

LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?

Carolina Villacampa Estiarte

Profesora Titular de Derecho Penal. Universitat de Lleida

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2011, núm. 13-14, p. 14:1-14:52. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 13-14 (2011), 18 dic]

RESUMEN: La reciente aprobación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ha supuesto la asunción del paradigma victimocéntrico en la lucha contra el fenómeno de la trata de seres humanos por parte de la Unión Euro-

pea. La forma de abordaje que esta nueva norma representa contrasta con la política que hasta el momento había sustentado la Unión. En esta aportación se analizan los hitos de este supuesto viraje en la aproximación a la trata por parte de la Unión, los contenidos esenciales de la nueva norma y los requerimientos de adaptación de nuestro reciente delito de trata de personas derivados de la existencia de nueva normativa comunitaria.

PALABRAS CLAVE: Trata de seres humanos, abordaje/aproximación victimocéntrica, abordaje/aproximación criminocéntrica, directiva, decisión marco.

Fecha de publicación: 18 diciembre 2011

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Formas de aproximación a la trata de seres humanos desde el Derecho internacional y regional.* 2.1. *Distintos prismas desde los que abordar la trata de seres humanos.* 2.2. *Enfoque criminocéntrico frente a abordaje victimocéntrico.* 3. *Contenidos de una aproximación victimocéntrica al fenómeno de la trata de seres humanos.* 4. *Antecedentes a la aprobación de la Directiva 2011/36/UE en materia de trata de seres humanos en la Unión Europea.* 4.1. *Los primeros tiempos: el enfoque criminocéntrico de la Unión Europea.* 4.2. *El período posterior a la Decisión Marco 2002/629/JAI.* 4.3. *Antecedentes normativos de la Directiva 2011/36/UE.* 5. *Directiva 2011/36/UE: estructura y contenido.* 5.1. *Medidas de prevención de la trata de seres humanos contempladas en la Directiva 2011/36/UE.* 5.2. *La asistencia y la protección a las víctimas de la trata en la Directiva 2011/36/UE.* 5.2.1. *Medidas de asistencia y pro-*

tección a las víctimas de la trata de seres humanos en general. 5.2.2. Medidas de protección de las víctimas de la trata de seres humanos en el marco del correspondiente procedimiento penal. 5.3. Las disposiciones enderezadas a la persecución del delito de trata de seres humanos en la Directiva 2011/36/UE. 5.3.1. Disposiciones que persiguen la armonización del Derecho penal sustantivo. 5.3.2. Disposiciones direccionadas a la armonización de algunas cuestiones procesales. 5.4. Medidas orientadas a la cooperación y al seguimiento de la implementación de la Directiva. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 5 de abril de 2011 se firmó tanto en el Parlamento Europeo cuanto en el Consejo la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo¹, que está ya vigente desde el 15 de abril de 2011². Dicha norma representa la culminación de un largo proceso de viraje de la política de la unión en materia de trata de personas, iniciado ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El nuevo planteamiento de la Unión aboga por un tratamiento victimocéntrico de la cuestión, que sitúa en el epicentro del tratamiento de este problema a los derechos humanos de las víctimas del proceso de trata. Frente a este nuevo prisma en la aproximación a esta cuestión, resultaba tradicional a la política de la Unión Europea un tratamiento del mismo que podría denominarse criminocéntrico, pues se limitaba a la gestión de éste fenómeno como una mera cuestión criminal.

Con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE no puede sostenerse ya que la política de la Unión se limite a la mera pretensión de resolución del problema mediante el exclusivo recurso a la normativa penal. El abordaje de este proceso ha devenido más holístico, orientándose a la protección y reconocimiento de los derechos de las víctimas. En la asunción de este tipo de planteamiento, sin embargo, la Unión ha seguido la estela de otros instrumentos internacionales suscritos por el Estado español que hasta el momento se habían considerado abanderados de esta nueva aproximación al problema basada en el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Fundamental a este respecto ha sido el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos –también conocido como Convenio de Varsovia-. Sin embargo, pese a que como veremos, desde la propia Unión se preconiza que la Directiva de 2011 representa un paso más que el referido instrumento internacional en una aproximación victimocéntrica a la problemática de la

NOTA PREVIA:

Con fecha de 2 de noviembre de 2011, cuando el presente artículo estaba en proceso de evaluación y edición, fue adoptada la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería y marginación. Puesto que el trabajo se hallaba ya concluido en el momento de difundirse públicamente dicha circular, el contenido de esta última no ha podido reflejarse en el texto.

¹ El texto ha sido publicado en el DOUE L 101, de 15.4.2011.

² Así lo dispone el art. 24 Directiva 2011/36/UE.

trata de seres humanos, dicha supuesta sensibilidad por la protección de los derechos de las víctimas no es tal cuando se trata de garantizar su permanencia legal en el territorio de los Estados de destino.

Pese a sus limitaciones, no puede negarse que la aprobación de la Directiva 2011/36/UE representa un paso adelante en la consolidación de una política de la Unión orientada a la protección de las víctimas, que contrasta con lo exiguo de la normativa de la Unión hasta ahora existente sobre el particular. Al cumplimiento de los requerimientos contenidos en dicha norma, aprobada por el procedimiento de “codecisión” –ahora denominado “procedimiento legislativo ordinario”- deberían enderezarse las políticas de los países integrantes de la Unión. El período con que los Estados de la Unión cuentan para adaptar su Derecho interno a lo dispuesto por esta nueva norma comunitaria fue el próximo 6 de abril de 2013, exactamente dos años después de su aprobación. De ahí que, aun cuando no constituya éste el principal objetivo de este estudio, puesto que España es uno de los destinatarios de la norma³, se procederá a efectuar una breve referencia acerca de cuáles constituyen aquellas cuestiones que deberían modificarse en nuestro Derecho interno para adaptarse a los dictados de la Unión, sobre todo a la vista de la reciente introducción en nuestro Código penal del delito de trata de seres humanos por obra de la reforma de 2010.

En una aportación como la presente, que pretende dar cuenta del contenido esencial de una norma de reciente aprobación en el seno de la Unión, no pueden dejar de referirse los antecedentes que configuran su proceso de gestación. Sin embargo, puesto que se ha indicado que la aprobación de la referida Directiva puede verse como un triunfo del abordaje victimocéntrico también en el seno de la Unión, deberá con carácter previo proceder a indicarse qué tipos de abordaje se han sostenido en relación con el fenómeno de la trata de personas, además de indicar las características esenciales integrantes de este tipo de abordaje holístico. A estas dos últimas cuestiones, por el orden en que han sido referidas se dedican los dos epígrafes que siguen a esta breve introducción.

2. FORMAS DE APROXIMACIÓN A LA TRATA DE SERES HUMANOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL

2.1 Distintos prismas desde los que abordar la trata de seres humanos

La trata de seres humanos constituye un problema poliédrico, con muy distintas ramificaciones, de gran complejidad en el tratamiento y que, como tal, permite distintas aproximaciones. De entre las distintas formas de abordaje, pueden desta-

³ La Directiva resulta aplicable a todos los países de la Unión, Irlanda incluida, pese a su particular situación en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, a salvo del Reino Unido y Dinamarca. Estos dos últimos países ni participan en la adopción de la Directiva ni quedan vinculados por la misma o sujetos a su aplicación, como se deduce de lo dispuesto en los considerandos 35 y 36 del preámbulo Directiva 2011/36/UE.

carse aquellas que, una vez identificada la raíz del problema, se centran en el diseño de una estrategia erradicadora del mismo. Así sucede, por ejemplo, con la aproximación a la trata basada en el tratamiento de esa cuestión como algo relacionado con las leyes de la oferta y la demanda en el mercado⁴, que la abordan desde un punto de vista netamente económico, conducente a provocar su desaparición mediante la disminución de los incentivos económicos que este tipo de conductas conllevan. Pese a la pujanza de esta clase de aproximaciones al problema de la trata de carácter económico, desde el Derecho internacional -y no solamente desde éste, sino también desde los instrumentos supranacionales de carácter regional, como los emitidos en el seno de la Unión Europea-, las perspectivas de análisis de este fenómeno pueden circunscribirse a cinco. El abordaje del mismo desde la perspectiva de la migración, desde la vertiente del trabajo, desde la de la proscripción de la esclavitud, desde la de la justicia criminal y el Derecho penal y, finalmente, desde el punto de vista de los derechos humanos⁵.

Con carácter sucinto, puesto que los dos tipos de abordaje que más conviene en este momento traer a colación son los dos citados en último lugar, en lo que se refiere a la aproximación a la trata desde la perspectiva de la migración, debe indicarse que, pese a constituir el fenómeno de la trata y de la emigración realidades distintas, no puede desconocerse su íntima conexión. De ahí que el ligamen entre ambas realidades no solo se reconoce, sino que ha aflorado en el abordaje, también jurídico, del fenómeno que ahora nos ocupa. De tal relación es muestra, por ejemplo, que de entre los Protocolos anejos a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, uno tenga por objeto prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente la de mujeres y niños, mientras el otro se enderece a luchar contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Del mismo modo, la relación entre trata de personas e inmigración clandestina se hace también evidente en el seno de la Unión Europea. Desde un punto de vista político, la Unión ha establecido siempre una estrecha relación entre ambas realidades, que se deja entrever ya en las conclusiones del Consejo de Tam-

⁴ Acerca de estas estrategias y los mecanismos que proponen, ABADDER, *The entrapment of the poor into involuntary labor, understanding the worldwide practice of modern day slavery*, The Edwin Mellen Press, Lewiston/Queenston/Lampeter, 2008, pp. 50 y ss. Y 99 y ss.; KARA, *Sex trafficking. Inside de business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York, 2009, pp. 200 y ss.; BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000, pp. 246 y ss.; BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery. The secret world of 27 million people*, Obeworld, Oxford, 2009, pp. 145 y ss.

⁵ Al respecto, vid, EDWARDS, "Traffic in Human Beings: At the intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor", en *Denver Journal of International Law and Policy*, 2007-2008, pp. 9 y ss.; MATTAR, "Incorporating the Five Basic Elements of a Model Antitrafficking in Persons Legislation in Domestic Laws: From the United Nations Protocol to the European Convention", en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 14, 2005-2006, pp. 357 y ss.; ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human Beings. All roads lead to America*, Praeger, Westport/Connecticut/London, pp. 23 y ss. Una amplia exposición de todos los instrumentos internacionales referidos a cada una de estas aproximaciones puede hallarse en SCARPA, *Trafficking in human beings. Modern slavery*, Oxford University Press, New York, 2008, op. cit., pp. 41 y ss. En España, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 145 y ss.

pere⁶, que es fundamentalmente de donde arranca la política de la Unión para la lucha contra la trata. Por tanto, aunque la Unión haya normado formalmente mediante instrumentos jurídicos distintos acerca de ambas realidades⁷, que además integraban materia de distintos pilares de la Unión⁸, políticamente las aborda conjuntamente⁹, lo que ha trascendido ya incluso al ámbito normativo¹⁰, sobre la base común de la delincuencia organizada. En los dos ámbitos –tanto en el Derecho internacional cuanto en el Europeo- la relación entre ambos fenómenos ha conducido a un tratamiento bifronte, pues de una parte ha servido para perpetuar a los migrantes en una situación de exclusión, pero de otra ha conducido a que se les reconocieran determinados derechos a nivel internacional –regional- que los Estados debían implementar.

En el ámbito del derecho internacional, la trata de seres humanos se ha abordado también desde el punto de vista del fenómeno entendido como forma de trabajo, si bien como manifestación odiosa del mismo. En este sentido, los esfuerzos de la Organización Internacional del trabajo para combatir la trata de personas se hallan íntimamente relacionados con la lucha de esta organización contra el trabajo forzoso y se plasman en la necesidad sentida por la organización de tomar medidas tanto en el ámbito del mercado de trabajo formal cuanto en el informal. Dicha aproximación se edifica sobre la base de considerar que la trata constituye una manifestación de la migración internacional por razón de trabajo, y que en este sentido debe ser

⁶ Vid conclusiones 22 y 23 del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, donde se incardina la lucha contra la trata de personas entre las medidas a adoptar en referencia a la gestión de flujos migratorios.

⁷ Como es sabido, en relación con la trata de personas, el documento normativo más trascendente de la Unión lo había constituido, hasta la aprobación de la Directiva 2011/36/UE, la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI). En referencia a la inmigración clandestina, los documentos de carácter normativo más trascendentes se hallan integrados por la 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, en que se establecen las conductas típicas. En cuanto a las sanciones, relativas a este tipo de conductas, éstas se establecen en la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares.

⁸ Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las medidas a adoptar en relación con la inmigración clandestina constituían competencia de la Unión y, por tanto, eran materia integrante del primer pilar. Por contra, las relativas a la trata de personas formaban parte del espacio de libertad, seguridad y justicia, e integraban el tercer pilar.

⁹ Sin ir más lejos, en el documento en que se presenta el Programa de la presidencia Belga del Consejo, la referencia a inmigración ilegal y a la trata de personas se realizan conjuntamente. Vid. EU, *Programme of the Belgian Presidency of the EU Council*, pdf. accesible en www.eutrio.be/files/bveu/media/documents/Programme_EN.pdf (última visita 16-09-2010), pp. 8, 9, 43 y 45. También en el Programa de Estocolmo –vid. DOUE n° C 115 de 04/05/2010, pp. 1 y ss- puede verse la relación entre la trata de personas y la inmigración clandestina, pues el punto 4.4.2 del mismo se refiere conjuntamente a la lucha contra la trata de seres humanos y la introducción ilegal de personas.

¹⁰ La relación políticamente establecida entre las medidas de lucha contra la trata de personas y contra la inmigración clandestina se hace ya incluso evidente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, también conocido como Tratado de Lisboa, en que la lucha contra la trata de seres humanos aparece reflejada en el Capítulo 2, referido a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, en concreto en su artículo 79. En virtud del primer número del precepto se establece que “la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”. Finalizada la estructura de pilares tras la aprobación del tratado de Lisboa, el mismo precepto, en su número segundo, declara que tanto las medidas adoptadas para la lucha contra la trata de personas como las adoptadas contra la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal, lo serán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, de codecisión del Parlamento Europeo y el Consejo.

abordada¹¹.

En lo que a la aproximación a la trata de seres humanos desde el prisma de la lucha contra la esclavitud se refiere, debe indicarse que el Derecho internacional, más que afrontar la lucha contra la trata de seres humanos desde la perspectiva de la lucha contra la esclavitud, ha adoptado una serie de instrumentos normativos enderezados a la erradicación de la esclavitud que, habida cuenta de la relación que la trata de personas guarda con ésta, pueden constituir también instrumentos útiles para la lucha contra esta realidad. En la actualidad no se duda de la relación existente entre la trata de seres humanos y la esclavitud, tanto es así que hay quien se refiere a ella como nueva esclavitud. De ahí que algunos de los instrumentos internacionales aprobados con el objeto de erradicar prácticas de esclavitud puedan representar asimismo herramientas para luchar contra la trata de seres humanos. Quizá tal efecto no sea tan evidente en relación con la Convención para la Abolición de la Esclavitud de 1926, modificada en 1953, muy circunscrita a la esclavitud tradicional. Sin embargo, sí puede serlo el inherente a la 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, que abarca también formas análogas a la esclavitud en las que cabe considerar incluidos supuestos de trata. Asimismo, se refieren a la prohibición de la trata de personas al tiempo que prohíben la esclavitud la Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 –art. 4- o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1 de noviembre de 1950 –art. 4-.

2.2. Enfoque criminocéntrico frente a abordaje victimocéntrico

Entrando ya a analizar la aproximación a la trata de seres humanos tanto como fenómeno que concierne al sistema de justicia penal como en tanto que fenómeno esencialmente relacionado con la protección de los derechos humanos, puede afirmarse que en la actualidad los instrumentos normativos supranacionales que vinculan al Estado español presentan un dicotómico abordaje del problema que los distingue y que se corresponde con estas dos posibilidades de aproximación. Así, de un lado, nos encontramos con los instrumentos internacionales y regionales que abordan la trata de personas esencialmente como fenómeno requerido de incriminación, circunscritos a la previsión de un tipo delictivo, o al establecimiento de demandas de incriminación a los Estados parte. Frente a este tratamiento criminocéntrico, punitivista o fundamentalmente represor del fenómeno, en los últimos años se ha alzado un tipo de abordaje distinto, el que relaciona directamente la trata de personas con una lesión de los derechos humanos. Este segundo tipo de aproxi-

¹¹ Acerca de los instrumentos adoptados por la OIT para luchar contra este tipo de trabajo vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 151-153.

mación, que se ha denominado victimocéntrica¹², es la que se está imponiendo más recientemente, pues es la que ha venido siendo desarrollada por los últimos instrumentos internacionales dedicados a esta temática, entre los que puede ya contarse la Directiva 2011/36/UE.

