víctima de la trata”, para la conceptualización del delito internacional de trata de seres humanos, tomamos como referencia el tratado del Consejo de Europa donde se recoge el término de trata como tal, el Convenio de Varsovia donde se establece que:

“el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras

⁹²⁷ UNODC, *Manual para luchar contra...op.cit.*

⁹²⁸ Artículo 5 del Protocolo de Palermo (documento A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001.

⁹²⁹ UNODC, *Manual para luchar contra...op.cit.*, p. 95.

⁹³⁰ UNODC, *Manual para luchar contra...op.cit.*, p. 98.

⁹³¹ Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. “El estatuto de las víctimas en Derecho...op.cit., p. 180.

⁹³² Vid. punto 2 del Capítulo IV, *La tipificación de las conductas directamente relacionadas con las formas de explotación.*

formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos”.⁹³³

Además, el Convenio de Varsovia establece que “por “*víctima*” se entenderá toda persona física que sea objeto de un delito de trata de seres humanos”.⁹³⁴

Dado que la Directiva de trata de seres humanos supone la plasmación jurídica del enfoque de la lucha contra la trata desde los derechos humanos abanderado por el Convenio de Varsovia,⁹³⁵ la Unión Europea adopta prácticamente la misma definición del Convenio del Consejo de Europa.⁹³⁶

Como vemos, la definición de víctima de trata remite directamente a la definición del delito de trata, por tanto la identificación de los víctimas de la trata de seres humanos en virtud de este delito requiere la determinación de tres elementos. El primero, que se hayan llevado a cabo las acciones de captar y trasladar (el “qué”). En segundo lugar, el modo por que se ha obtenido el consentimiento de la persona y que ha permitido neutralizar la voluntad naturalmente contraria de los seres humanos a devenir objeto de control absoluto por parte de un tercero (el “cómo”). Y, en tercer lugar, demostrar el propósito de explotar o de introducir a al víctima en el proceso de esclavización por parte de los tratantes (el “por o para qué”).

Sin embargo, el enjuiciamiento de delito de trata presenta lagunas importantes, fundamentalmente relacionadas con la apreciación del consentimiento y con la finalidad de explotación. Lo que determina que muchas conductas no lleguen a tipificarse como trata dejando a las víctimas sin protección.⁹³⁷

⁹³³ Art. 4.a) del Convenio de Varsovia. Documento ETS. No. 197.

⁹³⁴ Art. 4.e) del Convenio de Varsovia.

⁹³⁵ Vid. apartado 3.2.1 del Capítulo II, Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

⁹³⁶ Art. 2. 1 y 3 de la Directiva sobre trata (DO L101, 15.4.2011, p.6).

⁹³⁷ Para el estudio de esta categoría de víctimas nos remitimos a la primera parte del Capítulo IV dedicado al estudio de los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos, donde se ha llevado a cabo una reflexión

1.2.1.2 Delitos conexos al delito de trata de seres humanos

Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) los delitos conexos son al delito de TSH, entre otros: la esclavitud; las prácticas análogas a la esclavitud; la servidumbre involuntaria; los trabajos forzados u obligatorios; la servidumbre por deudas; el matrimonio forzado; la prostitución forzada; el aborto forzado; el embarazo forzado; la tortura; el trato cruel, inhumano o degradante; la violación o la agresión sexual; las lesiones corporales; el asesinato; el secuestro; el confinamiento ilícito; la explotación laboral; la retención de documentos de identidad; y la corrupción.⁹³⁸

Estos delitos adicionales o superpuestos al delito internacional de seres humanos sirven en muchas ocasiones para probar los hechos ocurridos, cuando las pruebas relacionadas con alguno de los aspectos de la operación de trata -el número total de víctimas, la duración de la operación, el grado de corrupción que entraña o la gravedad del daño infligido a las víctimas- solamente se pueden descubrir totalmente si se formulan ante el tribunal cargos adicionales.⁹³⁹

Pero, además, el enjuiciamiento de estos delitos conexos a la trata directamente relacionados con las actuales formas de explotación, puede ser la única alternativa cuando no se puede condenar a las personas responsables según el delito de internacional de TSH bien por no darse todos los elementos de tipo bien por no encontrarse tipificado el delito de trata, propiamente dicho, en el Derecho interno.

más pormenorizada acerca del alcance de la definición típica del delito de trata y sus víctimas. Vid. punto 1 del Capítulo IV, *Los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos*.

⁹³⁸ UNODC, *Manual para luchar contra...op.cit.*, p. 36-38.

⁹³⁹ Por ejemplo, en algunos casos, las pruebas relacionadas con algunos aspectos de una operación de trata (por ejemplo, el número total de víctimas, la duración de la operación, el grado de corrupción que entraña y la gravedad del daño infligido a las víctimas) solamente se pueden descubrir totalmente si se formulan ante el tribunal cargos adicionales. UNODC, *Toolkit to Combat...op.cit.*, p. 109.

Como ya se ha apuntado, el delito de trata plantea dificultades en su apreciación, especialmente en relación a la existencia de un consentimiento viciado y a la prueba de la finalidad de explotación. Un ejemplo del primer caso lo plantea la *Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011*,⁹⁴⁰ presentada tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio que suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2.º del art. 318 bis CP en dicha sentencia, el Tribunal Supremo considera que los elementos de engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, y la amenaza o la coacción no estaban presentes en dicho caso, pues “las mujeres tenían conocimiento de que venían a España a ejercer la prostitución y que tenían que reembolsar los gastos ocasionados” por lo que el delito finalmente enjuiciado fue el favorecimiento del tráfico ilegal o inmigración clandestina pese al hecho de que las mujeres “no percibían inicialmente cantidad de dinero alguna por el ejercicio de la prostitución con el pretexto de que las cantidades retenidas iban destinadas a liquidar una deuda inexistente y no pactada”,⁹⁴¹ todo lo cual hace pensar en un caso de servidumbre por deudas, una de las formas de trata más extendida.

En otras ocasiones ocurre que no se puede condenar a las personas responsables según el delito internacional de trata de seres humanos, pues la legislación penal vigente no contempla, como en el caso *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis* del Reino Unido, donde se condena al Servicio de Policía Metropolitana de Londres por no investigar las

⁹⁴⁰ Recurso de casación contra la Sentencia de la *Audiencia Provincial de Castellón de 15 de junio de 2010* (<http://supremo.vlex.es/vid/-272355055>) por el que habían sido condenados el recurrente y su compañera por la captación de mujeres en Brasil y su posterior traslado a España durante 2006 y 2007, para trabajar como prostitutas en el prostíbulo "Las Musas" en Castellón, donde eran obligadas a prestar servicios sexuales con los clientes designados por los acusados hasta que la deuda que habían contraído por la compra de su billete hubiera sido saldada. Una vez aprobada la LO 5/2010, de 22 de junio que se suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2.º del art. 318 bis CP, el Tribunal Supremo consideró que el caso “viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo el epígrafe de "La trata de seres humanos". Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, y la amenaza o la coacción no estaban presentes en este caso: ya que las mujeres vinieron a España a sabiendas de que iban a trabajar como prostitutas y que como declara probado el tribunal "se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes...deuda inexistente y no pactada". Fundamento de Derecho Primero, apartado 3 de la *Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011*.

⁹⁴¹ (Antecedentes, Segundo) *Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011*.

denuncias de esclavitud en relación a cuatro mujeres nigerianas que vivieron durante 9 años en situación de esclavitud doméstica. Pues aunque no se pueda procesar a las personas responsables de la situación en la que se encontraban estas mujeres, el tratamiento recibido por las víctimas supone haber padecido una importante lista de delitos tipificados en la legislación penal vigente; pero implica sobre todo, y al mismo tiempo, una importante violación de los derechos humanos tal y como se recogen en el *Convenio Europeo de los Derechos Humanos* de 1950,⁹⁴² concretamente del artículo 3 donde se prohíbe en términos absolutos tanto la tortura como las penas o tratos inhumanos o degradantes y del artículo 4 que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.⁹⁴³

1.2.2 Víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Tras la presentación de las víctimas como víctimas del delito (en nuestro caso del delito de TSH), pasamos a la siguiente categoría, que corresponde a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Aunque la *Convención Europea de los Derechos Humanos* de 1950 no contempla explícitamente la prohibición de tratar con seres humanos con el propósito de explotarlos. A la luz de la escasa⁹⁴⁴ jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia,⁹⁴⁵

⁹⁴² Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de noviembre de 1953. (documento ETS No.5).

⁹⁴³ *O.O.O and others v. the Commissioner of Police for the Metropolis* (Queen's Bench Division High Court of Justice) Case No: HQ08X02815, 20 May 2011, (§167).

⁹⁴⁴ De 1959 a 2013, el número de total sentencias emitidas en el marco del mecanismo de control previsto por el CEDH asciende a 16.000 . Sin embargo, a pesar de que la labor del Consejo de Europa en la lucha contra la trata de seres humanos se remonta a la década de los 80, hasta la fecha, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado la existencia de trata de personas únicamente en dos de sus sentencias. La primera en 2005, en el caso *Siliadin v. Francia* y la segunda, más reciente, en 2010, en el *Caso Rantsev v. Chipre y Rusia*. ECHR, Overview 1959-2012, http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592012_ENG.pdf

⁹⁴⁵ En total han sido ocho las demandas admitidas a trámite que tienen como objeto la trata de seres humanos. Sin embargo, salvo en los casos *Siliadin v. Francia* y *Rantsev v. Chipre y Rusia*, el TEDH no ha apreciado la existencia de trata en el resto de demandas, como en los casos *Kaya v. Germany* *Kaya v. Germany* (app. 31753/02,

los derechos del CEDH susceptibles de violación vinculados a la trata de seres humanos (de acuerdo al concepto jurídico internacional recogido en el artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) del Convenio de Varsovia⁹⁴⁶ son: el derecho derivado de la *prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes* (art. 3 CEDH)⁹⁴⁷ y los derechos derivados del artículo 4 que *prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado*.⁹⁴⁸

, Judgment of 28 June 2007, M. and Others v. Italy and Bulgaria (app. 40020/03) Judgment of 31 July 2012 -donde solo admite la existencia de una violación del artículo 3 del CEDH, relativa a la tortura, tratos inhumanos o degradantes- y declara inadmisibile el caso F.A. v. the United Kingdom (app. 20658/11) Judgment of 10 September 201. ECHR, Factsheet – Slavery, servitude and forced labour, October 2013, http://echr.coe.int/Documents/FS_Forced_labour_ENG.pdf.

⁹⁴⁶ Tanto el artículo 3 del Protocolo de Palermo como el artículo 4 (a) de la Convención Europea de Lucha contra la Trata de Personas establecen que:

a) *“Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, 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;*

b) *El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*

c) *La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;*

d) *Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años”.*

⁹⁴⁷ El artículo 3 del CEDH, la prohibición de la tortura, es una de las disposiciones invocadas con más frecuencia: *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*

⁹⁴⁸ Hasta el momento las reclamaciones basadas en el artículo 4 del CEDH habían sido relativamente infrecuentes. Así, como hemos visto, una de las contribuciones más importantes de la jurisprudencia del TEDH relativa a la trata de seres humanos es el análisis e interpretación del alcance de esta norma que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado: *1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de*

No obstante, en base a los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos - como se pone de manifiesto en el *caso Osman v. Dinamarca*⁹⁴⁹ en relación a la alegación de una demandante como víctima de la trata⁹⁵⁰- el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 35. 1 del CEDH) solo puede hacer frente a un asunto después de que todos los recursos internos se hayan agotado, esto es que el asunto haya sido invocado al menos en cuanto al fondo ante los tribunales nacionales.⁹⁵¹ Sin embargo, estos derechos –concretamente los derivados de los

libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutorio del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

⁹⁴⁹ El *caso Osman v. Dinamarca* hace referencia a una ciudadana de origen somalí, Sahro Osman que habiendo residido legalmente en Dinamarca hasta la edad de 7 años. Al cumplir 15 años, con la excusa de realizar un viaje corto con su padre a visitar a su familia paterna en Kenia, fue trasladada al campo de refugiados de Hagadera, en el noreste de Kenia, donde según la ONG inglesa encargada del caso (AIRE Centre) fue obligada a cuidar de su abuela en condiciones de explotación. Ante estas circunstancias, Sahro Osman alegó ante el TEDH que las autoridades danesas, que se habían negado a restablecer su permiso de residencia habían infringido los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; esto es el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la vida privada y familiar, respectivamente. Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que había existido una violación del artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar de la demandante) debido a la incapacidad de las autoridades danesas para restablecer el estado de residencia como solicitaba Sahro Osman pues su madre continuaba viviendo en Dinamarca. European Court of Human Right, *Case of Osman v. Denmark* (App 38058/09) Judgment of 14/09/11.

⁹⁵⁰ Como alegaba la parte de la demanda, que reclamaba que Sahro Osman había sido víctima de la trata de personas tal como se define en el artículo 4 (a) y 4 (c) del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, por el modo en que había sido trasladada a Kenia y las condiciones de explotación que había tendido que soportar mientras cuidaba de su abuela. *Case of Osman v. Denmark* (§ 46).

⁹⁵¹ “The Court notes that under the notion of Article 35 § 1 of the Convention, it may only deal with a matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law. This condition is not met by the mere fact that an applicant has submitted his or her case to the various competent courts. It is also necessary for the complaint brought before the Court to have been raised by the applicant, at least in substance, during the proceedings in question. On this point the Court refers to its established case-law. In the present case, the applicants failed to raise either in form or in substance the above complaints that are made to the Court.(...) It follows that this part of the application is inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies

artículo 3 y 4 del CEDH para los supuestos de trata- se corresponden con obligaciones estatales automáticamente exigibles en el marco del Consejo de Europa. Pues, los Estados parte al obligarse en el CEDH se comprometen a la protección efectiva en el orden interno de todos estos derechos reconocidos en el Convenio;⁹⁵² que son, además, derechos inderogables y no prevén excepciones, incluso en caso de urgencia, como la guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación.⁹⁵³

En todo caso, el alcance y naturaleza de las decisiones del TEDH así como la ejecución de las sentencias, ha de analizarse a partir del principio de subsidiariedad del sistema internacional respecto a los mecanismos internos, donde la ejecución de lo juzgado corresponde al Estado y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, es el órgano encargado de velar por la ejecución de las sentencias definitivas (art. 46.2 del CEDH). Las sentencias solo declaran si ha habido una violación del CEDH y, en su caso, concederán una satisfacción equitativa. En este sentido, es interesante hacer notar que la jurisprudencia del TEDH en relación a la trata de seres humanos ha considerado que el derecho interno de los Estados parte en esta materia solo permite reparar las consecuencias de dicha violación de manera imperfecta por lo que el TEDH⁹⁵⁴ ha decidido conceder a las partes perjudicadas una indemnización en calidad de derecho a una satisfacción equitativa prevista en el artículo 41 del CEDH.⁹⁵⁵

within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention and must be rejected pursuant to Article 35 § 4.” *Case of Osman v. Denmark* (§ 78-81).

⁹⁵² Así se desprenden de los artículos 35, 5, 6 ó 13 del CEDH.

⁹⁵³ En virtud del artículo 15 del CEDH, completado por el artículo 3 del Protocolo VII, los derechos inderogables del CEDH son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, el principio de la legalidad penal e irretroactividad de las penas más severas, y por último, el derecho a la tutela judicial de todos estos derechos mediante la combinación del artículo 6 del CEDH con el artículo 13 del Convenio. QUESADA POLO, S. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Apuntes sobre el sistema de control del Convenio” en VVAA, GÓMEZ SANCHEZ, Y. (Coord.) *Derechos y Libertades...op.cit.*, pp. 135-137.

⁹⁵⁴ *Siliadin v. Francia* (§ 22).

⁹⁵⁵ “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Cotratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa” (Art. 41 del CEDH). Para decidir acerca del arreglo equitativo la Sala se constituye con los mismos jueces que la formaron para el examen del fondo del

1.2.2.1 Víctimas de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes

La CEDH prohíbe en términos absolutos⁹⁵⁶ tanto la tortura como las penas o tratos inhumanos o degradantes.⁹⁵⁷ En el contexto de esta prohibición, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye que es claro que el uso de la violencia y el maltrato de las víctimas constituyen características propias de la trata de seres humanos y que todo trato inhumano o degradante sufrido por una persona se encuentra intrínsecamente ligado a la trata y la explotación.⁹⁵⁸

Sin embargo, como ya hemos visto, el objetivo principal de la trata de seres humanos -la explotación⁹⁵⁹- es diferente de la finalidad de la tortura, que según el artículo 1 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1987 (Convención contra la tortura) es lograr un propósito específico, como la obtención de información, el castigo, la coerción o la discriminación de una persona.⁹⁶⁰

asunto, que determinarán también el plazo para llevar a cabo el pago, así como los posibles intereses de demora. PASTOR PALOMAR, A. "El sistema Europeo: El Consejo de Europa" en VVAA. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Dilex, Madrid, 2003, pp. 192.

⁹⁵⁶ En virtud del artículo 15.2 del CEDH esta prohibición se aplica incluso en tiempo de guerra u otra emergencia pública, y con independencia de cuál haya sido la conducta previa de la víctima. Vid. n.: 93.

⁹⁵⁷ Art. 3 de la CEDH.

⁹⁵⁸ "The Court notes that there is no evidence that Ms Rantseva was subjected to ill-treatment prior to her death. However, it is clear that the use of violence and the ill-treatment of victims are common features of trafficking (see paragraphs 85, 87 to 88 and 101 above). The Court therefore considers that, in the absence of any specific allegations of ill-treatment, any inhuman or degrading treatment suffered by Ms Rantseva prior to her death was inherently linked to the alleged trafficking and exploitation. Accordingly, the Court concludes that it is not necessary to consider separately the applicant's Article 3 complaint and will deal with the general issues raised in the context of its examination of the applicant's complaint under Article 4 of the Convention". (*Rantsev v. Chipre y Rusia* §252).

⁹⁵⁹ Vid. punto 1.3 del Capítulo IV, *Finalidad de explotación*.

⁹⁶⁰ Artículo 1 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1987: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de

El TEDH al no profundizar en su argumentación, deja sin determinar en qué punto los efectos de la trata de seres humanos y la tortura se entrelazan. Sin embargo, tanto la jurisprudencia del TEDH al evaluar el alcance de la CEDH como un “instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de las actuales sociedades democráticas”⁹⁶¹ como la labor de organizaciones como la OSCE⁹⁶² están ayudando a poner de manifiesto que el propósito de la explotación implica actos de intimidación o coacción que también son instrumentos de tortura.

Con el fin de explotar, los tratantes castigan, intimidan y coaccionan a las víctimas de la trata; y en el propósito de infligir dolor a una víctima de trata puede haber intención de castigar, coaccionar o discriminar;⁹⁶³ además, el autor de la trata de seres humanos, no sería capaz de explotar a una persona sin utilizar el castigo, la coacción o la intimidación para la discriminación de la víctima.⁹⁶⁴

En la trata la coerción física se emplea en muchos casos como castigo a modo de instrumento pedagógico para recordar a la víctima cuales son las reglas. Los golpes, latigazos,

obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.” *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987 (BOE núm. 268/1987, de 9 de noviembre de 1987)

⁹⁶¹ En este sentido consultar también entre otras: *Selmouni contra Francia* (GC) demanda. 25803/94 (§ 101) TEDH 1999-V; y *Christine Goodwin contra el Reino Unido* (GC), demanda. 28957/95 (§ 71) TEDH 2002-VI.

⁹⁶² OSCE, *Trafficking in Human Beings Amounting to Torture and other Forms of Ill-treatment*, Part I: “Legal Analysis” by Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights; Part II: “Clinical Links Between Human Trafficking and Torture” by Helen Bamber Foundation, OSCE, Viena, 2013 (<http://www.osce.org/cthb/103085>).

⁹⁶³ OSCE, “Part I: Legal Analysis” by Ludwig Boltzmann, Institute of Human Rights, *Trafficking in Human Beings...op.cit.*, p. 21.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, 23 y 24.

la rasuración y los tatuajes con la deuda contraída constituyen algunas de las medidas utilizadas por los tratantes para castigar a las víctimas que intentan escapar de su control.⁹⁶⁵

Además, la intimidación y la coacción se encuentra claramente enunciada entre los medios comisivos del delito de trata⁹⁶⁶ y tiene como objeto la neutralización de la voluntad de la víctima.⁹⁶⁷ En este contexto, entre las formas de coacción física, son habituales a aquellas que atentan directamente contra la integridad física de las víctimas, como por ejemplo la privación de determinados bienes o servicios: tales como el alimento, agua, tratamiento médico⁹⁶⁸ o

⁹⁶⁵ Como el caso de la mujer de 19 años liberada en el contexto de una operación policial, que terminó con el desmantelamiento de dos clanes de nacionalidad rumana que obligaban a las mujeres a ejercer la prostitución y a proporcionarles gran parte del dinero. Sus responsables, -un tío y su sobrino-, aplicaban duras medidas de castigo físico a las víctimas que intentaran escapar de su control, como en el caso de esta mujer que fue sometida a golpes y latigazos, le rasuraron el pelo de la cabeza y las cejas y llegando incluso a tatuarse un código de barras en las muñecas, con la deuda contraída con la organización, como señal de identidad y certificado de "propiedad". DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA, "Desarticulados dos clanes que explotaban sexualmente a mujeres a las que tatuaban códigos de barras si intentaban fugarse", Nota de prensa de 24 de marzo de 2012. Disponible on line: http://www.policia.es/prensa/20120324_1.html (visitada, 10 de abril de 2013)

⁹⁶⁶ "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 mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona" Artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos. (DO L101/1, de 15.04.2011).

⁹⁶⁷ La utilización de la coacción -y de los otros medios comisivos- invalida el consentimiento que la víctima hubiere podido prestar, pues nos hallamos ante un caso de consentimiento viciado, por haber sido prestado concurriendo trascendentes vicios de la voluntad. ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos...op.cit.*, pp. 430-431. Vid, también en este sentido, UNODC, "Módulo 4: Métodos de control utilizados en la trata de personas", *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales...op.cit.*, p. 3.

⁹⁶⁸ En este sentido, vid. de nuevo los "Fundamentos de Derecho" de la anteriormente citada *Sentencia del Tribunal Supremo 837/2010 de la Sala 2ª de lo Penal, de 18 de octubre 2010*: "En los días siguientes, aunque no quería, la mencionada joven tuvo que seguir manteniendo relaciones con sus clientes, bajo la vigilancia de una de las acusadas, y como estuviera en mal estado físico, lo que fue observado por el ahora recurrente, éste le dijo que se fuera a un Hostal de Sevilla, donde permaneció varios días hasta que fue trasladada de nuevo al Club El Rey, siendo obligada por dos de las acusadas, a contactar con los clientes quienes se al apercibirse en el estado en que se encontraba desistieron de mantener relaciones con ella, siendo llevada al Hostal, al que acudió esa noche una ambulancia que la trasladó al Hospital Virgen de la Macarena."

incluso horas de descanso⁹⁶⁹ así como el empleo de narcóticos o sustancias psicotrópicas o alcohol.⁹⁷⁰ Pero existen, además, mecanismos de control psicológico entre los que se encuentran el sometimiento de una persona a violencia psicológica mediante la amenaza de padecer algún tipo de mal⁹⁷¹ donde el empleo de la fuerza física contra alguno de sus

⁹⁶⁹ Vid el párrafo 14 de la sentencia del TEDH, *Siliadin v. Francia*, donde se describen las condiciones en las que vivía la niña Siwa-Akofa Siliadin como empleada doméstica: “La demandante se convirtió desde entonces en la chica para todo del matrimonio B. Trabajaba siete días a la semana, sin día de descanso, con un permiso de salida excepcional algunos domingos para asistir a misa. Su tareas consistían en levantarse a las 7 h 30 para preparar el desayuno vestir a los niños, llevarles a la escuela de párvulos o a sus lugares de ocio ocuparse del bebé, hacer la limpieza, lavar la ropa y planchar.

Por la noche preparaba la cena, se ocupaba de los niños mayores, fregaba los platos y se acostaba sobre las 22 h 30. Además, debía limpiar el estudio del mismo edificio en el que el señor B. había instalado un despacho. La demandante dormía en un colchón en el suelo de la habitación del bebé del que debía ocuparse si se despertaba”. TEDH, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01) Sentencia de 26/10/05.

⁹⁷⁰ REPETSKAIA, “Classifying the Elements of Human Trafficking Crimes” STOECKER, S y SHELLEY, L.(eds.) *Human Traffic and Transnational...op.cit.*, p. 52. Vid. en este sentido *caso Tailandia v. la Secretaria de Estado del Ministerio del Interior*, que responde al recurso presentado por una ciudadana tailandesa, objeto de trata en el Reino Unido con fines de explotación sexual, contra la decisión de la Secretaría de Estado de expulsarla del Reino Unido a Tailandia por ser inmigrante ilegal: “The appellant was told she had to repay M for the investment he had made in her by bringing her to the UK and she was kept in three brothels on a rotating basis where she was forced into prostitution for the next eight months. She was afraid to refuse as M threatened to harm her and/or her child if she resisted. She was also transported to hotels for sex. She endured anal intercourse, was made to perform oral sex and to act out perverse sexual fantasies. She was injected with drugs. She was frequently whipped. She was made to behave like a dog. Condoms were not always used and she could not object. She continued to work during menstruation. If she refused to carry out any of the acts men desired, she was sent to another house where she had to work twenty hours a day and service 20-30 men. On one occasion when visiting a hotel she tried to escape but was caught and beaten with a gun. She was punished by being locked up in a small dark room without food. M then slapped her and threatened to kill her. She met a few other women also working in the houses with her. She said that the houses were guarded and that there was always an escort when they were taken to other houses or to hotels. She was given no money for her work”. *Tailandia v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior* (Immigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) AZ (Trafficked women) Thailand CG (2010) UKUT 118 (IAC), 26 January 2010. (§ 5).

⁹⁷¹ UNODC, “Módulo 4: Métodos de control utilizados en la trata de personas”, *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales...op.cit.*, p. 3.

familiares,⁹⁷² constituye una de las formas de coacción más eficaces, especialmente cuando las amenazas son contra los niños de las mujeres víctimas de la trata con fines de explotación sexual.⁹⁷³ Esta situación se denomina “elección imposible” en la literatura sobre la tortura psicológica y se asimila a la tortura.⁹⁷⁴

Asimismo, la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984 menciona explícitamente los efectos de la discriminación, que también es relevante para la trata de seres humanos; pues la trata de seres humanos se encuentra íntimamente ligada a la discriminación de género y por razón de raza⁹⁷⁵. La desigualdad de género en el ámbito laboral o en el proceso migratorio, los estereotipos patriarcales y la violencia doméstica son las causas que subyacen al fenómeno de la trata⁹⁷⁶. En este sentido, el entonces Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

⁹⁷² El estudio elaborado por *The London School of Hygiene & Tropical Medicine* en el marco del Programa Daphne de la Comisión Europea acerca de las consecuencias para la salud física y psicológica a las mujeres víctimas de explotación sexual y las niñas víctimas de la trata en Europa, muestra como el 37 por ciento de las mujeres entrevistadas habían sido amenazadas con el uso de la fuerza física contra sus familiares en el caso de no someterse a la voluntad del tratante. ZIMMERMAN. C et al. *Stolen smiles: the physical and psychological health consequences of women and adolescents trafficked in Europe* The London School of Hygiene & Tropical Medicine, London, 2006, p. 35-36.