Especialmente antes de la entrada en vigor de la referida Directiva podía sostenerse que en los instrumentos internacionales y supranacionales sobre trata de personas se mostraban dos tipos de enfoques contrapuestos, el criminocéntrico o punitivista, y el victimocéntrico u orientado a la protección de los derechos humanos.

Conforme al tratamiento criminocéntrico, el abordaje de la trata de personas se produce como una cuestión que atañe de manera prácticamente exclusiva al Derecho penal. Este tipo de enfoque parcial del problema, que aborda el flanco de la persecución del delito, pero no de la prevención de estas conductas o de la protección de la víctima, constituye el propio de los primeros instrumentos internacionales contemporáneos de lucha contra la trata de personas. Antecedentes de este tipo de enfoque más punitivista o predominantemente represor pueden considerarse las distintas convenciones a nivel global contra la trata de blancas que se aprobaron a lo largo del s. XX¹³. Junto a ellas, sin embargo, también de netamente criminocéntrico puede tildarse el abordaje de esta realidad en instrumentos más recientemente adoptados en el seno de Naciones Unidas, informados, lo mismo que las convenciones antes referidas, por el afán criminalizador de cualquier conducta relacionada con la prostitución libremente aceptada, propio de las posiciones abolicionistas en materia de prostitución. Así sucede con el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 2 de diciembre de 1949. Dicho documento puede considerarse el antecedente inmediato del que durante mucho tiempo ha sido considerado el principal instrumento internacional para la lucha contra este tipo de criminalidad, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Sin embargo, pese a que el referido instrumento tiene por objeto la lucha contra la trata de personas como una manifestación de la delincuencia organizada y, en ese sentido, su principal cometido es criminalizador, abandona la herencia exclusivamente criminocéntrica que le precede, iniciando la senda hacia el victimocentrismo.

El inicio del viraje desde el criminocentrismo hacia el victimocentrismo que este documento representa se manifiesta en la conocida estrategia en 3P (*prevention*,

¹² Aplico tales apelativos a ambas formas de aproximación en VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹³ Entre ellos el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas de 18 de mayo de 1904, el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 4 de mayo de 1910, el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 30 de septiembre de 1921, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 11 de octubre de 1933.

protection and prosecution) que el mismo despliega. En su virtud, se trata no solo de la adopción de medidas tendentes a la armonización de las legislaciones penales de los distintos países para conseguir una mayor eficacia en la erradicación de estas conductas delictivas, sino también de la prevención de este tipo de conductas y de la protección de las víctimas de la trata de seres humanos. Pese a la supuesta adopción de un enfoque integral, las medidas protectoras previstas para las víctimas se quedan algo cortas, de acuerdo con lo determinado en posteriores evoluciones de la doctrina especializada en trata de personas. Así, no se prevé un decálogo de derechos de las víctimas de la trata de personas, ni se contempla un período de reflexión para que las víctimas de este tipo de delitos, una vez identificadas, puedan decidir si quieren colaborar o no con la administración de justicia, ni se establecen medidas de protección específicas para las víctimas especialmente vulnerables, además de incentivarse en demasía la repatriación a las víctimas, entre otras lagunas.

Sin embargo, como más adelante tendremos ocasión de exponer con algo más de detenimiento, el documento normativo supranacional contemporáneo que ha abordado más claramente desde un punto de vista estrictamente criminocéntrico el problema de la trata de personas ha sido la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)¹⁴.

La última de las perspectivas de abordaje de la trata de seres humanos y quizá en este momento la más trascendente y generalizada para la doctrina especializada la constituye el establecimiento de la relación de este fenómeno con la vulneración de los derechos humanos de las víctimas, con la consiguiente asunción de una aproximación victimocéntrica. Tal planteamiento surge al situar la trata de personas en el marco de la protección histórica de los Derechos humanos. Ya en algunos de los instrumentos normativos aprobados por Naciones Unidas, e incluso por la misma Sociedad de Naciones, así como en algunos de los adoptados por la OIT en el período de entre guerras, emerge el paradigma de la protección de los derechos humanos en relación con la trata de personas. Por tanto, el establecimiento de la conexión entre la vulneración de los derechos humanos de las personas tratadas y el fenómeno de la trata es una de las que goza de más tradición en Derecho internacional¹⁵. Según esta forma de aproximación, lo determinante a la hora de abordar el tratamiento del problema es no tanto luchar contra esta realidad en cuanto que delito o fenómeno criminal, o al menos no solamente como tal, sino abordarla esencialmente desde la necesidad de salvaguardar los derechos de las víctimas, incidiendo más en su carácter de conducta lesiva para los sujetos pasivos que la padecen que en su condición de conducta con relevancia penal.

La asunción de este tipo de enfoque halla, pues, su fundamento último en todos aquellos instrumentos de Derecho internacional ya emitidos en que se ha estableci-

¹⁴ De ahí que me haya calificado la aproximación de la Unión al fenómeno de la trata de seres humanos como de “netamente criminocéntrica”. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., p. 163.

¹⁵ En tal sentido, ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human beings*, op. cit., p. 28.

do algún tipo de relación entre el padecimiento de este tipo de conductas y la vulneración de los derechos humanos. A la mayor parte de estos instrumentos se ha hecho ya referencia al hilo de otras posibles aproximaciones al fenómeno de la trata. Así, por ejemplo, apoyos a la asunción de este paradigma pueden hallarse, entre otros, ya en la Convención para la Abolición de la Esclavitud de 1926, así como en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, pero también en las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo referidas al trabajo forzado¹⁶.

Sin embargo, quizá el organismo normador más trascendente en la adopción de esta concepción, cuanto menos en sus orígenes, ha sido Naciones Unidas¹⁷. Resultan, pues, capitales en el sustento normativo de este tipo de aproximación, en relación con la protección de derechos civiles, manifestaciones como las contenidas en los arts. 1 y 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸ o el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹. En referencia a la protección de los derechos de carácter económico, social y cultural, pese a que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna previsión específicamente relativa a la esclavitud o prácticas semejantes a la misma, reconoce derechos relacionados con el trabajo en condiciones justas que pueden ser invocados en supuestos de explotación laboral, así el reconocimiento del derecho de toda persona a “tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” –art. 6.1-, el derecho de todos a formar sindicatos y afiliarse al de su elección²⁰, a la seguridad social²¹ y a la educación²², entre otros. En relación con los derechos humanos de las mujeres y la trata de personas, tras la Declaración de la Eliminación de todas las Formas de Discrimina-

¹⁶ De esta opinión, EDWARDS, “Traffic in human beings: At the intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor”, op. cit., pp. 22 y ss.

¹⁷ Al respecto, vid. SCARPA, *Trafficking in Human Beings*, op. cit., pp. 84 y ss.

¹⁸ Establece el art. 1 de esta Declaración que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Por mor del art. 4 “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

¹⁹ En virtud del art. 8 del Pacto, incluido en la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966, “1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 2. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíba, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

²⁰ Reconocido en el art. 8 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹ Reconocido en el art. 9 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²² Reconocido en el art. 13 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ción contra la mujer de 1967, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en 1979²³ un tratado de derechos humanos específicamente orientado a los derechos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres –CEDAW–, que prohíbe la trata de mujeres²⁴. En relación con los derechos de los niños, pueden traerse a colación tanto la Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959²⁵, como especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989²⁶, que en su artículo 35 demanda de los Estados Partes la adopción de medidas para acabar con la trata de niños²⁷ y los Protocolos que la complementan²⁸. Finalmente, en referencia al reconocimiento de los derechos humanos correspondientes a algunos colectivos, tampoco resultan desdeñables las disposiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁹, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes³⁰, la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer

²³ Adoptada por la Resolución de la Asamblea General 34/180, de 18 de diciembre.

²⁴ En concreto, el art. 6 CEDAW establece “los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

²⁵ Pues este instrumento mencionaba ya la abolición de la trata de niños y su explotación.

²⁶ Mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

²⁷ Establece este precepto “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Otros preceptos de la Convención que pueden tener una conexión con la prevención de la trata de personas son el art. 19 (requiere que los Estados Partes protejan a los niños de cualquier forma de violencia física o mental, lesión o abuso, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual); el art. 20 (que prevé que los Estados deban garantizar especial asistencia y protección a aquellos niños que se hallan temporal o permanentemente privados de su entorno familiar), el art. 21 (en relación con la observancia del superior interés del menor en casos de adopción nacional o internacional), así como los arts. 32, 34 y 36 (que proveen protección a los niños frente a la explotación económica, sexual o de otro tipo), el art. 33 (que requiere a los Estados que prevengan el uso de los niños en la producción ilícita y el tráfico de drogas o sustancias estupefacientes) y finalmente el art. 39, que reconoce el derecho del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso a la recuperación física y psicológica.

²⁸ Concretamente el Protocolo facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados y el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. El primero de ellos impone a los Estados Partes la obligación de tomar todas las medidas posibles para luchar contra este tipo de recluta, prohibiendo y criminalizando la práctica, exigiendo a las Partes que desmovilicen a los niños que se han visto involucrados en conflictos armados, así como debiendo prestarles asistencia en su recuperación física y psicológica y su reintegración en la sociedad. El segundo de estos Protocolos entró en vigor en 2002. En su virtud (art. 3.1) los Estados Partes deben criminalizar los siguientes delitos, tanto si son cometidos domésticamente como transnacionalmente, cometidos por un individuo o por un grupo organizado: el ofrecimiento, entrega de un niño con fines de explotación sexual, extracción de órganos y trabajo forzado; la actuación como intermediario para la adopción ilegal de un niño; el ofrecimiento, la obtención o el procurar un niño para prostitución; la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, ofrecimiento, venta o posesión de pornografía infantil. Asimismo, los arts. 8, 9 y 10 prevén medidas de asistencia a las víctimas, el establecimiento de políticas de prevención y la cooperación internacional y coordinación entre Estados, organizaciones internacionales y ONGs.

²⁹ Que fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1965 -mediante resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre- y pese a no contener medidas directamente enderezadas a luchar contra la trata de personas u otras formas de esclavitud, el comité de seguimiento de la misma ha efectuado algunas recomendaciones en relación con la trata de personas sobre la base del art. 5 de la Convención. Al respecto, vid. SCARPA, *Trafficking in Human Beings*, op. cit., p. 110.

³⁰ Tampoco esta Convención contiene disposiciones específicas sobre trata de personas, pero al igual que la anterior convención, el organismo de seguimiento ha efectuado algunas consideraciones al respecto. Vid. SCARPA, *Trafficking in Human Beings*, op. cit., p. 111.

Matrimonio y el Registro de los Matrimonios³¹, o las ya mencionadas Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias y la Convención y el Protocolo relativos al Estatuto de los Refugiados.

No obstante, pese a que ha sido Naciones Unidas la organización internacional abanderada en el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, ya se ha indicado como en lo que al abordaje de la trata de personas se refiere, su aproximación ha sido más criminocéntrica que victimocéntrica, cuanto menos a juzgar por las disposiciones contenidas en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas. Y es que, al margen de cuáles sean los instrumentos internacionales en los que basar una aproximación al problema que parta del reconocimiento de los derechos humanos y de la institución normadora, el paradigma a que aquí se está haciendo referencia va más allá de la aplicación del Derecho internacional tuitivo para con los derechos humanos y se basa en el reconocimiento de que la mera aplicación de disposiciones internacionales incriminadoras se ha mostrado insuficiente para la erradicación de la trata de personas³². El paradigma de los derechos humanos como única forma de abordaje con garantías de éxito de la trata de personas se sostiene por aquellos autores que pretenden una aproximación integral al fenómeno, que no se limite a la incriminación de conductas y, sobre todo, que desplace el centro de gravedad de la lucha contra este fenómeno de la incriminación de conductas a la protección de las víctimas³³. Tal aproximación integral, y por tal debe entenderse básicamente la que lo es de corte victimocéntrico, es la que defiende de manera prácticamente unánime la doctrina especializada en la actualidad, la que en definitiva considera que la solución meramente jurídico-penal es parcial, y que únicamente el camino conducente a la reparación de las víctimas, y aún más el que ataque a las causas estructurales de la trata, es el que a larga puede

³¹ En esta Convención, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1962 y en vigor desde el 9 de diciembre de 1964, sin embargo, tiene escasa efectividad en relación con el tema que nos ocupa, pues además de no prever un mecanismo de seguimiento, no consigue establecer una edad mínima para contraer matrimonio.

³² En definitiva, como indica KRIEG, "Trafficking in human beings: the EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights", en *European Law Journal*, vol. 15, nº 6, op. cit., p. 785, la consideración de la trata de seres humanos como una cuestión relacionada con la protección de los derechos humanos supone poner el acento en el daño a la persona, en contraposición con la anterior aproximación, que protegía básicamente los intereses del Estado. En cuanto a las debilidades de una aproximación criminocéntrica, AMIEL, "Integrating a human rights perspective into the European approach to combating the trafficking of women for sexual exploitation", en *Buffalo Human Rights Law Review*, 12, 2006, pp. 27 y ss., se refiere al dominio de los intereses de los acusados frente a los de las víctimas, con la consiguiente ausencia de medidas de protección y asistencia para las víctimas, incidiendo solo en los factores de empuje de la trata, no en los de atracción, además de plantear problemas de persecución allí donde los Estados no se han tomado seriamente la tarea de incriminación de tales conductas.

³³ En este sentido, quizá uno de los especialistas que con más ahínco ha defendido esta orientación y que más la ha elaborado ha sido OKOBATA, *Trafficking in human beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, op. cit., pp. 32 y ss., pp. 121 y ss y 149 y ss. Sus ideas habían sido expuestas precedentemente en otras aportaciones, como OBOKATA, "Trafficking of Human Beings as a crime against humanity: some implications for the international legal system", en *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 2005, pp. 445 y ss.; OBOKATA, "Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law", en *International Journal of Refugee Law*, 17, 2005, pp. 394 y ss.

conducir a resolver el problema³⁴. En definitiva, pues, una aproximación a la trata de personas desde la perspectiva de los derechos humanos reclama, además de requerir que se identifiquen las normas esenciales reconocedoras de derechos humanos en relación con la trata, que se exprese que el ámbito de los derechos humanos también es un ámbito de la acción, con lo que debe implicar presión a los Estados para que traten las implicaciones para los derechos humanos de este fenómeno, reconociendo a las víctimas como tales y estableciendo mecanismos que hagan posible su reparación. Más allá de esto, una aproximación al fenómeno desde el flanco de los derechos humanos no debe limitarse al proceso de la trata en sí mismo considerado, sino que debe pechar también con las causas y las consecuencias del referido proceso³⁵.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se han edificado instrumentos internacionales en que la adopción de esta aproximación resulta mucho más clara de lo que en su día lo fuera por el Protocolo de Palermo. En este sentido, quizá el documento más avanzado existente en la actualidad en cuanto a la asunción del paradigma victimocéntrico es el Convenio del Consejo del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005, también conocido como Convenio de Varsovia. La adopción del presente instrumento, pese a la reticencia de algunos países a su ratificación y al retraso que ello ha provocado en su entrada en vigor³⁶, incluso pese a las dificultades provenientes de la propia Unión Europea en punto a su aprobación³⁷, puede considerarse la consagración normativa del

³⁴ En este sentido, por todos, además del autor citado en nota precedente, ZHANG, *Smuggling and trafficking in human beings*, op. cit., pp. 145 y ss.; ASKOLA, *Legal responses in Trafficking in Women for Sexual Exploitation in the European Union*, op. cit., pp. 133 y ss.; SEGRAVE/MILIVOJEVIC/PICKERING, *Sex Trafficking. International context and response*, WP William Publishing, Cullompton/Devon, 2009, pp. 193 y ss.; SCARPA, *Trafficking in human beings*, op. cit., pp. 81 y ss y 206 y ss.; COLE, “Reconceptualising female trafficking: the inhuman trade in women”, en *Cardozo Journal of Law & Gender* 12, 2005-2006, pp. 802 y ss.; MATTAR, “Incorporating the Five Basic Elements of a Model Antitrafficking in Persons Legislation in Domestic Laws”, op. cit., pp. 379 y ss.; EDWARDS, “Traffic in Human Beings. At the intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor”, op. cit., pp. 22 y ss.; AMIEL, “Integrating a human rights perspective into the European approach to combating the trafficking of women for sexual exploitation”, op. cit., pp. 35 y ss.; LENZERINI, “International legal instruments on human trafficking and victim-oriented approach: Which gaps are to be filled?”, en *Intercultural Human Rights Law Review*, 205, 2009, pp. 226 y ss.; WAISMAN, “Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims Rights, the current Framework and a New Due Diligence Standard”, en *Hastings International & Comparative Law Review*, 33, 2010, pp. 385 y ss.; GEKHT, “Shared but Differentiated Responsibility: Integration of International Obligations in Fight Against Trafficking in Human Beings”, en *Denver Journal of International Law & Policy*, 37, 2008-2009, pp. 47 y ss.; PIOTROWITZ, “The legal nature of Trafficking in Human Beings”, en *Intercultural Human Rights Law Review*, 4, 2009, pp. 176 y ss.; GALLAGHER, “Using international human rights law to better protect victims of human trafficking: the prohibitions of slavery, servitude forced labor and debt Bondage”, en SADAT/SACARF, *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honour of M. Cherif Bassiouni*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 397 y ss.; BAKIRCI, “Human trafficking and forced labour: a criticism of the International Labour Organisation”, en *Journal of Financial Crime*, 2009, 16 (2), pp. 160 y ss.; PIOTROWITZ, “The UNHCR’s Guidelines on Human Trafficking”, en *International Journal of Refugee Law*, 2008, 20 (2), pp. 242 y ss.; KRIEG, “Trafficking in Human Beings: the EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights”, op. cit., pp. 783 y ss.