⁹⁷³ Agentes de la Policía Nacional han liberado en Sevilla a un bebé de dos años retenido por una red de proxenetas para coaccionar a su madre a ejercer la prostitución. DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA, “La Policía Nacional libera a un bebé de dos años retenido por una red de proxenetas para coaccionar a su madre”, nota de prensa de 29 de marzo de 2011 (web de la Policía: http://www.policia.es/prensa/20110329_2.html , consultada el 10 de abril de 2013)

⁹⁷⁴ Cuando el tratante amenaza con hacer daño a la familia de la víctima si ésta intenta resistirse sitúa a la víctima ante una “elección imposible”: elegir entre su propia seguridad y la seguridad de su familia. En esta situación, la persona cae en un estado de “derrota mental” y no tiene capacidad de auto-determinación. ZIMMERMAN. C et al. *Stolen smiles: the physical and psychological health...op.cit.*, p. 36

⁹⁷⁵ La discriminación en el acceso a la educación, a los recursos y al empleo determinan que de los las niñas, las mujeres o ciertos grupos específicos sean más vulnerables a convertirse en víctimas de la trata de seres humanos que otros grupos. GALLAGHER, A. *The International Law...op.cit.*, pp. 423-424.

⁹⁷⁶ LA STRADA INTERNATIONAL, *Violation of Women’s Rights. A Cause and Consequence of Trafficking in Women*, Bregje Blokhuis, Amsterdam, 2008, (<http://lastradainternational.org/lisidocs/431%20LSI-%20violation%20of%20womens%20rights.pdf>) pp. 44-45.

degradantes, Manfred Nowak enfatizó que la finalidad de discriminar siempre se cumple cuando se trata de violencia de género ya que tal violencia es intrínsecamente discriminatoria.⁹⁷⁷

En todo caso, incluso si uno de los requisitos de la tortura, como la impotencia de la víctima o la existencia de un propósito específico no puede ser suficientemente probado, pueden constituir “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁹⁷⁸ contemplados también por la Convención contra la tortura.⁹⁷⁹

1.2.2.2 Víctimas de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado

El TEDH ha establecido que la trata de seres humanos, de acuerdo al concepto jurídico internacional recogido en el artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) del Convenio de Varsovia,⁹⁸⁰ entra en el ámbito del artículo 4 de la Convención Europea de

⁹⁷⁷ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak : addendum : follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur visits to Azerbaijan, Cameroon, Chile, China, Colombia, Georgia, Jordan, Kenya, Mexico, Mongolia, Nepal, Pakistan, Russian Federation, Spain, Turkey, Uzbekistan and Venezuela*, by Manfred Nowak 18 February 2008, A/HRC/7/3/Add.2, (<http://www.refworld.org/docid/47cbbf262.html> consultado 1 de noviembre de 2013) p.68.

⁹⁷⁸ OSCE, “Part I: Legal Analysis” by Ludwig Boltzmann, Institute of Human Rights, *Trafficking in Human Beings...op.cit.*, p. 27.

⁹⁷⁹ El artículo 16. 1. de la Convención contra la tortura establece que: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

⁹⁸⁰ Tanto el artículo 3 del Protocolo de Palermo establece como el artículo 4 (a) del Convenio de Varsovia establecen que:

a) “Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño,

Derechos Humanos,⁹⁸¹ que como ya se ha apuntado *prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado*.⁹⁸²

En este contexto, la ausencia de un reconocimiento expreso a la trata de seres humanos entre los derechos protegidos por la Convención Europea Derechos Humanos puede hacer pensar en la falta de subjetividad activa de las víctimas de la trata *ratione materiae*⁹⁸³ para acceder al mecanismo de protección previsto en la Convención. Sin embargo, como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado en el marco de las dos primeras sentencias en las que este Tribunal ha considerado la existencia de trata de personas, *Siliadin v. Francia* (§ 121) y en *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§ 277), como ya se ha apuntado no existe en la Convención Europea de Derechos Humanos ninguna referencia específica a la trata de seres debido a que la Convención parte de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde la trata de seres humanos no se encuentra contemplada. No

al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, 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;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente

artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años".

⁹⁸¹ *Rantsev v. Chipre y Rusia*, §282

⁹⁸² Artículo 4 de la CEDH (documento ETS No.5).

⁹⁸³ La compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos *ratione materiae* constituye una de las condiciones materiales de admisibilidad de las demandas ante el TEDH en virtud del artículo 35 del CEDH, que establece que el TEDH conocerá exclusivamente de las violaciones de los derechos y libertades protegidos por el CEDH y sus Protocolos adicionales normativos, tal como hayan sido estos interpretados por los órganos del CEDH. No obstante, en este ámbito habrá que tener en cuenta también las reservas formuladas por los Estados partes en la CEDH.

obstante, tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TEDH, el alcance de la CEDH ha de evaluarse en base a los parámetros de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las actuales sociedades democráticas, más garantistas y firmes en la lucha contra las violaciones graves de derechos humanos.⁹⁸⁴

Así, la legitimación activa de las víctimas del artículo 4 ante el TEDH, no requiere que las conductas enjuiciadas hayan de asimilarse de manera automática a alguna de las conductas recogidas y prohibidas por el artículo 4 CEDH; sino que la jurisprudencia del TEDH ha ampliado la “letra” del artículo 4 de manera que para apreciar un caso de trata basta la concurrencia de alguno de los elementos de las figuras recogidas en este artículo de la Convención que compartan con la trata de seres humanos. A saber, de la *esclavitud*, el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre las víctimas;⁹⁸⁵ de la *servidumbre*, porque constituye también una forma grave de la negación de la libertad⁹⁸⁶ y la obligación de proporcionar unos servicios⁹⁸⁷; y del *trabajo forzoso u obligatorio* la existencia de alguna limitación física o mental, primordial que merme la voluntad de la persona.⁹⁸⁸

Sin embargo, a pesar de que el propio Tribunal considera que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y finalidad de explotación, se basa en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad;⁹⁸⁹ según el Tribunal, las conductas susceptibles de ser calificadas como trata de seres humanos no son automáticamente asimilables ni al concepto de *esclavitud*, ni a las otras dos conductas que expresamente recoge el artículo 4: la *servidumbre* y el *trabajo forzoso u obligatorio*.

⁹⁸⁴ En este sentido consultar también entre otras: *Selmouni contra Francia* (GC) demanda. 25803/94 (§ 101) TEDH 1999-V; y *Christine Goodwin contra el Reino Unido* (GC), demanda. 28957/95 (§ 71) TEDH 2002-VI.

⁹⁸⁵ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§ 84, 101, 161, 266 y 281).

⁹⁸⁶ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Van Droogenbroeck contra Bélgica* de 9 de julio de 1980, Serie B no. 44, p. 30 (§ 78-80).

⁹⁸⁷ Vid. *Seguin v. France*, App. No. 42400/98, March 7, 2000 y *Siliadin v. Francia* (§ 124).

⁹⁸⁸ Vid. *Van der Mussele v. Bélgica*, 23 de noviembre 1983, serie A núm. 70 (§ 34); y *Siliadin vs. Francia* (§117)

⁹⁸⁹ *Rantsev v. Chipre y Rusia* (§281).

1.2.2.2.1 Víctimas de esclavitud o prácticas análogas

De nuevo nos centramos en la labor llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a las víctimas de esclavitud o prácticas análogas.

Según el TEDH la definición clásica de esclavitud que figura en la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926,⁹⁹⁰ requiere el ejercicio de un verdadero derecho de la propiedad y la reducción de la condición de la persona afectada a un "objeto".⁹⁹¹

La relación entre esclavitud y trata de seres humanos es crucial. Pues en principio, la trata de seres humanos y la esclavitud son conceptos distintos.

La trata de seres humanos constituye una práctica mediante la cual se consigue esclavizar a una persona⁹⁹² mientras que la esclavitud requiere, según la definición que figura en la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926,⁹⁹³ el ejercicio de un verdadero derecho de la propiedad y la reducción de la condición de la persona afectada a un "objeto".⁹⁹⁴

Parece, por tanto, que el elemento esencial para definir esclavitud es el ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, tras la abolición de la esclavitud, este concepto ha perdido parte de

⁹⁹⁰ El artículo 1.1 de la Convención sobre la esclavitud determina que: "la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos". Convención sobre la esclavitud de 1926, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, en vigor desde el 9 de marzo de 1927.

⁹⁹¹ *Siliadin v. Francia* (§ 122).

⁹⁹² Es necesario, por tanto, distinguir entre el proceso de la esclavitud y la esclavitud misma. Así, el concepto normativo de trata se refiere al proceso de esclavización, una conducta que se desenvuelve a lo largo del tiempo, y que consta de varias fases. Estas fases son el reclutamiento o captación, el transporte y la explotación. Vid en este sentido, el apartado 1.2. titulado *Acción* del punto 1, *Los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos*, del Capítulo IV.

⁹⁹³ El artículo 1.1 de la *Convención sobre la esclavitud* determina que: "la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos".

⁹⁹⁴ Vid. también en este sentido el caso *Siliadin v. Francia* § 276.

su sentido,⁹⁹⁵ donde nos encontramos con nuevas formas de esclavitud que no responden a la conducta internacionalmente prohibida por el Derecho internacional de los derechos humanos.

Ante esta nueva realidad, algunos tribunales nacionales han establecido esa asimilación. Así, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos (novena circunscripción) en el caso *United States c. Sanga*,⁹⁹⁶ reconoció que los hechos relatados en esta sentencia constituía un caso de esclavitud sexual,⁹⁹⁷ y por tanto una violación de la Decimotercera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (“Enmienda XIII”) que prohíbe la esclavitud y la servidumbre voluntaria.⁹⁹⁸

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto en los casos *Siliadin v. Francia*⁹⁹⁹ y *Hadijatou Mani Korova v. Níger*,¹⁰⁰⁰ la experiencia de otras instancias nacionales, no ha hecho sino evidenciar la desprotección de las víctimas ante estas nuevas formas de esclavitud.

En el caso presentado ante la Corte Europea de Derechos Humanos, *Siliadin v. Francia*, según el Tribunal de Gran instancia de París, las condiciones en las que Siwa-Akofa Siliadin, llevaba años trabajando, no presentaban la suficiente violencia e intimidación típicas del delito de esclavitud recogido en el Derecho penal francés.¹⁰⁰¹ Para la Corte Europea de Derechos

⁹⁹⁵ BALES diferencias esclavitud actual las antiguas formas de esclavitud. BALES, K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, p. 15-20.

⁹⁹⁶ *United States c. Sanga*, 967 F.2d 1332 (9th Cir. 1992).

⁹⁹⁷ Los hechos enjuiciados por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos fueron que hombre había obligado a una mujer a trabajar como sirvienta doméstica durante más de dos años y a mantener relaciones sexuales con él. Dicho tribunal determinó por unanimidad que la mujer había vivido durante esos dos años como una “esclava de hecho”. *United States c. Sanga*, 967 F.2d 1332 (9th Cir. 1992).

⁹⁹⁸ Decimotercera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos ('Enmienda XIII') (Sección 1): “Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto”.

⁹⁹⁹ TEDH, *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01) Sentencia de 26/10/05.

¹⁰⁰⁰ *Mme Hadijatou Mani Koroua v The Republic of Niger*, Judgment of 27 October, 2008, ECW/CCJ/JUD/06/08.

¹⁰⁰¹ La niña Siwa-Akofa Siliadin, de 15 años, fue “prestada” con el consentimiento de su padre, a un matrimonio con cuatro niños pequeños. Donde unos meses más tarde, en julio de 1995, se incorpora para trabajar como empleada doméstica. Desde la fecha indicada y hasta el julio de 1998, Siwa-Akofa Siliadin estuvo trabajando para

Humanos, las circunstancias vividas por esta niña de Togo entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y trabajo forzoso. En este sentido, el TEDH determina que los hechos presentados en el caso no se adecúan al concepto de esclavitud tradicional, pero si son asimilables a la figura de *servidumbre*, ya que constituyen también una forma grave de la negación de la libertad¹⁰⁰² y la obligación de proporcionar unos servicios.¹⁰⁰³

Otro tribunal también de ámbito regional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS) determinó en el caso *Hadijatou Mani Koroua v Níger* que Níger había violado la obligación internacional de proteger a Hadijatou Mani Koroua de ser esclavizada como *wayiha o sadaka*, pues aunque en Níger el código penal contempla desde 2003 el crimen de esclavitud, no existe ninguna condena a este respecto.¹⁰⁰⁴

Son varios los autores que establecen una conexión entre el actual fenómeno de la trata de seres humanos y la tradicional trata de esclavos. Este planteamiento sugiere que pese a la prohibición de la esclavitud legal –que se produjo en el seno del Imperio Británico en 1834 y en Estados Unidos, una vez finalizada la guerra civil, en 1865- el trabajo forzoso ha continuado permaneciendo oculto en la sociedad, alimentándose en los últimos lustros por la globalización.¹⁰⁰⁵

esta familia sin recibir salario alguno, con una jornada laboral de 7,30 de la mañana a 10,30 de la noche los siete días de la semana, durmiendo en el suelo y con el pasaporte confiscado. *Siliadin v. Francia* (§ 22-25).

¹⁰⁰² Vid. Van Droogenbroeck vs Bélgica, Informe de la Comisión de 9 de julio de 1980 (§ 78-80) Serie B no. 44).

¹⁰⁰³ *Siliadin v. Francia* (§ 124).

¹⁰⁰⁴ El caso hace referencia a una forma de esclavitud muy generalizada en Níger que es la *wayiha o sadaka* que consiste en la adquisición de una chica joven para trabajar en el servicio doméstico y como concubina. Sadaka, significa quinta esposa. El islam recomienda hasta cuatro y la sadaka no está legalmente casada. Según Anti-slavery existen aproximadamente 43.000 casos de esclavitud en Níger.. *Hadijatou Mani Koroua v Níger: Slavery Unveiled* by the ECOWAS Court Human Rights Law Review (2009) 9 (1): 151-170 first published online February 17, 2009.

¹⁰⁰⁵ En este sentido, PICARRELLI afirma que en el siglo XIX fue abolida la esclavitud pero no el trabajo forzoso. PICARELLI, “Historical approaches to the the trade in human beings” en LEE (eds.) *Human Trafficking*, William Publishing, Cullompton/Devon, 2007, pp. 27-28. Vid. También en este sentido, BALE K. *La nueva esclavitud...op. cit.*, pp. 25-27.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, establece en el caso *Prosecutor vs. Kunarac*¹⁰⁰⁶ que el concepto tradicional de "esclavitud" ha evolucionado hasta abarcar las diversas formas contemporáneas de la esclavitud. Así, para este Tribunal la evaluación de las formas contemporáneas de esclavitud ha de llevarse a cabo en base al ejercicio de cualquiera de los poderes atribuidos al derecho de propiedad. A saber: el control de los movimientos de una persona física; si ha existido algún elemento de control psicológico; si se tomaron medidas para prevenir o impedir la fuga; y si se ha llevado a cabo el control de la sexualidad y el trabajo forzoso.

Parece, sin embargo, que el simple traslado, que responde al concepto tradicional de trata de esclavos recogido en la Convención sobre la esclavitud de 1926 en el art. 1.2,¹⁰⁰⁷ no parece suficiente para poder asimilar la trata de personas a una nueva forma de esclavitud.¹⁰⁰⁸

En este sentido, solo algunas de las situaciones que hoy en día calificamos de trata de personas entrarían dentro del concepto de forma actual de esclavitud definido por el TPIY. Esto es, aquellas en la que los tratantes sean los mismos que explotan a las víctimas, pues solo en estos casos puede darse en ejercicio continuado del derecho de propiedad según los criterios que plantea el TIPY.¹⁰⁰⁹ Además, respecto del ejercicio del derecho de propiedad el tribunal añade, que la duración del mismo podrá utilizarse como un criterio más a la hora de determinar la existencia o no de una forma de esclavitud moderna.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁶ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, of 22 February, 2001.

¹⁰⁰⁷ Artículo 1.2.de la Convención contra la esclavitud: "La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos".

¹⁰⁰⁸ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, of 22 February, 2001 (§ 543).

¹⁰⁰⁹ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, p. 20.

¹⁰¹⁰ "The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved" *Prosecutor vs. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, 22 de febrero 2001. (§ 542).

Aunque algunos autores han calificado de maniqueo el posible paralelismo entre la trata de seres humanos y las formas modernas de esclavitud.¹⁰¹¹ Se ha generalizado el empleo de este paralelismo en la Comunidad internacional, donde desde los políticos hasta los principales documentos normativos, utilizan la expresión esclavitud moderna para referirse al fenómeno de la trata de seres humanos;¹⁰¹² como por ejemplo, el Informe explicativo de la Convención Europea contra la Trata de seres humanos que se refiere a la trata como la forma moderna de la esclavitud en todo el mundo comparable con el antiguo comercio de esclavos.¹⁰¹³

No obstante, la dificultad para establecer este paralelismo no se encuentra solo en el alcance del concepto tradicional de esclavitud sino en el propio concepto jurídico internacional de trata de seres humanos. Tanto el Protocolo de Palermo como el Convenio de Varsovia o la Directiva 2011/36/UE de trata de seres humanos, recogen la finalidad de explotación como uno de los elementos integrantes del tipo subjetivo del delito de trata, por lo que no es necesario que dicha explotación se produzca para poder apreciar la conducta recogida por este delito.¹⁰¹⁴

En nuestra opinión, la trata de esclavos es a la esclavitud, lo que la trata de personas a las actuales formas de explotación; por lo que la mera prohibición de la TSH no acaba con el negocio de la explotación de personas, pues como sostiene OBOKATA, la trata sustituye a la

¹⁰¹¹ En opinión de BRAVO el paralelismo entre la trata de seres humanos y la esclavitud surge a finales de la década de los noventa, como una forma de exhortación emocional e irreflexiva a la acción en el contener el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual que llegaba a Estados Unidos procedentes de Europa del Este. BRAVO, "Exploring the analogy between modern trafficking in Human beings and the transatlantic slave trade" en *Internacional Law Journal*, 2007, pp. 247-248.

¹⁰¹² Las palabras del Presidente Bush en su comparecencia ante la Asamblea General de Naciones Unidas con motivo de la aprobación del Protocolo de Palermo, apelando a la necesidad de actuar frente a una lacra que se ha mantenido oculta en la sociedad tras más de dos siglos de la abolición forma de la esclavitud; o la relación establecida entre la trata de personas y la esclavitud a lo largo de la tramitación parlamentaria de la *Trafficking of Victims Protection Act 2000*. Vid. *Ibid.*, pp. 249-250.

¹⁰¹³ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report (Warsaw, 16.V.2005) Council of Europe Treaty Series - No. 197).

¹⁰¹⁴ Capítulo II. Vid. también, CHUANG, J. "Redirecting the Debate over Trafficking in Women...*op. cit.*", p. 79; Global Alliance Against Traffic in Women (GAATW) también separa la trata de personas de la propia explotación (<http://www.gaatw.org/>).

esclavitud tradicional para atender a la demanda de las actuales formas de explotación de personas.¹⁰¹⁵

1.2.2.2.2 Víctimas de servidumbre

El concepto de "servidumbre" prohíbe "toda forma grave de la negación de la libertad"¹⁰¹⁶ y se vincula al concepto de "esclavitud" porque implica también la obligación de proporcionar unos servicios.¹⁰¹⁷

El proceso de conceptualización del término servidumbre se remonta a la lista de formas de explotación redactada en 1924 por Comisión Temporal sobre la Esclavitud que incluye la *servidumbre doméstica o predial*.¹⁰¹⁸ Así, la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926¹⁰¹⁹ se aplica tanto a la servidumbre como a la esclavitud.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁵ Para el autor, la vinculación del crimen organizado a la trata de seres humanos es relativamente reciente, y viene marcada por la transición de la esclavitud tradicional a la actual de trata de personas. OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 31.

¹⁰¹⁶ Van Droogenbroeck vs Bélgica, Informe de la Comisión de 9 de julio de 1980, serie B no. 44 (§ 78-80).

¹⁰¹⁷ Vid. *Seguin v. France*, App. No. 42400/98, March 7, 2000 y *Siliadin v. Francia* (§ 124).

¹⁰¹⁸ En su informe final a la Sociedad de las Naciones, la Comisión Temporal sobre la Esclavitud consideró que la servidumbre de la gleba era equivalente a la "esclavitud de predio". Esto es la situación de los esclavos que participaban en el cultivo y la cosecha de la caña de azúcar en las Indias Occidentales en el siglo XVIII. Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo (documento de la Sociedad de las Naciones A.19.1925.VI) (1925), párr. 97.

¹⁰¹⁹ La Convención sobre la Esclavitud aprobada por la Sociedad de Naciones, el 25 de septiembre de 1926, entró en vigor el 9 de marzo de 1927, de conformidad con su artículo 12. Dicha Convención fue modificada por el Protocolo aprobado en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953, y así modificada entró en vigor el 7 de julio de 1955.

¹⁰²⁰ La obligación que figura en el artículo 2. b) de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 de "procurar, de una manera progresiva y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas" abarca tanto a esclavitud propiamente dicha como a la servidumbre de la gleba. OHCHR, *La abolición de la Esclavitud...op.cit.*, p. 6.

Precisamente, durante el período de elaboración de la *Convención suplementaria* de 1956, el término servidumbre se incluye en el título del “Proyecto de Convención suplementaria sobre la Esclavitud y la Servidumbre”.¹⁰²¹ Así, aunque la referencia expresa a la servidumbre desaparece de la redacción final de la *Convención Suplementaria* de 1956,¹⁰²² ésta impone la obligación a los Estados Parte de abolir, además de la esclavitud, una serie de instituciones y prácticas genéricamente denominadas como serviles “les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud de 1926”.¹⁰²³

Estas prácticas todavía existen hoy día, sin embargo, raramente se reconocen o bien se vinculan a fenómenos como la *servidumbre de la gleba*. Una expresión del orden político y

¹⁰²¹ Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955).

¹⁰²² Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956, adoptada por en la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956 y en vigor desde el 30 de abril de 1957, de conformidad con el artículo 13 (Documento de las Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955)).

¹⁰²³ El artículo 1 de la Convención Suplementaria de 1956 establece que los Estados Parte en dicha Convención, debían procurar “la completa abolición o el abandono” de las siguientes instituciones y prácticas:

“a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: iii) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; iii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.”

económico de la Europa medieval¹⁰²⁴ que hace referencia a “la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición”.¹⁰²⁵ La *servidumbre de la gleba*, también denominada en América Latina como *peonaje* ha subsistido en algunos países en el contexto de la conquista, la subyugación de los pueblos indígenas y la confiscación de sus tierras. En todo caso, la característica esencial de esta forma de servidumbre no es llevar a cabo trabajos a cambio del acceso a la tierra sino la incapacidad de dejar la condición del “siervo”.¹⁰²⁶

Según BALES la *servidumbre por endeudamiento* constituye la forma de esclavitud más extendida en la actualidad. Una persona se entrega –o es entregada- a sí misma como garantía de un préstamo, pero en ningún caso se estipula la duración y la naturaleza del servicio, y además, el trabajo no reduce la deuda original, que puede pasar a las siguientes generaciones, produciéndose así la esclavización de los descendientes. Asimismo, la “rebeldía” puede castigarse arrebatando a los padres la custodia de sus hijos. Generalmente no se reivindica la propiedad, pero el patrono controla las acciones de la persona sometida a servidumbre.¹⁰²⁷ Esta servidumbre es típica del subcontinente Indio, Pakistán y la India; y de Latinoamérica.

Sin embargo, como reitera la jurisprudencia del Tribunal del Consejo de Europa en el caso *C.N. v. Reino Unido*,¹⁰²⁸ en el ámbito estatal la tendencia general ha sido la ausencia en la

¹⁰²⁴ RODRIGUEZ, J. (ed.), “Serfdom in Medieval Europe», en *The Historical Encyclopedia of World Slavery* (1977), vol. 2, 1977, p. 575.

¹⁰²⁵ Artículo 1 b) de la Convención suplementaria de 1956.

¹⁰²⁶ Dichas prácticas consistían en que un propietario cedía un terreno a un «siervo» o «peón» a cambio de servicios específicos, entre ellos: 1) entregar al propietario una parte de los productos de la cosecha («aparcería»), 2) trabajar para el propietario o 3) realizar otros trabajos, por ejemplo tareas domésticas para la familia del propietario. GREENIDGE, C.W.W. *Slavery and the United Nations*, Anti-Slavery Society, London, 1954, p. 8.

¹⁰²⁷ BALES, K. *La nueva esclavitud...op.cit.*, pp. 21-22.

¹⁰²⁸ El caso de C.N. contra el Reino Unido se refiere a las denuncias de la servidumbre doméstica por una mujer ugandesa que había sido obligada a trabajar como cuidadora interna de una pareja de ancianos iraquí, uno de ellos enfermo de Parkinson, sin recibir a cambio un salario alguno y con el pasaporte retenido. Sin embargo,

legislación nacional de la figura específica de servidumbre que permita la investigación sobre las alegaciones relacionadas con casos de servidumbre.¹⁰²⁹

1.2.2.2.3 Víctimas de trabajo forzoso

Por su parte, para poder apreciar la existencia de "trabajo forzoso u obligatorio" el Tribunal ha sostenido que debe haber alguna limitación física o mental, primordial que merme la voluntad de la persona.¹⁰³⁰ Asimismo, el tribunal aclara que no se consideran forzados los trabajos exigidos normalmente a personas privadas de libertad o en libertad condicional; el servicio militar obligatorio o el servicio sustitutivo para objetores de conciencia; el servicio en casos de emergencia y el trabajo que forme parte de obligaciones cívicas normales, como se ilustra en el caso *De Wilde, Ooms y Vrsyp v. Bélgica*.¹⁰³¹

En todo caso, el Tribunal afirma que para determinar la existencia de cualquiera de las tres conductas, se requiere un examen caso por caso de los factores que en virtud de la jurisprudencia el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia constituyen los elementos definitorios de la esclavitud contemporánea: el control de los movimientos de la persona, si ha

debido a la ausencia de disposiciones legislativas que tipificaran la servidumbre específicamente en vigente en ese momento en el Reino Unido, la investigación sobre las alegaciones de la demandante de la servidumbre doméstica había sido ineficaz. *C.N. v. The United Kingdom* (App. 4239/08) Judgment of 13/11/12. (§ 73,76).

¹⁰²⁹ *C.N. v. The United Kingdom* (§ 73, 76 y 77) y *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01) Judgment of 26/10/05. (§ 148) Vid, también, *C.N. and V. v. France* (App. 67724/09) Not final Judgement of 11/10/12 (Decision of the Court, Article 4).