³⁵ De esta opinión, por todos, OBOKATA, *Trafficking in Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 35 y ss.

³⁶ Dicho instrumento, que fue firmado el 16 de mayo de 2005 no entró en vigor hasta el 1 de febrero de 2008. Por el momento ha sido firmado por cuarenta y tres Estados, pero sólo lo han ratificado treinta y cuatro, por lo que sólo en éstos ha entrado en vigor.

³⁷ La Unión Europea no solo no ha ratificado todavía este instrumento normativo, pese a haber intervenido en su elaboración, sino que tanto el Parlamento como la Comisión de la Unión ejercieron su derecho de veto para que algunas

enfoque orientado a la víctima y, sobre todo, la confirmación de que la tutela de los derechos de ésta, esto es, la asunción del paradigma victimocéntrico, no resulta incompatible con la persecución –en definitiva, con la consecución de una aproximación criminocéntrica-. Dado, sin embargo, que existen análisis ya publicitados y exhaustivos acerca del contenido de dicho documento, que no constituye por lo demás objeto primordial de interés en este estudio, a ellos me remito³⁸. Baste indicar aquí que dicho instrumento tiene claros valores añadidos en relación con los hasta ahora adoptados, todos ellos convenientemente reflejados en el preámbulo del Convenio. El primero de ellos, y quizá el más trascendente, es que representa el reconocimiento de que la trata de personas constituye una vulneración esencial de los derechos humanos, así como de la dignidad y la integridad de la persona, por lo que se requiere mayor protección para las víctimas de este tipo de delitos de la hasta ahora dispensada en otros instrumentos internacionales³⁹. El segundo de ellos es que el Convenio se aplica a todo supuesto de trata de personas, tanto si es nacional como transnacional, tanto si constituye una manifestación de delincuencia organizada como si no, en particular en vistas a articular la cooperación internacional. En tercer lugar, el Convenio prevé un sistema de monitorización para asegurar que las partes cumplan con sus previsiones de manera efectiva⁴⁰. En cuarto y último lugar, el Convenio toma en consideración la igualdad de género entre sus disposiciones⁴¹.

3. CONTENIDOS DE UNA APROXIMACIÓN VICTIMOCÉNTRICA AL FENÓMENO DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

Una vez expuestas las distintas formas de aproximación al proceso de la trata e indicados los instrumentos normativos internacionales y supranacionales en que las mismas se han basado, antes de pasar a analizar el contenido de la Directiva 2011/36/UE, conviene hacer mención de aquellos aspectos que se considera integran el contenido de la denominada aproximación victimocéntrica o desde los derechos humanos a este problema. Sólo así podrá posteriormente concluirse si la

de las propuesta de reforma efectuadas por la Asamblea del Consejo al texto propuesto por el Comité ad hoc que elaboró el proyecto no fueran incluidas en el texto definitivo.

³⁸ Un análisis reciente puede hallarse en VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 176 y ss.

³⁹ En tal sentido, reflejan este valor añadido del Convenio en el preámbulo varias sentencias, que se reproducen a continuación. En primer lugar, cuando afirma, como segundo considerando “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”. Cuando como tercer considerando se refiere a que “la trata de seres humanos puede conducir a una situación de esclavitud para las víctimas”. Cuando como cuarto considerando indica que “el respeto de los derechos de las víctimas y su protección, así como la lucha contra la trata de seres humanos deben ser los objetivos primordiales”. Finalmente, cuando al término del preámbulo dispone “teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un instrumento jurídico internacional global que se centre en los derechos de la persona y de las víctimas de la trata y que cree un mecanismo de seguimiento específico”.

⁴⁰ Tal como se refleja al final del último de los pasajes extractados del preámbulo en la nota precedente.

⁴¹ Al indicar, como último de los considerandos contenido en el preámbulo que “cualquier acción o iniciativa en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos debe ser no discriminatoria y tomar en consideración la igualdad entre hombres y mujeres, y tener además un enfoque basado en los derechos del niño”.

literalidad de la Directiva objeto de análisis cubre todos los flancos que se demandan a dicho tipo de aproximación.

Comenzando por la síntesis acerca de lo que la aproximación a la trata desde la perspectiva de los derechos humanos representa, debe clarificarse que conforme a la misma no se trata solamente de aplicar a este fenómeno las estructuras e instituciones del Derecho internacional, sino fundamentalmente de la asunción de una propuesta de solución integral del problema, en la que esencialmente se atiende a las necesidades de tutela y asistencia a las víctimas, superando la estrechez de los abordajes de corte estrictamente criminocéntrico. Tal propuesta, pues, no puede basarse únicamente en la persecución, aunque también en ella, sino que debe orientarse esencialmente a la prevención y la protección de las víctimas, sin abandonar consideraciones relativas a la necesidad de coordinación interestatal, interinstitucional e interorganizativa también.

Cada uno de los aspectos referidos, que pueden considerarse componentes de una política contra la trata de personas articulada desde el prisma de los derechos humanos, se hallan contemplados en el informe que el primer Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos de la Unión Europea emitió en 2004⁴², en gran parte ratificados por los expresados en la opinión núm. 7/2010 del actual Grupo de Expertos⁴³. A aquél, y en concreto a las recomendaciones que efectuaba a los Estados integrantes, puede acudirse con el objeto de delinear la referida visión panorámica de este tipo de aproximación⁴⁴.

El primero de los aspectos que deben tratarse desde un programa de lucha contra la trata que pretenda ser victimocéntrico es la prevención de este fenómeno. Con el objeto de conseguirla, debe incidirse sobre las causas de fondo de la trata, fundamentalmente a través de que los Estados modifiquen la adopción de las actuales políticas económicas, no compelan a las personas a recurrir a movimientos migratorios como irregulares y en condiciones de vulnerabilidad, además de implementar lo dispuesto en convenciones internacionales sobre los derechos humanos de los migrantes, junto con la implementación de programas nacionales orientados al

⁴² En concreto, fue emitido en Bruselas el 22 de diciembre de 2004. Cfr. EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings*, 2004, archivo pdf. accesible en <http://ec.europa.eu/anti-trafficking/> (última visita 10-05-2011).

⁴³ Vid. GROUP OF EXPERTS ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS OF THE EUROPEAN COMMISSION, *Opinion No 7/2010. Proposal for a European Strategy and Priority Actions on combating and preventing trafficking in human beings (THB) and protecting the rights of trafficked and exploited persons*, archivo pdf. accesible en <http://ec.europa.eu/anti-trafficking/> (última visita 14-07-2011). Tal documento, sin embargo, añade a los aspectos incorporados al informe de 2004, entre las prioridades generales de una estrategia coordinada contra la trata, lo esencial de la coordinación. Y entre las prioridades específicas de una estrategia coordinada contra la trata, a lo referido a la prevención, protección y persecución, añade la necesidad de cuidar las relaciones externas como una forma de atacar contra las raíces del problema –pensando en conseguir colaboración de los países de procedencia de las víctimas–, la necesidad de atender a la explotación laboral, así como a la trata interna.

⁴⁴ Al respecto, vid. EXPERTS GROUP OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report*, op. cit., pp. 16 y ss.. También puede verse una amplia exposición de lo que debe constituir una política estatal que aborde el problema desde dicha perspectiva en OBOKATA, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, op. cit., pp. 149 y ss.

género basados también en esos estándares internacionales. Además, los Estados deben incrementar las oportunidades de la migración legal y no producida en condiciones de explotación. La cooperación de los Estados desarrollados con los Estados de origen es también trascendente, sobre todo con el objeto de invertir en un incremento de las capacidades de dichos Estados e incrementar la conciencia de la migración segura. Se debe cooperar financieramente con las organizaciones internacionales establecidas en los países de origen, así como adoptar medidas para reducir la vulnerabilidad de las víctimas. Conocer las causas de la trata y actuar contra ellas pasa necesariamente por conocer en profundidad el fenómeno, de lo que se infiere que tanto la investigación como la evaluación de las políticas implementadas constituyen aspectos que no pueden desdeñarse. Otro aspecto trascendental en la prevención es el incremento de la conciencia comunitaria y pública sobre esta realidad, que puede conseguirse mediante campañas informativas no sólo en los países de destino, con el fin de neutralizar la demanda, sino también en los países de origen. La formación específica de los agentes que actúan en este ámbito resulta también necesaria para prevenir, lo que afecta a los oficiales de policía, especializados o no, los inspectores laborales, el personal consular, los jueces, fiscales y abogados, así como también los miembros de fuerzas armadas internacionales y personal actuante en misiones de paz. El control administrativo fundamentalmente de las fronteras, pero también en zonas anejas a las mismas e incluso interno, puede constituir igualmente otro importante aspecto en punto a la prevención⁴⁵, siempre que el mismo se realice con la debida consideración a los derechos humanos y los derechos fundamentales de la persona, entre ellos la libertad de movimiento. En este último ámbito incide el control de la documentación de viaje. Para finalizar con el tratamiento de la prevención, no debe olvidarse que debe atenderse a las especialidades de los niños también en este ámbito, con lo que se requiere la adopción de medidas específicas para tratar y prevenir la violencia, abuso y explotación de los niños⁴⁶.

En relación con la segunda de las grandes áreas que integran este tipo de aproximación integral al fenómeno de la trata de personas, la de la protección y asistencia a las víctimas de la trata⁴⁷, se debe asegurar que las víctimas tengan acceso adecuado a formas de reparación, incluyendo asistencia, protección y compensación, con independencia de su capacidad o voluntad de testificar en un hipotético procedimiento penal. La primera premisa para que a la víctima le pueda ser reconocido el derecho a gozar de estos mecanismos de protección es su identificación como tal, circunstancia que pasa por la capacitación sobre este particular de los

⁴⁵ Así, por ejemplo, mediante el control de agencias privadas de colocación, de sectores económicos de posible colocación de personas tratadas, como el de la construcción, la industria del sexo o el sector agrícola.

⁴⁶ Vid. sobre las medidas relacionadas con la prevención, EXPERTS GROUP OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report*, op. cit., pp. 24 y ss.

⁴⁷ Al respecto vid, EXPERTS GROUP OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report*, op. cit., pp. 33 y ss.

actores en el sistema que pueden tratar con víctimas potenciales o reales. A todas las víctimas de la trata de personas, existiendo una mera sospecha de que la persona ha sido tratada, se les debe garantizar un período de reflexión que no debería ser inferior a tres meses, con el objeto de que la persona pueda recuperarse y sea capaz de tomar una decisión informada acerca de sus opciones, esto es, intervenir o no en el procedimiento penal, iniciar procedimientos legales para obtener una indemnización, entrar en algún programa de asistencia o regresar a casa. Tras la identificación se debería garantizar un permiso temporal de residencia a las víctimas, bien por la voluntad de la persona de colaborar con la Administración de Justicia, pero por otras razones, como por ejemplo haber iniciado un programa social orientado a la inclusión social o la formación profesional⁴⁸. Junto al permiso de residencia temporal, se plantea que pueda adoptarse un permiso de residencia definitivo o a largo plazo en situaciones como que la persona haya concluido exitosamente un programa social y haya encontrado trabajo, por razones humanitarias, e incluso la concesión de asilo de acuerdo con el derecho de los refugiados. Tales medidas de protección, que permiten permanecer en el Estado de destino, deberían aplicarse a los miembros de la familia del tratado, especialmente los niños, si se teme que su retorno al país de origen pueda acarrear peligros para ellos. En cualquier caso, el retorno de las personas a su país de origen, además de ser acorde con la dignidad y los derechos humanos, debería ir precedido de una evaluación del riesgo.

En cuanto a la asistencia a las víctimas, se debe garantizar la asistencia consistente en facilitar alojamiento seguro y apropiado, orientación psicológica, cuidado de la salud, asistencia legal gratuita, educación, orientación profesional y oportunidades de empleo. Dicha asistencia debería prestarse sobre una base voluntaria y confidencial, de manera no discriminatoria ni moralizante y por organizaciones u oficinas multidisciplinarias servidas por personal convenientemente formado. En el caso de los niños, debería garantizarse que este tipo de servicios asistenciales fueran provistos por prestadores especiales, acordes con sus necesidades.

En relación con la protección de las víctimas en el marco de un procedimiento penal, deben gozar de ésta con independencia de su nivel de participación en el mismo. Integran el decálogo de derechos de las víctimas en el marco del procedimiento penal el derecho a ser respetadas, el derecho a ser informadas y asesoradas de manera comprensible, el derecho a la intimidad y la protección -las técnicas empleadas para interrogar a las víctimas no deberían ser inquisitivas, se debería evitar en lo posible la confrontación de las víctimas con el ofensor, mediante declaraciones fuera de la sala de vistas retransmitidas en directo o bien mediante la anticipación de la práctica de la prueba-, así como el derecho a la indemnización. También como forma de proteger a las víctimas, aunque constituya una medida de

⁴⁸ Que el EXPERTS GROUP OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report*, op. cit., p. 34, propone que tenga una duración de seis meses y sea renovable.

Derecho penal sustantivo, se debe exonerar a las mismas por la comisión de los delitos a que los hayan obligado los tratantes.

Finalmente, en relación con el tercero de los flancos que debería componer una estrategia para la lucha contra la trata de personas integralmente conceptualizada, resta hacer una referencia a las medidas a incorporar en punto a la persecución y procesamiento por estos delitos⁴⁹. Éstas pasan, obviamente, por la incriminación de tales conductas y por la imposición a las mismas de sanciones proporcionadas a la gravedad del injusto. Sin embargo, no basta con ello, puesto que al ser la trata un delito en cuya comisión en muchas ocasiones intervienen organizaciones criminales por los elevados beneficios que comporta, deberá reaccionarse efectuando previsiones agravatorias en relación con las referidas organizaciones, así como imponiendo sanciones de tipo económico que tengan un efecto confiscatorio de las ganancias que puedan obtenerse con el delito. Al mismo tiempo, dicho efecto privador de los beneficios provenientes de dicho delito debería conseguirse también a través de una regulación del delito de blanqueo de capitales que incluyera en sus contornos típicos el de los beneficios provenientes de la comisión de este delito. Con el producto de tales confiscaciones, además, podría dotarse un fondo del que detraer las indemnizaciones para las víctimas. Sin embargo, las referidas previsiones de carácter sustantivo añadidas a las de carácter procesal que puedan arbitrase, tales como normas de ampliación de la competencia o disposiciones sobre perseguibilidad de estos delitos, no serán suficientes si no se acompañan de estrategias para el efectivo cumplimiento de la ley. Las mismas deberían articularse a través de la adecuada formación del personal que debe hacer cumplir las disposiciones, desde los jueces hasta los agentes de policía, que además deberá ser específica para determinados tipos de víctimas, como los niños. Que la formación específica de los agentes y otros operadores en este ámbito constituye quizá la herramienta más efectiva tanto para detectar casos de trata como para gestionarlos adecuadamente lo ha demostrado ya un estudio empírico efectuado en Estados Unidos⁵⁰. Junto a ello se deben desarrollar técnicas de investigación proactivas, además de desarrollar mecanismos de intercambio de información entre los diferentes entes que actúan en la lucha contra este fenómeno. Para finalizar, estas medidas deberían asimismo ser complementadas con medidas anticorrupción en estas instancias, con medidas que atacaran a las causas del surgimiento de este tipo de corrupción funcional que tanto favorece el florecimiento de la trata de personas.