¹⁰³⁰ *Van der Mussele vs. Bélgica*, 23 de noviembre 1983, serie A núm. 70 (§ 34) y *Siliadin vs. Francia* (§117).

¹⁰³¹ En este asunto el TEDH aclaró que la interpretación de trabajo forzoso u obligatorio debía ponerse en relación el artículo 4 y el 5, relativo a la prisión preventiva o internamiento; pues los reclamantes habían sido detenidos y puestos a trabajar. Así el TEDH interpretó que el trabajo normalmente requerido a los individuos privados de libertad, bajo el artículo 5.1. e), no constituye una violación del artículo 4 del CEDH y no puede considerarse trabajo forzado. *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (the "Vagrancy cases"), judgment of 18 June 1971, Series A No. Judgments and Decisions, no. 12, p. 44, para. 89.

existido algún elemento de control psicológico, si se tomaron medidas para prevenir o impedir la fuga y si se llevo a cabo el control de la sexualidad y el trabajo forzoso.¹⁰³²

Finalmente, en base al principio de complementariedad que expresa la filosofía del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tomando como ejemplo la normativa relativa a la esclavitud, el TEDH apercibe en el caso *Siliadin v. Francia* a los Estados acerca de la necesidad de que la legislación nacional debe ser adecuada para garantizar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas o a las posibles víctimas de la trata.¹⁰³³

1.2.3 *Víctimas de violaciones del Derecho Internacional penal: los crímenes de lesa humanidad*

Pasamos ahora a la tercera categoría de víctimas que hemos tomado de la clasificación propuesta por FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE: víctimas de violaciones del Derecho Internacional penal, y entre éstas, concretamente, las víctimas de los crímenes de lesa humanidad.

El *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998 (Estatuto de Roma)¹⁰³⁴ enumera y define como *crímenes de lesa humanidad*¹⁰³⁵ conductas punibles en el ámbito de la trata de seres humanos.

¹⁰³² *Prosecutor v. Kunarac*, IT-29-23, Trial Judgement, of 22 February, 2001.

¹⁰³³ *Siliadin v. Francia* (§ 65). Vid. *mutatis mutandis*, *Caso Nachova y Otros vs. Bulgaria*. Sentencia del 6 de julio del 2005, (§ 96-97 y 99-102); *Caso Guerra y Otros vs. Italia*. Sentencia del 19 de febrero de 1998, (§ 58 al 60); TEDH. *Caso de Z y Otros vs. Reino Unido*. Sentencia del 10 de mayo del 2001 (§ 73 al 74).

¹⁰³⁴ El *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998 se adopta el 18 de julio de 1998 en el marco de la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada a auspicios de la Asamblea General de Naciones Unidas en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, está en vigor desde el 1 de julio de 2002. (Documento A/CONF.183/9) El Estatuto de Roma es el instrumento jurídico por el que se constituye el primer tribunal internacional de carácter permanente para el castigo de los crímenes internacionales más graves cometidos por individuos - el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, y la agresión - ha constituido un paso histórico en el reconocimiento de la legitimidad pasiva del individuo y, por ende, en la creación de un Derecho internacional penal. La Corte Penal Internacional tiene su sede en la Haya y se encuentra en funcionamiento desde el 11 de marzo de 2003.

Así los delitos conexos con la TSH punibles como *lesa humanidad* son: la esclavitud, la privación grave de la libertad física, la tortura, la violación, la esclavitud sexual; la prostitución forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable¹⁰³⁶ cuando se comentan *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil*¹⁰³⁷ y con el conocimiento de que se está produciendo un ataque planificado contra un grupo de

¹⁰³⁵ El concepto de crimen de lesa humanidad no se encuentra nítidamente recogido en ningún texto normativo, esto se debe a la especial naturaleza de los actos englobados dentro de esta categoría de crímenes, que lesionan al ser humano de manera tal que el daño sufrido por un solo individuo trasciende a toda la humanidad, escapando a los límites espaciales trazados por el Derecho Interno. A juicio de ZOLLER, la especial gravedad o trascendencia de tales crímenes hace que escapen a los límites espaciales trazados por el Derecho Interno. ZOLLER, E. “La définition de crimes contre l’humanité”, JDI, 1993-3, p.558.

¹⁰³⁶ El art. 7.1 del ER establece que las conductas punibles como lesa humanidad son: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de *apartheid*; Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Luego en el párrafo 2 del artículo se definen estas conductas.

¹⁰³⁷ En la redacción del Estatuto de Roma ambos requisitos han sido redactados de manera alternativa, no cumulativa, lo que permite llegar a la calificación del crimen en cuestión bien a través de consideraciones cualitativas bien cuantitativas. En todo caso, como apunta QUEL LÓPEZ, es imprescindible la existencia del elemento político, planificación o dirección concreta a la que respondan las conductas, lo que excluiría, por un lado, los actos inhumanos a iniciativa propia de individuos aislados, pero incluiría, por otro, actos únicos en el marco de un ataque sistemático fruto de un plan organizado. La experiencia del TPIY ha puesto de manifiesto que el elemento político puede provenir tanto del Estado como de cualquier organización que disponga del control de facto del territorio. QUEL LÓPEZ, J. “La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados” en Creación de una jurisdicción penal internacional, VV.AA., CONCEPCIÓN ESCOBAR (Coord.), Madrid, 2000, p. 92.

personas¹⁰³⁸. Este podría ser el caso de la *wayiha o sadaka* que significa quinta esposa -el islam recomienda hasta cuatro y la sadaka no está legalmente casada- es una forma de esclavitud muy generalizada en Níger (que consiste en la adquisición de una chica joven para trabajar en el servicio doméstico y como concubina) donde según Anti-slavery existen aproximadamente 43.000 casos de esclavitud en Níger. De hecho, como ya hemos relatado, Níger fue condenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS) –en el caso *Hadijatou Mani Koroua v Níger*- por haber violado la obligación internacional de proteger contra la *wayiha o sadaka* (una práctica que consiste en adquirir una menor en condiciones serviles como empleada doméstica y concubina).¹⁰³⁹

En este sentido, aunque la responsabilidad penal internacional del individuo y la responsabilidad internacional del Estado son instituciones independientes y autónomas, existe, una indudable conexión entre las dos responsabilidades en los supuestos en los que los individuos cometan alguno de los crímenes de la competencia material de la Corte actuando como órganos *de iure o de facto* del Estado. Esto dificulta en ocasiones la posibilidad de diferenciar de manera clara la responsabilidad del Estado de la del individuo. Sin embargo, al constatarse la responsabilidad internacional de Níger por el incumplimiento de su obligación de proteger contra la *wayiha o sadaka*, podría establecerse a partir de la sentencia de la ECOWAS¹⁰⁴⁰ una presunción *iuris tantum* acerca de la existencia de la responsabilidad internacional penal de un individuo, en este caso del gobierno de Níger con la generalización de esta parca esclavista en el país.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁸ El Estatuto de Roma recoge el *elemento intencional especial*, al precisar que los actos inhumanos se comentan con el conocimiento de que se está produciendo un ataque planificado contra un grupo de personas, resultando irrelevante para el caso los motivos personales que puedan animar al autor a su realización. *Asunto Prosecutor v. Dusko Tadic* § 305).

¹⁰³⁹ *Hadijatou Mani Koroua v Niger: Slavery Unveiled* (§ 9 y 10).

¹⁰⁴⁰ DUFFY, H., “Hadijatou Mani Koroua v Niger: Slavery unveiled by the ECOWAS Court”, *Human Rights Law Review* 9: 1 (2009), 151-170, p. 154.

¹⁰⁴¹ En relación a la competencia personal de la Corte Penal Internacional vid LIROLA, I. y MARTÍN, M. *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*, Ariel Derecho Barcelona, 2001, p. 143. Vid. también PIOTROWICZ, R., “States’ Obligations under Human Rights Law...*op.cit.*”, pp.191-193.

1.3 Hacia una propuesta de definición de víctima de trata y/o de las actuales formas de explotación

Siguiendo los términos del concepto de “víctima de trata” del Convenio de Varsovia, la única definición internacionalmente consensuada hasta la fecha está muy poco elaborada ya que define a la víctima de la trata con toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el propio Convenio.¹⁰⁴²

Al igual que el Convenio de Varsovia, que arranca de la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo, la Directiva sobre trata de la Unión Europea se fundamenta en la definición internacional de TSH que tiene exclusivamente en cuenta el concepto del delito de trata tal y como se recoge en los tres instrumentos citados.

Sin embargo, en el lenguaje de los informes y documentos políticos analizados,¹⁰⁴³ el término “víctima de la trata de seres humanos” ha adquirido un sentido que escapa a los estrechos márgenes de su definición legal como víctima de un delito internacional y abarca a todas aquellas personas, que huyendo o partiendo de circunstancias intolerables, han vivido situaciones de esclavitud o se encuentran inmersas en un proceso explotación en el negocio de las actuales formas de explotación de personas.

¹⁰⁴² “Por “víctima” se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo” (Art. 4.e) del Convenio de Varsovia).

¹⁰⁴³ En relación a los datos, vid. entre otros, los siguiente informes: EUROSTAT, *Trafficking...op.cit.*, UNODC, *Global Report...op.cit.* y OIT, *Estimaciones globales...op.cit.* Por otra parte son muchos los documentos políticos, como por ejemplo, el *Informe explicativo de la Convención Europea contra la Trata de seres humanos* que se refiere a la trata como la forma moderna de la esclavitud en todo el mundo con el antiguo comercio de esclavos (*Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report* (Warsaw, 16.V.2005) Council of Europe Treaty Series - No. 197); y, más recientemente, la COM de la Comisión Europea, *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos* (2012 – 2016) COM(2012) 286 final, Bruselas, 19.06.2012.

En este contexto, lo importante no son las razones que les han llevado a esa realidad¹⁰⁴⁴ sino que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en la que se están violando derechos irrenunciables como son el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, etc.¹⁰⁴⁵ Por lo que estas personas necesitan ayuda y protección, frente a sus tratantes, una obligación exigible a todos los Estados en cuanto que países de origen, tránsito o destino de TSH.¹⁰⁴⁶

En este sentido, -al menos respecto a otros derechos humanos- la obligación estatal de proteger se infiere del deber general que tiene el Estado de asegurar la eficacia y garantizar el ejercicio de los derechos así como asegurar a las víctimas los recursos para su adecuada reparación.¹⁰⁴⁷ A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece en su Opinión Consultiva 18/03 relativa a la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*¹⁰⁴⁸ que:

“Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas”.¹⁰⁴⁹

Dicha obligación, como hemos visto en el Capítulo III, proviene del desarrollo del Derecho internacional de derechos humanos en materia de trata.¹⁰⁵⁰ Sin embargo, como afirma

¹⁰⁴⁴ Como señala GALLAGHER “muchos individuos objeto de trata transnacional, serán *prima facie*, inmigrantes irregulares o responsables de inmigración clandestina”. GALLAGHER, A. *The International Law...op.cit.*, p. 278.

¹⁰⁴⁵ Vid. Capítulo III, apartado 2.1. *La trata de seres humanos como la vulneración de bienes jurídicos personalísimos*.

¹⁰⁴⁶ En relación a la trata de seres humanos, las obligaciones exigibles a todos los Estados son: la prohibición del tráfico de seres humanos; perseguir a los responsables; proteger a las víctimas; y asumir las causas y consecuencias del fenómeno de la trata. OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 147.

¹⁰⁴⁷ MOORE, J. “From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents” *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 1, No. 31, pp. 82-121, Fall 1999, pp. 92,93 and 96. Vid. en este sentido también, SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law* Oxford Univ Press, Oxford, 2006.

¹⁰⁴⁸ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos (Ser.A, nº. 18, 2003), para. 19.

¹⁰⁴⁹ Párrafo 109. OP- OC-18/03 (Ser.A, nº. 18, 2003)

¹⁰⁵⁰ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 153.

OBOKATA el término "protección" no debe ser interpretado de manera restrictiva.¹⁰⁵¹ De modo que, siguiendo de nuevo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes".¹⁰⁵²

En este contexto y en línea con la perspectiva doctrinal elegida para la elaboración de este trabajo (el enfoque de los derechos humanos),¹⁰⁵³ nos proponemos contribuir a la construcción de una definición holística de la "víctima de trata" que pudiera suponer un paso eficaz en la batalla internacional contra los crímenes de TSH. Para ello, partiremos del concepto de víctima internacional que se ha venido desarrollando en otras aéreas del Derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, proponemos la siguiente definición de "víctima de trata":

"Persona que haya sufrido o sufra un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas".

El concepto de víctima de trata propuesto se ha construido en torno a dos nociones, el daño sufrido por la víctima y la necesidad de protegerla frente a ese daño. Estos dos términos, el daño y la protección, nos permiten descomponer la definición propuesta en dos elementos que nos ayudaran a examinar mejor la aplicabilidad de la misma: el primer elemento, que hace referencia a las graves violaciones de derechos humanos soportadas por la *persona que haya sufrido un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico*; y el segundo elemento, *directamente causado por un acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas*, que se centra en la necesidad de protección que estas personas necesitan frente a los actos de trata o de explotación que han sufrido.

¹⁰⁵¹ *Ibid supra*.

¹⁰⁵² Párrafo 7. OP- OC-18/03 (Ser.A, nº. 18, 2003)

¹⁰⁵³ Vid. punto 2 del Capítulo III, *La perspectiva de Derechos humanos*.

1.3.1 Primer elemento: Persona que haya sufrido un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico

Dado que el enfoque de derechos humanos confiere una aproximación holística al fenómeno de la trata, el término “persona”, hace referencia a cualquier tipo de víctima, nacional o extranjera, hombre o mujer, adulto o menor.

Esto es, toda persona física que con independencia de su condición, género o edad hayan sufrido una grave violación de sus derechos fundamentales de las personas, -el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, la libertad sexual, la intimidad, entre otros- “haya sufrido un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico” debido a la conducta de un individuo o de una organización criminal.

Asimismo, dado que la condición de víctima de un delito resulta independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor y con independencia de la relación familiar que exista entre la víctima y el responsable del delito en cuestión.

Por último, los familiares de las víctimas también pueden resultar perjudicados por el delito. En particular, los familiares de una persona cuya muerte ha sido causada directamente por un delito pueden verse perjudicados a causa del delito.

1.3.2 Segundo elemento: directamente causado por un acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas

Para analizar mejor este elemento se puede separar en dos términos diferentes: “actos de trata” y “actuales formas de explotación de personas”.

1.3.2.1 “Actos de trata”

Aunque el Protocolo de Palermo tenía por objeto asumir la trata de seres humanos como el equivalente moderno de la trata de esclavos del siglo XIX, el concepto jurídico internacional de trata, tal y como hemos puesto de relieve supra, se configura como un mecanismo mediante el cual conseguir esclavizar a una persona.

En este contexto, es necesario distinguir entre el proceso de trata y la esclavitud misma, pues el delito de trata consiste en la captación y el transporte de personas, por medio de coacción, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad con el fin de su explotación en alguna de las actuales formas de explotación; que incluyen como mínimo, la explotación sexual, la explotación laboral, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.¹⁰⁵⁴

Partiendo del concepto internacional del delito de trata, “tratante” es la persona responsable de la captación y el transporte de personas que tiene como fin su explotación.

En este sentido, la trata engloba tres tipos de medios aludidos en el delito de trata para la obtención del consentimiento de las víctimas: el “engaño”, utilizado en la trata fraudulenta, cuando se emplea fraude y/o engaño; la “coacción”, empleado en la trata forzada, en la que se emplea la coacción, la amenaza o la fuerza, incluyendo el rapto; y, finalmente, el abuso de “situación de vulnerabilidad” propio de la trata abusiva, que viene configurada por el empleo de las situaciones de abuso de poder o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

Así el “engaño” supone la utilización de medios fraudulentos, incluyendo cualquier tipo de señuelo que según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima.

La “coacción” la utilización de medios coercitivos, esto es la violencia y la intimidación.

Y por último, una “situación vulnerabilidad” supone una situación de prevalimiento del sujeto activo (el tratante o el explotador, según el caso) bien derivadas de una situación de

¹⁰⁵⁴ Punto 1 del Capítulo IV, *Los elementos esenciales del delito de trata de seres humanos*.

superioridad respecto a ella, bien motivadas por un estado de necesidad en el que ésta se encuentra bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar, como puede ser una situación administrativa, una situación relacional de sometimiento o una situación de endeudamiento en el marco de un proceso migratorio clandestino¹⁰⁵⁵.

Además de los medios, en relación a las conductas o “actos de trata” es necesario el examen de otros dos conceptos: el “consentimiento viciado” y la “explotación”.

En relación al primero, siguiendo la definición del delito de trata, el consentimiento que la víctima hubiere podido prestar mediando engaño, coacción o abuso de una situación de vulnerabilidad está viciado, por haber sido prestado concurriendo trascendentes vicios de la voluntad.

La ineficacia del consentimiento emitido en las circunstancias aludidas viene determinada por la naturaleza absolutamente individual del bien jurídico protegido por el delito de trata y también de las infracciones conexas a este delito: la libertad, la seguridad y dignidad de la persona. Pese a su carácter individual, el vínculo a la idea de dignidad humana hace que dicho bien sea indisponible para el titular del mismo bien por ser un atributo consustancial a la personalidad humana por lo que: “no se puede consentir válidamente en lo degradante”¹⁰⁵⁶.

En cualquier caso, el consentimiento emitido por “abuso de una situación de vulnerabilidad”, es un supuesto difícil de determinar con relación a la víctima. Sin embargo, vinculado al concepto de “explotación” implica el análisis de dos criterios fundamentales en el actual negocio de la esclavitud moderna: el “propósito” de abusar de la posición dominante que surge de las circunstancias de hecho o de la posición vulnerable en la que se encuentran las víctimas (“propósito de abusar de la posición dominante”, en adelante) ; y en segundo lugar, el análisis del beneficio del autor del delito (“análisis del beneficio”, en adelante).

¹⁰⁵⁵ Apartado 1.2. del Capítulo IV, *Medios comisivos*.

¹⁰⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Revista de derecho social*, N° 4, 1998, p. 198.

El primer criterio, el “propósito de abusar de la posición dominante” infiere que dicho requisito se cumple aunque las propias víctimas las que, al encontrarse en una posición tan vulnerable, sean las primeras en tomar la iniciativa y acercarse activamente a los “tratantes” y “explotadores”.

El análisis del segundo criterio, el “beneficio económico” sirve para determinar la existencia o no de explotación en base al beneficio acumulado por el autor a partir de la situación de la posición vulnerable en la que se encuentra la víctima.

En este contexto, el “explotador” es la persona que abusando de su posición dominante obtiene un beneficio económico de la situación creada respecto de la víctima.¹⁰⁵⁷

1.3.2.1.1 “Actuales formas de explotación”

Éste término que hace referencia a la necesidad de proteger a las víctimas de la trata no solo respecto a los actos de trata sino también frente a la explotación de seres humanos; pues, en la práctica la trata sustituye a la esclavitud tradicional para atender a la demanda de las actuales formas de explotación de personas.¹⁰⁵⁸

Por ello el objetivo de esta definición de víctima de trata es abarcar tanto a las víctimas procedentes de la trata como a aquellas que sin haber sido objeto de captación o traslado se encuentran inmersas en las “actuales formas de explotación”, las víctimas de la moderna esclavitud.

¹⁰⁵⁷ Apartado 1.3.2. del Capítulo IV, *Interpretación del concepto de explotación*.

¹⁰⁵⁸ Según OBOKATA, la vinculación del crimen organizado a la trata de seres humanos es relativamente reciente, y viene marcada por la transición de la esclavitud tradicional a la actual de trata de personas. OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 31.

Un marco jurídico adecuado para luchar contra el fenómeno de TSH exige la tipificación del delito internacional de trata de seres humanos tanto como la penalización de otros delitos relacionados con la trata de personas.¹⁰⁵⁹

Además, dado que la violación de este marco jurídico resultante de la prohibición internacional de la TSH constituye el criterio para la adquisición de la condición de víctima, la inclusión en el derecho interno de los delitos subyacentes en la trata,¹⁰⁶⁰ las prohibiciones del Derecho internacional de los derechos humanos directamente relacionadas con la TSH -*la tortura o los tratos inhumanos o degradantes y la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado*- así como las formas de explotación asumidas formalmente por los Estados en base al Derecho internacional¹⁰⁶¹ posibilitan la ampliación del concepto de víctima de trata, a aquellas personas que hayan sufrido daños derivados de tales comportamientos delictivos.¹⁰⁶²

En este sentido, en línea con la propuesta realizada en este estudio para el establecimiento de un ordenamiento jurídico eficaz que permita ejercer de manera positiva la prohibición de la trata de seres humanos; el concepto de “víctima de la trata” debe abarcar, además de a las víctimas del delito internacional de trata, las violaciones manifiestas de los derechos humanos directamente relacionadas con las actuales formas de explotación o, al menos las asumidas formalmente por los Estados en base al Derecho internacional. A saber: la esclavitud y prácticas análogas; el tráfico de menores; los trabajos forzados u obligatorios; la servidumbre por deudas

¹⁰⁵⁹ UNODC, *Manual para luchar contra...op.cit.*, p. 98.

¹⁰⁶⁰ La prostitución forzada, el aborto forzado; el embarazo forzado; la tortura; el trato cruel, inhumano o degradante; la violación o agresión sexual; las lesiones corporales; el secuestro; el confinamiento ilícito; la explotación laboral; la retención de documentos de identidad ; y la corrupción. UNODC, *Manual para luchar contra...op.cit.*, p. 95.

¹⁰⁶¹ “La explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos” Art. 2. 3. de la Directiva sobre trata (DO L 101, de 15.4.2011, p. 6)

¹⁰⁶² Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. “El estatuto de las víctimas en Derecho internacional” en VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.; OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Volumen I, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, 2009, p. 180.

y de la gleba; el matrimonio forzoso; el tráfico de menores o incapaces para la mendicidad; la prostitución coactiva; la Explotación Sexual Comercial Infantil; el tráfico ilegal de órganos; y los delitos de lesa humanidad (en adelante, “actuales formas de explotación”).¹⁰⁶³

2 Hacia una protección integral de las víctimas de trata

Hecha nuestra propuesta de definición de víctima de trata y analizados sus elementos, nos interesa ahora el estudio del sistema de protección de las víctimas que surge de los instrumentos internacionales existentes y relacionados con la protección de las víctimas de la trata de seres humanos; el sistema de control de cumplimiento y, por último, el contenido de dicha protección.

2.1 Instrumentos internacionales existentes y relacionados con la protección de las víctimas de la trata de seres humanos

En el Derecho internacional de los derechos humanos, los principales instrumentos relacionados con la protección de las categorías de víctimas identificadas como “víctimas de la trata” -del delito de trata de seres humanos, de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de violaciones del Derecho Internacional Penal- proceden tanto del ámbito universal como del regional.

2.1.1 Instrumentos de ámbito universal

La primera referencia general en el ámbito del Derecho internacional relativa a la protección de las víctimas de la trata de personas se encuentran en el *Protocolo de Palermo*,

¹⁰⁶³ Punto 2 del Capítulo IV, *La tipificación de las conductas directamente relacionadas con las formas de explotación*.

concretamente en su artículo 2, b).¹⁰⁶⁴ En este sentido, se detallan en el Protocolo cuales deben ser las medidas asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas (art. 6); el régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor (art. 7); y acerca de la repatriación de las víctimas de la TSH (art. 8).¹⁰⁶⁵

También en el ámbito universal, pero en relación a los menores víctimas de la trata¹⁰⁶⁶ y su necesidad de especial protección, hemos de tener presente en primer lugar la *Convención sobre los Derechos del niño* de 1989 (CDN),¹⁰⁶⁷ en base a la cual los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica (art. 32) o cualquier otra forma de explotación (art. 34) y velar por qué ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 37). Para ello, los Estados parte adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para proteger a los menores (art.19) y “adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados” (art. 39).¹⁰⁶⁸

Con respecto a estas víctimas menores de edad, hay que tener también en cuenta el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía* de 2000,¹⁰⁶⁹ en virtud del cual los Estados se comprometen a investigar estos delitos (art.6) y a adoptar “medidas adecuadas

¹⁰⁶⁴ “Los fines del presente Protocolo son: b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos;” Protocolo de Palermo (documento A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001.

¹⁰⁶⁵ Documento A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001.

¹⁰⁶⁶ “A efectos de la Directiva 2011/36/UE sobre trata seres humanos (art. 2.5) se entenderá por “menor” cualquier persona menor de dieciocho años”.

¹⁰⁶⁷ Vid. en este sentido, el Preámbulo de la CDN, (documento A/RES/44/25). (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

¹⁰⁶⁸ Documento A/RES/44/25.

¹⁰⁶⁹ Documento A/RES/54/253.

para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas” en el Protocolo (art. 8).¹⁰⁷⁰

En relación a las víctimas de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984¹⁰⁷¹ establece en su artículo 3. 1 que:

“Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

Asimismo, en relación a la protección de estas víctimas los Estados se comprometen a la investigación pronta e imparcial de los casos posibles de tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 12); a garantice la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada (art. 14); y por último se constituye un órgano de control, el “Comité contra la Tortura” (art. 17). En este contexto, el *Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas* de 2002, que establece un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁰⁷²

Citamos por último en el ámbito universal, la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias* de 1990 (Convención de los trabajadores migrantes)¹⁰⁷³ que se aplica tanto a los migrantes documentados como aquellos

¹⁰⁷⁰ Documento A/RES/54/253.

¹⁰⁷¹ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987 (BOE núm. 268/1987, de 9 de noviembre de 1987).

¹⁰⁷² Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas, adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002. (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006).

¹⁰⁷³ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

que se encuentran en situación irregular;¹⁰⁷⁴ por lo que su ámbito protección abarca a todo tipo de tráfico de personas; esto es, el tráfico de inmigrantes en situación irregular como también el que se lleva a cabo con fines de explotación.¹⁰⁷⁵

2.1.2 Instrumentos de ámbito regional

En el ámbito regional, los instrumentos normativos relacionados con las víctimas de la trata proceden fundamentalmente de Europa, América y Asia.

En Europa, el *Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos* (Convenio de Varsovia)¹⁰⁷⁶ recoge entre sus objetivos principales:

“Proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces”.¹⁰⁷⁷

Así, en su Capítulo III, el *Convenio de Varsovia* recoge las medidas que estima pertinentes para proteger y promover los derechos de las víctimas. A saber, la necesidad de identificar, asistir y proteger la vida privada de las víctimas, contempla también un periodo de recuperación y de reflexión así como la concesión de permisos de residencia y garantías en el

¹⁰⁷⁴ Artículo 2.1 de la Convención de los trabajadores migrantes: “Se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

¹⁰⁷⁵ Artículo 7 de la Convención de los trabajadores migrantes: “Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

¹⁰⁷⁶ Documento ETS. No. 197.