⁴⁹ Vid. EXPERTS GROUP OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report*, op. cit., pp. 40 y ss.

⁵⁰ FARRELL/MCDEVITT/FAHY, *Understanding and improving law responses enforcement to Human Trafficking, Final Report*, June 2008, Northeastern University/Institute of Race and Justice, pdf. accesible en www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/222752.pdf (última visita 14-07-2010), pp. 19-52, en que se presentan los resultados de un estudio empírico efectuado a nivel nacional con 3.000 agencias de policía en USA. En él se indica como los mayores porcentajes tanto de identificación de casos como de resolución de los mismos se dan en las oficinas en las que existen agentes formados en materia de trata de personas, específicamente en las denominadas “multiagency task forces”.

4. ANTECEDENTES A LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/36/UE EN MATERIA DE TRATA DE SERES HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA

4.1 Los primeros tiempos: el enfoque criminocéntrico de la Unión Europea

En lo que a la Unión Europea respecta, su preocupación por la lucha contra la trata de personas arranca ya de antiguo. Incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y del desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, la Acción Común 96/700/JAI del Consejo, de 29 de noviembre de 1996, 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 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, se enderezaban a la armonización de las legislaciones penales europeas sobre el particular. A nivel político la lucha contra este tipo de criminalidad ha constituido una prioridad que se ha reflejado tanto en el Programa de Tampere (1999-2004), cuanto en el de la Haya (2004-2009) como finalmente en el actualmente vigente; el Programa de Estocolmo (2010-2014). El referido 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*⁵¹, aunque especialmente relevante resulta el programa *Daphne* -que ha alcanzado ya su tercera etapa⁵²-, así como el programa de Prevención y Lucha contra el Crimen con vigencia en el período 2007-2013.

Los instrumentos normativos y las acciones políticas hasta ahora referidas pretenden tan sólo constituir una muestra de lo concernida que se ha sentido la Unión Europea ya antes de la última década por el fenómeno que nos ocupa, con la consiguiente cristalización en instrumentos normativos, que han sido ya profusamente analizados en anteriores trabajos⁵³. Pese a ello, conviene mencionar en este mo-

⁵¹ El programa *Stop* constituyó un programa de la Comisión, que en su primera etapa tuvo una duración entre 1996 y 2000, y en la segunda entre el año 2001 y 2002. Se trataba de un programa específicamente enderezado a la prevención y la lucha contra la trata de personas y la explotación sexual de los niños. Tras esa segunda edición del programa, el testigo de los fondos para la financiación de investigaciones relativas a la trata de personas lo tomó el programa *Daphne*. Más ampliamente sobre este programa vid. BOGDANYI/LEWIS, *EU frontiers and Human Trafficking*, october 2008, Discussion Paper Series, Centre for European Research, 21st Century COE Programme, Hitotsubashi University, pdf, accesible en <http://cner.law.hit-u.ac.jp> (última visita 16-09-2010), pp. 14-15.

⁵² El programa *Daphne* se aprobó por la Comisión en 2000, basado en el éxito de la iniciativa *Daphne*, instituida en 1997 y que estuvo básicamente focalizada en combatir todas las formas de violencia y explotación sexual afectantes a niños y mujeres. La primera etapa de este Programa transcurrió entre los años 2000 y 2003. La segunda etapa del mismo transcurrió entre los años 2004 y 2008 y, finalmente, la tercera de las fases del programa se halla todavía en ejecución, puesto que cubre el período 2007-2013. Si bien inicialmente los proyectos financiados con base en este programa estuvieron muy focalizados en la violencia ejercida sobre mujeres y niños, en la segunda fase del programa los estudios relacionados con la trata de personas se incrementaron, hasta llegar a alcanzar la mitad de los financiados. Vid. BOGDANYI/LEWIS, *EU frontiers and Human Trafficking*, op. cit., pp. 15 y ss.

⁵³ En relación con las acciones emprendidas en el seno UE contra la trata de personas y la normativa por ella emanada, cuanto menos en la aprobada hasta mediados los años 2000, es cuantiosa la literatura tanto española como anglosajona reciente existente. En cuanto a la primera vid., entre otros, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración*

mento que en el instrumento normativo por antonomasia de que se dotó la Unión para luchar contra la trata de seres humanos -la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)- la aproximación estrictamente punitivista al fenómeno resulta evidente.

Ciertamente, en la Unión Europea, lo mismo que en el ámbito de Naciones Unidas, la preocupación por el fenómeno surgió a raíz de la trata para la explotación sexual de las mujeres y niños, como se deduce de los primeros instrumentos normativos emitidos al efecto. Junto a este paralelismo, también la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 se adoptó atendiendo a cuáles habían sido los desarrollos normativos operados en el seno de Naciones Unidas, tal como se reconoce en los propios considerandos del instrumento europeo, en que se expone como la actuación de la Unión Europea constituye un complemento del importante trabajo desarrollado básicamente por Naciones Unidas. Pese a dichos paralelismos procedimentales y las coincidencias temporales en la aprobación de instrumentos normativos entre la Unión Europea y Naciones Unidas, lo que ha diferenciado ambos procesos, cuanto menos hasta el momento de la aprobación de aquel trascendente documento en el seno de la UE, es que mientras en Naciones Unidas se ha adoptado un enfoque victimocéntrico limitado del fenómeno, en el seno de la Unión Europea el enfoque ha sido fundamentalmente criminocéntrico, circunscribiendo las medidas a adoptar prácticamente a la mera incriminación de las conductas delictivas. En este sentido, en los propios considerandos de la Decisión Marco de 19 de julio de 2002 se expresaba que el objetivo de la misma viene constituido por la definición de los elementos constitutivos de Derecho penal comunes a todos los estados miembros 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.

Probablemente las causas que condujeron a la Unión a la estrechez de objetivos en el abordaje de la trata antes del proceso que llevó a la aprobación de la Directiva 2011/36/UE deban buscarse en la relación tradicionalmente establecida entre la trata de personas y la migración ilegal, a lo que se suma el segundo tipo de conexión siempre establecido por la Unión cuando la tarea ha consistido en abordar el

ilegal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 113 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código penal español”, en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el Siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 69 y ss.; GUGAT MAURI, en GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 56 y ss.; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 58 y ss.; PÉREZ ALONSO, “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, op. cit., pp. 54 y ss.; PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 131 y ss. En el ámbito anglosajón, por todos, RIJKEN, *Trafficking in persons. Prosecution from a European perspective*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, pp. 90 y ss.; ASKOLA, *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the European Union*, op. cit., pp. 99 y ss.; SCARPA, *Trafficking in human beings*, op. cit., pp. 171 y ss.

problema de la trata, que es su relación con la delincuencia organizada. Ambos tipos de conexión habían servido para delinear un escenario en el que la trata de seres humanos se concebía simplemente como un tipo de delincuencia organizada contra el que se debía luchar mediante el empleo del Derecho penal. No se había reparado en que constituye un delito profundamente victimizador que requiere también el establecimiento de unos estándares mínimos a nivel de la Unión en aspectos como las medidas protectoras a adoptar en relación con las víctimas –tanto dentro como fuera del procedimiento penal–, el establecimiento de un decálogo de derechos de las mismas, el diseño de mecanismos que les permitan acceder a la información acerca de la existencia de tales derechos, así como el tipo de asistencia que debe prestarse y la forma en que ésta debe ser garantizada, entre otras cuestiones.

Fiel a esta visión esencialmente represora cuando se trata de hallar soluciones al fenómeno, la Decisión Marco de 19 de julio de 2002 se limitaba, una vez establecido un concepto de trata de personas en el art. 1 prácticamente coincidente con el del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar a Trata de Personas, a determinar las obligaciones de los Estados en punto a la criminalización de tales conductas. El marco sancionatorio se establecía tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas, y a su determinación se dedicaba gran parte del articulado, reservando un lacónico artículo a la protección y asistencia a las víctimas de este delito. En él la Decisión Marco se limitaba a establecer algunas disposiciones específicas para los supuestos en que las víctimas fueren niños, además de declarar que los delitos de trata serían perseguibles de oficio.

Tal visión identificadora de la trata de personas con el mero delito de trata se hacía todavía más patente teniendo en cuenta que en la propuesta de Decisión Marco del Consejo las menciones contenidas en el texto proyectado a la asistencia a las víctimas eran más amplias que las finalmente incluidas en el documento definitivo, pues su referencia no se circunscribía a las víctimas menores⁵⁴. Incluso la ausencia de interés de la Comisión por un abordaje de la trata no tan apegado a la reacción penal frente a la misma y, por tanto, más victimocéntrico, se plasmó también en el informe de la Comisión en relación con el grado de cumplimiento de los Estados de las disposiciones contenidas en la Decisión Marco, en que ni siquiera se informaba sobre el grado de transposición de las escasas medidas asistenciales contempladas en el art. 7 alegando no haber recibido información sobre el particular de los Estados miembros⁵⁵.

⁵⁴ La referida propuesta remitida por el Consejo al Parlamento contenía un artículo 8 (víctimas), del siguiente tenor “Cada estado miembro garantizará a las víctimas de las infracciones contempladas en la presente Decisión Marco una protección y un estatuto jurídicos adecuados en los procesos judiciales. En particular los Estados miembros garantizarán que las investigaciones criminales y los procesos judiciales no causen ningún daño suplementario a las víctimas”. Junto a éste, el art. 9 de la referida propuesta contenía una serie de disposiciones relativas a la cooperación entre Estados que tampoco aparecen en el documento finalmente aprobado. Vid. el texto de la propuesta en COM(2000) 854 final.

⁵⁵ Vid. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo basado en el artículo 10 de la Decisión Marco

No muy distinto a esta concepción de la trata de personas circunscrita a una cuestión relacionada con el sistema de justicia penal ha sido el enfoque que la Unión Europea muestra en posteriores instrumentos normativos referidos a esta temática todavía vigentes, cuanto menos en aquellos emitidos hasta mediados de la primera década del s. XXI. Así, en 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, se prevé la posibilidad de facilitar un permiso de residencia de duración determinada a los nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de trata de personas por un período de tiempo limitado. Sin embargo, aun cuando se reconoce la posibilidad de otorgar a las víctimas un período de reflexión sin duración determinada con la finalidad de que éstas decidan libremente si quieren colaborar o no con la Administración de Justicia, el mismo se articula como mero instrumento para que las víctimas decidan acerca de su colaboración. Concluido el período de reflexión o incluso antes de su expiración puede concederse este permiso de residencia especial, que tiene una duración mínima de seis meses, con concesión condicionada a que la persona haya mostrado una clara voluntad de cooperación y haya roto sus relaciones con los autores de los delitos de ayuda a la inmigración ilegal y trata de seres humanos –art. 8-. Ciertamente que durante la vigencia del mismo, que puede renovarse, se garantiza ayuda económica a quienes no posean suficientes recursos y asistencia médica o de otro tipo a quienes tengan necesidades especiales⁵⁶ –art. 9-, previéndose un régimen especial en el caso de los menores⁵⁷; sin embargo, la vigencia del permiso se condiciona en todo caso a que el nacional del tercer Estado colabore en todo momento con las autoridades competentes. De modo tal que cabe la no renovación del permiso si dejan de cumplirse las condiciones establecidas en el art. 8, esto es, si ha cesado la voluntad de colaboración o la persona no ha roto sus relaciones con quienes han cometido estos delitos. Pero lo más grave es que también cabe la no renovación del permiso cuando una resolución de la autoridad competente ponga fin al procedimiento, momento a partir del cual se aplica la legislación ordinaria de extranjería –art. 13-. Esto es, la víctima de la trata es acreedora del permiso mientras colabora, a partir del momen-

del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, COM (2006) 187 final, pp. 8 y 9.

⁵⁶ Además de lo dispuesto en el art. 9 en relación con la ayuda a quienes carecen de recursos, el art. 11 prevé que se permita a quienes gozan de este permiso de residencia especial acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación durante el período de vigencia del permiso, así como el acceso a planes especiales que puedan articularse por organizaciones no gubernamentales para que recuperen una vida social normal –así cursos para mejorar sus aptitudes profesionales- o para preparar su retorno asistido a los países de origen –art 12-.

⁵⁷ El mismo se halla previsto en el artículo 10, y consiste básicamente en la posibilidad de alargar el período de reflexión en el caso de menores si ello se considera adecuado para cumplir con el superior interés del menor, en hacer posible que los menores de terceros estados tengan acceso al sistema de enseñanza en las mismas condiciones que los nacionales y, finalmente, en identificar a los menores no acompañados y determinar las razones por las que no lo están, localizar a sus familias y nombrarles un representante legal si procede.

to en que deja de colaborar o su colaboración no es necesaria porque ha concluido el procedimiento penal, simplemente se la abandona a su suerte. Además de los supuestos de no renovación, en el art. 14 se prevén los supuestos en que el permiso puede retirarse, lo que puede hacerse en cualquier momento en que dejen de cumplirse las condiciones que motivaron su concesión⁵⁸.

4.2 El período posterior a la Decisión Marco 2002/629/JAI

Como se ha indicado en el anterior epígrafe, la tendencia al abordaje cuasi absolutamente represivo del fenómeno de la trata de personas, sobre todo a través de la Decisión Marco 2002/629/JAI y de la Directiva 2004/81/CE, es la que ha imperado en Europa en los primeros tiempos de diseño de una estrategia común contra esta realidad. Tal enfoque ha conducido a un exceso de punitivismo al transponer la normativa comunitaria, cuyo origen probablemente deba buscarse no solo en la referida visión exclusivamente criminocéntrica de la cuestión, sino también porque así lo ha favorecido la técnica de las Decisiones Marco, de los instrumentos normativos propios del tercer pilar, que han venido fijando el mínimo de la pena máxima. No obstante, debe reconocerse que el exceso de punitivismo ha existido en el ámbito de la Unión Europea, y que a ello se suma que la visión victimocéntrica de la trata ha brillado por su ausencia en esta primera etapa.

Aun con todas las contradicciones internas que se observan en el seno de la Unión a la hora de abordar esta cuestión, la política comunitaria, aun empecinada en la defensa de una Europa fortaleza, ha cambiado de rumbo. A estos efectos ha resultado de gran trascendencia la labor del Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos y su informe final de 2004 -a que ya se ha hecho referencia-, aun cuando tampoco deben desdeñarse las manifestaciones contenidas en la Declaración de Bruselas de 2002 acerca de la necesidad de abordar una visión victimocéntrica de la trata de personas. La creación del Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos constituyó justamente uno de los derivados de la Declaración de Bruselas. Siguiendo sus recomendaciones, la Comisión ordenó la creación del referido Grupo mediante una Decisión adoptada en 2003⁵⁹. Se trataba, tal como se expresaba en la misma Decisión, de un grupo integrado por veinte miembros que serían seleccionados atendiendo a su competencia y experiencia en el ámbito de la trata de personas entre las administraciones de los Estados miembros de la UE, así como entre integrantes de organizaciones intergubernamentales, internacionales y ONGs. Dicho primer Grupo de Expertos desarrolló su actividad en el bienio 2003-2004 y, aunque con carácter posterior la Comisión Europea ha dictaminado la creación de un se-

⁵⁸ En particular, el art. 14 enumera los siguientes supuestos, que justificarían la retirada, 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.

⁵⁹ Decisión de la Comisión 2003/209/EC, de 25 de marzo de 2003.

gundo Grupo de Expertos de mayor continuidad una vez disuelto el primero, fue éste el que influyó claramente en el cambio de orientación de la política de la Unión en materia de trata de personas, sobre todo mediante la presentación de su informe en diciembre de 2004.