¹⁰⁷⁷ Artículo 1, b) del Convenio de Varsovia (Documento ETS. No. 197)

proceso de repatriación y retorno de las víctimas; y por último, asegurar a las víctimas los recursos y el derecho a una indemnización por los daños sufridos.¹⁰⁷⁸

El *Convenio de Varsovia* contempla un sistema de vigilancia encargado de supervisar su aplicación en los distintos Estados parte. Dicho mecanismo consta de dos pilares: un organismo técnico, el Grupo de Expertos contra la trata de seres humanos (GRETA, en adelante);¹⁰⁷⁹ y un órgano más político, que es el Comité de las Partes.¹⁰⁸⁰

En el ámbito del Consejo de Europa, es necesario hacer referencia también a la *Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* de 1950 (CEDH), concretamente a los derechos derivados de la *prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado* (art. 4 CEDH) y de la *prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes* (art. 3 CEDH).¹⁰⁸¹

Asimismo en el ámbito de los órganos de naturaleza cooperativa del Consejo de Europa creemos necesario citar aquí el *Convenio Europeo nº 126 del Consejo de Europa para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes* de 1987¹⁰⁸² por el

¹⁰⁷⁸ Vid. los artículos del 10 al 17 del Convenio de Varsovia (Documento ETS. No. 197)

¹⁰⁷⁹ El GRETA es el organismo técnico encargado de supervisar la aplicación de la Convención por las Partes. Tiene la tarea de adoptar un informe y las conclusiones sobre la aplicación de cada Parte de la Convención. Integrado por expertos independientes y altamente calificados en el área de Derechos Humanos, la asistencia y protección a las víctimas y la lucha contra la trata de seres humanos, deberá tener un mínimo de 10 y un máximo de 15 miembros (art. 36 del Convenio de Varsovia).

¹⁰⁸⁰ El Comité de las Partes es el órgano más político y está compuesto por los representantes en el Comité de Ministros de las Partes en la Convención y de los representantes de las Partes que no son miembros del Consejo de Europa, que podrá adoptar las recomendaciones, sobre la base del informe y las conclusiones del GRETA, dirigida a una de las Partes sobre las medidas que deben adoptarse para el seguimiento de las conclusiones del GRETA (art. 37 del Convenio de Varsovia).

¹⁰⁸¹ Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de noviembre de 1953. (documento ETS No.5).

¹⁰⁸² Convenio Europeo nº 126 del Consejo de Europa para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987, firmado en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 (BOE núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989)

que se establece un procedimiento no judicial de carácter preventivo, basado en las visitas del “Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”; órgano encargado de examinar el trato dado a las personas privadas de libertad.¹⁰⁸³

En la Unión Europea, en línea con el *Convenio de Varsovia*, se adopta la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*.¹⁰⁸⁴ Esta Directiva que asume también el objetivo de proteger a las víctimas de la trata,¹⁰⁸⁵ contempla un mayor nivel de asistencia a las víctimas, en especial en relación con el tratamiento médico (art. 10) y medidas de protección especiales para las víctimas infantiles de la trata de seres humanos (arts. 12 a 14). Al mismo tiempo, la Directiva prevé un alcance más amplio de la disposición relativa a la no imposición de penas a las víctimas por su implicación en actividades delictivas, con independencia de los medios ilícitos empleados por las personas implicadas en la trata de seres humanos (art. 6).

También en el ámbito de la Unión Europea, se aprueba la *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*¹⁰⁸⁶ con el objetivo de mejorar la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas.

En el continente americano, la Organización de Estados Americanos se refiere a las víctimas de la trata de menores en la *Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores* de 1994,¹⁰⁸⁷ concretamente en su artículo 4, donde específicamente señala la

¹⁰⁸³ JIMÉNEZ GARCÍA, F. “La Corte Penal Internacional”, VVAA., CARLOS FERNANDEZ DE CASADEVANTE (Coord), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, 2ª ed., Madrid, 2003, p.389.

¹⁰⁸⁴ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, 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 (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1)

¹⁰⁸⁵ Vid. considerando 14 y el artículo 1 de la Directiva de trata de seres humanos (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1)

¹⁰⁸⁶ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DO L 335 de 17.12.2011, p.1.).

¹⁰⁸⁷ SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO.79.

necesidad de los Estados parte de cooperar con los Estados no parte en la protección y cuidado de los menores víctimas de un hecho ilícito.¹⁰⁸⁸

Por último, se hace referencia a la necesidad de protección de las víctimas de la trata en la *Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution* de 2002 adoptada por la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (ASACR),¹⁰⁸⁹ donde al hablar acerca de la repatriación de las víctimas de la trata transfronteriza, se hace especial hincapié en las medidas que los Estados parte deberán adoptar para la asistencia y protección de esta víctimas.¹⁰⁹⁰

2.2 Sistema de control de cumplimiento de la obligación de proteger

Del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos se deduce que existe ciertamente una obligación de proteger por parte de los Estados. A este respecto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (PIDCP) que establece en su artículo 2. 3. a)

“Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁸ El artículo 4 de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994 establece que: “Los Estados Parte, en la medida de lo posible, cooperarán con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito. En tal sentido, las autoridades competentes de los Estados Parte deberán notificar a las autoridades competentes de un Estado no Parte, en aquellos casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado Parte”. (SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO.79).

¹⁰⁸⁹ Documento disponible on line: <http://sgdatabase.unwomen.org/uploads/SAARC%20Convention%20on%20Preventing%20and%20Combating%20Trafficking%20in%20Women%20and%20Children%20for%20Prostitution.pdf>

¹⁰⁹⁰ Vid. Article IX de la *Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution* de 2002: “Pending the completion of arrangements for the repatriation of victims of cross-border trafficking, the State Parties to the Convention shall make suitable provisions for their care and maintenance. The provision of legal advice and health care facilities shall also be made available to such victims”.

¹⁰⁹¹ Artículo 2.3.a) del PIDCP (documento 999 UNTS 171).

En este mismo sentido, se manifiesta el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* de 1950 (CEDH).¹⁰⁹²

La obligación de proteger implica también la necesidad de adoptar medidas positivas para impedir a agentes no estatales cometer actos ilegales, que como afirma la Corte Internacional de Justicia en el en el asunto *Estados Unidos vs. Irán* “no pueden ser considerados como imputables en sí mismos al Estado iraní, lo que no significa que Irán esté, por consiguiente, exonerado de toda responsabilidad respecto de dichos ataques; pues su propio comportamiento era en efecto incompatible con sus obligaciones internacionales” En este sentido, Irán tenía, en cuanto Estado receptor, la más categórica obligación de adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección de la Embajada y los consulados de los EEUU, su personal, sus archivos, sus medios de comunicación y la libertad de movimiento de los miembros de su personal.¹⁰⁹³

Concretamente en relación al deber de prevenir las violaciones cometidas por los actores no estatales relativas a los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*¹⁰⁹⁴ establece claramente la obligación estatal de proteger contra las violaciones de estos derechos:

“Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no

¹⁰⁹² Artículos del 1 al 13 del CEDH (documento ETS No.5).

¹⁰⁹³ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el Asunto del Personal Diplomático y Consular en Teherán, caso *Estados Unidos vs. Irán*, de 24 de mayo de 1980 (CIJ Recuil 1980) para. 61.

¹⁰⁹⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.

por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.

Además, en este contexto, el hecho de que algunas de las conductas directamente relacionadas con la trata de seres humanos se encuentren recogidas dentro de los *crímenes de lesa humanidad*¹⁰⁹⁵ permite la aplicación indirecta a través de las jurisdicciones nacionales complementarias¹⁰⁹⁶ en el ámbito del Derecho internacional penal en base al principio de responsabilidad penal individual.¹⁰⁹⁷ Para ello, los Estados han de poner sus legislaciones en condiciones de atender a la exigencia de las responsabilidades penales, cuando estos delitos entren dentro de su ámbito de competencia, o se trate de crímenes para los que el Estado pueda tener competencia en virtud del principio de jurisdicción universal,¹⁰⁹⁸ como es el caso de los crímenes previstos en el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁵ El art. 7.1 del ER. Vid. también el punto 1.1.3.1. del presente Capítulo, *Víctimas de violaciones del Derecho Internacional penal: los crímenes de lesa humanidad*.

¹⁰⁹⁶ El principio de complementariedad expresa la filosofía del Estatuto de Roma: la finalidad de la Corte no es otra que completar la actividad de los sistemas judiciales nacionales en materia penal, en aquellos casos en que estos sistemas no existan o cuyos procedimientos de enjuiciamiento no sean eficaces. A pesar de que el Estatuto de Roma tan sólo se limita a enunciar este principio en su Preámbulo y en su artículo 1, el alcance y operatividad de esta complementariedad de la CPI se concreta en el tratamiento de las cuestiones de admisibilidad y en la definición de cosa juzgada o *non bis in idem*. JIMÉNEZ GARCÍA, F. “La Corte Penal Internacional” en VVAA., CARLOS FERNANDEZ DE CASADEVANTE (Coord), *Derecho Internacional...op. cit.*, p.389.

¹⁰⁹⁷ CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 64.

¹⁰⁹⁸ Respecto a la aplicación en el Derecho interno español del principio de jurisdicción universal, enunciado en el artículo 23.4 de la LOPJ, la redacción del artículo 7.2 de la Exposición de Motivos de la Ley 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la CPI, establece que: *cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un Departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles, y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso iniciar una investigación. En iguales circunstancias, los órganos judiciales o el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio*. Pero en caso de que la Corte no decida abrir investigaciones sobre el asunto, el asunto queda remitido a los tribunales españoles.

¹⁰⁹⁹ A saber, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, y la agresión (Documento A/CONF.183/9).

2.3 Contenido de la protección a las víctimas de trata

Como ya se ha apuntado el término "protección" no debe ser interpretado de manera restrictiva.¹¹⁰⁰ Además, en este contexto es necesario distinguir en el concepto de protección de las medidas correctivas o asistenciales, que son dos conceptos diferentes.¹¹⁰¹ Dentro de la primera, de los instrumentos estudiados se infiere que la obligación de los Estados respecto de las víctimas de la trata abarca: garantizar el acceso efectivo de estas víctimas a la justicia para la defensa de sus derechos; proteger su seguridad y su salud; su protección contra la tortura, tratos crueles o degradantes; proteger contra la devolución -el principio de *non-refoulement*-; asegurar su derecho al retorno voluntario; y la reparación en sus derechos a las víctimas de la trata.

2.3.1 Asegurar a las víctimas el acceso efectivo a la justicia para la defensa de los derechos individuales

Como hemos visto, la sanción de la responsabilidad internacional del individuo, se acude a la denominada aplicación indirecta del Derecho Internacional,¹¹⁰² en base a la cual son los Estados soberanos, a través de sus respectivas jurisdicciones nacionales, los encargados de juzgar y sancionar a aquellos individuos que hubieran incurrido en conductas constitutivas de delitos

¹¹⁰⁰ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 153.

¹¹⁰¹ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op. cit.*, p. 155.

¹¹⁰² La competencia estatal en relación con los comportamientos individuales previamente tipificados en el plano internacional e incorporados al ámbito interno, queda claramente establecida dentro de las propias normas internacionales que establecen obligaciones de sanción para los Estados. A modo de ejemplo señalamos: La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, 9 de diciembre de 1948; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Nueva York, 26 de noviembre de 1968; o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984. Vid. En este sentido, ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.510-511. Cr.IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

calificables de internacionales, entre los que se encuentra la trata. Lo cual garantiza el acceso a un recurso efectivo a las víctimas de la nacionalidad del Estado en cuestión.

Más dificultades presenta el acceso efectivo a los recursos para la defensa de sus derechos a los ciudadanos extranjeros, cuyo recurso es reclamar en el plano del Derecho interno del Estado infractor, y si no obtiene satisfacción, acudir a la llamada protección diplomática, a través de la cual será el Estado de la nacionalidad de la víctima el que reclame, bien directamente, bien ante un órgano internacional competente.¹¹⁰³ En este sentido, la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* de 1963¹¹⁰⁴ establece la obligación asistencia consular de prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía¹¹⁰⁵ mientras que el Estado de origen tiene el derecho de comunicarse con sus propios nacionales para asistirles en los términos establecidos por la Convención (art. 36). En todo caso, el derecho de toda persona a acceder en igualdad de condiciones ante los tribunales nacionales está claramente garantizado por el Derecho internacional de los derechos humanos¹¹⁰⁶ y los Estados deben dar los pasos necesarios para garantizar “el acceso efectivo ante los tribunales”.¹¹⁰⁷

¹¹⁰³ Los supuestos de protección diplomática se siguen configurando como una relación de Estado a Estado (entre Estado reclamante y Estado infractor) con la consiguiente precariedad del particular, cuya protección se encuentra mediatizada por la actuación del Estado de su nacionalidad, sujeta muchas veces a consideraciones de oportunidad política. En este sentido tampoco resulta tranquilizadora la disponibilidad que el Estado tiene sobre la reparación obtenida, a la que puede renunciar, sobre la que puede transigir y de la que puede beneficiarse. PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho...op.cit.*, pp. 191-192.

¹¹⁰⁴ Convención de Viena sobre relaciones consulares, adoptada en Viena el 24 de abril de 1963, en vigor el 19 de marzo de 1967 (596 UNTS 261).

¹¹⁰⁵ Artículo 5. i) de la *Convención de Viena sobre relaciones consulares*: “representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente”.(596 UNTS 261)

¹¹⁰⁶ Citamos entre otros, la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos (Ser.A, nº. 18, 2003), para. 109; el artículo 18 de la Convención de los trabajadores migrantes; el artículo del 1 al 13 del Convención Europea de los Derechos Humanos (documento ETS No.5).

¹¹⁰⁷ *Airey v. Ireland* (App. 6289/73), Judgment of 9/979, para. 25.

2.3.2 Proteger la seguridad y la salud de las víctimas

Los Estados tienen también la obligación de proteger la salud de las personas objeto de trata independientemente de su estatus administrativo, asegurándoles el acceso a la atención sanitaria. Esta obligación ha sido destacada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), el cual ha establecido que “la obligación de respetar el derecho a la salud” incluye “abstenerse de denegar o limitar el acceso en igualdad de condiciones a toda persona, incluidos prisioneros o detenidos, minorías, solicitantes de asilo, y migrantes en situación irregular”.¹¹⁰⁸

El derecho a la salud en la jurisdicción del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se encuentra amparado por el artículo 2 del CEDH.¹¹⁰⁹ En este sentido, los Estados ponen en riesgo la vida de las personas al denegar a ciertos individuos la atención médica reconocida para la población en general,¹¹¹⁰ como es el caso de las personas detenidas.¹¹¹¹

Además, el Comité Europeo de Derechos Sociales, el órgano encargado de controlar el cumplimiento de la *Carta Social Europea (revisada)* de 1996¹¹¹² por los Estados partes a través de la presentación de informes y las reclamaciones colectivas, en una de estas reclamaciones establece que “es contraria a la *Carta* cualquier norma o práctica que deniegue el derecho a la

¹¹⁰⁸ THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General Comment No. 14 (2000).

¹¹⁰⁹ Art. 2 del CEDH: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”.

¹¹¹⁰ En todo caso, tal y como afirma el TEDH el Estado tiene discrecionalidad para determinar el estándar mínimo de protección. *Chipre contra Turquía*, (App. 25781/94) Judgment of 10/5/01, para. 219..

¹¹¹¹ *Velikova v. Bulgaria*, (App. 41488/98) Judgment of 18/5/00, paras. 74-79.

¹¹¹² *Carta Social Europea (revisada)* firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

asistencia médica a los ciudadanos extranjeros que se encuentre en el territorio del Estado parte”.¹¹¹³

En relación a la protección de la seguridad y la salud de los menores la *Convención sobre los Derechos del niño* de 1989 (CDN) establece que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.¹¹¹⁴

En el ámbito de la protección de los menores víctimas de la trata, lo primero que hay que señalar es que la definición jurídica internacional de la trata de niños es distinta de la trata de adultos ya que requiere sólo un acto (traslado, venta, recepción, etc..) realizado con el propósito de someterlos a explotación y no es necesario demostrar ningún medio, como el engaño, la coacción o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.¹¹¹⁵

En el marco de la protección de los menores, la obligación de salvaguardar el “interés superior del menor” es primordial en relación a las víctimas de la trata. En este sentido, la Directiva sobre trata establece que en caso de duda se presupone la minoría de edad,¹¹¹⁶ lo cual, en el caso de los menores no acompañados, evitaría en caso de duda –acerca de su minoría de edad- su ingreso en los Centros de internamiento para extranjeros. En todo caso, la protección de la seguridad de estos menores requiere una “evaluación individual de las

¹¹¹³ *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (decision on the merits), Complaint No. 14/2003, Council of Europe: European Committee of Social Rights, 8 September 2004, disponible: <http://www.refworld.org/docid/4fe9d0352.html> (consultada el 4 de noviembre de 2013)

¹¹¹⁴ Art. 14. 1 de la CDN, (documento A/RES/44/25). (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990)

¹¹¹⁵ Art. 2. 5 de la Directiva sobre trata (DO L 101, de 15/4/2011).

¹¹¹⁶ Art. 10. 3 de la Directiva de la trata: “En caso de que no exista seguridad sobre la edad de la víctima y cuando existan razones para creer que se trata de un niño, tendrá la consideración de tal y se le concederán medidas de protección específicas a la espera de que se pueda comprobar su edad”. (DO L 101, de 15/4/2011).

circunstancias específicas”¹¹¹⁷ del caso; uno de los objetivos de esta medida es evitar el riesgo de ser retratada a causa de la reagrupación familiar de los menores tratados por sus padres.¹¹¹⁸ Finalmente, la seguridad de los menores víctimas de la trata se extiende al ámbito de la *Convención sobre el estatuto de los refugiados* de 1951 (Convención del refugiado, en adelante)¹¹¹⁹ y la protección subsidiaria,¹¹²⁰ pues pueden constituir “un determinado grupo social” según las *Directrices sobre protección internacional de 2006*.¹¹²¹

2.3.3 Proteger a las víctimas contra la tortura, tratos crueles o degradantes

Una vez determinado que la trata de seres humanos puede en muchos casos puede cometerse con la intención de infligir dolor y sufrimiento severo a la víctima con el objeto de lograr castigarla, intimidarla o discriminarla.¹¹²² La dificultad surge a la hora de determinar el alcance de la protección contra la tortura, tratos crueles o degradantes cometida por agentes

¹¹¹⁷ Art. 14 de la Directiva de la trata (DO L 101, de 15/4/2011).

¹¹¹⁸ Art. 10. 4. c) del Convenio de Varsovia: “realizarán todos los esfuerzos necesarios para encontrar a su familia, cuando se trate del interés superior del menor”.

¹¹¹⁹ *Convención sobre el estatuto de los refugiados* de 1951, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 (Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137)

¹¹²⁰ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (DO L 337/9, de 20.12.2011).

¹¹²¹ “Subgrupo social de personas que son definidas por características innatas e inmutables y que, con frecuencia, reciben un trato distinto al que reciben los hombres y, en su condición de mujeres, podrían constituir un determinado grupo social (...) Como ejemplos de subgrupos se citan los siguientes: mujeres solteras, mujeres viudas, mujeres divorciadas, mujeres analfabetas, niños separados o no acompañados, niños huérfanos o niños de la calle”. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional no. 7: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata...op.cit.*, para. 38, p. 13.

¹¹²² Vid. apartado 1.2.2.1 del presente capítulo, *De la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*.

no estatales, como es generalmente el caso de la trata cuando el Estado no quiera o no pueda hacer nada para proteger a estas víctimas,¹¹²³ pues como se establece literalmente en la Convención contra la tortura la obligación estatal de proteger se limita los supuestos en los que “dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.¹¹²⁴

En relación al alcance de la protección del artículo 3, la aplicación de la norma a los solicitantes de asilo, muestra la voluntad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de llevar a cabo una interpretación amplia de dicha protección contra los tratos inhumanos o degradantes¹¹²⁵ como se pone de manifiesto en el *caso de M.S.S. v. Bélgica y Grecia*.¹¹²⁶

¹¹²³ OSCE, Part I: “Legal Analysis” by Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, *Trafficking in Human Beings Amounting to Torture and other Forms of Ill-treatment*, p. 21.

¹¹²⁴ Artículo 1. 1 de la Convención contra la tortura.

¹¹²⁵ Aunque la prohibición del artículo 3, no es una norma dirigida a proteger a los solicitantes de asilo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo viene interpretando en el sentido de que prohíbe a los Estados que han ratificado el Convenio no sólo infligir torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino también enviar a los demandantes a países donde corren un riesgo cierto de sufrir tal tipo de trato. Lo cual implica una limitación a la hora de expulsar a nacionales de terceros países. ACNUR, *El Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR)*, 2003 (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2370>) Vid. en este sentido también, El Comunicado de prensa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativo a las conclusiones del Abogado General Trstenjak, donde afirma que no se puede trasladar a solicitantes de asilo a otros Estados miembros si corren peligro de que allí se vulneren gravemente sus derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

COMUNICADO DE PRENSA nº 96/11, Luxemburgo, 22 de septiembre de 2011 (<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-09/cp110096es.pdf>).

¹¹²⁶ En el caso *M.S.S. v. Bélgica y Grecia* (Demanda 30696/09) de 21 de enero de 2011, el Tribunal sostuvo que las condiciones de asilo en Grecia eran tan malas que no sólo Grecia había violado la CEDH, sino también Bélgica por haber transferido un solicitante de asilo a Grecia. Así, el 22 de septiembre de 2011, de acuerdo con la opinión del Abogado General Trstenjak, los solicitantes de asilo no pueden ser transferidos a otros Estados miembros si no podrían correr el riesgo de violación grave de los derechos fundamentales que están garantizados por la Carta de Derechos Fundamentales. (on line: <http://ec.europa.eu/anti-trafficking/download.action?nodeId=e0da2f12-0343->

A este tenor, en relación a los casos de torturas u otras formas de malos tratos por parte de actores no estatales, el TEDH aclara que los Estados no sólo tienen la obligación de abstenerse de cometer cualquier acto de tortura u otras formas de malos tratos, sino también para proteger a las personas bajo su jurisdicción a no ser sometida a tortura u otras formas de malos tratos por parte de actores no estatales. Por lo que los Estados también tienen la obligación de investigar cualquier acto de tortura u otras formas de malos tratos cometidos por personas privadas.¹¹²⁷ En este sentido, es importante señalar el caso *Opuz v Turquía*, donde el Tribunal de Estrasburgo determinó que Turquía había incumplido su deber de proteger a una mujer de las amenazas y violencia infringidas por su ex marido, que incluso llegó a matar a la madre de su mujer.¹¹²⁸ Al no adoptar las medidas de protección necesarias contra las graves violaciones que contra su integridad personal estaba sufriendo la demandante el Estado turco incumplió con los derechos de protección que se infieren del artículo 3 de la CEDH, *prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*.¹¹²⁹

En relación a la diligencia debida por el Estado de proteger a las víctimas de la trata del dolor o sufrimiento grave a una víctima sin capacidad para actuar, infringido bajo el control de sus tratantes con alguno de los propósitos de la tortura, en el ámbito de las conductas prohibidas en los artículos 3 y 4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, resulta especialmente interesante el caso *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis*,¹¹³⁰ termina con

[4d69-99d2-e09d2d6010bd&fileName=CASE+OF+M.S.S.+v.+BELGIUM+AND+GREECE%2C+Application+no.+30696_09.pdf](#)).

¹¹²⁷ CUNNIFFE, D. *Tackling impunity for Non-State Actors – How has the Committee against Torture interpreted the ‘acquiescence of a public official’ requirement in the Convention’s definition of torture and how does this compare with the concept of ‘due diligence’ developed by other regional mechanisms?* 2011 (sin publicar), p. 11.

¹¹²⁸ European Court of Human Right, *Case of Opuz v Turquía* (App 33401/02) Judgment of 9/06/09 (§176).

¹¹²⁹ El artículo 3 del CEDH, la prohibición de la tortura, es una de las disposiciones invocadas con más frecuencia: *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*.

¹¹³⁰ When a duty to investigate has arisen and is alleged to be broken a victim of that breach of duty may make a claim. By virtue of section 7 of the 1998 Act a claim may be brought by a “victim of the unlawful act” which in this case was the alleged failure to investigate the breaches of the human rights of the Claimants. In the hearing before me there was little discussion about whether the Claimants were properly to be categorised as victims. In my judgment a victim is a person who is directly affected by the unlawful failure to investigate the abuse

la condena al Servicio de Policía Metropolitana de Londres por no haber investigado las denuncias relativas a la situación de cuatro mujeres nigerianas que durante nueve años estuvieron sujetas a esclavitud domestica en la ciudad de Londres.¹¹³¹

2.3.4 Proteger a las víctimas internacionales extranjeras o apátridas contra la devolución al país de origen respetando especialmente el principio de non-refoulement

Este principio, considerado como norma del Derecho internacional consuetudinario,¹¹³² está enunciado en el artículo 33 de la Convención del refugiado de 1951¹¹³³ del *non-refoulement* o no devolución¹¹³⁴ y es un ejemplo de cómo un sistema de protección, en origen aplicable solo a los refugiados¹¹³⁵ se ha ido ampliado hasta cubrir otros supuestos de protección internacional, y concretamente los supuestos de trata.

perpetrated upon him. *O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis* (High Court of Justice Queen's Bench Division) Case No: HQ08X02815 [2011] EWHC 1246 (QB), 20 May 2011. (§165).

¹¹³¹ Las víctimas habían llegado a Londres en 1997, siendo aún menores (la más pequeña de todas contaba apenas 9 años y la mayor 15) fueron obligadas a trabajar sin remuneración en los hogares de los alrededores de Londres a cargo de otros menores y de las labores domesticas, siendo también sometidos a abusos físicos y emocionales por los cabezas de familia (las pegaban con una vara o un cinturón,) hasta el año 2006, tiempo durante el cual vivieron siempre en situación irregular *O.O.O and others v. the Commissioner of Police for the Metropolis* (§ 5-56).

¹¹³² GORTÁZAR ROTAECHE, C. *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Estudios Jurídicos N.S Univ Pontifica Comillas, 1997. p 385-367.

¹¹³³ Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137.

¹¹³⁴ Artículo 33 de la Convención del refugiado, *Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")*:

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

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

¹¹³⁵ Según el artículo 1. A. 2) de la Convención del refugiado, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo

El deber de garantizar el principio de *non-refoulement* tiene en el ámbito que nos ocupa dos implicaciones importantes: por un lado, la obligación de no ser devuelto al país de origen de la explotación y, por otro, la obligación de garantizar a las víctimas de trata extranjeras o apátridas el derecho a obtener la protección internacional.

2.3.4.1 Estatuto de protección internacional a las víctimas de la trata extranjeras o apátridas

Son varios los instrumentos internacionales que hacen mención específica al derecho de asilo y refugio de las víctimas de la trata. Concretamente, el Protocolo de Palermo¹¹³⁶ y el Convenio de Varsovia¹¹³⁷ establecen una cláusula de salvaguardia, según la cual las disposiciones de ambos instrumentos no afectarán en ningún momento a “los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de los derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, relativos al estatuto de los refugiados, así como el principio de *no-refoulement* consagrado en dichos instrumentos”. Por su parte, las Directivas 2004/81 y 2011/36 también especifican que no se respetará en todo momento el principio de no devolución. En España la *Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, contempla la trata como una situación de vulnerabilidad específica a tener en cuenta en la solicitud de protección internacional.¹¹³⁸ En este sentido, la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior ha reconocido por primera vez, el pasado 21 de octubre de 2013, el derecho a la protección internacional en nuestro país a una

social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

¹¹³⁶ Art. 14.1 del Protocolo de Palermo.