En dicho documento, a que ya se ha hecho referencia al hilo de la descripción de los contenidos esenciales de lo que debe considerarse una aproximación victimocéntrica a la trata, se contemplan dos recomendaciones de conjunto que el Grupo de Expertos efectúa a la Comisión. De un lado, se plantea la necesidad de integrar la perspectiva de los derechos humanos en el marco normativo de la lucha contra la trata de personas, lo que requiere la inclusión de los derechos de los niños. Desde este prisma, destaca como la primera de las preocupaciones debe consistir en combatir la explotación de los seres humanos en situación de trabajo forzado o en condiciones similares a la esclavitud, sin importar si nos hallamos frente a una víctima de trata, un migrante traficado, un inmigrante ilegal o un residente legal. No debe importar tanto el proceso por el que una persona ha llegado a estar en esta situación cuanto el hecho de hallarse en la misma, debiendo acabarse con la distinción entre víctimas “inocentes” y “culpables”. Además, una aproximación a la trata de seres humanos desde el prisma de los derechos humanos supone que los estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos, así como de procurar a las víctimas mecanismos adecuados de superación de la situación. Esta primera sugerencia de carácter global concluye, pues, recordando al Estado la necesidad de concentrar sus esfuerzos no solamente en la incriminación de conductas y en el establecimiento de políticas migratorias, sino también en la protección y asistencia a las víctimas, de manera que se consiga que éstas tengan acceso a remedios adecuados, incluyendo asistencia, protección y compensación con independencia de su voluntad o capacidad para testificar contra los tratantes en un eventual procedimiento penal. De otro lado, la segunda de las sugerencias globales contenida en el informe del Grupo de Expertos consiste en la necesidad de adoptar una aproximación a esta temática multidisciplinar e integrada. Partiendo de que nos hallamos frente a un fenómeno multifactorial y complejo, el Grupo de Expertos concluye la necesidad de una aproximación en varios niveles, integral e integrada, para luchar contra esta realidad. En su virtud, deben abordarse estrategias tendentes a la implementación de soluciones adecuadas a las víctimas de la trata y a la inclusión social, así como a la participación de los grupos afectados, junto a aquellas orientadas a la represión del delito y a la persecución y sanción de los ofensores, evitando los efectos secundarios de políticas represivas que puedan redundar en la vulnerabilidad de las víctimas. Este par de ideas de carácter general son posteriormente desarrolladas en un total de más de cien recomendaciones concretas, a algunas de las cuales se ha hecho ya referencia al exponer los contenidos mínimos de una orientación victimocéntrica a la trata, y que insisten, además,

en la necesidad de creación de una red europea contra la trata de personas para favorecer la cooperación y el intercambio de información.

Dicha nueva aproximación de la Unión a la problemática de la trata de seres humanos que se deduce del informe del Grupo de Expertos tuvo ya su plasmación en acciones posteriores, aunque ya anteriores a la aprobación de la Directiva 2001/36/UE. Así, en el Programa de Acción de la Haya aprobado por el Consejo el 5 de noviembre de 2001, en que se establecían las medidas a adoptar en el ámbito del desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia para los siguientes cinco años, se recomendaba tanto a la Comisión como al Consejo la adopción de un plan de acción contra la trata de personas con el objetivo de desarrollar un estándar común en relación con las mejores prácticas y mecanismos para luchar contra esta realidad, que se aprobó por el Consejo en 2005⁶⁰.

El referido plan constituye un instrumento a través del cual se establecen un conjunto de actuaciones a adoptar según objetivos cuyo cumplimiento debe revisarse periódicamente. Los ámbitos de incidencia en que se enmarcan los objetivos y las concretas actuaciones están constituidos por la coordinación de la actuación de la UE, la determinación del alcance del problema, la prevención de la trata, la reducción de la demanda, la investigación y el enjuiciamiento de casos, la protección y el apoyo a las víctimas y finalmente la repatriación y reintegración de las mismas y relaciones exteriores. Una de las cuestiones que merece ser más destacada en relación con este documento, puesto que explica el cambio de orientación de la política de la Unión sobre el particular, es que entre los principios generales para la ejecución del mismo se incluye la necesidad de adoptar un planteamiento focalizado en los derechos humanos de las víctimas. Esto es, el plan de acción se basa en el reconocimiento de que “para hacer frente eficazmente a la trata es necesario un planteamiento integrado, cuya base sea el respeto de los derechos humanos y que tenga en cuenta la naturaleza mundial del fenómeno”.

La aprobación del referido plan supuso la confirmación de la asunción por parte de la Unión Europea del referido cambio de rumbo del abordaje criminocéntrico al victimocéntrico de la trata de seres humanos. Sin embargo, no fue hasta 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 cuando ese cambio de orientación comenzó a cristalizar jurídicamente. De hecho, en el documento de trabajo adoptado por la Comisión sobre evaluación y seguimiento del Plan UE sobre mejoras prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla, que se adoptó por ésta con motivo de la conmemoración del segundo día contra la trata de seres humanos⁶¹, se constató nuevamente como los Estados miembros no estaban atendiendo al flanco de la protección y la

⁶⁰ Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla (2005/C 311/01). Vid. DOUE C 311/1, de 9. 12.2005.

⁶¹ Vid. Documento de trabajo de la Comisión, Bruselas 17.10.2008, COM (2008) 657 final.

asistencia a las víctimas. Los datos que refleja el referido documento conducen a la Comisión a concluir que el proceso de aproximación de la legislación de los Estados miembros tanto en el ámbito del Derecho penal como en el de la asistencia a las víctimas, no empece a la consideración de que en este segundo aspecto falta una aplicación efectiva de lo dispuesto, por lo que ésta manifiesta estar considerando revisar la entonces vigente Decisión Marco 2002/629/JAI.

A partir de ese momento, lo que había constituido un cambio de rumbo político comienza a devenir realidad normativa, comenzándose el proceso de reforma de la referida Decisión, que ha conducido finalmente a la aprobación de la Directiva 2011/36/UE. La aprobación de dicha norma, sin embargo, debe verse como un exponente a tomar en consideración junto a otros instrumentos adoptados recientemente por la UE que abundan en la idea de la aproximación a la trata de personas desde los derechos humanos⁶². Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de la normativa sobre migración, con la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular⁶³, y en menor medida, en el ámbito del Derecho del trabajo, con la Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁶⁴.

Pese a que la presidencia húngara de la Unión durante el primer semestre de 2011 no haya explicitado tanto como la presidencia de turno belga del segundo semestre de 2010 la importancia de la lucha contra la trata de personas como objetivo político de la Unión, en los últimos meses se han producido acontecimientos que demuestran que dicho empeño continúa siendo un objetivo político. Así se demuestra en las conclusiones de la presidencia belga de la conferencia “hacia una aproximación pluridisciplinar a la prevención de la trata de seres humanos, persecución de los tratantes y protección de las víctimas” realizada en Bruselas el 18 y 19 de octubre de 2010, publicadas en enero de 2011⁶⁵. Algo semejante ocurre con la publicación el 4 de julio de 2011 del primer informe sobre la implementación del documento de acción orientado al refuerzo de la dimensión externa de la UE de

⁶² Acerca de las distintas áreas en que la Unión ha normado en los últimos años que inciden en un enfoque victimo-céntrico de la trata de personas, vid. ampliamente, RIJKEN/DE VOLDER, “The European Union’s Struggle to realize a human rights-based approach to trafficking in human beings. A call on the EU to Take THB-Sensitive Action in Relevant Areas of Law”, en *Connecticut Journal of International Law*, 25, 2009, pp. 49 y ss

⁶³ Vid. DOUE L 168, de 30.6.2009, pp. 24 y ss. En cuanto a los efectos que se estima esta Directiva puede tener en la lucha contra la trata de personas, vid. RIJKEN/DE VOLDER, “The European Union’s Struggle to realize a human rights-based approach to trafficking in human beings”, op. cit. pp. 67 y ss.

⁶⁴ Vid. DOUE L 155, de 16.6.2009, pp. 17 y ss. Aunque en el caso de la referida Directiva, RIJKEN/DE VOLDER, o.u.c., p. 67, consideran que tendrá menor efectividad que la antes mencionada en la lucha contra la trata de personas.

⁶⁵ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Presidency Conclusions from the Conference “Towards a multidisciplinary approach to prevention of trafficking in human beings, prosecution of traffickers and protection of victims” (Brussels, 18-19 October 2010)*, Brussels, 27 January 2011, archivo pdf. accesible en <http://ec.europa.eu/anti-trafficking/> (última visita 08-07-2011).

acción contra la trata de personas “hacia una acción global de la UE contra la trata de seres humanos”⁶⁶. Al inicio de este último documento se da cuenta de los principales logros obtenidos en los últimos tiempos sobre este particular. Además de referirse el contenido del Programa de Estocolmo de 2009, al que ya se ha hecho referencia, y a la ya también referida adopción de la Directiva 2011/36/UE, se menciona, entre los mayores logros en punto a asegurar la coordinación contra la trata de personas en el marco de la Unión la designación de un coordinador europeo contra la trata en marzo de 2010, así como la creación de una página web de la Unión de lucha contra la trata de personas.

4.3 Antecedentes normativos de la Directiva 2011/36/UE

Retomando el hilo discursivo referido a la consolidación normativa en el seno de la Unión de la lucha contra la trata de personas desde una perspectiva victimocéntrica llegamos, como antecedentes inmediatos a la Directiva 2011/36/UE, a la formulación de 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. Ya en el documento de trabajo de la Comisión sobre la evaluación y seguimiento de la aplicación del Plan UE sobre mejoras prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla, ésta proponía la necesidad de modificar la Decisión Marco 2002/629/JAI. Siguiendo dicha recomendación es como se adoptó 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 por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI de 25 de marzo de 2009⁶⁷. En concreto, el programa de trabajo de la Comisión para 2009⁶⁸ preveía también la necesaria modificación de la DM 2002/629/JAI, junto con la propuesta de modificación de la Decisión Marco de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI) como medidas integrantes de un paquete de acciones contra la delincuencia organizada. Entre las razones fundamentales para la adopción de dicha decisión incluye la propia Comisión que la aprobación y entrada en vigor del Convenio de Varsovia ha supuesto el establecimiento de un más alto estándar internacional en la lucha contra este tipo de criminalidad que la Unión Europea no cumple con la mera subsistencia de la mencionada Decisión Marco de 2002⁶⁹. Partiendo de los estudios realizados en el seno de la Unión Europea tanto sobre la

⁶⁶ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Action-Oriented Paper trafficking in human beings on strengthening the EU external dimension on action against trafficking in human beings –first implementation report/update of information on Member States’ external action*, Brussels, 4 July 2011, archivo pdf. también accesible en <http://ec.europa.eu/anti-trafficking/> (última visita 08-07-2011).

⁶⁷ Cfr. COM (2009) 136 final.

⁶⁸ Vid. COM (2008) 712.

⁶⁹ Vid. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission Staff Working document accompanying document to the Proposal for a Council Framework decision on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JAI*, SEC (2009) 358, pp. 4 y 5.

implementación de la Decisión Marco de 2002 como sobre el Plan de la UE al respecto, la Comisión llega a la conclusión de que existen cuatro grandes ámbitos en que la respuesta de la UE es insuficiente. Entiende que a dicha situación debe ponerse remedio con la modificación de la normativa existente. Estos ámbitos en los que se requiere mejora se relacionan con las fallas en la persecución de criminales, la insuficiente protección y asistencia a las víctimas, las insuficientes medidas para la prevención de la trata y finalmente los déficit de conocimiento que se tenían sobre este fenómeno⁷⁰.

Partiendo, pues, de la necesidad de adecuar la normativa existente en la Unión para hacer efectivo el triple objetivo político que se propone y que, básicamente coincide con la política 3P propia del Protocolo de Palermo⁷¹, se plantean distintas opciones políticas para conseguirlo. En concreto, el documento de la Comisión se refiere a cuatro posibilidades⁷², de menos a más intervencionistas, que relacionan seguidamente:

- La primera de ellas consistiría en que no se aplicaran más medidas por parte de la UE, esto es, que ésta en tanto organismo supranacional no adoptara ninguna medida ulterior para combatir la trata de seres humanos, aunque ello no impediría a los Estados miembros continuar con su proceso de firma y ratificación del Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos. Sin embargo, el mantenimiento del *status quo* no es una opción que seduzca a la Comisión -habida cuenta de que la misma pasa por que los Estados europeos firmen y ratifiquen el Convenio del Consejo de Europa- si se quiere conseguir una efectiva mejora de la situación, lo que deja la existencia de un adecuado marco normativo a nivel comunitario en manos de la lentitud de los procesos de ratificación y de la propia voluntad de los Estados, provocando inseguridad.
- La segunda de las posibilidades planteadas consistiría en que la Unión adoptase medidas de carácter no legislativo, esto es, que sin proceder a la modificación de la normativa ya existente, la Unión estableciese medidas no legislativas en los ámbitos de los sistemas de asistencia a las víctimas, la supervisión, las medidas de prevención en los países de destino y de origen, la formación, y la cooperación policial. Tampoco esta alternativa es la adoptada por la Comisión, puesto que se considera que no es un mecanismo ade-

⁷⁰ Cfr. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, o.u.c., pp. 13-14.

⁷¹ Vid. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, o.u.c., pp. 18 y 19, en que se refiere a cuatro objetivos específicos: perseguir el delito, proteger los derechos de las víctimas y prevenir la trata de seres humanos, así como establecer un efectivo sistema de monitorización. La persecución de dicho cuádruple objetivo, en el que a la prevención, protección y persecución se añade la cooperación o asociación para luchar contra este tipo de criminalidad se ha ido consolidando con el tiempo. A la consecución de dichos cuatro objetivos y las medidas adoptadas para conseguirlos se refiere el documento de conclusiones de la presidencia belga del Consejo sobre la conferencia hacia una aproximación multidisciplinaria a la prevención y persecución de los tratantes antes referido. Vid. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Presidency Conclusions from the Conference "Towards a multidisciplinary approach to prevention of trafficking in human beings, prosecution of traffickers and protection of victims"* (Brussels, 18-19 October 2010), op. cit., pp. 10 y ss.

⁷² Vid. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, o.u.c., pp. 20-49.

cuado para mejorar efectivamente en aquellos ámbitos en los que se requiere una base jurídica específica, manifestando además su escasa confianza en la efectiva implementación de instrumentos no jurídicos, habida cuenta de lo sucedido en el pasado.

- La tercera de las opciones consiste en la aprobación de nueva legislación en materia de enjuiciamiento, asistencia a las víctimas, prevención y supervisión. Curiosamente, la Comisión no se refiere ya entre las alternativas posibles a la mera modificación de la Decisión Marco 2002/629/JAI, como inicialmente había propuesto, sino directamente a la aprobación de una nueva Decisión Marco que incluya las disposiciones de la actualmente vigente, junto con ciertas disposiciones del Consejo de Europa y algunos elementos adicionales. La nueva Decisión contendría así disposiciones en los ámbitos del Derecho penal sustantivo, la jurisdicción y el enjuiciamiento, los derechos de las víctimas en el procedimiento penal, la ayuda a las mismas, las medidas protectoras especiales para los niños, la prevención y la supervisión. Esta es la opción que considera factible la Comisión y la que entiende anejos beneficios. Sin embargo, el planteamiento de las medidas que se prevé abordar todavía es más ambicioso, puesto que la finalmente escogida es la cuarta de las opciones.
- En virtud de esta cuarta opción, finalmente asumida, no solo se aprobará una nueva Decisión Marco en los términos expresados en la tercera opción, sino que la misma será complementada mediante medidas no legislativas, del tipo de las señaladas en la segunda de las opciones.

Con las anteriores manifestaciones de la Comisión, pues, la voluntad política de abordar un enfoque integrado y victimocéntrico en la trata de seres humanos devino también una realidad en la Unión Europea. Partiendo, pues, de la opción consistente en la adopción de una nueva Decisión Marco que sustituyese a la DM 2002/629/JAI, el Consejo propuso a la Comisión que efectuase una propuesta de Decisión Marco, la mencionada Decisión Marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas⁷³, que implicó la adopción de un enfoque integrado y global para luchar contra esta realidad. En ella no sólo se adoptó la definición lata del delito de trata de seres humanos incluida en los instrumentos de Naciones Unidas y en el Convenio del Consejo de Europa, sino que se incluyó también la trata de seres humanos con el objeto de la extracción de órganos. Se preveía en ella la necesidad de que los Estados parte debiesen contemplar circunstancias agravantes atendiendo a la necesidad de proteger en especial a las víctimas vulnerables, con inclusión de todas las víctimas infantiles y de aquellos adultos que fuesen vulnerables por razón de las circunstancias personales o las consecuencias físicas o psíquicas del delito. Sin em-

⁷³ Vid. COM (2009) 136 final.

bargo, lo que singularizó a la referida propuesta de Decisión en relación con los antecedentes regulativos en la Unión es que no solamente se contenían mandatos de incriminación a los Estados miembros –arts. 1 a 5-, sino que además se declaraba a las víctimas exoneradas de responsabilidad por los delitos que hubiesen podido cometer en situación de trata, se contenían disposiciones relacionadas con la protección y la asistencia a las víctimas, algunas relativas a cuestiones procesales, la adopción de medidas para prevenir esta realidad y finalmente el establecimiento de ponentes nacionales y otros mecanismos equivalentes de supervisión.

Pese a lo novedoso de los contenidos de su articulado, carece de sentido analizarlo más pormenorizadamente, puesto que nos hallamos frente a una iniciativa que caducó con la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. En el caso de las iniciativas legislativas presentadas por la Comisión con arreglo al Título VI del Tratado de la Unión Europea, las relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal -las adoptadas sobre la base de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, esto es, las integradas en el tercer pilar-, constituyen iniciativas cuyo marco normativo se vio sustancialmente modificado por el Tratado. La aprobación del mismo supuso la desaparición de la estructura de pilares, así como la extensión del anterior proceso de “codecisión” -o “procedimiento legislativo ordinario” en la actualidad- a muchos nuevos casos, entre ellos al que nos ocupa⁷⁴, afectando sustancialmente al proceso de adopción de acuerdos. De ahí que no bastase con la mera modificación formal de la propuesta ya formulada, debiendo considerarse “caduca”⁷⁵, lo que condujo a su retirada formal y a su sustitución por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la

⁷⁴ En este sentido, establece el art. 79, apdos. 1 y 2, Tratado Lisboa “1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.”

En virtud del art. 83.1 Tratado Lisboa “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 combatir las según criterios comunes. (2) 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. (3) Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

⁷⁵ Acerca de las distintas formas en que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha afectado a las iniciativas legislativas en tramitación, vid. 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, COM (2009) 665 final.

trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI de 29 de marzo de 2010⁷⁶.

Dicha nueva propuesta, la tramitada de conformidad con el Tratado de Lisboa, es la que ha dado lugar a la posterior aprobación de la Directiva 2011/36/UE. Podría pensarse que, puesto que se trata de adaptar simplemente el proceso de tramitación de aquella anterior norma al procedimiento de codecisión, siendo que la iniciativa parte del mismo órgano europeo, el contenido de ambas disposiciones es coincidente. Sin embargo, existiendo claras similitudes entre ambos textos, el contenido de ambos no es equivalente. Si bien ambas iniciativas se singularizan, en relación con la pretérita Decisión Marco 2002/629/JAI por regular en profundidad aspectos como la prevención del delito o la protección y asistencia a las víctimas, además de la incriminación de conductas delictivas, la propuesta de Directiva de 2010 es más amplia que la propuesta de Decisión Marco de 2009. En relación con las disposiciones contenidas en ambas propuestas en cuanto a la armonización de los Derechos penales sustantivos de los Estados miembros, la regulación no resulta sustancialmente dispar, aun cuando la propuesta de Decisión Marco resultaba más punitivista que la originaria propuesta de Directiva – no así el texto de la Directiva finalmente aprobado- al requerir la imposición de mínimos penales más elevados. Sin embargo, en lo que sí resulta claramente más completa la propuesta de Directiva en relación con la Decisión Marco es en la regulación de aspectos como la asistencia y el apoyo a las víctimas, que se hallan claramente más desarrollados en la última de las iniciativas.

De acuerdo con la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, así como también se dispone en su preámbulo –y en ello el texto definitivo de la Directiva no se ha visto sustancialmente modificado a lo largo de su tramitación- la trata de seres humanos se considera uno de los delitos más graves a nivel mundial. Se clarifica en esa misma exposición de motivos como se persigue un abordaje holístico de dicha realidad, sobre la base de una política que cubra los flancos de la prevención, la protección y la persecución. En tal sentido, se reconoce como el enfoque global que se preconiza es el adoptado ya por el Convenio del Consejo de Europa de 2005; sin embargo, la propuesta de Directiva considera haber superado el enfoque observado por el Convenio de Varsovia. En dicho sentido, se destaca en su exposición de motivos cuáles son las ventajas de la propuesta de norma comunitaria en relación con el Convenio de que parte, que se circunscriben a las siguientes⁷⁷:

- por contraposición al Convenio del Consejo de Europa, la propuesta de Directiva prevé una escala precisa de penas adaptada a la gravedad de las infracciones (art. 4).

⁷⁶ COM (2010) 95 final.

⁷⁷ Vid. COM (2010) 95 final, p. 8.

- establece una norma de competencia jurisdiccional más amplia y vinculante, que obliga a los Estados miembros a enjuiciar a sus ciudadanos y residentes habituales que hayan cometido el delito de trata de seres humanos fuera del territorio (art. 9).
- 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).
- contempla un mayor nivel de asistencia a las víctimas, en especial en relación con el tratamiento médico (art. 10).
- contempla medidas de protección especiales para las víctimas infantiles de la trata de seres humanos (arts. 12 a 14).
- finalmente, destaca la exposición de motivos que la integración de disposiciones que tienen un contenido similar en el acervo de la UE pone de manifiesto las ventajas que entrañan las condiciones más restrictivas impuestas por el ordenamiento jurídico de la UE, en concreto la entrada en vigor y la supervisión de la implementación, a través de informes de la comisión y del nombramiento de ponentes nacionales o mecanismos equivalentes⁷⁸.

Más allá de dichas referencias contenidas en la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, que no se contienen en el texto definitivo que conforma la Directiva 2011/36/UE, no nos detendremos en el contenido de la misma, que coincide en lo esencial con el que después ha sido el integrado en el texto de la Directiva finalmente aprobada.

Sobre la base del texto de la propuesta de Directiva, adoptada por la Comisión el 29 de marzo de 2010, y remitida tanto al Parlamento como al Consejo en esa misma fecha, el Comité de Libertades Civiles, Justicia e Interior y el Comité de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento, plantearon una serie de modificaciones en el borrador de informe del Parlamento⁷⁹ que posteriormente fueron en

⁷⁸ Al respecto, establecía el art. 20 propuesta Directiva como la entrada en vigor se produciría el vigésimo día al siguiente al de su publicación en el DOUE. En relación con su transposición, preveía el art. 18 de la norma que la misma se produjese con un máximo plazo de dos años desde su adopción, estando obligados los Estados miembros a comunicar a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que adoptasen en el ámbito regulado por la Directiva. Además, en cuanto al seguimiento de la implementación, el art. 16 de la propuesta preveía como los Estados miembros adoptarían las medidas necesarias para establecer ponentes necesarios u otros mecanismos equivalentes, cuyo cometido sería la realización de evaluaciones sobre las tendencias de la trata de seres humanos, la medición de los resultados de las acciones de lucha contra la trata y la elaboración de informes para las autoridades nacionales pertinentes. Junto a esto, el art. 19 preveía que la Comisión realizase informes con las propuestas necesarias, el primero de ellos a emitir a más tardar tras cuatro años desde la adopción de la Decisión, y después de ello cada tres años. El mecanismo de emisión de informes por parte de la comisión constituía asimismo una forma más de controlar la implementación de la Directiva, puesto que los Estados debían enviar a la Comisión una descripción detallada de las medidas aplicadas. Vid. COM(2010) 95 final, pp. 25-26.

⁷⁹ Vid. el contenido completo del borrador de informe en EUROPEAN PARLIAMENT, *Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and the Council on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA*, 28.6.2010, archivo pdf. accesible en <http://ec.europa.eu/prelex/> (última visita 08-07-2011).

su mayor parte asumidas por el Parlamento y que se incluyeron en el texto originariamente propuesto, aunque no condujeron a una modificación sustancial ni de su estructura ni de su contenido. En concreto, mediante dichas modificaciones incluidas en el borrador se pretendía incidir en aspectos como el reconocimiento de derechos a las víctimas –con el objetivo de incrementarlos–, la ampliación del concepto de víctima vulnerable, el incremento de la penalidad correspondiente a las conductas relacionadas con la trata de personas, la introducción de la pena de confiscación de ganancias, insistir en la posibilidad de reconocimiento del derecho de asilo a las víctimas de la trata, así como en la necesidad de recopilar datos que permitan conocer el real alcance del fenómeno. Finalmente, una vez el Comité Económico y Social Europeo emitió su dictamen en octubre de 2010, el Parlamento Europeo adoptó su resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva⁸⁰, enmendándola en diversos aspectos. Aquellas cuestiones modificadas por el Parlamento, que finalmente no han sido todas las originariamente propuestas en el borrador de informe, tienen que ver con la inclusión de la perspectiva de género en algunos aspectos de la propuesta de Directiva, la configuración de los tipos agravados de trata, la previsión de la asistencia y la protección a las víctimas no condicionada a la cooperación con la administración de justicia, especialidades para la asistencia a víctimas menores, previsiones especiales para menores no acompañados, nombramiento de un informador nacional, así como coordinación de investigaciones y estrategia de la Unión en la lucha contra la trata.

Expresado el compromiso de la Comisión sobre las enmiendas formuladas en primera lectura por el Parlamento, y consensuadas éstas también por el Consejo, éste aprobó la el proyecto el 21 de marzo de 2011, siendo firmado definitivamente el texto de la Directiva tanto por el Presidente del Parlamento Europeo como por el del Consejo el 5 de abril de 2011. La entrada en vigor de dicho documento, mediante el que, como se ha dicho, se articula el viraje definitivo de la política de la Unión en materia de trata de personas hacia el victimocentrismo, se produjo, de conformidad con lo dispuesto en su propio articulado, el 15 de abril de 2011, coincidiendo con la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea⁸¹. En el siguiente epígrafe se expondrán los contenidos esenciales del articulado de la nueva Directiva, no sin antes indicar que mediante la misma se ha procedido a la sustitución de la Decisión Marco 2002/629/JAI que, como se ha indicado, constituía el principal exponente del abordaje casi exclusivamente criminocéntrico de la Unión en materia de trata de personas⁸². Así, pues, la presente Directiva será la que

⁸⁰ Vid. Resolución Legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2010, sobre la propuesta de Directiva y la Posición del Parlamento aprobada en primera lectura el 14 de diciembre de 2010, ambas accesibles en www.europarl.europa.eu.

⁸¹ Vid. DOUE L 101, de 15.4.2011.

⁸² En virtud del art. 21 Directiva 2011/36/UE se dispone la sustitución de la Decisión Marco 2002/629/JAI para los Estados miembros que hayan intervenido en su adopción. Originariamente la propuesta de Directiva no preveía la sustitución de la Decisión Marco, sino directamente su derogación –art. 17-. Sin embargo, durante la tramitación de la

aquellos Estados integrados en la Unión que han participado en su aprobación deben cumplir en un horizonte que finaliza el próximo 6 de abril de 2013. Todos los Estados integrantes de la Unión, salvo el Reino Unido⁸³ y Dinamarca, quedan sujetos a la referida Directiva, que viene, en lo que a éstos se refiere, a sustituir a la Decisión Marco antes referida.

5. DIRECTIVA 2011/36/UE: ESTRUCTURA Y CONTENIDO

La Directiva 2011/36 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas adopta, como se ha indicado, una perspectiva holística en el abordaje de dicho fenómeno. En tal sentido, se indica entre los considerandos de la norma, del mismo modo a como lo hiciera la propuesta de Directiva, que constituye una grave violación de los derechos humanos cuya evitación y combate ha devenido una prioridad para la Unión y los Estados miembros. Partiendo de tal constatación, identifica el enfoque adoptado por la Directiva como integrado y global, así como basado en los derechos humanos. Tal enfoque integral conduce a que ya entre los considerandos de la Directiva se identifique la adopción de un abordaje que toma como eje la política 3P que se ha mencionado había adoptado ya el Protocolo de Palermo, incidiendo no solamente en la persecución de los tratantes, sino también en la prevención y la protección a las víctimas. A tales ámbitos de aplicabilidad de la Directiva se añade, como cuarto ámbito en el que incidir, de modo más mucho más claro en el texto definitivo de la Directiva que en la propuesta de la misma, la cooperación. En este sentido, en los considerandos de la Directiva se efectúa tanto referencia a la necesidad de cooperación entre las autoridades policiales de los distintos países para reforzar la lucha contra la trata de seres humanos, cuanto a la necesidad de fomentar la colaboración de los Estados con las organizaciones de la sociedad civil⁸⁴, como finalmente en relación con el necesario fomento a la coordinación entre las organizaciones internacionales con competencias en relación con la acción contra la trata de seres humanos, con el fin de evitar la duplicación de trabajos. Pese a la adopción de dicho enfoque, sin embargo, la Directiva establece medidas de protección específicas para las víctimas de la trata de seres humanos, sin ocuparse de las condiciones de la residencia de las víctimas en el territorio de los Estados miembros⁸⁵. En relación con las condiciones de permanencia de las víctimas de la trata en el territorio de la Unión debe considerarse de aplicación lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de

iniciativa la derogación fue modificada por sustitución, presumiblemente porque no todos los países de la Unión han intervenido, como se ha visto, en la adopción de la iniciativa.

⁸³ En el caso del Reino Unido, sin embargo, el Gobierno ya ha manifestado su voluntad de adoptar la Directiva y las comisiones legislativas de ambas Cámaras del Parlamento están considerando actualmente su adopción. Vid. COWEN, "Victims of human trafficking: protection from punishment", en *Archbold Review*, 7, 2011, p. 5.

⁸⁴ Así se dispone en los considerandos 5 y 6 de la Directiva, que no se contenían en el texto de la propuesta.

⁸⁵ Así se dispone en el considerando 17 del preámbulo.

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. Como se ha indicado, la referida norma no cumple con los estándares de protección a las víctimas de la trata que se asumen desde posiciones victimocéntricas, puesto que la absoluta orientación del período de reflexión a favorecer la colaboración con la administración de justicia puede provocar situaciones de desprotección a las víctimas, lo mismo que la limitación en la concesión del ulterior permiso especial de residencia a los supuestos en que la víctima colabore con la administración de justicia.

Encarando ya la realización del breve análisis anunciado al concreto articulado de la propuesta de Directiva, puede señalarse que la estructura de la misma recuerda en muchos aspectos a la del Convenio de Varsovia, fundamentalmente en el hecho de adoptar un enfoque global. Sin embargo, la Directiva 2011/36/UE adopta un distinto orden en la regulación, pues dota de mayor relevancia a las disposiciones adoptadas en materia de persecución, a las que sitúa en primer lugar⁸⁶, difiriendo a un momento posterior el establecimiento de las medidas de asistencia, apoyo y protección a las víctimas, así como las relativas a la prevención y a la cooperación y coordinación en la lucha contra este fenómeno. Que la persecución constituye el objetivo fundamental perseguido por la Directiva, pese a las referencias a la adopción de un enfoque holístico, se deduce ya de su artículo 1, en el que se determina el objeto de la norma, donde se alzaprima la vertiente punitiva de la norma, quedando las demás en un segundo término⁸⁷.

Pese a la relevancia otorgada por esta norma a los aspectos que tienen que ver con la persecución de los tratantes, dado que la prevención de la realización de este tipo de conductas, así como la protección a las víctimas constituyen aspectos más propios de una aproximación a la trata desde el prisma de los derechos humanos, será por estos aspectos por los que se iniciará la exposición de los contenidos de la Directiva. Téngase además en cuenta que, aunque ello suponga subvertir el orden del articulado, tanto la prevención de la trata cuanto la protección a las víctimas constituyen aspectos que en muchas ocasiones deben abordarse con independencia de la eventual instrumentación de un procedimiento penal para perseguir la comisión del delito, por lo que también desde un punto de vista lógico está justificado su abordaje en primer término.

⁸⁶ En el Convenio de Varsovia los requerimientos en relación con la persecución del delito de trata se contemplan en el capítulo IV del Convenio, tras abordarse aspectos como el ámbito de aplicación, principios inspiradores y objeto del convenio (cap. I), la prevención de la trata (cap. II), así como las medidas de protección de las víctimas (cap. III). Ampliamente sobre el contenido del convenio, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 176 y ss.

⁸⁷ Dispone el art. 1 Directiva 2011/36/UE “La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas”.

5.1. Medidas de prevención de la trata de seres humanos contempladas en la Directiva 2011/36/UE

Comenzando por las medidas de prevención de este tipo de delitos articuladas a través de la Directiva que nos ocupa, las mismas se contemplan de forma bastante más sucinta que en el Convenio de Varsovia. A ellas se dedica en esta norma una única disposición, el art. 18. En su virtud se prevé tanto la adopción por parte de los Estados miembros de medidas enderezadas a desalentar y disminuir la demanda, mediante la educación y la formación⁸⁸, cuanto la adopción de medidas apropiadas, como campañas de información y sensibilización, de educación e investigación, que pueden adoptarse en cooperación con organizaciones de la sociedad civil, destinadas a reducir el riesgo de que las personas, especialmente menores, sean víctimas de la trata de seres humanos⁸⁹. Se prevé igualmente que los Estados promuevan la formación periódica de los funcionarios que tengan probabilidades de entrar en contacto con las víctimas reales y potenciales para que puedan identificar y tratar ese tipo de víctimas. La clase de funcionarios a los que va dirigida esta demanda de formación específica, entre los que el art. 18.3 Directiva menciona específicamente a los funcionarios de policía de primera línea, son enumerados entre los considerandos del preámbulo de la Directiva –considerando 25-. Entre ellos, además de los funcionarios de policía, se cuentan los guardias de fronteras, los funcionarios de inmigración, los fiscales, los abogados, los miembros del poder judicial y funcionarios de los tribunales, los inspectores de trabajo, el personal encargado de asuntos sociales, de la infancia y sanitario, así como el personal consular, aun cuando la demanda va dirigida a otros grupos de funcionarios públicos que puedan entrar en contacto con víctimas de la trata de seres humanos en el desempeño de sus funciones.