¹¹³⁷ Art. 14.5 y 40.4. del Convenio de Varsovia.

¹¹³⁸ Art. 46 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE núm. 263 de 31/10/ 2009, en vigor desde 20/11/ 2009).

joven nigeriana por ser víctima de una red con fines de explotación sexual¹¹³⁹.

El Derecho de los refugiados en su actual estado de evolución otorga protección a las personas que huyen de persecución de actores no estatales cuando el Estado no quiere o no puede protegerlos. Uno de los primeros casos fue el *Secretary of State for Home Department v. Lyudmyla Dzhygum*, donde una mujer Ucraniana que había sido tratada con finalidad de explotación sexual en el Reino Unido, logró probar la incapacidad del gobierno ucraniano para protegerla de la persecución de los tratantes en caso de volver a Ucrania¹¹⁴⁰ y, consecuentemente, logró que el Reino Unido le otorgara el estatuto de protección internacional.¹¹⁴¹

El principio de *non refoulement* se utiliza también en los casos de los solicitantes de protección que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, si regresasen a su país de origen, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir tortura u otro tipo de tratos inhumanos o degradantes, como en el caso *Bensaid v. United Kingdom* (App.

¹¹³⁹ “España otorga por primera vez el asilo a una víctima de la trata de mujeres”, *El País*, 21 de octubre de 2013.

¹¹⁴⁰ En esta sentencia el “Inmigration Appeals Tribunal” reconoció a Lyudmyla Dzhygum la condición de refugiada por haber demostrado que existían fundados temores de persecución por su pertenencia a un determinado grupo social. *Secretary of State for Home Department v. Lyudmyla Dzhygum* (Inmigration Appeals Tribunal) Appeal no. CC-50627-99 (00TH00728), 13 April 2000.

¹¹⁴¹ Vid. en este sentido, otros casos en los que el “Inmigration Appeals Tribunal” reconoce la protección internacional por pertenencia a determinado grupo social: *Secretary of State for Home Department v. Josephine Ogbeide* (May 2002); *Secretary of State for Home Department v. A.B.* (February 2003); *Secretary of State for Home Department v. A.* (February 2003); *Secretary of State for Home Department v. K.* (August 2003); *Secretary of State for Home Department v. Tam Thi Dao* (September 2003); *Moldova v. Secretary of State for Home Department* (November 2007); *China v. Secretary of State for Home Department* (2008); *Nigeria v. Secretary of State for Home Department* (November 2009); y *Thailand v. Secretary of State for Home Department* (January, 2010).

42367/98).¹¹⁴² En esta situación se corresponde con el derecho a la protección subsidiaria contemplado en el ámbito de la Unión Europea.¹¹⁴³

El análisis de la necesidad de protección internacional de víctimas de trata ha sido ampliamente estudiado por el ACNUR, que ha examinado cada requisito exigido por la Convención para el reconocimiento de la condición de refugiado desde la situación de las víctimas de trata, teniendo en cuenta las particularidades que presenta este tipo de vulneración de los derechos humanos.¹¹⁴⁴ En este contexto, las víctimas de trata podrían ser reconocidas como refugiadas cuando se pueda demostrar que tienen un “fundado temor de persecución”¹¹⁴⁵ de sufrir “violencia de género”¹¹⁴⁶ por motivo de su “pertenencia a un determinado grupo social”,¹¹⁴⁷ por ejemplo ser mujer víctima de la trata en países donde estas mujeres constituyen un subgrupo social -de características innatas e inmutables- que podría ser

¹¹⁴² *Bensaid v. United Kingdom* (App. 44599/98) , Judgment of 6 February 2001, para. 34.

¹¹⁴³ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (DO L 337, de 20/12/2011)

¹¹⁴⁴ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional no. 7: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata...op.cit.*

¹¹⁴⁵ Las formas de explotación severa equivalen a forma de persecución cuando constituyan graves violaciones de los derechos humanos, tales como el rapto, el encarcelamiento, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los trabajos forzados, la extracción de órganos, las golpizas, la privación de alimentos o de tratamiento médico. *Ibid.*, para. 15, p.6.

¹¹⁴⁶ El reclutamiento o captación forzosa mediante engaño de mujeres o menores para la prostitución o la explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llevar incluso a la muerte. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional no. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 2002. (<http://www.refworld.org/docid/3db6ac0c4.html>), para. 18, p. 6.

¹¹⁴⁷ “Un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”. *Ibid.* para. 11, p. 14.

un factor¹¹⁴⁸ que contribuya al temor de la persona a enfrentar persecución por motivos de trata; esto es de las represalias que pueda sufrir por parte de los tratantes o bien por el riesgo de volver a ser objeto de trata (*retrafficking*). Como se ha documentado en los casos de Nigeria¹¹⁴⁹ o Tailandia respecto a este último, resulta especialmente interesante la sentencia *Thailand v. Secretary of State for Home Department*,¹¹⁵⁰ donde se realiza un detallado análisis de los factores que determinan el temor de las mujeres y niñas víctimas de la trata a volver a caer en las redes de trata.¹¹⁵¹

No obstante, la protección internacional no abarcaría, de momento, a hombres y a niños que fueran víctimas de la trata. De momento, el ACNUR se encuentra en el proceso de desarrollar políticas legales y de protección para abarcar otras posibles categorías de víctimas de la trata.¹¹⁵²

¹¹⁴⁸ “Los factores que podrían distinguir a las mujeres como posibles víctimas de trata por lo general están vinculados con su vulnerabilidad en algunos contextos sociales” ACNUR, *Directrices sobre protección internacional no. 7: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas...op.cit.*, para. 38, p. 13.

¹¹⁴⁹ “Aunque interesa resaltar que la Delegación en España de ACNUR realiza un extenso informe en que concluye que la solicitante es merecedora de la protección que otorga el estatuto de refugiado. Considera que D^{ña}. Micaela, por ser mujer nigeriana víctima de trata de personas, es acreedora de una característica innata e inmutable, que se percibe como tal en la sociedad nigeriana, que la distingue del resto”. Sentencia 404/2010 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) de 13 de mayo de 2013, por la que se autoriza a una víctima de la trata a la permanencia en España por razones humanitarias.

¹¹⁵⁰ “Las antiguas víctimas de la trata en Tailandia constituyen los miembros de una social particular grupo, no todo va a estar en riesgo de grave daño a la entrega, el riesgo dependerá de un número de factores y debe evaluarse caso por caso” (§ 144) *Thailand v. Secretary of State for Home Department* (Immigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) AZ (Trafficked women) Thailand CG (2010) UKUT 118 (IAC), 26 January 2010.

¹¹⁵¹ “La evidencia de que los traficantes sexuales operan en toda Tailandia y, sobre todo en las zonas más pobres. Existe por tanto, riesgo para las jóvenes en cualquier parte del país, especialmente si viven sin el apoyo de una familia y no son lo suficientemente fuertes para resistir el riesgo de ser captadas en el comercio sexual. En este sentido, sus condiciones socio-económicas tienen una relación directa con el riesgo de caer en las redes de los tratantes”. *Thailand v. Secretary of State for Home Department* (§ 163).

¹¹⁵² Vid. en este sentido, ACNUR, *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, elaborado por Jacqueline

En todo caso, cuando la condición de refugiado no puede ser probada para una víctima de la trata, como por ejemplo es el caso de los niños soldados, cabría acudir a la protección del estatuto de Protección subsidiaria de la Unión Europea, contemplado en la Directiva 2011/95/UE¹¹⁵³ para los solicitantes de protección internacional que se encuentren fuera de su país de origen y no puedan regresar debido a un riesgo real de sufrir daños graves. A saber, tortura o tratos o castigos inhumanos o degradantes, pena de muerte o ejecución, y amenaza seria y específica contra la vida o la persona de un civil debido a una violencia indiscriminada vinculada a un conflicto armado interno o internacional.

2.3.4.2 Permiso de residencia temporal o permanente a víctimas de trata extranjeras o apátridas

La concesión de permisos temporales o permanentes de residencia específicamente a víctimas de trata constituye otra manera del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos del principio del *non-refoulement*.¹¹⁵⁴

En Estados Unidos, por ejemplo, el “T visa” es un permiso de residencia específico para víctimas de trata con riesgo de sufrir daños graves si son expulsadas de los Estados Unidos siempre y cuando asistan de manera razonable en las investigaciones y procesos contra la trata; mientras que el “U visa” es un permiso para migrantes víctimas de delitos graves entre los que se incluye la trata, sujeto de nuevo a la colaboración de las víctimas en la investigación y en el proceso, se justifica por motivos humanitarios, de interés público y también para garantizar la vida familiar.¹¹⁵⁵ En línea del el “U visa”, el Reino Unido, que no cuenta con un permiso

Bhabha y Christina Alfirev, Suiza, 2009. (PPLAS/2009/03) (<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4af98bfe2>).

¹¹⁵³ DO L 337, de 20/12/2011.

¹¹⁵⁴ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p.156.

¹¹⁵⁵ Section 107 of the Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000. Vid. También PEARSON, E. *Human traffic, human rights: redefining victim protection*, Anti-Slavery International, 2002

específico de residencia para víctimas de la trata, contempla el “Exceptional Leave to Remain” (ELR) por cuatro años aludiendo “exceptional and compassionate grounds”, en este sentido el Ministerio de interior estudia el riesgo o peligro de que la víctima regrese a su país de origen. Sin embargo, en la práctica la concesión de estos permisos se encuentra demasiado vinculada a la participación de la víctima en el proceso.¹¹⁵⁶

Este tipo de permisos específicos para víctimas de la trata han sido implantadas por el Derecho estatal en países otros países como Bélgica, Italia, Holanda.¹¹⁵⁷ Sin embargo, en la práctica todos ellos se encuentran vinculados de un modo u otro a la colaboración de las víctimas en el proceso contra sus tratantes.

En España aunque no existen este tipo de normas específicamente para víctimas de la trata, la concesión de permisos temporales de residencia se han previsto con el objeto de que las víctimas colaboren con las autoridades competentes.¹¹⁵⁸ En este sentido el artículo 59. 1 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de extranjería) establece que:

“El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores

(http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2009/h/hum_traff_hum_rights_redef_vic_protec_finai_full.pdf) pp. 122-124.

¹¹⁵⁶ PEARSON, E. *Human traffic, human rights...op.cit.*, pp. 113-115.

¹¹⁵⁷ Vid. en relación a los sistemas de protección de Bélgica, Italia y Holanda. PEARSON, E. *Human traffic, human rights...op.cit.*, pp. 88-90; 143-148; 66-68.

¹¹⁵⁸ En España, las condiciones para la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión así como la autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos se encuentra regulada en el Capítulo IV de la Ley de extranjería, fue aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE num. 103, de 30/04/2011, Sección 1, pag. 43821) en su redacción dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo, BOE núm. 98 de 24 de abril de 2013. Corrección de errores del RD 557/2011, de 20 de abril, de BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011).

de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores”.¹¹⁵⁹

En este contexto, las mujeres extranjeras en situación irregular que decidan colaborar con las autoridades policiales y denunciar a su explotador podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor. Dicha protección se extiende también a los hijos de la víctima y a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares.¹¹⁶⁰ En todo caso, dicha protección se limita geográficamente a aquellas personas que se encuentren físicamente en el territorio español en el momento de la denuncia. No se trata pues, de una figura para la reagrupación familiar con el objeto de evitar represalias contra la familia de la víctima que permanezca en el Estado de origen.

Por otra parte, a las víctimas que hayan sido identificadas por la que es la autoridad responsable de identificar a las víctimas de los actos ilegales cometidos como resultado directo de ser víctimas de la trata, la Unidad de Lucha contra las Redes de Inmigración y Falsificación de Documentos (UCRIF),¹¹⁶¹ se les concede período de restablecimiento y reflexión de 30 días durante el cual poder decidir si desean o no cooperar con las autoridades. De nuevo, la

¹¹⁵⁹ Artículo 59 redactado por el apartado sesenta y uno del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E. 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009.

¹¹⁶⁰ En este sentido, el artículo 1 de la L.O. 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («B.O.E.» 28 julio). Vigencia: 29 julio 2011 introduce también el artículo 31 bis, *Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género*, donde se establece que la mujer extranjera que se halle en la situación de violencia de género y en situación irregular “podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género” (art. 31 bis apartados 2 y 3). Dicha autorización provisional también podrá extenderse, si es caso, a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia (art. 31 bis apartado 3).

¹¹⁶¹ Art. 141 RELOEX, *Identificación de las potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos*.

protección se extiende también a los hijos de la víctima y a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares.¹¹⁶²

Sin embargo, este sistema de protección no parece muy efectivo a la luz de las aportadas por el IV Informe de Seguimiento del Plan de Acción Nacional contra la Trata para Explotación Sexual señalan que en 2012 el número de periodos de reflexión ofrecidos bajó de 763 a 377 -

¹¹⁶² Artículo 59 bis apartados 2 y 3 de la Ley de extranjería y el artículo 31 bis apartado 3 de la misma Ley, donde se establece que “la autorización provisional también podrá extenderse, si es caso, a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia.”

“2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueran mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período. Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

3. El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

que se corresponden con las mujeres en situación administrativa irregular, un 39%- y los aceptados por las víctimas se redujeron de 98 a 81.¹¹⁶³

2.3.5 Asegurar a las víctimas extranjeras o apátridas el retorno voluntario

Si la víctima desea regresar a su país de origen, la obligación del Estado es facilitarle el retorno voluntario. Esta repatriación voluntaria es la solución duradera elegida por muchas de las víctimas y se encuentra estrechamente ligada al derecho a retornar libremente al país de origen¹¹⁶⁴ sin ningún tipo de coerción física, psicológica o material que los obligue a retornar.

Este retorno voluntario en condiciones seguras y dignas, se encuentra recogido en los instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos; como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (PIDCP),¹¹⁶⁵ la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969¹¹⁶⁶ o en *Convención de los trabajadores migrantes* de 1990.¹¹⁶⁷

En la repatriación de las víctimas de la trata, se deben valorar de todos modos una serie de elementos caso por caso y respetar las obligaciones de los Estados al respecto. El Convenio de Varsovia, en su artículo 16, establece una serie de exigencias en cuanto a la recepción de las víctimas por los Estados cuyos nacionales o residentes son identificados como víctimas en otro país, y en cuanto a la repatriación o devolución de las víctimas por los Estados en los cuales ellas se encuentran y del cual no son residentes o nacionales. El retorno de la víctima debe ser “preferiblemente voluntario”. En todo caso, siempre el “retorno tendrá lugar dentro del

¹¹⁶³ IV Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2012 (http://www.mssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf)

¹¹⁶⁴ *The return of Refugees' or Displaced Person's Property: Working Paper*, E/CN.4/Sub.2/2002/17, paras. 22-28.

¹¹⁶⁵ Artículo 12.4 del PIDCP (documento 999 UNTS 171).

¹¹⁶⁶ Art. 22.5 de la Convención de San José.

¹¹⁶⁷ El artículo 8 de la Convención de los trabajadores migrantes (documento ILM 152).

respeto de los derechos, la seguridad y la dignidad de la persona, y del estado de los procedimientos judiciales vinculados al que se trata de una víctima".¹¹⁶⁸

En España, el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000 prevé en su apartado cuarto la posibilidad de facilitar a la víctima el retorno asistido a su país de procedencia, cuyo procedimiento desarrolla el artículo 145 de su Reglamento.

2.3.6 Asegurar a las víctimas el derecho a la reparación por medio de la indemnización

La indemnización es un adecuada forma de reparación para las víctimas y es muy importante porque dicha indemnización sirve para "afirmar el respeto público para la víctima y supone el reconocimiento público de la culpa del infractor por no respetar los derechos básicos".¹¹⁶⁹

Los Estados de origen son los primeros responsables en este sentido, por el hecho de que la trata de personas constituye un fracaso en la obligación de evitar que los traficantes violen los derechos humanos de las personas objeto de trata.¹¹⁷⁰ Sin embargo, esta obligación solo puede garantizarse en los países de tránsito y destino, en el momento en el que se reconoce públicamente la culpa del infractor. En este sentido, el Comité para la eliminación de la discriminación racial enuncia esta obligación en los siguientes términos:

"El derecho a la búsqueda de una justa y adecuada indemnización o satisfacción por los daños sufridos como consecuencia de una discriminación, se encuentra recogida en el artículo 6 de la Convención, la cual no se garantiza necesariamente mediante el mero castigo del autor de la discriminación, sino que los tribunales y las autoridades competentes deben considerar la concesión de una compensación económica por los daños, materiales o morales, sufridos por la víctima, siempre que sea apropiado".¹¹⁷¹

¹¹⁶⁸ Art. 16 del Convenio de Varsovia. Documento ETS. No. 197.

¹¹⁶⁹ SHELTON, D. *Remedies in International...op.cit.*, p. 215.

¹¹⁷⁰ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, pp. 160-164.

¹¹⁷¹ "the right to seek just and adequate reparation or satisfaction for any damage suffered as a result of such discrimination, which is embodied in article 6 of the Convention, is not necessarily secured solely by the punishment of the perpetrator of the discrimination; at the same time, the courts and other competent authorities should consider awarding financial compensation for damage, material or moral, suffered by a victim, whenever

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue esta misma línea argumental en el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* establece claramente que la obligación estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, incluye el compromiso de indemnizar.¹¹⁷² En relación al derecho a la vida o en el de la prohibición de la tortura, también el Tribunal europeo de derechos humanos exige que la legislación estatal asegure “una indemnización justa y adecuada”.¹¹⁷³

En todo caso, a la hora de conceder la indemnización los Estados deberán tener siempre presente el interés superior de las víctimas. La dilación del complicado proceso para obtener la indemnización termina afectando a la dignidad de las víctimas, convirtiendo en demasiadas ocasiones la compensación en lo que ROTH-ARRIAZA llama un “buying silence” o “blood money”.¹¹⁷⁴

3 Conclusiones: hacia un estatuto de víctima de trata

La trata y la explotación de seres humanos es un fenómeno global de dimensiones comparables a la antigua esclavitud, cuya conexión directa con los cambios socioeconómicos ha

appropriate”. CERD General Recommendation XXVI (Fifty-sixth session, 2000): Article 6 of the Convention, A/55/18 (2000) 153.

¹¹⁷²Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, para. 166, 174 y 175.

¹¹⁷³ *Z and Others v United Kingdom* (Application 29392/95). 10 May 2001, paras. 108 y 109. Vid. también el artículo 14. 1. de la Convención contra la tortura: “Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización”.

¹¹⁷⁴ ROHT-ARRIAZA, N. “Punishment, Redress, and Pardon: Theoretical and Psychological Approaches”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 21.

determinado la implicación en el proceso de víctimas de casi todas las nacionalidades y regiones.

No obstante, la trata es una realidad difícil de identificar que afecta a personas en situaciones vulnerables, especialmente mujeres y niños; donde la movilidad humana contribuye de manera decisiva a favorecer la más sórdida de las formas en que se desplaza la mano de obra en el mundo. En este contexto, la trata de personas con fines de explotación sexual, la forma de trata más y mejor documentada, se encuentra estrechamente relacionada con los movimientos transfronterizos.

Sin embargo, la mayoría de los trabajadores forzosos en actividades económicas, y casi todos los que están sometidos a trabajo forzoso impuesto por el Estado, no se han movido de sus lugares de residencia, siendo la proporción real de casos de trata para el trabajo forzoso probablemente superior a las estimaciones globales. Otras formas de trata menos documentadas son la servidumbre doméstica; las adopciones ilegales; el secuestro de menores - los llamados niños de la guerra- para ser utilizados en los conflictos armados; la mendicidad o el tráfico de órganos.

De cualquier forma, desde la perspectiva de los Derechos Humanos la trata de personas, no requieren el cruce de fronteras y, en estos casos, la persona tratada es, o así debería ser considerada por el derecho estatal, víctima de una grave violación de sus derechos fundamentales y de su dignidad. Sin embargo, las víctimas de la trata son a menudo percibidas como una amenaza para la seguridad interna debido a su conexión con el tráfico clandestino de personas y con las organizaciones criminales.¹¹⁷⁵ En estos contextos, las víctimas de la trata son especialmente vulnerables a ser detenidas y deportadas.¹¹⁷⁶

El análisis del concepto jurídico internacional de la trata de personas así como el estudio de la orientación doctrinal asumida para esta investigación, esto es, la perspectiva de derechos humanos, ha puesto de manifiesto que la norma internacional conceptualiza la trata como una

¹¹⁷⁵ Vid. apartado 1 del Capítulo III, *La perspectiva de derechos humanos frente a otras perspectivas*.

¹¹⁷⁶ GALLAGHER, A. *The International Law...op. cit.*, p. 278-280.

de las más graves formas de violación de los derechos fundamentales de la persona (Capítulo II). En este contexto, el desarrollo del derecho consuetudinario relativo a la trata de seres humanos constituye la base por la que la prohibición de la trata de seres humanos se configura como una de las obligaciones más claras del Derecho internacional de los derechos humanos;¹¹⁷⁷ y se configura como una norma imperativa del Derecho internacional general¹¹⁷⁸ (Capítulo III).

Sin embargo, en la práctica resulta difícil abordar la trata de personas como una cuestión de derechos humanos.¹¹⁷⁹ La cierta “indefinición” del concepto de víctima de la trata contribuye a perpetuar su invisibilidad, obstaculizando que los Estados cumplan con las obligaciones de identificación y protección de estas personas, en cuanto que víctimas de una de las más graves violaciones de los derechos humanos (Capítulo IV). No obstante, desde el Derecho Internacional resulta posible realizar una aproximación al concepto de víctima de trata que permita garantizar la identificación de estas víctimas y su protección (Capítulo V).

Así, fruto del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en relación a las obligaciones estatales surgidas al amparo de la prohibición de la trata y de las obligaciones contraídas en relación a las “víctimas” en el marco del Derecho internacional podemos concluir que el concepto de “víctima de trata” supera los límites de la definición internacionalmente consensuada del fenómeno para integrar también a las víctimas de los delitos directamente relacionadas con las “actuales formas de explotación”. La trata de esclavos es a la esclavitud, lo que la trata de personas a las actuales formas de explotación; así, la trata sustituye a la esclavitud tradicional para atender a la demanda de las actuales formas de explotación de personas.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective, Towards a Holistic Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, 148-150.

¹¹⁷⁸ Vid. punto 3 del Capítulo III, *Consecuencias del enfoque de derechos humanos*.

¹¹⁷⁹ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective, Towards a Holistic Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, 121.

¹¹⁸⁰ Para el autor, la vinculación del crimen organizado a la trata de seres humanos es relativamente reciente, y viene marcada por la transición de la esclavitud tradicional a la actual de trata de personas. OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings...op.cit.*, p. 31.

Desde el enfoque de los derechos humanos la trata es una de las violaciones más graves, como lo son la esclavitud y la tortura, cuya prohibición se constituye como una norma imperativa del Derecho internacional en el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* de 1969,¹¹⁸¹ a partir de la cual se imponen a los Estados un amplio elenco de obligaciones entre las que distinguimos su prohibición en sentido estricto, entendido como el establecimiento de un sistema jurídico eficaz para su prevención, procesamiento y sanción; y la obligación de proteger a sus víctimas.

Con este objetivo, y a partir del desarrollo de los instrumentos internacionales existentes en el ámbito europeo, el ordenamiento jurídico más avanzado hasta la fecha, planteamos en este trabajo el establecimiento de un estatuto de víctima de trata en el marco de la Unión Europea.

En este sentido, el Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen de octubre de 2010¹¹⁸², hizo hincapié en la protección de las víctimas cuando son reconocidas como tales. Posteriormente, el Comité se ha vuelto a pronunciar en relación a este punto en un Dictamen de diciembre de 2012, para añadir que “todo el problema estriba en este reconocimiento y en la carga de la prueba por parte de personas vulnerables, que no hablan la lengua, están vigiladas por quienes las explotan, tienen miedo, no conocen sus derechos y no saben a quién dirigirse. Para posibilitar una mayor escucha se debería avanzar en la detección de las víctimas”.

1183

¹¹⁸¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, firmada en Viena, 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980 (Documento de Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331)

¹¹⁸² DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI" COM(2010) 95 final – 2010/0065 (COD) (SOC/378, 21 de octubre de 2010)

¹¹⁸³ DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo 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 (SOC/467, 13 de diciembre de 2012) para. 3.2.

La consecuencia inmediata de la consideración de víctima es su tutela y la protección de sus derechos. En este sentido, la necesidad de establecer cauces jurídicos adecuados para hacer valer esos derechos sirve no solo para asegurar la efectividad del derecho a la reparación de las víctimas sino también a aumentar la eficacia del proceso penal y evitar no solo su *victimización secundaria*¹¹⁸⁴ sino también la retrata.

En este contexto, el objetivo del este estatuto de víctima de trata es doble: por un lado, la identificación de las personas necesitadas de protección contra la trata de seres humanos; y por otro, asegurar un nivel mínimo de prestaciones disponible para dichas personas en todos los Estados miembros.

Asimismo, el desarrollo de este estatuto permitirá la concreción de ciertos conceptos fundamentales la materia que ayudaran a definir y delimitar el fenómeno; tales como los conceptos de “tratante”, “retrata”, “represalias”, “formas actuales de explotación”, etc.

La creación de un estatuto de víctima de la trata se justifica por la magnitud y gravedad del fenómeno y su finalidad es mejorar la protección de las víctimas. Para ello el contenido propuesto para el estatuto de víctima es el siguiente: una definición consensuada de víctima de la trata que permita su identificación frente a otras problemáticas; la concreción de unos criterios comunes para el establecimiento de un sistema jurídico eficaz contra la trata; la determinación del conjunto de derechos y garantías inherentes a dicho “estatuto de víctima de trata de seres humanos”; y el procedimiento para su concesión.

¹¹⁸⁴ Esto es “el aumento innecesario del daño producido a la víctima como consecuencia, del transcurso del tiempo y del propio desenvolvimiento del proceso penal” SANZ HERMIDA, A. M^a., *Victimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Iustel, Madrid, 2009, p. 25.

CAPÍTULO VI. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*: DIRECTIVA SOBRE UN ESTATUTO DE VÍCTIMAS DE TRATA

Hemos optado por presentar nuestra propuesta de *lege ferenda* a modo de Directiva, un acto legislativo del Derecho de la Unión Europea que permite establecer un objetivo que todos los Estados miembros deben cumplir, pero cada EM debe decidir individualmente cómo hacerlo. Así los Estados miembros estarían obligados a establecer un estatuto de protección integral para las víctimas de trata y las actuales formas de explotación, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios.