En relación con la demanda, que la Directiva identifica con el factor que favorece todas las formas de explotación relacionadas con la trata de seres humanos, el art. 18.4 de ésta prevé que los Estados miembros puedan estudiar la adopción de medidas para tipificar el uso de los servicios de personas que son objeto de explotación, a sabiendas de tal circunstancia. Sin embargo, no se establece este mandato con carácter preceptivo, como sucede en el art. 19 del Convenio de Varsovia⁹⁰.

⁸⁸ Así se dispone en el art. 18.1 Directiva 2011/36/UE.

⁸⁹ Dispone el art. 18.2 Directiva en este sentido que “Los Estados miembros adoptarán medidas apropiadas, incluso por medio de Internet, como campañas de información y concienciación, programas de educación e investigación, cuando proceda, en cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas, destinadas a concienciar y reducir el riesgo de que las personas, especialmente los menores sean víctimas de la trata de seres humanos”.

⁹⁰ Dispone específicamente el art. 18.4 Directiva 2011/36/UE que “Con objeto de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a los que hace referencia del artículo 2, a sabiendas de que la persona es víctima de una de las infracciones contempladas en dicho artículo”.

5.2. La asistencia y la protección a las víctimas de la trata en la Directiva 2011/36/UE

En relación con las acciones para garantizar la protección y la asistencia a las víctimas, la Directiva es mucho más exhaustiva en su regulación. Ya lo era en su primera versión, la correspondiente a la propuesta de Directiva; sin embargo, lo es más tras la tramitación de la misma. A lo largo de ella se han adicionado a la primera versión del documento disposiciones específicas tanto a la protección de las víctimas en general –al margen de aquélla que les resulta propia en el marco de un procedimiento penal-, cuanto, especialmente en lo tocante a la asistencia, apoyo y protección a los menores no acompañados⁹¹, cuanto finalmente en relación con las posibilidades de indemnización públicas reconocidas a las víctimas de este tipo de conductas⁹².

En cuanto a las medidas contempladas en la Directiva 2011/36/UE cuyo objeto viene constituido por la protección y la asistencia a las víctimas, como se ha indicado, son mucho más profusas que aquellas enderezadas a la prevención del delito. Ya en el propio preámbulo de la Directiva se hace evidente que a la protección y asistencia a las víctimas se le dedica mucha más atención que a la prevención. A esta cuestión se dedica la práctica totalidad de los considerandos 17 a 24 del preámbulo. En ellos se pone de manifiesto, tras recordar que la Directiva no se ocupa de las condiciones de residencia de las víctimas de la trata en el territorio de los Estados miembros, como es necesario que las víctimas de la trata de seres humanos puedan estar en condiciones de ejercer sus derechos de forma efectiva. De ahí que se les deba prestar asistencia y apoyo antes de que empiece el procedimiento penal, en el transcurso del mismo y durante un período de tiempo suficiente después de finalizado aquél. De ahí también el surgimiento del deber para los Estados de proveer recursos para respaldar la asistencia, el apoyo y la protección a las víctimas. Dicho deber surge siempre que existan indicios razonables de que una persona ha podido ser víctima de la trata de seres humanos, con independencia de su voluntad de intervenir como testigo, debiendo prestarse de manera incondicionada al menos durante el período de reflexión cuando la víctima no resida legalmente en el Estado. Aun cuando dicho deber en la prestación de asistencia decae cuando, una vez concluido el proceso de identificación o expirado el período de reflexión, se considera que la víctima en cuestión no reúne las condiciones para la obtención de un permiso de residencia o no tiene el estatuto de residente legal en el territorio del Estado miembro, o si la víctima ha abandonado el territorio de dicho Estado miembro o si el Estado en cuestión no está obligado a seguir prestándole

⁹¹ No se contenían disposiciones específicas a este tipo particular de víctimas en la propuesta de Directiva. Sin embargo, durante la tramitación de la Directiva 2011/36/UE se ha incluido un precepto específico, el art. 16, rubricado “asistencia, apoyo y protección de los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos”.

⁹² Tampoco en relación con este aspecto la propuesta contenía disposición alguna específica. Sin embargo, la misma ha sido introducida también a lo largo de su tramitación como Directiva, hallándose prevista en el art. 17 de la misma.

asistencia o apoyo en virtud de la presente Directiva. Se parte de la base de que la asistencia y apoyo deben ofrecerse a las víctimas contando con el consentimiento de éstas, por lo que la negativa de una víctima a aceptar este tipo de medidas debe ser respetada.

En lo tocante a las medidas de protección a adoptar en relación con las víctimas en el marco del correspondiente procedimiento penal, recuerda el preámbulo de la Directiva como a las víctimas de la trata de seres humanos les son aplicables las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, indicando que se les reconoce el derecho a la protección e indemnización, debiendo además velarse por que dispongan inmediatamente de asesoramiento jurídico y, si procede, de representación legal, evitando la victimización secundaria.

Se dedica especial atención en el preámbulo de la Directiva 2011/36/UE a los menores víctimas de la trata de seres humanos, que se consideran víctimas especialmente vulnerables, con la consiguiente necesidad de previsión de medidas de protección adicionales, especialmente en el caso de los menores no acompañados⁹³.

Fiel a estas consideraciones, el articulado de la Directiva dispone medidas de asistencia y apoyo a las víctimas con carácter general y aquellas medidas de protección que deben adoptarse en el marco del procedimiento penal con carácter específico. Junto a las que deben adoptarse en relación con cualquier víctima de la trata de seres humanos, se singularizan las que corresponde adoptar en relación con las víctimas menores, especialmente aquellas a imponer en relación con los menores no acompañados.

5.2.1 Medidas de asistencia y protección a las víctimas de la trata de seres humanos en general

Comenzando con las medidas de asistencia y apoyo generales, dispone el art. 11 Directiva como los Estados deben adoptar las medidas para garantizar a las víctimas apoyo antes, durante y después del procedimiento penal, de manera que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de

⁹³ En relación con este particular supuesto, que no gozaba de tratamiento específico en la propuesta de Directiva de 2009, se han incorporado dos nuevos considerandos al preámbulo de la Directiva 2011/36/UE, que disponen: (23) Debe prestarse una atención especial a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos, ya que necesitan asistencia y apoyo específicos por razón de su situación de vulnerabilidad particular. Desde el momento en que se descubra que un menor no acompañado es víctima de la trata de seres humanos, y hasta que se halle una solución permanente, los Estados miembros deben aplicar medidas de acogida adecuadas a las necesidades del menor y garantizar que se apliquen las correspondientes garantías procesales. Deben tomarse las medidas necesarias para que, en su caso, se nombre a un tutor o representante, con objeto de proteger los intereses del menor. Debe adoptarse, en el plazo más breve posible, una decisión sobre el futuro de cada uno de los menores no acompañados víctimas, con objeto de hallar soluciones duraderas basadas en una evaluación individual del interés superior del menor, que debe ser la consideración primordial. Una solución duradera puede ser el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno, la integración en la sociedad de acogida, la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro. (24) Cuando, de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, debe nombrarse un tutor o representante para el menor, estas funciones pueden ser desempeñadas por la misma persona o por una persona jurídica, institución o autoridad.

marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el procedimiento penal⁹⁴ y en la misma Directiva 2011/36/UE. Se aclara en el precepto como, una vez se tengan indicios razonables para suponer que la persona ha podido ser víctima de alguna de las infracciones contempladas en los arts. 2 y 3 Directiva, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se preste a una persona asistencia y apoyo, de manera que la prestación de éstas no se supedita a la voluntad de la víctima de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio, si bien recordando las limitaciones que al respecto establece la Directiva 2004/81/CE o normas similares⁹⁵. Con el objeto de que dicha asistencia se preste lo antes posible, se dispone que los Estados adopten las medidas necesarias para establecer mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, asistencia y apoyo tempranos a las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes.

El contenido de las medidas de asistencia y apoyo viene determinado en el propio art. 11 Directiva, que dispone, en su apdo. 5, que incluirán al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas como la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida la asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de interpretación y traducción, en su caso.

La prestación de las referidas asistencia y apoyo, como ya se ha indicado exponía el preámbulo de la Directiva 2011/36/UE, se proporciona a la víctima con su acuerdo y conocimiento de causa, lo que significa que deben ser consentidas por parte de la víctima⁹⁶. El propio art. 11.6 Directiva indica acerca de qué extremos debe informarse a la víctima con el objeto de que ésta decida si quiere que le sea prestada asistencia⁹⁷.

⁹⁴ Que pueden estructurarse como derecho a la información, asistencia, protección, participación en el procedimiento e indemnización/reparación. Puede hallarse una exposición del contenido de cada uno de ellos en BACA/ECHBURÚRA/TAMARIT (coords.), *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 324 y ss.

⁹⁵ Dicha referencia a la Directiva 2004/81/CE como muestra de la posible limitación a la asistencia incondicional a prestar a quien no colabora con la administración de justicia fue introducida en la tramitación de la Directiva en el último inciso del art. 11.3, que no aparecía en el texto de la propuesta. Recuérdese que conforme a dicha norma el período de reflexión se concibe como aquél en que, además de permitir recuperarse y liberarse a las víctimas de la trata, puedan decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades competentes, condicionando siempre la concesión del subsiguiente permiso de residencia a la efectiva colaboración.

⁹⁶ Sin embargo, parece deducirse del propio texto de la Directiva que la voluntariedad en la recepción de la asistencia no se predica de las víctimas que tengan necesidades especiales. En relación con las mismas dispone el art. 11.7 Directiva “Los estados miembros asistirán a las víctimas que tengan necesidades especiales, derivadas en particular, de que se encuentren en estado de gestación, de su salud, de una discapacidad, trastorno psíquico o psicológico que tengan, o de haber sufrido violencia psicológica, física o sexual grave”.

⁹⁷ Dispone el art. 11.6 “La información a que se refiere el apartado 5 abarcará, cuando proceda, información sobre un período de reflexión y recuperación con arreglo a la Directiva 2004/81/CE, e información sobre la posibilidad de otorgamiento de protección internacional con arreglo a la Directiva 2004/83/CE Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida y a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, o en virtud de otros instrumentos internacionales u otras normas nacionales similares”.

Para concluir con la enumeración de las medidas de asistencia y apoyo generales aplicables con carácter a todas las víctimas, se reconoce a éstas el derecho a la indemnización con cargo a fondos públicos⁹⁸.

En relación con las víctimas menores de edad⁹⁹, los términos en los que debe prestarse asistencia y protección con carácter especial a este tipo de víctimas se singularizan en los arts. 13 a 15 Directiva, tanto con carácter general como en el marco de un procedimiento penal. Como principios informadores de la prestación de esta clase de asistencia y apoyo, dispone el art. 13 Directiva que en el caso de las víctimas menores el interés superior del menor constituirá la consideración primordial. Asimismo, se indica que en aquellos casos en que la edad de la víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, será considerado como tal a efectos de recibir asistencia y apoyo.

En cuanto a la asistencia y apoyo referibles con carácter general a las víctimas menores de edad –art. 14 Directiva–, se busca que la misma tenga carácter más duradero, esto es, se propone el planteamiento de una estrategia de asistencia y apoyo no solo a corto plazo, sino con miras a su continuidad. De ahí que se considere necesario que las medidas específicas destinadas a la recuperación física y psicosocial del menor de edad se emprendan tras una evaluación individual de las circunstancias específicas de este tipo de víctimas, teniendo en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses. En el caso de los menores, a las medidas de apoyo y asistencia para cualquier víctima de trata previstas en el art. 11 Directiva, se añade que los Estados miembros deban facilitar el acceso a la educación, aunque de conformidad con su Derecho nacional. En el caso de este tipo de víctimas, se establece también que en la medida de lo posible los Estados miembros adopten las medidas destinadas para prestar asistencia y apoyo a la familia de las víctimas, cuando aquélla se encuentre en territorio de un Estado miembro, informándolas, cuando sea posible y conveniente, en los términos establecidos en el art. 4 DM 2001/220/JAI.

Finalmente, también para el caso de las víctimas menores, se prevé *ex novo* en el texto de la Directiva la posibilidad de que se designe un tutor o representante legal del menor víctima a partir del momento en que sea identificado como tal cuando, de acuerdo con el Derecho nacional, un conflicto de intereses con el menor impidiera a los titulares de la responsabilidad parental defender el interés superior del menor o representarlo. Piénsese, sin ir más lejos, en aquellos supuestos en que puedan ser los propios padres del menor quienes estén imputados, o ya acusados, por la comisión del propio delito de trata de seres humanos que haya conducido a la victimización del menor.

Ya se ha indicado como la Directiva 2011/36/UE es particularmente sensible al

⁹⁸ Dispone el art. 17 que “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”.

⁹⁹ La propuesta de Directiva de 2010 se refería siempre a víctimas infantiles o niños. Dichas expresiones han sido sustituidas en el texto definitivo de la Directiva por víctimas menores de edad.

caso de los menores no acompañados, más de lo que lo fuera la propuesta de Directiva de 2009, que no contenía precepto específico alguno al respecto. Fue en el seno del Parlamento europeo donde se propuso la inclusión de disposiciones específicas referidas a la asistencia, apoyo y protección a los menores no acompañados, lo que explica la inclusión del art. 16 Directiva. En este precepto se indica que las medidas de asistencia y apoyo aplicables a todos los menores conforme a lo dispuesto en el art. 14 Directiva tengan en cuenta la particular situación de los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos, previéndose la adopción de medidas necesarias para el delineamiento de una solución duradera basada en una evaluación individual del interés superior del menor –si bien sin indicar cuál pueda ser ésta¹⁰⁰–, así como adoptando aquellas que sean pertinentes para que, cuando proceda, se nombre un tutor para cada menor no acompañado víctima de trata.

5.2.2 Medidas de protección de las víctimas de la trata de seres humanos en el marco del correspondiente procedimiento penal

Las medidas específicamente enderezadas a la protección de las víctimas del delito de trata en el marco del procedimiento se contemplan en el art. 12 Directiva. El principio guía que constituye la base para la previsión de este tipo de medidas protectoras, a juzgar por lo dispuesto en el considerando 20 del preámbulo de la Directiva, es justamente evitar la victimización secundaria, así como la producción de cualquier nueva experiencia traumática durante el proceso penal. Con dichas finalidades se recuerda que las víctimas de este tipo de delitos tienen reconocidos todos los que a la víctima de cualquier delito se contienen en la Decisión Marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, a los que se añaden los contemplados en la Directiva que ahora nos ocupa. En ésta se prevé –art. 12– que las víctimas de la trata tengan acceso inmediato al asesoramiento jurídico y a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización, si bien el derecho al asesoramiento jurídico se reconoce en los términos en que se haga conforme al estatuto de la víctima en el ordenamiento jurídico del país de que se trate. No se garantiza la gratuidad de ambas prerrogativas, salvo en los casos en que la víctima no tenga suficientes recursos económicos.

La Directiva 2011/36/UE parte de la necesidad de que las víctimas del delito de trata reciban un tratamiento adaptado a sus necesidades individuales durante las investigaciones y actuaciones judiciales. De ahí que en el articulado –art. 12.2– la Directiva explicita que los Estados miembros deben asegurar que las víctimas de este tipo de delito reciban una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo, lo que puede conducir a que se les dé acceso a programas de protección de testigos u otras medidas similares.

¹⁰⁰ Si bien el considerando 23 del preámbulo indica que constituyen posibles soluciones duraderas el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno, la integración en la sociedad de acogida, la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro.

En cualquier caso, esto es, con independencia de la situación de mayor o menor riesgo individual acreditado mediante la referida evaluación individual, la Directiva insiste en su articulado en la necesidad de evitar la victimización secundaria. Con dicha finalidad se prevé que los Estados partes velen por que las víctimas de este delito reciban un trato especial destinado a prevenir este tipo de victimización, aun sin perjudicar los derechos de defensa¹⁰¹. Los desvelos de la Directiva se orientan en el sentido de evitar la reiteración innecesaria de interrogatorios, así como la confrontación visual entre víctima-testigo e imputado-acusado. En tal sentido, prevé el art. 12.4 Directiva que se eviten en la medida de lo posible las siguientes prácticas 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 la declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de las tecnologías de la comunicación adecuadas¹⁰².
- c) testificar en audiencia pública.
- d) preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario.