La base legal específica en la que se fundamentan nuestra propuesta son los artículos 79. 1 y 2 del TFUE que hacen referencia a la adopción de las medidas necesarias para luchar contra la trata de seres humanos, particularmente para protección de las mujeres y niños así como de cara a la “prevención” del fenómeno; y el artículo 83. 1. del TFUE relativo a la Cooperación judicial en materia penal, que se refiere a la necesidad de adoptar normas mínimas en materias concretas relativas a la trata de seres humanos para poder combatirla según criterios comunes.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA: DIRECTIVA SOBRE UN ESTATUTO DE VÍCTIMAS DE TRATA

.....	361
CONSIDERANDOS	361
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES.	365
<i>Artículo 1. Objeto</i>	365
<i>Artículo 2. Definiciones</i>	365
<i>Artículo 3. Norma más favorable</i>	366
CAPÍTULO II. CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LA VÍCTIMA DE LA TRATA.....	366
<i>Artículo 4. Víctima de trata</i>	366
<i>Artículo 5. Proceso de trata</i>	366
<i>Artículo 6. Actuales formas de explotación</i>	367
<i>Artículo 7. Tratantes y explotadores</i>	367
CAPÍTULO III. EVALUACIÓN DE LAS SOLICITUDES DEL ESTATUTO DE VÍCTIMA DE TRATA	368
<i>Artículo 8. Valoración de los hechos y circunstancias</i>	368
<i>Artículo 9. Examen de la solicitud</i>	368
CAPÍTULO IV. “ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DE TRATA”	368
<i>Artículo 10. Concesión del estatuto de víctima de trata</i>	368
<i>Artículo 11. Retirada o pérdida del estatuto</i>	368
<i>Artículo 12. Normas generales</i>	369
<i>Artículo 13. Medidas de protección</i>	369
<i>Artículo 14. Protección contra las represalias o la retrata</i>	369
CAPÍTULO V. PROTECCIÓN ESPECÍFICA A VÍCTIMAS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS O APATRIDAS	370
<i>Artículo 15. Protección contra la devolución</i>	370
<i>Artículo 16. Información</i>	370
<i>Artículo 17. Mantenimiento de la unidad familiar</i>	370
<i>Artículo 18. Permiso de residencia</i>	370
<i>Artículo 19. Documentos de viaje</i>	370
<i>Artículo 20. Acceso al empleo</i>	371
<i>Artículo 21. Acceso a la educación</i>	371
<i>Artículo 22. Acceso a procedimientos de reconocimiento de cualificaciones</i>	371

<i>Artículo 23. Protección social</i>	371
<i>Artículo 24. Asistencia sanitaria</i>	371
<i>Artículo 25. Menores no acompañados</i>	371
<i>Artículo 26. Acceso a una vivienda</i>	372
<i>Artículo 27. Libertad de circulación en el Estado miembro</i>	372
<i>Artículo 28. Acceso a instrumentos de integración</i>	372
<i>Artículo 29. Retorno voluntario</i>	372
CAPÍTULO VI. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA	372
<i>Artículo 30. Cooperación</i>	372
<i>Artículo 31. Personal</i>	373
CAPÍTULO VII. DISPOSICIONES FINALES	373
<i>Artículo 32. Coordinación de la estrategia de la Unión contra la trata de seres humanos</i>	373
<i>Artículo 33. Incorporación al derecho nacional o Transposición</i>	373
<i>Artículo 34. Informes</i>	373
<i>Artículo 35. Entrada en vigor</i>	373
<i>Artículo 36. Destinatarios</i>	373

I

(Actos legislativos)

DIRECTIVAS

PROPUESTA DE DIRECTIVA 2014/XX/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

de 17 de febrero de 2014

relativa al establecimiento de un estatuto de protección de víctimas de trata y las actuales formas de explotación de personas y al contenido de la protección obtenida.

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 79, apartados 1 y 2 letra d); y su artículo 83 apartado 1.

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo.¹

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario.²

Considerando lo siguiente:

(1) Que la fijación de un nuevo concepto de trata de seres humanos más amplio y claro en el Protocolo de Palermo³ tenía por objeto

¹ DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo 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 (SOC/467, 13 de diciembre de 2012)

² Posición del Parlamento Europeo de 27 de octubre de 2011 (no publicada aún en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 24 de noviembre de 2011.

³ 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 de

asumir la trata de seres humanos como el equivalente moderno de la trata de esclavos del siglo XIX y que a partir de esta consideración, se anuncia el abordaje de la denominada política de las 3P. Esto es, prevención, protección de las víctimas y persecución o procesamiento de los infractores de este delito. En el marco de este planteamiento, la adopción del Convenio de Varsovia⁴ establece la necesidad de afrontar el fenómeno de la trata desde una perspectiva global que incluya todas las formas de trata de seres humanos y su peso en la actividad económica internacional así como a todas las posibles víctimas en la protección internacional contra la trata de personas. En este sentido, la adopción de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas⁵ representa la consolidación del viraje hacia los derechos humanos de las estrategias y políticas europeas en materia de trata orientadas, hasta ese momento fundamentalmente, a la lucha contra la inmigración irregular y el crimen organizado.

(2) La Unión Europea se enfrenta al reto de evitar y combatir la trata de seres humanos, un fenómeno global de dimensiones comparables a la antigua esclavitud. En alza en Europa, la trata es una realidad difícil de identificar que afecta a personas en situaciones vulnerables, especialmente mujeres y niños; donde la movilidad humana y los cambios socioeconómicos contribuyen de

2000 adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001).

⁴ Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (documento ETS. No. 197).

⁵ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

manera decisiva a favorecer el crecimiento de una actividad delictiva que tiene por objeto dar respuesta a la demanda de las actuales formas de explotación de seres humanos y que afecta a víctimas de casi todas las nacionalidades y regiones del mundo. Una de sus dimensiones más notorias –aunque rara vez la única– es la explotación sexual. Sin embargo, existen otras formas de explotación de seres humanos: la explotación laboral, de menores en la industria del sexo, para la mendicidad o en la guerra, los matrimonios serviles, el tráfico de órganos, etc.

- (3) La Directiva 2011/36/UE⁶ confirma que la trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, que constituye una de las más graves violaciones de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- (4) La presente Directiva forma parte de la estrategia adoptada por el Consejo Europeo en el Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla⁷ del 9 de diciembre de 2005. Esta aproximación identifica la trata como una grave violación de los derechos fundamentales de las personas, que vulnera bienes jurídicos personalísimos, como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, la libertad sexual, la intimidad, etc. Al abordar el fenómeno de la trata en su conjunto y no en parte como el resto de perspectivas –la lucha contra la migración irregular, el crimen organizado o la violencia de género–, el enfoque de derechos humanos confiere una aproximación holística al fenómeno de la trata. Este planteamiento cristaliza en la normativa de la Unión Europea con la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.⁸
- (5) A la vista de los resultados de las evaluaciones realizadas por EUROSTAT⁹ y los informes de evaluación presentados por el Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres humanos (GRETA) que contienen un análisis de la situación de cada país en relación a las acciones adoptadas para combatir el problema de la trata y sugerencias respecto a la implementación del Convenio de Varsovia,¹⁰ es conveniente en la fase actual confirmar los principios que subyacen a la Directiva

2011/36/UE¹¹, así como alcanzar un mayor grado de aproximación de las normas sobre el reconocimiento y el contenido de la protección de las víctimas de la trata a partir de unos requisitos más exigentes. Además, la Unión Europea no es parte del Consejo de Europa, y por tanto, la obligación de transponer en contenido del Convenio de Varsovia es a través de la legislación de los Estados miembros. Las implicaciones de recoger la trata como una de las formas más graves de violación de los derechos fundamentales de las personas son especialmente importantes de cara a su prohibición que requiere, no solo la persecución del delito sino también, el establecimiento de los mecanismos necesarios para la protección internacional de las personas frente a este fenómeno.

- (6) Con la finalidad de apoyar la transposición y aplicación de la Directiva 2011/36/UE surge la "Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de personas (2012-2016)"¹² presentada por la Comisión Europea el 19 de mayo de 2012, cuya finalidad es la elaboración de una política multidisciplinar y coherente para luchar contra la trata con la ayuda de los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil en la UE y en los terceros países. Los cinco objetivos prioritarios de esta nueva política europea relativa a la trata de seres humanos han sido refrendados por el Dictamen de diciembre de 2012 del Comité Económico y Social Europeo¹³ y son los siguientes: detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos; reforzar la prevención de la trata de seres humanos; perseguir más activamente a los traficantes; mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas; y, por último, conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos.
- (7) La Unión está comprometida con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia. En el marco del Programa de Estocolmo, una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano¹⁴, adoptado por el Consejo Europeo en su sesión de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, se solicitó a la Comisión y a los Estados miembros que analizaran cómo mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo para la protección de las víctimas, centrándose en prestar asistencia y reconocimiento a todas las víctimas, especialmente a aquellas formas graves de delincuencia

⁶ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

⁷ DO C 311 de 9.12.2005, p. 1/12.

⁸ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

⁹ EUROSTAT, *Trafficking in human beings*, Luxemburgo, 2013.

¹⁰ Documento ETS. No. 197.

¹¹ DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1.

¹² COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012.

¹³ COM(2012) 286 final (SOC/467, 13 de diciembre de 2012).

¹⁴ DO C 115 de 4.5.2010, p. 1.

y delincuencia organizada, como es la trata de seres humanos. Partiendo de esta realidad, surge la necesidad de crear mecanismos nacionales en el ámbito de la Unión Europea para orientar, proteger y asistir mejor a estas víctimas, especialmente a las más vulnerables. A saber: las víctimas adultas de la trata de seres humanos, los niños víctimas de la trata de seres humanos, los niños víctimas de abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil. En este contexto, se adopta la 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 Consejo¹⁵ en base a la cual la condición de víctima de un delito resulta independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor y con independencia de la relación familiar que exista entre ellos. Los familiares de las víctimas también pueden resultar perjudicados por el delito. En particular, los familiares de una persona cuya muerte ha sido causada directamente por un delito pueden verse perjudicados a causa del delito. Por consiguiente, esos familiares, que son víctimas indirectas del delito, también deben disfrutar del estatuto de protección en el marco de la presente Directiva. No obstante, los Estados miembros deben tener la facultad de establecer procedimientos para limitar el número de familiares que pueden disfrutar de los derechos establecidos en la presente Directiva. En el caso de los menores, el propio menor, o, a menos que sea contrario al interés del menor, el titular de la responsabilidad parental en nombre del menor, debe tener derecho a ejercer los derechos establecidos en la presente Directiva.

- (8) El principal objetivo de la presente Directiva es, por una parte, asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección contra la trata de seres humanos y, por otra parte, asegurar que un nivel mínimo de prestaciones esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros.
- (9) Los Estados miembros deben tener competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables que las normas establecidas por la presente Directiva para las personas que soliciten el estatuto de víctima de trata en un Estado Miembro, siempre que se entienda que tal petición se efectúa por los criterios establecidos en la presente Directiva.

- (10) La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En especial, la presente Directiva tiene por fin garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y la prohibición de la trata de personas, así como promover la aplicación de los artículos 1, 4, 5 y 6 y también 18 y 19 de la citada Carta, y debe, por lo tanto, aplicarse en consecuencia.
- (11) En la aplicación de la presente Directiva debe tenerse en cuenta la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes¹⁶ y Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁷ que regula el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, incluida la protección frente a la expulsión.
- (12) En lo que se refiere al trato de las personas que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros están vinculados por las obligaciones derivadas de los instrumentos del Derecho internacional en los que son parte, incluidos en particular los que prohíben la discriminación.
- (13) El “interés superior del niño” debe ser una consideración prioritaria de los Estados miembros en la aplicación de la presente Directiva, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989. A la hora de evaluar el interés superior del niño, los Estados miembros deben prestar particular atención a las necesidades especiales de protección del menor resultantes de la evaluación individualizada del riesgo, por lo que deberá prevalecer un planteamiento adaptado a la condición de menor; que tenga en cuenta su edad, grado de madurez y opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes.
- (14) La presente Directiva reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los

¹⁵ DO L 315 de 14.11.2012.

¹⁶ DO L 261 de 6.8.2004.

¹⁷ DO L 158 de 30.4.2004, p. 77.

hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines. Por este motivo, las medidas de asistencia y apoyo deben ser también diferentes según el sexo, en su caso. Los factores de “disuasión” y “atracción” pueden ser diferentes según los sectores afectados, como la trata de seres humanos en la industria del sexo o con fines de explotación laboral, por ejemplo en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico.

- (15) Es necesario introducir criterios comunes para que los solicitantes del “estatuto de víctima de trata” puedan optar a esta protección. Los criterios deben extraerse de las obligaciones internacionales impuestas por los instrumentos sobre derechos humanos y las prácticas existentes en los Estados miembros.

- (16) Deben fijarse normas sobre la definición de “víctima de trata de seres humanos” para guiar a los organismos nacionales competentes de los Estados miembros en la aplicación de las obligaciones internacionales impuestas por los instrumentos sobre derechos humanos.

Concretamente, se deben introducir conceptos comunes de “víctima de la trata”; “tratante”; y “explotador”.

- (17) Es necesario introducir tanto criterios comunes para el procedimiento del reconocimiento de la condición de víctima de trata como criterios comunes para la evaluación de las solicitudes presentadas para la concesión del estatuto de víctima de trata en el sentido de la presente Directiva.

En particular, es necesario introducir conceptos comunes de “consentimiento viciado”; incluido el “abuso de situación de vulnerabilidad”.

Asimismo se deben fijar los derechos relativos a la asistencia y protección de los solicitantes del estatuto de víctima de trata durante el tiempo que dure el estudio y evaluación de dicha solicitud.

- (18) Es necesario también, introducir un concepto común de “finalidad de explotación”, incluyendo igualmente conceptos comunes de “propósito de abusar de la posición dominante” y “beneficio económico”.

Una de las condiciones para el reconocimiento de una víctima en el sentido de la conducta tipificada como trata es la existencia de un nexo causal entre la “finalidad de explotación” -a saber, el propósito de abusar de la posición dominante y el beneficio

económico del tratante o explotador- y las conductas definidas en el delicto de trata y los delitos que integran las actuales formas de explotación.

- (19) Es necesario igualmente introducir un concepto común de “formas actuales de explotación”. A efectos de definir un determinado grupo de delitos, que se tendrán debidamente en cuenta, en la medida en que estén directamente relacionados con las actuales formas de explotación “esclavitud y prácticas análogas”; “tráfico de menores”; “trabajos forzados u obligatorio”; “servidumbre”; matrimonio forzoso; tráfico de menores o incapaces para la mendicidad”; “prostitución coactiva”; “Explotación Sexual Comercial Infantil”; tráfico ilegal de órganos”.

- (20) Deben fijarse normas sobre el contenido del “estatuto de víctima de trata de seres humanos” para orientar a los organismos nacionales competentes de los Estados miembros en la aplicación de las obligaciones de proteger a las víctimas de la trata procedentes del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos.

- (21) Asimismo corresponde introducir un concepto común de “retrata”. A efectos de definir el alcance del principio de *non-refoulement* en los casos de trata de personas.

- (22) El concepto de “tortura, el trato cruel, inhumano o degradante” se incluye también como un elemento propio de la trata de seres humanos.

- (23) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas relativas a la concesión por los Estados miembros de un estatuto uniforme para las víctimas de trata y al contenido de la protección concedida, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión y efectos de la presente Directiva, a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

- (24) La concesión del estatuto de víctima de la trata no entra en conflicto con la concesión de un “estatuto de residente de larga duración” establecido según las condiciones de la Directiva

2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.¹⁸

- (25) El solicitante debe disponer efectivamente de protección interna contra la persecución o los daños graves, debe presuponerse que el solicitante no dispone de una protección efectiva. Cuando el solicitante sea un menor no acompañado, la disponibilidad de disposiciones adecuadas en materia de cuidados y tutela que respondan al interés superior del menor no acompañado víctima de trata debe formar parte de la evaluación para determinar el alcance de la protección.
- (26) Los Estados miembros podrán disponer, dentro de los límites establecidos por sus obligaciones internacionales, que la concesión de beneficios en materia de empleo, protección social, asistencia sanitaria e instrumentos de integración requiera la expedición previa de un permiso de residencia.
- (27) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas relativas a la concesión por los Estados miembros de un estatuto uniforme para las víctimas de la trata y al contenido de la protección concedida, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión y efectos de la presente Directiva, a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.
- (28) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo n° 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, anejo al TUE y al TFUE, estos Estados miembros han notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación de la presente Directiva.
- (29) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n° 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no estará vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Objeto

La presente Directiva tiene por objeto establecer:

- a) las condiciones de concesión y retirada del estatuto de víctima de trata, y derechos correspondientes, otorgado por un Estado miembro a las personas víctimas de trata de seres humanos.
- b) las condiciones de la protección concedida en los Estados miembros a las personas que gocen de dicho estatuto.

Artículo 2

Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) *víctima de trata*:
 - i) persona física independientemente de su condición, género o edad, que haya sufrido un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas.
 - ii) los familiares de una persona cuya muerte o incapacidad haya sido directamente causada por un acto de trata o de las actuales formas de explotación de personas y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona;
- b) *familiares*, el cónyuge, la persona que convive de manera estable y continua con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas, y las personas a cargo de la víctima.
- c) *menor*, persona menor de 18 años;

¹⁸ DO L 16/44 de 23.1.2004.

- d) *menor no acompañado*, el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje en el territorio de los Estados miembros;
- e) *permiso de residencia*, todo permiso o autorización expedido por las autoridades de un Estado miembro en la forma prevista en la legislación de dicho Estado, que permita a un nacional de un tercer país o a un apátrida residir en su territorio;
- f) *país de origen*, el país o los países de nacionalidad o, en el caso, de los apátridas, de la anterior residencia;
- g) *nacional de un tercer país*: cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en los términos del apartado 1 del artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- b) Los familiares de una persona cuya muerte o incapacidad haya sido directamente causada por un acto de trata o de las actuales formas de explotación de personas y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona;
2. Para la apreciación de la condición de víctima resulta irrelevante que los daños a los que hace referencia el apartado 1 hayan sido infringidos por una organización criminal o por otra persona física.
3. La condición de víctima de un delito resulta independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor y con independencia de la relación familiar que exista entre ellos.

Artículo 5

Proceso de trata

1. El proceso de trata de trata incluye tres elementos la captación y/o el traslado de personas, por medio de coacción, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad con el fin de su explotación en alguna de las actuales formas de explotación.
2. La acción constituye el primero de los elementos del proceso de trata y alude al cambio de ubicación en el espacio físico de la víctima, en cuanto que se comercia con la personas. En el proceso de trata la acción abarca la captación de la víctima, pasando por el transporte y el traslado, hasta la acogida o la recepción en el lugar de destino.
3. Los medios de trata referidos en el artículo 4 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:
- a) Engaño, supone la utilización de medios fraudulentos, incluyendo cualquier tipo de señuelo que según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima.
- b) Coacción, utilización de medios coercitivos, esto es la violencia y la intimidación.
- c) Abuso de situación de vulnerabilidad, supone una situación de prevalimiento del sujeto activo (el tratante o el explotador, según el caso) bien derivadas de una situación de superioridad respecto a ella, bien motivadas por un estado de necesidad en el que ésta se encuentra bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar, como puede ser una situación administrativa, una situación relacional de sometimiento o una situación de endeudamiento en el marco de un proceso migratorio clandestino.

Artículo 3

Norma más favorable

Los Estados miembros podrán introducir o mantener normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como víctima de la trata, y para determinar el contenido de la protección como víctima de la trata, siempre que tales normas sean compatibles con la presente Directiva.

CAPÍTULO II

CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE VÍCTIMA DE LA TRATA

Artículo 4

Víctima de trata

1. Podrá ser identificada como víctima de trata:
- a) Cualquier "persona física" con independencia de su condición, género o edad. En este sentido, el estatuto de víctima de la trata abarca tanto a ciudadanos europeos como a nacionales de terceros estados que haya sufrido un daño físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas.

4. El consentimiento que la víctima hubiere podido prestar mediando engaño, coacción o abuso de una situación de vulnerabilidad está viciado, por haber sido prestado concurriendo trascendentes vicios de la voluntad.

En el caso de los menores, la emisión del consentimiento es irrelevante por lo que para apreciar la existencia de trata de seres humanos basta la realización de cualquiera de los actos referidos en el apartado 2 con el propósito de someterlo a explotación.

5. La finalidad de su explotación en alguna de las actuales formas de explotación:

- a) el “propósito de abusar de la posición dominante” infiere que dicho requisito se cumple aunque sean las propias víctimas, las que al encontrarse en una posición tan vulnerable sean las primeras en tomar la iniciativa y acercarse activamente a los “tratantes” y “explotadores”.
- b) el “beneficio económico” sirve para determinar la existencia o no de explotación en base al beneficio acumulado por el autor a partir de la situación de la posición vulnerable en la que se encuentran la víctima.

Artículo 6

Actuales formas de explotación

Las actuales formas de explotación del artículo 4 son violaciones manifiestas de los derechos humanos directamente relacionadas con algunas de las infracciones siguientes:

- a) La esclavitud y prácticas análogas constituyen un estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y "esclavo" es toda persona en tal estado o condición.
- b) El tráfico de menores que consiste en la entrega a otra persona de un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, mediando compensación económica y eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción.
- c) Los trabajos forzados u obligatorios constituyen todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.
- d) La servidumbre por deudas y de la gleba que es el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien

sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

- e) El matrimonio forzoso es aquel en el que una de las partes se casa contra su voluntad o a la fuerza mediando violencia, intimidación o engaño.
- f) El tráfico de menores o incapaces para la mendicidad que consiste tanto en utilizar al menor o incapaz como en prestarlo a terceros para la práctica de la mendicidad.
- g) La prostitución coactiva consiste en lucrarse explotando la prostitución ajena.
- h) La Explotación Sexual Comercial Infantil implica la transacción económica o en especie entre una persona adulta (cliente-explotador) y el menor, o entre aquella y uno o varios intermediarios que se lucran de dicha transacción y comprende cuatro manifestaciones básicas: prostitución infantil, turismo sexual infantil, trata de menores con fines de explotación sexual y pornografía infantil.
- i) El tráfico ilegal de órganos consiste en la promoción, favorecimiento o facilitación de la obtención, trasplante o tráfico ilegal de órganos humanos.
- j) Los delitos de lesa humanidad directamente relacionados con la trata de seres humanos cuando se comenten como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Artículo 7

Tratantes y explotadores

1. El tratante es el responsable de los daños causados a la víctima durante el proceso de trata.
2. El explotador es la persona que abusando de su posición dominante obtiene un beneficio económico de la situación creada respecto de la víctima; y el responsable de los daños causados a la víctima durante su explotación.
3. Tratantes o explotadores podrán ser, entre otros:
 - a) organizaciones criminales
 - b) cualquier persona física

- c) familiares de la víctima
- d) otras víctimas.

CAPÍTULO III
EVALUACIÓN DE LAS SOLICITUDES DEL ESTATUTO DE
VÍCTIMA DE TRATA

Artículo 8

Valoración de los hechos y circunstancias

1. Los Estados miembros tendrán el deber de valorar los elementos pertinentes de la solicitud con la cooperación del solicitante y de los actores que intervienen directamente con las víctimas de trata, incluidas las ONGs.
2. Los elementos mencionados en el apartado 1 consistirán en las declaraciones del solicitante y en toda la documentación de la que disponga sobre su edad, estado de salud, pasado, incluido el de parientes relacionados, identidad, nacionalidad(es) y documentos de viaje, lugares de anterior residencia, trayectoria e itinerarios del viaje o traslado.
3. La evaluación de una solicitud de estatuto de víctima de trata se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta:
 - a) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas, incluida la información sobre los daños físico o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico que el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves;
 - b) la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir acto de trata o por alguna de las actuales formas de explotación de personas.

Artículo 9

Examen de la solicitud

1. Las autoridades nacionales competentes tendrán para la tramitación de la solicitud un plazo de tres meses a partir de la fecha de su presentación.
2. En el momento de su presentación las autoridades nacionales competentes llevarán a cabo una evaluación individualizada del riesgo que tiene por objeto determinar las necesidades específicas de protección

del solicitante para poder garantizar su seguridad durante el periodo que dura el examen de su solicitud.

3. El examen de las solicitudes presentadas se llevará a cabo por las autoridades nacionales con el dictamen preceptivo pero de resultado no vinculante de las organizaciones internacionales y ONGs.

CAPÍTULO IV
“ESTATUTO DE VÍCTIMA DE TRATA”

Artículo 10

Concesión del estatuto de víctima de la trata

1. Las autoridades nacionales competentes comunicarán por escrito al solicitante con la mayor brevedad la resolución adoptada y, en cualquier caso, antes de transcurridos seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud. Dicha resolución se notificará al interesado de acuerdo con los procedimientos previstos en la normativa nacional pertinente.
En circunstancias excepcionales vinculadas a la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero.
Además, se informará al interesado de los derechos y obligaciones que le incumben en virtud de la presente Directiva.
Las consecuencias de la ausencia de una resolución al expirar el plazo contemplado en la presente disposición deberán ser reguladas por la legislación nacional del Estado miembro de que se trate.
2. Si se cumplen las condiciones previstas en los artículos 4 y 8 el Estado miembro de que se trate deberá otorgar al solicitante el estatuto de víctima de trata.

Artículo 11

Retirada o pérdida del estatuto

1. Los beneficiarios del estatuto de víctima de trata perderán su derecho a mantener el estatuto de víctima de trata si se comprueba su obtención fraudulenta;
2. Los Estados miembros podrán establecer que el beneficiario de un estatuto de víctima de la trata pierda su derecho a conservar dicho estatuto cuando represente una amenaza para el orden público, seguridad y salud pública por la gravedad de los delitos cometidos y atendiendo a los artículos 12 y 18 de la presente Directiva.

3. En cualquier caso, tras una ausencia de cinco años del territorio del Estado miembro que le haya concedido el estatuto de víctima de la trata, el interesado perderá su derecho a mantener dicho estatuto en ese Estado miembro.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Estado miembro en cuestión podrá establecer que, por razones específicas, el beneficiario del estatuto de víctima de trata en el territorio de dicho Estado miembro en caso de ausentarse por un período superior a seis años.

Artículo 12

Normas generales

1. En la aplicación de la presente Directiva el interés superior del menor será una consideración primordial.

2. Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona solicitante de un estatuto de víctima de trata sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección.

3. Al aplicar las disposiciones del presente capítulo, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores, las víctimas de trata de seres humanos, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual.

4. El apartado 2 será aplicable únicamente a las personas que tengan necesidades especiales comprobadas tras una evaluación individual de su situación.

Artículo 13

Medidas de protección

1. Las medidas de protección mencionadas en el presente artículo se aplicarán junto con los derechos establecidos en la Directiva 2012/29/UE¹⁹ y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.²⁰

2. Los Estados miembros se asegurarán de que las víctimas de la trata de seres humanos reciban una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo, por ejemplo dándoles acceso, si procede, a programas de protección de testigos u otras medidas similares, de conformidad con los criterios definidos por la legislación o los procedimientos nacionales.

3. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso inmediato al asesoramiento jurídico y, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización. El asesoramiento jurídico y la representación legal serán gratuitos cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos.

4. Sin perjuicio de los derechos de defensa, y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros velarán por que las víctimas de la trata de seres humanos reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales:

- a) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio;
- b) el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas;
- c) testificar en audiencia pública, y
- d) preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario.

Artículo 14

Protección contra las represalias o la retrata

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación, las represalias o la retrata.

2. La protección contra las represalias o la retrata solo la podrán proporcionar:

¹⁹ DO L 315 de 14.11.2012.

²⁰ DO L 335 de 17.12.2011.

- a) el Estado, o organizaciones y ONGs, que en coordinación con el Estado puedan ofrecer protección con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.
- b) La protección contra las represalias o la retrata deberá ser efectiva y de carácter no temporal. En general se entenderá que existe esta protección cuando los agentes mencionados en el apartado 1, letras a) y b), tomen medidas razonables para impedir el sufrimiento de represalias o la retrata, entre otras la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de trata, y el solicitante tenga acceso a dicha protección.
3. La *retrata* es el riesgo que puede tener una víctima de trata de volver a ser objeto de trata.

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN ESPECÍFICA A VÍCTIMAS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS O APATRIDAS.

Artículo 15

Protección contra la devolución

1. Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales, entre las que se encuentra la obligación de garantizar a las víctimas de trata el derecho a obtener la protección internacional, si fuera el caso, y, por otro, la necesidad de expedir permisos de residencia temporal y permanente para estas víctimas.
2. Los Estados miembros podrán revocar o poner fin al permiso de residencia, o negarse a renovarlo o a concederlo a una víctima de la trata existen motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado.

Artículo 16

Información

Los Estados miembros proporcionarán a los beneficiarios del estatuto de víctima de trata, tan pronto como sea posible acceso a la información sobre los derechos y las obligaciones relacionados con dicho estatuto, en lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito. Estas comunicaciones tendrán en cuenta las características personales de la víctima, incluida cualquier discapacidad que pueda afectar a su capacidad de entender o de ser entendida en una lengua que entiendan o que se suponga razonablemente que entienden.

Artículo 17

Mantenimiento de la unidad familiar

1. Los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar.
2. Los Estados miembros velarán por que los miembros de la familia del beneficiario estatuto víctima de trata que no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicha protección tengan derecho a solicitar las medidas de protección previstas en los artículos 13 a 29, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con la condición jurídica personal del miembro de la familia de que se trate.
3. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán denegar, reducir o retirar las prestaciones que en los mismos se mencionan por motivos de seguridad nacional o de orden público.
4. Los Estados miembros podrán decidir que el presente artículo se aplique también a otros familiares cercanos que estuvieran total o principalmente a cargo del beneficiario de estatuto víctima de trata en el momento de ser tratada.

Artículo 18

Permisos de residencia

Tan pronto como sea posible después de la concesión del estatuto víctima de trata, salvo en caso de que se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público, los Estados miembros expedirán a los beneficiarios del estatuto de víctima de trata nacionales de terceros estados un permiso de residencia válido como mínimo por tres años y renovable.

Sin perjuicio del artículo 17, apartado 1, el permiso de residencia que se expida a los miembros de la familia del beneficiario del estatuto víctima de trata estatuto de podrá tener una validez inferior a tres años, renovable.

Artículo 19

Documentos de viaje

Los Estados miembros expedirán a los beneficiarios del estatuto víctima de trata que no puedan obtener un pasaporte nacional documentos que les permitan viajar fuera de su territorio, salvo en caso de que se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público.

Artículo 20

Acceso al empleo

1. Dos meses después de conceder el estatuto de víctima de trata, los Estados miembros autorizarán a los beneficiarios de esta protección contra la trata a realizar actividades económicas por cuenta ajena o por cuenta propia con arreglo a las normas aplicadas de forma general a la actividad profesional de que se trate.

2. Los Estados miembros velarán por que se ofrezcan a los beneficiarios el estatuto de víctima de trata las posibilidades de formación relacionada con el empleo para adultos, formación profesional, incluidos cursos de formación para la mejora de las cualificaciones, trabajo en prácticas y asesoramiento ofrecido por las oficinas de empleo, en condiciones equivalentes a las de los nacionales.

3. Los Estados miembros se esforzarán por facilitar a los beneficiarios del estatuto de víctima de trata el pleno acceso a las actividades mencionadas en el apartado 2.

4. Se aplicará la legislación nacional en materia de remuneración, acceso a los sistemas de seguridad social correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo.

Artículo 21

Acceso a la educación

1. Los Estados miembros darán pleno acceso al sistema de educación a todos los menores nacionales de terceros estados a quienes se haya concedido el estatuto de víctima de trata, en las mismas condiciones que a los nacionales.

2. Los Estados miembros permitirán que los adultos nacionales de terceros estados a quienes se haya concedido el estatuto de víctima de trata accedan al sistema de educación general, formación continua o capacitación en las mismas condiciones que los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio.

Artículo 22

Acceso a procedimientos de reconocimiento de cualificaciones

1. Los Estados miembros garantizarán la igualdad de trato entre los beneficiarios del estatuto de víctima de trata y los nacionales en el

marco de los procedimientos vigentes de reconocimiento de diplomas, certificados y otras pruebas de cualificaciones oficiales extranjeros.

2. Los Estados miembros se esforzarán por facilitar a los beneficiarios de protección internacional que no puedan aportar documentos justificativos de sus cualificaciones el pleno acceso a sistemas adecuados de evaluación, convalidación y certificación de su formación anterior. Las medidas que adopten al respecto deberán atenerse a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, y el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales²¹.

Artículo 23

Protección social

1. Los Estados miembros se aseguraran de que los beneficiarios del estatuto de víctima de trata reciban, en el Estado miembro que les haya concedido tal protección, la asistencia social necesaria, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro.

Artículo 24

Asistencia sanitaria

1. Los Estados miembros garantizaran a los beneficiarios del estatuto de víctima de trata el acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro que les haya concedido dicho estatuto.

2. Los Estados miembros prestarán la asistencia sanitaria adecuada incluido el tratamiento de los trastornos psíquicos, a los beneficiarios de estatuto de víctima de trata en las mismas condiciones que rigen para los nacionales del Estado miembro que les haya concedido tal protección contra la trata.

En este contexto, se prestará especial atención a las víctimas de la trata que tengan necesidades especiales, como las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas o los menores.

Artículo 25

Menores no acompañados

1. Tan pronto como sea posible después de la concesión del estatuto de víctima de trata, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no

²¹ DO L 255 de 30.9.2005, p. 22.

acompañados mediante un tutor legal o, en caso necesario, mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor o cualquier otro tipo de representación adecuada, incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial.

2. Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que el tutor o representante designado del menor atenderá debidamente a las necesidades de este. Las autoridades competentes efectuarán evaluaciones sobre el particular de forma periódica.

3. Los Estados miembros velarán por que los menores no acompañados sean acomodados, ya sea:

- c) con parientes adultos, o
- d) en una familia de acogida, o
- e) en centros especializados para menores víctimas de la trata, o
- f) en otros alojamientos adecuados para menores.

A este respecto, se tendrá en cuenta la evaluación individual del interés superior del menor en función de su edad, grado de madurez, su opinión, inquietudes y necesidades individuales de protección.

4. En la medida de lo posible, se mantendrá juntos a los hermanos, teniendo en cuenta el interés superior del menor de que se trate y, en particular, su edad y grado de madurez. Los cambios de residencia de los menores no acompañados víctimas de la trata se limitarán a la necesidad de garantizar su protección.

5. En caso de que se conceda el estatuto de víctima de trata a un menor no acompañado y no se haya iniciado la búsqueda de los miembros de su familia, los Estados miembros empezarán a buscarlos lo antes posible tras la concesión del estatuto, atendiendo al mismo tiempo al interés superior del menor asegurándose de que no existe riesgo de retrata para el menor. Si se ha iniciado la búsqueda, los Estados miembros continuarán dicho proceso cuando proceda.

En caso de que pueda existir una amenaza para la vida o la integridad del menor o de sus parientes próximos, sobre todo si estos han permanecido en el país de origen, habrá que garantizar que la recogida, tratamiento y comunicación de la información referente a estas personas se realice de forma confidencial.

6. Las personas que se ocupen de los menores no acompañados víctimas de la trata deberán tener y seguir recibiendo la formación adecuada sobre sus necesidades.

Artículo 26

Acceso a una vivienda

1. Los Estados miembros velarán por que los nacionales de terceros estados beneficiarios del estatuto de víctima de la trata tengan acceso a la vivienda en condiciones equivalentes a las de los otros nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

2. Aun permitiendo la práctica nacional de dispersión de los beneficiarios del estatuto de víctima de la trata, los Estados miembros procurarán aplicar políticas encaminadas a prevenir la discriminación de los beneficiarios de dicho estatuto y a garantizar la igualdad de oportunidades de acceso a la vivienda.

Artículo 27

Libertad de circulación en el Estado miembro

Los Estados miembros permitirán en su territorio la libre circulación de los nacionales de terceros estados beneficiarios del estatuto de víctima de la trata en las mismas condiciones y con las mismas restricciones que rigen para los otros nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

Artículo 28

Acceso a instrumentos de integración

Con el fin de facilitar la integración de los beneficiarios del estatuto de víctima de la trata en la sociedad, los Estados miembros garantizarán el acceso a los programas de integración que consideren oportunos a fin de tener en cuenta las necesidades específicas de los beneficiarios de dicho estatuto, o crearán condiciones previas que garanticen el acceso a dichos programas.

Artículo 29

Retorno voluntario

Los Estados miembros prestarán asistencia a los beneficiarios del estatuto de víctima de la trata que deseen retornar voluntariamente a su país de origen.

CAPÍTULO VI

COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 30

Cooperación

Cada Estado miembro designará un punto nacional de contacto y comunicará su dirección a la Comisión. La Comisión transmitirá esta información a los demás Estados miembros.

Los Estados miembros adoptarán, en colaboración con la Comisión, todas las medidas pertinentes para establecer una cooperación directa y un intercambio de información entre las autoridades competentes.

Artículo 31

Personal

Los Estados miembros velarán por que las autoridades y las correspondientes organizaciones de la sociedad civil responsables de la aplicación de la presente Directiva reciban la formación necesaria y estén vinculadas por el principio de confidencialidad, tal como se defina en la legislación nacional, en relación con toda información que obtengan como consecuencia de su trabajo.

CAPÍTULO VII DISPOSICIONES FINALES

Artículo 32

Coordinación de la estrategia de la Unión contra la trata de seres humanos

Con objeto de contribuir a una estrategia coordinada y consolidada de la Unión Europea en su lucha contra la trata de seres humanos, los Estados miembros facilitarán la labor del Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos.

Concretamente, los Estados miembros remitirán a dicho Coordinador la información requerida, sobre cuya base el Coordinador efectuará su contribución a los informes que cada dos años elaborará la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos.

Artículo 33

Incorporación al derecho nacional o Transposición

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de febrero de 2017.

2. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión el texto de las disposiciones que incorporen a su Derecho nacional las obligaciones derivadas de la presente Directiva.

3. Cuando los Estados miembros adopten dichas medidas, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

Artículo 34

Informes

A más tardar el 15 de febrero de 2017, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que se evaluará en qué medida los Estados miembros han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, incluida una descripción de las medidas adoptadas en virtud de los artículos 13 a 29, acompañado, si es necesario, de propuestas legislativas.

Artículo 35

Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Artículo 36

Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

Hecho en Estrasburgo, el 17 de febrero de 2014.

Por el Parlamento Europeo

Por el Consejo

El Presidente

El Presidente

BIBLIOGRAFÍA

1 Monografías y obras generales

AZUA REYES, S. T., *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*, Porrúa, México 1990.

BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI de España Editores. Madrid. 2000.

BALES, K. y SOODALTER, R., *The slave next door, Human Trafficking and Slavery in America today*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2009.

BALES, K., Trodd, Willianson. *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, One world, Oxford, 2009.

BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Colección Jurídica nº 26, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.

CARCHEDI et al. *Il traffico di donne. Il caso della Nigeria*. Fondazione Internazionale Lelio Basso, Roma, 2003.

CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Dickinson, Madrid, 2004.

DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2010.

DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005.

DIXON, M. *Textbook on International Law*, Blackstone, 2007.

ESTIARTE VILLACAMPA, C. *El delito de trata de seres humanos una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Madrid, 2012.

GALLAGHER, A. *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2012.

GORTÁZAR ROTAECHE, C. *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Estudios Jurídicos N.S. Univ. Pontificia Comillas, 1997.

GOMÉZ ISA, F. (Director) *El derecho a la memoria*, Alberdania, Zarautz, 2006.

GREENIDGE, C.W.W. *Slavery and the United Nations*, Anti-Slavery Society, London, 1954.

GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi SA, Madrid, 2007.

JIMENEZ ASENJO, E., *Abolicionismo y prostitución (Justificación y defensa del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963.

KANT, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Aguilar, 5º ed., Buenos Aires, 1973.

KARA, S., *Sex Trafficking: Inside the Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York, 2008.

KYLE, D y KOSLOWSKI, R., *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*, The Johns Hopkins University Press, 2º ed. Baltimore, 2011.

MAQUEDA ABREU, ML., "El comercio sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos" en *Prostitución y derecho en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MELTZER, M. *Slavery: A World History*, De Capo Press, New York. 1993.

MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho Internacional Público*, Ediciones Atlas, Madrid, 1955.

MOWBRAY, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

NAÍM, M. *Ilícito, como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Ed. Debate, Barcelona, 2006.

NIKKEN, P., *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

LIROLA, I. y MARTÍN, M. *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*, Ariel Derecho Barcelona, 2001.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos. Madrid, 14ª edición, 2010.

PÉREZ ALONSO, E. *Tráfico de personas en inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PÉREZ CEPEDA, A.I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de persona y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.

QUERALT JIMENEZ, J. *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, Atelier, Barcelona, 2010.

RUYOL Y SERRA, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997.

SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, 2008.

SCELLE, G., *Cours de Droit International Public (Le Fédéralisme International)*, París, 1947-1948.

SEN, A. *Poverty and Famines: An Essay on Entitlements and Deprivation*, Oxford: Clarendon Press, 1981.

SHELTON, D. (ed.) *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the international Legal Process*, Oxford University Press, 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Madrid, 2012.

WILLIAMS, P. y VLASSIS, D. (eds.) *Combating Transnational Crime: Concepts, Activities, and Responses*, Frank Cass, Londres, 2001.

ZHANG, S. *Smuggling and Trafficking in Human Beings: All Roads Lead to America*, Praeger Publishers Inc, London, 2007.

ZIMMERMAN, C et al., *Stolen smiles: the physical and psychological health consequences of women and adolescents trafficked in Europe*, The London School of Hygiene & Tropical Medicine, London, 2006.

REY MARTINEZ, F.; MATA MARTINEZ, R y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor (Navarra), 2004.

WIHTOL DE WENDEN, C. *La question migratoire au XXI siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll. "Monde et societies", París, 2010.

2 Artículos de revista y participaciones en obras generales

ABBOTT, K.W.; KEOHANE, R.O.; MORAVCSIK, A.; SLAUGHTER, A.M.; SNIDAL, D. "The Concept of Legalization", *International Organization*, 50, Nº 3, 2000.

AMIEL, A., "Integrating a Human Perspective into the European Approach to combating the trafficking of women for sexual exploitation", *Buffalo Human Rights Law Review*, 12, 2006.

BARRY, K. "Female Sexual Slavery: Understanding the International Dimension of Women's Oppression", *3 Human Rights Quarterly* 44, 1981.

BERGSMO, M. "International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia. Recent Developments", *Human Rights Law Journal*, 1994, vol. 15.

BRAVO, K. "Exploring the analogy between modern trafficking in Human beings and the transatlantic slave trade", en *Boston University International Law Journal*, Vol. 25, No. 2, 2007.

BROWLIE, I. "To What Extent are the Traditional Categories of Lax Late and Lax Ferenda Still Viable? in CASSESE, A. y WEILER, J.H. eds. *Change and Stability in International Law-Making* 62, 1988.

BRUSSA, L. "La prostitution, la migration et la traite des femmes: donees historiques et faits actuels (1)", Actes du Seminaire sur la lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignité humaine, Strasbourg, 25-27 septembre 1991, Conseil de l'Europe.

CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER SALGADO, C. "El Derecho Penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal" en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (Coords) *Derecho Penal y Política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

CARMONA CUENCA, E., “¿Es la prostitución una vulneración de los derechos fundamentales?” en VVAA., SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CASALS COLLDECARRERA, M., “La interpretación”, en *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Ilustres Colegios Oficiales de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975.

CASTAÑO, MJ. “Understanding the failures of domestic efforts against human trafficking: the Spanish case”, in VVAA GORTAZAR, C.; PARRA, MC.; SEGAERT, B.; TIMMERMAN C. (Eds.) *European Migration and Asylum Policies: Coherence or Contradiction? An interdisciplinary Evaluation of the EU Programmes of Tampere (1999), The Hague (2004) and Stockholm (2009)*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

CHOKCHAIMADOM, W., “Set a Thief to Catch to Thief”, *Korea Herald*, 17 November 2003.

CHUANG, J. “Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Context”, 11 *Harvard Human Rights Journal* 65, 1998.

CROSSETTE, B. “UN Warns That Trafficking in Human Beings Is Growing”, *New York Times*, June 25, 2000.

DILL, S., “Old Crimes in New Times. Human Trafficking and the Modern Justice System”, en *Criminal Justice Magazine*, volume 21, nº 1, spring 2006.

DREW, S. “Human Trafficking: A Modern Form of Slavery?”, 4 *European Human Rights Law Review* 481, 2002.

DUFFY, H.; “Hadijatou Mani Koroua v Niger: Slavery unveiled by the ECOWAS Court”, *Human Rights Law Review* 9: 1 (2009), 151-170.

“España otorga por primera vez el asilo a una víctima de la trata de mujeres”, *El País*, 21 de octubre de 2013.

“Estrategia letal”, *El País*, 3 de octubre de 2013.

FEINGOLD, D. “Think Again: Human Trafficking”, *Foreign Policy*, 2005.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. “El estatuto de las víctimas en Derecho internacional” en VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.;OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Volumen I, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, 2009.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. “Las víctimas y el Derecho internacional” A.E.D.I., vol. XXV (2009).

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C”. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en VVAA. FERANADEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2ª edición, Dilex, Madrid, 2005*.

FERRAJOLI, L., “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, nella *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* vol.XLIII, 1966.

GAMBLE, J.K. “The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea as Soft Law”, *Houston Journal of International Law*, 8, 1985.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La prostitución como actividad económica, la incidencia de la jurisprudencia del TJCE sobre la cuestión” en VVAA., SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCIA, E.; GORTAZAR, C.; OBREGÓN, A “Trafficking in and Smuggling of Human Beings: The Spanish Approach” in GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (Eds.) *International and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (The Netherlands) 2006.

GETTI, J. P. y K. LESCURE, “Historique du fonctionnement du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie”, *Revue Internationale du Droit Pénal*, 1996.

GUYMON, C. D. “International Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention”, 18 *Berkeley Journal of International Law* 53 2000.

HENKIN, L. “Inter-State Responsibility for Compliance with Human Rights Obligations” in VOHRAH, L.C. et al. eds. *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* 383, *Kluwer Law International*, 2003.

HUESA VINAIXA, R. “Incrimación universal y tipificación convencional. (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)” en VVAA. (ESCOBAR HERNANDEZ, C. Ed.) *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid, 2000.

HUGHES, D. “The “Nathasha” Trada: The Transnational Shadow Market of Trafficking in Women”, 53 *Journal of International Affairs* 625 (2000).

JAREÑO LEAL, A., “La política criminal en relación con la prostitución: ¿Abolicionismo o legalización?” en SERRA CRISTOBAL, R (Coord.) *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

JOHNSON, P. "Apéndice I: Un antecedente normativo: el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena" en *The Penn State Report*, Pensilvania, 1991, UNESCO and CATW, 1992.

KELSEN, H. "Les rapports de systems entre le Droit interne et le Droit Internactional" en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, IV, vol. 14 1926.

KYLE, D y KOSLOWSKI, R., *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*. The Johns Hopkins University Press, 2º ed. Baltimore, 2011.

LEAN LIM, L. "EL Sector del sexo: la contribución económica de una industria" en OSBORNER, R. (Dir.) *Trabajador@s el sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2004.

LENZERINI, F., "International Legal Instruments on Trafficking and a Victim-oriented approach: Which gaps are to be filled?", *Intercultural Human Rights Law Review*, 205, 2009.

LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRIGUEZ, P. "Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa" VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.;OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Volumen II, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, 2009.

MARKS, K. *The Independent* (United Kingdom):

- "Cambodian Police Close Dozens of Child-Sex Brothels", January 25, 2003.
- "The Skin Trade: High-Profile Investigations into Pedophilia Area Headline News", January 22, 2001.

MAQUEDA ABREU, M.L., "La trata de mujeres para la explotación sexual", en VVAA., SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MATTAR, M., "Incorporating the Five Basic Elements of a Model Anti-trafficking in Persons Legislation in Domestic Laws: From the United Nations Protocol to the European Convention", *14 Tulane Journal of International and Comparative Law*, 357 (2006).

MOORE, J. "From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents" *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 1, No. 31.

NAYLOR, T. "Mafias, myths, and markets: on the theory of enterprise crime", *Transnational Organized Crime*, vol. 3, n. 3. Autumn 1997.

OBOOKATA, T. "EU Action Against Trafficking of Human Beings: Past, Present and Future" in GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (Eds.) *International and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (The Netherlands) 2006.

OBSBORNE, R. "Feminismo y prostitución. Buenas intenciones y malas comprensiones". *Sistema: Revista de ciencias sociales* nº 74, septiembre 1986.

ORTEGA GOMEZ, M. "La trata de seres humanos en el Derecho de la unión Europea" VVAA (BADIA MARTÍ, A. M^a.; PIGRAU SOLÉ, P.;OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Volumen II, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, 2009.

PATOR PALOMAR, A. (2003) "El sistema Europeo: El Consejo de Europa" en VVAA. FERANADEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2^a edición, Dilex, Madrid.

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 No. 2.

QUEL LÓPEZ, J. "La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados" en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, VV.AA., CONCEPCIÓN ESCOBAR (Coord.), Madrid, 2000.

QUESADA POLO, S. "El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Apuntes sobre el sistema de control del Convenio" en VVAA, GÓMEZ SANCHEZ, Y. (Coord.) *Derechos y Libertades en Europa*, UNED, Madrid, 1997.

RAUSTIALAR, K., "Form and Substance in International Agreements", *American Journal of International Law*, 99, 2005.

RAWSKI, F. "To Waive or not to Waive: Immunity and Accountability in UN Peacekeeping Operations", 11 *Connecticut Journal of International Law* 103, 2002.

RAZ, J., "Por qué interpretar?", en *Isonomía* nº5, 1996.

REPETSAKIA, A. "Classifying the elements of Human Trafficking Crimes", in (VVAA) Stoecker, S. Shelley, L., (eds) *Human Trafficking and transnational crime. Eurasian and American Perspectives*, Rowan and Littlefield Publishers, inc. Lanham, 2004.

RETETTER, S. "L'activité de prostitution exercée a titre indépendant: une activité économique au sens du droit communautaire", *Recueil Dalloz Chroniques*, 2002.

Revista *Voces contra la trata de mujeres* num. 8, Proyecto Esperanza, otoño/invierno 2009.

RODRIGUEZ MESA, MJ. "El Código penal y la explotación sexual comercial infantil", *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012).

ROHT-ARRIAZA, N. "Punishment, Redress, and Pardon: Theoretical and Psychological Approaches", en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford.

SARMIENTO, D.: "La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, 2006.

SCHLOENHARDT, A. "Organised Crime and the Business of Migrant Trafficking: An Economic Analysis" 32 *Crime, Law and Social Change* 203, 1999.

SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law* Oxford Univ Press, Oxford, 2006.

SOERENSEN, M. "Principes de Droit International Public " en *R.des C.*,vol. 101, 1960.

SOTO NIETO, F.: "El razonamiento jurídico y la interpretación del Derecho", en *Revista Jurídica de Cataluña* tomo I, nº2, 1980.

STOLZ, B. "Interpreting the U.S. Human Trafficking Debate Through the Lens of Symbolic Politics" en *Law & Policy*, vol. 29, issue 3, pages 311–338, July 2007.

STONE, M.: "Focusing the Law: what legal interpretation is not", en: MARMOR, A.: "Law and interpretation: essays in legal philosophy", Clarendon Press, Oxford, 1995.

SZASZ, P.C. "General law-making process" en JOYNER, C.C. *The United Nations and International Law*, ASIL y Cambridge University Press, 1997.

TALLEYRAND, I., "Military Prostitution: How the Authorities Worldwide Aid and Abet International Trafficking in Women", 27 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 151, 2000.

TAYLOR, I. y JAMISON, R. "Sex Trafficking and the Mainstream of Market Culture", 32 *Crime, Law & Social Change* 257, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. ,"Migraciones ilegales", *Revista de derecho social*, Nº 4, 1998.

TESSIER, K. "The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13 (1995-1996).

TOEPFER, S.J. y WELLS, B.S., "The Worldwide Market for Sex: A Review of International and Regional Legal Prohibition Regarding Trafficking in Women", 2 *Michigan Journal of Gender & Law* 83, 1994.

TRABUCCHI, A., "Instituciones de Derecho Civil", traducción de Martínez-Calcerrada, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967.

VERDROSS, A. "La Fondement du Droit International" en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, I, vol. 16, 1927.

VON HIPPEL, E.: "La interpretación del Derecho", en *Revista de Derecho Privado*, junio 1956, p.556.

WEIL, P. "Towards Relative Normativity in International Law?", *The American Journal of International Law*, 77, No 3.

WILLINANS, P. y BAUDIN-O´HAYON, "Global Governance, Transnational Organized Crime and Money Laundering" en HELD y MCGREW (eds.), *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge: Polity Press, 2002.

SALT, J. y STEIN, J. "Migration as a Business: The Case of Trafficking" 35 (4) *International Migration* 467, 1997.

WILLIAMS, P. "Human Commodity Trafficking: An Overview" en WILLIAMS, P (ed.) *Illegal Migration and Commercial Sex: The New Slave Trade*, Frank Cass, Nueva York, 1999.

ZOGLIN, K. "United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation", *Human Rights Quarterly*, vol. 8, 1996.

3 Informes

ACNUR

- *El Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR)*, 2003 (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2370>)
- *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, elaborado por Jacqueline Bhabha y Christina Alfirev, Suiza, 2009. (PPLAS/2009/03) (<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4af98bfe2>).
- *Directrices sobre protección internacional no. 7: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, 2006, HCR/GIP/06/07 (<http://www.refworld.org/docid/47fdfafd0.html>).
- *Directrices sobre protección internacional no. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 2002. (<http://www.refworld.org/docid/3db6ac0c4.html>).
- *Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game in European Asylum Policy?. New Issues in Refugee Research*. (Documento de trabajo nº 39), by MORRISON, J. y CROSLAND, B., Ginebra, 2001.

ASSOCIATION OF CHIEF POLICE OFFICERS OF ENGLAND, WALES AND NORTHERN IRELAND, *Position from ACPO Lead's on Child Protection and Cannabis Cultivation on Children and Young People Recovered in Cannabis Farms* (http://www.ceop.police.uk/Documents/ceopdocs/externaldocs/160810_ACPO_lead's_position_on_CYP_recovered_from_can).

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º*, Distr. General, 10 de noviembre de 2000, documento A/55/383. (http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf).

COMISIÓN EUROPEA

- Speech/13/319: *EU Member States must respond to the increase in human trafficking*, 15/04/2013. (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-319_en.htm)
- Speech /13/490 *EU Civil Society Platform against Trafficking in Human Beings*, Brussels, 31/05/2013 (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-490_en.htm)
- EUROSTAT, *Trafficking in human beings*, Luxemburgo, 2013.
- Documento de Trabajo de la Comisión *Evaluación y seguimiento de la aplicación del Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para combatir y prevenir la trata de seres humanos* (2005/C 311/01).
- Documento de Trabajo de la Comisión *Evaluación y seguimiento de la aplicación del Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla* (COM (2008) 657 final).COM (2010)95 final, Bruselas, 29.3.2010.
- EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, Report EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, Brussels, 22 December 2004 (<http://ec.europa.eu/anti-trafficking/entity?id=37a79d51-e316-424a-b869-6e1c941f5231>).

COMITÉ INTERNACIONAL CONTRA LA TORTURA, *Tackling impunity for Non-State Actors – How has the Committee against Torture interpreted the ‘acquiescence of a public official’ requirement in the Convention’s definition of torture and how does this compare with the concept of ‘due diligence’ developed by other regional mechanisms?*, CUNNIFFE, D. 2011 (sin publicar).

CONSEJO DE EUROPA

- GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain* (First evaluation round) Strasbourg, 27 September 2013 (GRETA(2013)16) (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf)
- Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, *Recommendation CP (2013) 10 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, adopted at the 12th meeting of the Committee of the Parties on 7 October 2013 (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/CommitteeParties/Recommendations/CP_2013_10_ESP_en.pdf)
- Informe de 12 de diciembre de 2008 por el Consejo de Europa Comisionado para los Derechos Humanos en su visita a Chipre 7 al 10 07 2008 (CommDH (2008). *Plan of Action Against Traffic in Women and Forced Prostitution* , Michèle Hirsch (ed) EG(96) 2 (1996).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Trata de seres humanos en España: víctimas invisibles (2012)*, Informe Monográfico de 20 de septiembre de 2012, Madrid.

EUROPEAN NGOs OBSERVATORY ON TRAFFICKING, EXPLOITATION AND SLAVERY, E-notes. *Report on implementation of anti-trafficking policies and intervention in the 27 EU Member States from a human rights perspective (2008-2009)*, Associazione on the Road, Teramo, 2010.

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Servicio de Información, State of the World’ Cities, 2004/2005: Globalization and Urban Culture*, UN-HABITAT, Londres, 2004.

GROUP AND MIGRANT RIGHTS CENTRE IRELAND, *A framework for tackling forced labour in Ireland, Paper prepared by Irish Congress of Trade Unions Labour Exploitation*, June 2011, (<http://mrci.ie/wp-content/uploads/2012/10/Framework-for-Tackling-Forced-Labour-June-2011.pdf>)

HUMAN RIGHTS WATCH, *Stolen Children Abduction and Recruitment in Northern Uganda*, de 29 de marzo de 2003 (<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/uganda0403.pdf>).

Informe presentado por la relatora especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos: Misión a la frontera entre México y los Estados Unidos (documento, E/CN.4/2003/85/Add.3).

Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, 2007. Misión a los Países Bajos (documento A/HRC/4/34/Add.4).

Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, 2006 (documento E/CN.4/2006/61).

Informe de la Secretaria para la Igualdad, "La prostitución. Una cuestión de género". Departamento Confederal de la Mujer. UGT. Diciembre 2005.

Informe del Relator Especial sobre la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, Relator Jean Fernand-Laurent (documento de las Naciones Unidas E/1983/7) 1983.

INTERNATIONAL LA STRADA ASSOCIATION, *La Strada, European Network Against Trafficking in Women*, Amsterdam, 2005.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

- III Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia (2010-2013).
- I Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2009
<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2009Cst.pdf>
- II Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2010
<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2010Cst.pdf>
- III Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2011
<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/InformeTrata2011Cst.pdf>
- IV Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación sexual, correspondiente al año 2012
http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf

MIGRATION POLICY INSTITUTE, “Human Trafficking: The Need for Better Data”, *Migrantion Information Source*, by F. Laczko, November 2002, on line:
<http://www.migrationinformation.org/feature/display.cfm?ID=66>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS “La abolición de la Esclavitud y sus Formas Contemporáneas”. David Weissbordt y la Liga contra la Esclavitud., HR/PUB/02/4, <http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/papers.htm> (19 de abril de 2012).

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

- *Global Report on Trafficking in Persons 2012* (United Nations publication, Sales No. E.13.IV.1).

- *Manual para luchar contra la trata de personas. Programa Mundial contra la trata de personas*, Viena, 2009, (http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf)
- *Global Report on Trafficking in Persons_2009* (http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf) .
- *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, 2nd edition, October 2008, [www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/07-89375_Ebook\[1\].pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/07-89375_Ebook[1].pdf)

O'NEIL, R. *International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organised Crime*, Center for Study of Intelligence (CIA), Washington D.C., 2000.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE POLICÍA CRIMINAL

- Trafficking in human beings, crime area: <http://www.interpol.int/Crime-areas/Trafficking-in-human-beings/Trafficking-in-human-beings>, consultada 26/09/2013.
- INTERPOL, Trafficking in human beings, Fact sheet: <http://www.interpol.int/public/thb/default.asp>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

- “Estimaciones globales sobre trabajo forzoso de la OIT 2012”, junio de 2012.
- *The Sex Sector: The Economic and Social Basis of Prostitution in South East Asia*, Lin Lean Lim (ed.), 1998.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES

- *New IOM Figures on Global Scale of Trafficking*, Trafficking in Migrants Quarterly Bulletin nº 23, (Sections of April 2001 report dealing with Europe) 2001, April: (<http://wfile.ait.org.tw/wf-archive/2001/010425/epf305.htm>)
- *Trafficking in Migrants: IOM Policy and Responses*, 10 May 1999 (documento MC/EX/INF/58 (10/5/99)).
- *Trafficking women to the European Union: characteristics, trends and Policy issues*. Conference paper submitted by OIM at the Conference on Trafficking in Women for Sexual Exploitation, Viena, junio 1996, p. 2.

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA

- *An Agenda for prevention: trafficking for labour exploitation*, Viena, 2011. (<http://www.osce.org/cthb/86293>)
- *ODIHR Background Paper 1999/3, Trafficking in Human Beings: Implications for the OSCE* (<http://www.osce.org/odihr/16709>)
- *A Summary of Challenges on Addressing Human Trafficking for Labour Exploitation in the Agricultural Sector in the OSCE Region*. Viena: OSCE, 2009.
- *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Viena, 2010 (<http://www.osce.org/cthb/75804>)

PEARSON, E. *Human traffic, human rights: redefining victim protection*, Anti-Slavery International, 2002,
(http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2009/h/hum_traff_hum_rights_red_ef_vic_protec_final_full.pdf)

PICARELLI, J. T. y JONSSON, A. *Fostering Imagination in Fighting Trafficking: Comparing Strategies and Policies to Fight Sex Trafficking in the U.S. and Sweden*, US Department of Justice, Washington DC, 7 de mayo de 2008,
<http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=244974>

RODRIGUEZ, J. (ed.), "Serfdom in Medieval Europe», en *The Historical Encyclopedia of World Slavery* (1977), vol. 2, 1977,
http://www.ub.edu/dpenal/CP_reforma%20fiscal_tabla%20comparativa3.pdf.

SECRETARY FOR CIVILIAN SECURITY, DEMOCRACY, AND HUMAN RIGHTS, *Trafficking in Persons Report 2010*, (<http://www.state.gov/i/tip/rls/tiprpt/2010/142761.htm>)

SECRETARIAT OF BUDAPEST GROUP, *The Relationship between Organised Crime and Trafficking in Aliens*, International Centre for Immigration Policy and Development (ICMPD), Viena, 1999.

THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General Comment No. 14 (2000).

The return of Refugees' or Displaced Person's Property: Working Paper, E/CN.4/Sub.2/2002/17.

TOEPFER; CHUANG, J. "Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Context"; Disponible on line: <http://sgdatabse.unwomen.org/uploads/SAARC%20Convention%20on%20Preventing%20and%20Combating%20Trafficking%20in%20Women%20and%20Children%20for%20Prostitution.pdf>

Trafficking in Migrants Quarterly Bulletin nº 23, (Sections of April 2001 report dealing with Europe) 2001, April (online: <http://wfile.ait.org.tw/wf-archive/2001/010425/epf305.htm>)

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak : addendum : follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur visits to Azerbaijan, Cameroon, Chile, China, Colombia, Georgia, Jordan, Kenya, Mexico, Mongolia, Nepal, Pakistan, Russian Federation, Spain, Turkey, Uzbekistan and Venezuela*, by Manfred Nowak 18 February 2008, A/HRC/7/3/Add.2, (<http://www.refworld.org/docid/47cbbf262.html> (consultado 1 de noviembre de 2013))

UNICEF, *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking*, September 2006, http://www.unicef.org/ceecis/0610-Unicef_Victims_Guidelines_en.pdf

UK and Romanian Joint Investigation Tackling Romanian Organised Crime and Child Trafficking, (Reference ISEC/2007/FPA/C1/034), <http://ec.europa.eu/anti-trafficking/entity.action;jsessionid=JQFsRZLJctf51Q2lyJpl2mF2hrLNCpCLLYTNf12BGGHwJfL91Qj2!-656776111?path=EU+Projects%2FISEC+2007+FPA+C1+034>

U.S. DEPARTMENT OF STATE

- *Trafficking in Persons Report* 2009:
<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2009/index.htm>
- *Trafficking in Person Report* 2012:
(<http://www.state.gov/documents/organization/192587.pdf>)
- *Trafficking in Person Report* 2013:
(<http://www.state.gov/documents/organization/210737.pdf>)

4 Webs consultadas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

<https://www.eacnur.org/>

Comisión Europa

<http://ec.europa.eu/anti-trafficking/>

Consejo de Europa

<http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal/european-union>

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

<http://www.unicef.es/>

Ideas Worth Spreading. TEDx

<http://www.ted.com/tedx>

La Alianza Global Contra la Trata de Mujeres GAATW

<http://www.gaatw.org/>

La Strada Internacional

María José Castaño Reyero

<http://lastradainternational.org/>

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

(<https://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/home.htm>)

Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

<http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)

<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menuaside>

Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)

<http://www.interpol.int/en>

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

Dirección General de Policía

<http://www.policia.es/trata/index.html>

Red Española contra la Trata de Personas

<http://www.redcontralatrata.org/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>,

Fiscalía General del Estado

(http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=1&numelempag=20&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarCirculares).

LEGISLACIÓN

1 Internacional

Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, firmado en París el 18 de mayo de 1904 (Serie Tratados de Naciones Unidas, num. 11, vol. 1, p. 83).

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) en San José (Costa Rica) del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas fue adoptada por la firma de 135 países (el 15 de noviembre de 2000 en Nueva York) que participaron la Conferencia Intergubernamental de Naciones Unidas, celebrada en Palermo (Italia) entre los días 12 y 15 de diciembre de 2000. (A/55/383/Add.1).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987 (BOE núm. 268/1987, de 9 de noviembre de 1987).

Convención de los derechos del niño de 1989, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, (Serie Tratados de Naciones Unidas, num: 27531, vol. 1577) en vigor desde el 2 de septiembre de 1990. BOE núm: 313, de 31 de diciembre de 1990.

Convención de Viena sobre Derecho de Tratados adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, documento A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 .BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, adoptada la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006. (A/RES/61/177).

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 de 21 de diciembre de 1965 (documento 660 UNTS 195).

Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, en vigor desde el 12 de enero de 1951. BOE: 8 de febrero de 1969, 18 de septiembre de 1985 y 10 de diciembre de 2009.

Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 (Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, documento A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

Convención sobre la Esclavitud aprobada por la Sociedad de Naciones, el 25 de septiembre de 1926, entró en vigor el 9 de marzo de 1927 de conformidad con su artículo 12 (Serie Tratados de Naciones Unidas, vol. 60). Modificada por el Protocolo aprobado en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953. En vigor el 7 de julio de 1955.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Nueva York, 26 de noviembre de 1968.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 adoptada en la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, en vigor desde el Entrada el 30 de abril de 1957, (documento de Naciones Unidas E/AC.43/L.1 (1955)).

Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la abolición del trabajo forzoso adoptado en Ginebra en la 40ª reunión CIT el 25 de junio de 1957 en vigor desde el 17 de enero de 1959 (Serie Tratados de Naciones Unidas, vol. 320).

Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado en Ginebra en la 14ª reunión CIT el 28 de junio de 1930, en vigor desde el 1 de mayo de 1932 (documento A/AC.254/4/Add.3/Rev.2).

Convenio del Consejo de Europa número 116 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 24 de noviembre de 1983, documento ETS. No. 116. BOE núm. 312/2001, de 29 de diciembre de 2001.

Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (*Convenio de Varsovia*) firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197. Instrumento de ratificación BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2009, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2009.

Convenio del Consejo de Europa número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (*Convenio de Varsovia*) firmado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia (Polonia). En vigor desde el 1 de febrero de 2008, documento ETS. No. 197. Instrumento de ratificación BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2009, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2009.

Convenio internacional para la represión de la trata de blancas de 1910 (Serie Tratados de Naciones Unidas, num: 446, vol. 30).

Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933 (Serie Tratados de Naciones Unidas, num: 770, vol. 53).

Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921 (Serie Tratados de Naciones Unidas, p. 431, vol. CL).

Convenio núm. 122 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la política del empleo 1964 adoptado en Ginebra en la 48ª reunión CIT el de 9 julio 1964, en vigor desde el 15 julio 1966.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma; enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. En vigor desde el 3 de septiembre de 1953, documento CETS No: 005. Instrumento de ratificación BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, en vigor en España desde el 4 de octubre de 1979.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina) del Consejo de Europa, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, en vigor desde el 1 de diciembre de 1999 (ETS N º 164) BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830, en vigor en España desde el 1 de enero de 2000.

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949 fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949 y entró en vigor el 25 de julio de 1951. (Serie Tratados de Naciones Unidas, num: 1342, vol. 96).

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Nueva York, el 21 de marzo de 1950 (Serie Tratados de Naciones Unidas, vol. 96, p. 271).

Decimotercera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos ('Enmienda XIII').

Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos de 8 de febrero de 1815 (*Consolidated Treaty Series*, vol. 63, N.º 473).

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer adoptada por la Asamblea General en su Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, documento: A/RES/48/10.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (documento A/RES/47/133).

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 (documento A/RES/40/34).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 1948.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire de 2000, complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia). En vigor el día 28 de enero de 2004, documento de Naciones Unidas A/RES/55/25 (Anexo I) de 8 de enero de 2001. Instrumento de ratificación BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2003.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 18 de julio de 1998 en Roma, documento A/CONF.183/9. En vigor desde el 1 de julio de 2002. Instrumento de ratificación BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976 (documento de Naciones Unidas: A/6316 (1966), 993 UNTS 3).

Protocolo adicional del Consejo de Europa sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano adoptado en Estrasburgo, el 24 de enero de 2002, documento ETS Nº 186.

Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 21 de marzo de 2001 (Documento A/55/383/Add.3).

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 de 2000 (*Protocolo de Palermo*) adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General de ONU, el 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia). En vigor desde el 25 de diciembre de 2003, documento A/RES/55/25 (Anexo II) 8 de enero de 2001. Instrumento de ratificación BOE núm: 296, de 11 de diciembre de 2003.

Resolución 64/178 de la Asamblea de Naciones Unidas, Improving the coordination of efforts against trafficking in persons, de 26 de marzo de 2010 (Documento ONU: A/RES/64/178).

2 Unión Europea

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada 2007) (DO C 303/3 de 14.12.2007).

COMUNICACIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, Lucha contra la trata de seres humanos- enfoque integrado y propuestas para un plan de acción. (COM (2005) 514 final, Bruselas, 18.10.2005).

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, La trata de mujeres con fines de explotación sexual. (COM (96) 567 final, Bruselas, 20.11.1996).

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, Propuesta de DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y a la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI (COM (2009) 136 final, Bruselas, 25.3.2009).

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. COM (2005) 184 final, Bruselas, 10.5.2005.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO 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, 19.6.2012.

Decisión 2011/502/UE, por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la Decisión 2007/675/CE procede derogarla y sustituirla (DO L 207, de 12.8.2011).

Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (DO L 34 de 30.4.2004).

Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (DO L 203 de 01/08/2002 p. 0001 – 0004).

Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (DO L 203 de 01/08/2002).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI" COM(2010) 95 final – 2010/0065 (COD) (SOC/378, 21 de octubre de 2010).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo 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 (SOC/467, 13 de diciembre de 2012).

Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares (DO L 328 de 05.12.02).

Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (DO L 328 de 05.12.02).

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L16/44 de 16.1.2004).

Directiva 2004/80/CE, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas del delito (DO L 261 de 6.8.2004).

Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. (DO L 261 de 6.08.2004).

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, de 5 de abril de relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101/2 de 5.4.2011, p.1).

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DO L 335 de 17.12.2011).

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DO L 335 de 17.12.2011).

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (DO L 337, de 20/12/2011).

Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (DO L 338 de 21.12.2011, p. 2.).

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 (DO L 315 de 14.11.2012).

Pacto europeo sobre inmigración y asilo del Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 de septiembre de 2008 (07.10) 13440/08 ASIM 72.

Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para combatir y prevenir la trata de seres humanos (2005/C 311/01, Bruselas, 09.12.2005).

Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (DO C 326 del 26 de octubre de 2012).

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada 2012): Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea; Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; Protocolos; Anexos; Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007; Tablas de correspondencias; y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento contiene las últimas actualizaciones teniendo en cuenta la modificación aportada por el Reglamento (UE, Euratom) n.º 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012, por el que se modifican el Protocolo sobre el estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su anexo I, así como las modificaciones aportadas mediante las Decisiones 2010/718/UE y 2012/419/UE del Consejo Europeo, de 29 de octubre de 2010 y de 11 de julio de 2012, que modifican el estatuto respecto de la Unión Europea de la isla de San Bartolomé y de Mayotte, respectivamente. (DO C 326 del 26.10. 2012).

Tratado de Lisboa (versión consolidada 2007) por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306/01 de 17.12.2007).

3 Nacional

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. (http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE &newPagina=1&numelempag=20&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarCirculares).

I Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas (BOC nº 70, de 12.4.2004).

Instrucción 1/2010 de Departamento de Seguridad del Estado relativa a la aplicación transitoria a las víctimas de la trata de seres humanos del artículo 59.bis de la LO 4/2000 aprobada por el Departamento de Seguridad del Estado.

Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 52, de 2.3.2006).

Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (BOE núm. 226 de 20.9.2007).

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE núm. 263 de 31/10/ 2009, en vigor desde 20/11/ 2009).

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE núm. 263 de 31/10/ 2009, en vigor desde 20/11/ 2009).

Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género (Canarias) (BOE núm. 162, de 8.7.2003).

Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género (BOE núm. 162, de 8.7.2003).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE num: 285, de 27 de noviembre de 1992).

Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón (BOE núm. 141 de 13.6. 2007).

Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Cataluña) (BOE núm. 131, 30.5.2008).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313 de 29.12.2004).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995) en su redacción dada por la última modificación en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social adoptada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE num.: 180, 28/07/2011).

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (BOE num: 234, de 30 de septiembre de 2003).

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. (BOE de 24/12/1994, en vigor desde 25/12/ 1994).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, 2/2009, de 11 de diciembre, 10/2011, de 27 de julio, Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013) y por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General de Poder Judicial)([http://extranjeros.empleo.gob.es/es/NormativaJurisprudencia/Ley Organica 4 2000.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/NormativaJurisprudencia/Ley_Organica_4_2000.pdf)).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se introduce título VII bis, titulado “De la trata de seres humanos” y se modifican de los artículos 311 y 318 bis del Título XV “Delitos contra los ciudadanos extranjeros” que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal (BOE num: 151, de 23 de junio de 2010).

Orden SSI/1839/2012, de 2 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a proyectos de atención y ayudas sociales a mujeres víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2012. (BOE num: 199, de 20 de agosto de 2012).

Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual 2009 – 2012(http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/PlanIntegralTSHconFES_Cst.pdf).

Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial (<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>).

Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE, Núm. 255 Jueves 21 de octubre de 2010 Sec. I).

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE num. 103, de 30/04/2011, Sección 1, pag. 43821) en su redacción dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo, BOE núm. 98 de 24 de abril de 2013. Corrección de errores del RD 557/2011, de 20 de abril, de BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011).

JURISPRUDENCIA

1 Internacional

Tribunal Internacional de Justicia

Estrecho de Corfú, Sentencia de 9 de abril de 1949, (CIJ: Rec. 1949: 22-23).

Estados Unidos vs. Irán, Sentencia sobre el Asunto del Personal Diplomático y Consular en Teherán de 24 de mayo de 1980 (CIJ Rec. 1980).

Plataforma continental contra Libia y Malta, Sentencia de 3 de junio de 1985 (CIJ. Rec. 1985).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental

Mme Hadijatou Mani Koroua v The Republic of Niger, Judgment of 27 October, 2008, ECW/CCJ/JUD/06/08.

Tribunal internacional para la ex Yugoslavia

Prosecutor v. Furundzija case, Judgement of 10 December 1998 (IT-95-17/1).

Prosecutor v. Kunarac, Judgement of 22 February 2001 (IT-29-23 Trial).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Airey v. Ireland (App. 6289/73), Sentencia de 9/9/79.

Van der Mussele vs. Bélgica, Informe de la Comisión de 23 de noviembre 1983 (Serie A núm. 70).

Van Droogenbroeck vs Bélgica, Informe de la Comisión de 9 de julio de 1980 (Serie B no. 44).

Osman v. United Kingdom (App. 23452/94) Sentencia de 28/10/98.

Selmouni contra Francia [GC], (App. 25803/94) Sentencia de 28/7/99.

Velikova v. Bulgaria, (App. 41488/98) Sentencia de 18/5/00.

Seguin v. Francia (App. 42400/98), Sentencia de 07/03/00.

Chipre v. Turquía, (App. 25781/94) Sentencia de 10/5/01.
Bensaid v. United Kingdom (App. 44599/98), Sentencia de 6/2/01.
Christine Goodwin contra el Reino Unido [GC] (App. 28957/95) Sentencia de 11/7/02.
Siliadin v. Francia (App. 73316/01) Sentencia de 26/10/05.
Kaya v. Germany (App.31753/02), Sentencia de 28/6/07.
Opuz v Turquía (App 33401/02) Sentencia de 9/06/09.
Ratsev v. Rusia y Chipre (App. 25965/04) Sentencia de 7/01/10.
Caso M.S.S. v. Bélgica y Grecia (App. 30696/09) Sentencia de 21/1/11.
Osman v. Denmark (App 38058/09) Sentencia de 14/09/11.
M. and Others v. Italy and Bulgaria (App. 40020/03) Sentencia de 31/7/12.
C.N.and V. v. France (App. 67724/09) Sentencia de 11/10/12.
C. N. v. United Kingdom (demanda 4239/08) Sentencia de 13/11/12.

2 Unión Europea

Asunto C-26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963.
Asunto 6/64, Costa contra Enel, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964.
Asunto C-37 Solange I, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de mayo de 1974 (*BverfGE* 271).
Asunto C-73 Solange II, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de octubre de 1986 (*BverfGE* 339).
Asunto C-29/69, Stauder, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1969 (Rec. P. 419).
Asunto C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (Rec. P. 1135).
Asunto C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (Rec. P. 1135).
Asunto C-4/73, Nold, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974 (Rec. P. 491).
Asunto C- 4/73, Nold, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974 (Rec. P. 491).
Asunto C-115 y 116/81, Adoui, Rezguia Adoui contra Bélgica y la ciudad de Liège y Dominique Cornuaille contra Belgic, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1981.

Asunto C-268/99, Jany, Aldona Malgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justitie
Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2001.

Asunto C-266/08, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 14 de mayo de 2009 contra el Estado Español por el incumplimiento de la Directiva 2004/81/CE relativa al Derecho de residencia de los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata.

3 Nacional

Bélgica

Cause NI21.L4.483/12, Tribunal correctionnel de Nivelles (6^o chambre), 25 janvier 2013.

Estados Unidos

United States c. Sanga, 967 F.2d 1332 (9th Cir. 1992).

España

Sentencia del Tribunal Supremo 605/2007 de 26 de junio de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo 450/2009, Sala 2^a de lo Penal, de 22 de abril de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo 837/2010 de la Sala 2^a de lo Penal, de 18 de octubre 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011, (Sala 2) de 23 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo 378/2011 (Sala de lo Penal) de 17 de mayo de 2011.

Sentencia número 677 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2012, Sala 11 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid.

Sentencia 404/2010 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) de 13 de mayo de 2013.

Holanda

Case Moonfish (LJN BD0846) Zwolle District Court (Netherlands), 07.976405-06, 29 April 2008.

Diamond City case, Eindhoven (Aimelo District Court) LJN: BA0145, 's-Hertogenbosch District Court 01/825364-06, 11 July 2008. The Netherlands.

Koolvis case, Zwolle District Court (Netherlands), 10 December 2009.

Sentencia BV2848, Rechtbank Alkmaar, 14.810312-07 3 februari 2012.

Italia

Senteza de la Corte di Assise di Appello di l'Aquila di 25 maggio de 2012.

Reino Unido

Secretary of State for Home Department v. Lyudmyla Dzhygum (Inmigration Appeals Tribunal) Appeal no. CC-50627-99 (00TH00728), 13 April 2000.

Tailandia v. el Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Inmigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) AZ (Trafficked women) Thailand CG (2010) UKUT 118 (IAC), 26 January 2010.

R. v L.M. and others (Court of Appeal, Criminal Division) (Prosecution People Trafficking) *R. v. LM and others* [2010] All ER (D) 202 (Oct), 21 October 2010.

Nigeria v. Secretary of State for the Home Department (Inmigration and Asylum Chamber, Upper Tribunal) Appeal No: AA/01314/2005, 22 February 2011

O.O.O. y otros v la Delegación de Policía para la Metrópolis (High Court of Justice Queen's Bench Division) Case No: HQ08X02815 [2011] EWHC 1246 (QB), 20 May 2011

Lord Chief Justice of England and Wales v. R v N, R v LE, Court of Appeal (Criminal Division) Appeal no. 2011/01252B3 and 2010/06660D1, 20 February 2012.