En el caso de las víctimas menores de edad, la Directiva abunda en la necesidad de evitar la victimización secundaria. En tal sentido, el art. 15 de la misma dispone pormenorizadamente cómo deben llevarse a cabo los interrogatorios de víctimas menores de edad. Junto a la posibilidad de anticipar o preconstituir la práctica de la prueba con carácter general¹⁰³, dispone que en los procesos penales por delitos de trata de seres humanos los interrogatorios se celebren sin demoras injustificadas tras la comunicación de los hechos a las autoridades competentes, que tengan lugar en locales asignados o adaptados al efecto, que estén dirigidos –en caso necesario– por o a través de profesionales con formación adecuada al efecto, que las mismas personas dirijan todos los interrogatorios del menor, que el número de los mismos sea el menor posible y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los

¹⁰¹ Quizá por la posible afrenta al derecho de defensa del imputado/acusado que podría representar, en el texto de la Directiva se ha suprimido la posibilidad, contemplada en el art. 11.3 de la propuesta, en el sentido de que los Estados pudiesen permitir, cuando ello procediese y si fuese conforme con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, que no se revelase la identidad de las víctimas de la trata de seres humanos que interviniesen como testigo, esto es, que depusiesen como testigos anónimos.

¹⁰² Al respecto, el considerando 20 del preámbulo insinúa que pueda preconstituirse o anticiparse la práctica de la testifical, cuando dice “debe evitarse la repetición innecesaria de interrogatorios durante la investigación, la instrucción y el juicio mediante, por ejemplo y si procede, la grabación en vídeo de dichos interrogatorios en cuanto sea posible en el marco del procedimiento”.

¹⁰³ Dispone el art. 15.4 que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las investigaciones judiciales relacionadas con cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3, todos los interrogatorios de víctimas o, en su caso, de testigos que sean menores, puedan ser grabados en vídeo y que estas grabaciones puedan ser admitidas como pruebas en el proceso penal, de conformidad con las normas de su derecho nacional”.

finas de las investigaciones y procesos penales y, finalmente, que el menor esté acompañado por su representante o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esa persona. Aun en los casos en que la práctica de la prueba no se preconstituye o anticipa, e incluso en éstos, prevé el mismo art. 15.5 Directiva que la audiencia se celebre a puerta cerrada y que la víctima menor de edad pueda ser oída sin estar presente en la sala, mediante la utilización de las tecnologías de la comunicación adecuada.

En definitiva, se deduce de la literalidad del precepto que se persigue que la práctica de la prueba testifical sea lo menos dañina posible al menor, buscando unos mecanismos de ejecución adaptados a las especiales características de estas víctimas, garantizando su privacidad y la evitación de la confrontación visual con el imputado/acusado, hasta el punto de impulsar la generalización de la práctica anticipada o preconstituida de la testifical.

En el caso de los menores se garantiza también el acceso inmediato al asesoramiento jurídico gratuito y a la representación legal gratuita, si bien se excepciona el goce de tales derechos, lo mismo que en el caso de los adultos, cuando los menores disponen de recursos económicos¹⁰⁴. Finalmente, al menor víctima del delito de trata de seres humanos se le reconoce, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el correspondiente ordenamiento jurídico, el derecho a que se le designe un representante en las investigaciones y procesos penales, tanto para aquellos casos de menores acompañados en el supuesto de que el Derecho interno retire la representación del menor a los titulares de la responsabilidad parental a causa de un conflicto de intereses entre éstos y el menor –art. 15.1 Directiva- como en todo caso en los supuestos de víctimas menores no acompañados o que hayan sido separados de su familia –art. 16.4 Directiva.-

5.3. Las disposiciones enderezadas a la persecución del delito de trata de seres humanos en la Directiva 2011/36/UE

En tercer lugar, según el orden expositivo seguido, aunque en primer lugar siguiendo el orden de las disposiciones de la Directiva, la misma se endereza a establecer normas conducentes a la armonización de las legislaciones nacionales en cuanto a la persecución de los delitos de trata. La norma cuyo comentario nos ocupa incide, pues, en la aproximación de legislaciones iniciada con la DM 2002/629/JAI, tanto buscando una armonización de las disposiciones del Derecho penal sustantivo cuanto acerca de algunas cuestiones de Derecho procesal penal.

La armonización de los derechos nacionales de los países integrantes de la Unión continúa constituyendo el objetivo principal de esta norma. Ciertamente que el número de disposiciones enderezadas tanto a la protección y asistencia de las víc-

¹⁰⁴ A diferencia de lo que sucedía en la propuesta de Directiva, donde la gratuidad de tales prestaciones no conocía de excepciones en el caso de las víctimas menores.

timas de este delito cuanto aquellas otras orientadas a la cooperación se ha visto incrementado; pese a ello, las disposiciones dirigidas a la armonización penal continúan siendo las más numerosas, pues a ellas se dedican los arts. 2 a 10 Directiva.

5.3.1 *Disposiciones que persiguen la armonización del Derecho penal sustantivo*

Comenzando por las normas de Derecho penal sustantivo, el art. 2 Directiva plantea la necesidad de incriminar el delito de trata de personas, que define en términos semejantes a cómo lo hacía la sustituida Decisión Marco 2002/629/JAI, aunque clarificando que las conductas deben incriminarse cuando se cometan intencionadamente, e incluyendo específicamente nuevas formas de explotación no previstas en ella¹⁰⁵, como las que tienen por objeto la mendicidad forzosa, la consistente en la realización de actividades delictivas o la que se endereza a la extracción de órganos¹⁰⁶.

Junto a la previsión de la incriminación de conductas en los supuestos de trata consumados en condiciones de autoría, como viene siendo habitual, se indica en el art. 3 Directiva que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para incriminar la inducción, la complicidad y la tentativa.

En cuanto a las sanciones correspondientes a las conductas contempladas en el art. 2, razona el preámbulo que la creciente preocupación que suscita entre los Estados un fenómeno que no deja de crecer justifica que se busque además de la armonización de las sanciones, un endurecimiento de las mismas¹⁰⁷. Si bien la actual Directiva 2011/36/UE no alcanza los requerimientos punitivos de la propuesta de Decisión Marco de 2009¹⁰⁸, sí supera con mucho los requerimientos mínimos de pena hasta el momento vigentes. De un lado, porque la DM 2002/629/JAI requería para el tipo básico del delito la imposición de penas privativas de libertad efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan ser causa de extradición, sin que los

¹⁰⁵ Dispone concretamente el art. 2.1 “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 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 que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”. Aclarando el mismo precepto tanto la ausencia de necesidad de empleo de los medios mencionados en el concepto de trata cuando la víctima sea un menor de edad, e identificando con situación de vulnerabilidad –art. 2.2- aquella en la que la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable que someterse al abuso.

¹⁰⁶ Así se aclara en el preámbulo de la Directiva, en el considerando 11, en que junto a las referidas en el texto como nuevas formas de explotación añadidas al concepto de trata, se añaden los supuestos de trata que tienen como objeto adopciones ilegales o matrimonios forzados. Indica el art. 2.3 Directiva que “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”.

¹⁰⁷ Vid. considerando 12 del preámbulo Directiva 2011/36/UE.

¹⁰⁸ Ésta preveía que las conductas que integrarían el tipo básico del delito de trata de seres humanos tuviesen previstas penas privativas de libertad de duración máxima de al menos seis años. Coincidiendo con el mínimo de duración máxima de las penas para los tipos cualificados con la Directiva 2011/36/UE. Vid art. 3 propuesta de Decisión Marco de 2009, COM (2009) 136 final, p. 13.

máximos pudieran ser inferiores a los ocho años de prisión para los tipos cualificados¹⁰⁹. De otro, porque según el art. 23.1 Convenio de Varsovia, que también vinculaba al Estado español, preveía para este tipo de conductas la necesaria imposición de penas privativas de libertad que pudieran dar lugar a extradición.

Los requerimientos punitivos previstos en dichas disposiciones vinculantes eran sobradamente cumplidos por el nuevo delito de trata de seres humanos introducido al art. 177 bis CP mediante la reforma operada por LO 5/2010, como se ha puesto de manifiesto¹¹⁰. Sin embargo, éstos han pasado a incrementarse sustancialmente con la nueva Directiva 2011/36/UE. En virtud del art. 4.1 Directiva, la duración máxima de la pena de prisión correspondiente a la comisión del delito de trata tal como se define en el art. 2 Directiva debe ser al menos de cinco años. Dicho mínimo de sanción máxima alcanza los diez años de prisión –art. 4.2 Directiva- en los supuestos en que la infracción se cometa contra víctima particularmente vulnerable –que incluirá siempre a los menores¹¹¹-, se cometa en el marco de una organización delictiva¹¹², haya supuesto la puesta en peligro de forma deliberada o por grave negligencia de la vida de la víctima, o se haya cometido empleando violencia grave¹¹³ o causando a la víctima daños particularmente graves. El hecho de que el delito sea cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones parece configurarse como circunstancia agravante que, a diferencia de las establecidas en el núm. 2 del art. 4, no tiene un mínimo de pena máxima establecida a añadir al tipo básico¹¹⁴.

Junto a la responsabilidad penal de las personas físicas, como viene siendo habitual en disposiciones comunitarias sobre este particular, se articula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al haberse cometido el delito por cuenta de las mismas, bien por quien ostenta un cargo directivo en el seno de la persona jurídica, bien por parte de quien sin ostentarlo ha podido cometer el delito debido a la falta de supervisión o control por parte de una de estas personas, siempre que la infrac-

¹⁰⁹ Vid. art. 3 DM 2002/629/JAI.

¹¹⁰ En tal sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 447-449.

¹¹¹ Según el considerando 12 del preámbulo de la Directiva, otros factores a tener en cuenta para determinar la vulnerabilidad de la víctima pueden ser el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad.

¹¹² Por organización delictiva dispone el texto de la Directiva que debe entenderse la que pueda tener dicha consideración conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada. Según el art. 1.1 de esta norma se entiende por organización delictiva “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

¹¹³ Incluye el considerando 12 del preámbulo de la Directiva como supuestos de empleo de violencia grave el empleo de tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación u otras formas de violencia psicológica, física o sexual grave.

¹¹⁴ Se sostiene dicha interpretación, pese a que el sentido de la Directiva en este lugar puede resultar confuso, habida cuenta de que la condición de funcionario como previsión de agravación se regula separadamente –no entre las circunstancias agravantes del art. 4.2, a las que resulta aplicable el mínimo de pena máxima de diez años de prisión-, sino separadamente, en el art. 4.3. Dispone este último precepto que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere circunstancia agravante el hecho de que alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 2 haya sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

ción se cometa en beneficio de la persona jurídica¹¹⁵. En definitiva, las bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se mantienen en relación con las que ya establecía la DM 2002/629/JAI, sin que tampoco quepa observar grandes discrepancias en cuanto a las sanciones que cabe imponer, salvo por la denominación otorgada a la sanción en algún caso¹¹⁶.

En cuanto a las sanciones imponibles por la comisión del delito de trata –ya consumado, ya intentado, ya como autor o como partícipe–, la gran novedad que representa el texto definitivo de la Directiva en relación con la propuesta de Directiva de 2010 es la previsión específica del embargo y decomiso de los instrumentos y productos en todas las conductas relacionadas con la trata de seres humanos que la Directiva contempla. La razón que late en el fondo de dicha inclusión, además de aprovechar los instrumentos normativos a nivel internacional y regional europeo en vigor sobre este particular, viene constituida por fomentar el uso de los instrumentos y productos procedentes de las infracciones embargados y decomisados para apoyar la asistencia y protección a las víctimas¹¹⁷.

La última de las disposiciones que la Directiva dedica a la armonización de disposiciones de Derecho penal sustantivo constituye sin duda la mayor de las novedades. En semejantes términos a como ya lo estableciera el art. 26 del Convenio de Varsovia, aunque de manera más extensa, se prevé la posibilidad de no enjuiciamiento ni imposición de penas a la víctima en el art. 8 del texto normativo. La disposición de la Unión es más amplia que la del Convenio de Varsovia porque no solamente contempla la posibilidad de prever una excusa absolutoria o causa personal de levantamiento de la pena, sino que incluso prevé la posibilidad de que la víctima no llegue siquiera a ser enjuiciada. Nos hallamos, pues, no solo ante una medida de carácter sustantivo, sino que puede tener carácter procesal. Sin embargo, con reconocérsele, por un lado, un ámbito de operatividad más amplio que a la homóloga previsión del Convenio de Varsovia, se circunscriben con mayor detalle en la Directiva 2011/36/UE los supuestos a que puede ser aplicada, pues se exige que los hechos delictivos se haya visto “obligada” a cometerlos la víctima “como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”.

5.3.2 Disposiciones direccionadas a la armonización de algunas cuestiones procesales

En relación con las medidas relacionadas con el procedimiento penal previstas en la Directiva 2011/36/UE, fundamentalmente se enderezan a abundar en la consi-

¹¹⁵ Los criterios de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas vienen establecidos en el art. 5 Directiva 2011/36/UE.

¹¹⁶ Como sanciones, según dispone el art. 6 Directiva 2011/36/UE cabe imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o de otro tipo, que podrán incluir otras sanciones, como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial, la disolución judicial, el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción.

¹¹⁷ Vid. Considerando 13 del preámbulo Directiva 2011/36/UE.

deración de los delitos de trata de personas como delitos perseguibles de oficio¹¹⁸, así como a ampliar los plazos de prescripción en los supuestos en que la víctima de un delito de trata sea menor de edad¹¹⁹, así como a garantizar la formación adecuada y la dotación de medios suficientes de investigación a los profesionales activos en este campo¹²⁰.

Junto a las mencionadas, ya para finalizar, se prevén, tal como ya lo hiciera la DM 2002/629/JAI, disposiciones que conducen a una ampliación de la competencia de los tribunales de los Estados miembros que se extiende más allá de la territorial para conocer de la comisión de estos delitos. En tal sentido, dispone el art. 10 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en la Directiva cuando la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o el autor de la infracción sea uno de sus nacionales. En aquellos casos en que la infracción se haya cometido contra uno de los nacionales del Estado miembro o contra persona que tenga residencia habitual en su territorio, la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio o el autor de la misma tenga su residencia habitual en su territorio, la ampliación de competencia es potestativa, no preceptiva como en el primer grupo de supuestos. En lo dispuesto hasta el momento, el art. 10 de la Directiva 2011/36/UE comparte una parte importante del contenido propio del art. 31 Convenio de Varsovia, si bien incluyendo en el principio de personalidad pasiva también a las víctimas con residencia legal en el territorio del Estado y extendiendo la competencia a los hechos cometidos en favor de una persona jurídica establecida en su territorio. Sin embargo, en lo que ambas disposiciones difieren sustancialmente es en el resto del contenido del correspondiente artículo, pues si en el art. 31.3 Convenio de Varsovia se prevé una suerte de positivación del principio de justicia rogada, en el núm. 3 del art. 10 Directiva se contempla que en los casos en que el infractor sea nacional de un Estado miembro éste adoptará las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a la condición de que los hechos constituyan infracción penal en el lugar en que se llevaron a cabo o de que la acción judicial solo pueda iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción, o de una denuncia del Estado del lugar en cuyo territorio se cometió

¹¹⁸ Dispone el art. 9.1 Directiva “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 procedimiento judicial pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración”.

¹¹⁹ Establece el art. 9.2 de dicha norma que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, cuando así lo exija la naturaleza del acto, se puedan enjuiciar las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 durante un periodo de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad”.

¹²⁰ Según los núms. 3 y 4 del art. 9 Directiva “3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 reciben una formación adecuada. 4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 dispongan de instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan en casos relacionados con la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave”.

la infracción¹²¹. En definitiva, la Directiva 2011/36/UE pretende asegurar la afirmación de la competencia extraterritorial de los Estados miembros sobre la base del principio de personalidad activa.

5.4 Medidas orientadas a la cooperación y al seguimiento de la implementación de la Directiva

Para concluir con la presente exposición de los contenidos de la Directiva 2011/36/UE, debe indicarse que la misma, en contraposición con lo que sucedía con la propuesta de Directiva de 2010, que apenas si contemplaba disposiciones en este sentido, incluye normas tendentes a consolidar la cooperación tanto entre Estados cuanto de Estados y agentes de la sociedad civil con la finalidad de consolidar la lucha contra este fenómeno criminal. En dicho sentido, puede confirmarse, como se ha ya mencionado, que la política emprendida por la Unión con la aprobación de la presente Directiva, más que de 3P puede caracterizarse de política 4P, que cubre el flanco de la coordinación además de los de la prevención, protección y persecución del delito. Así se dispone en diversos considerandos del preámbulo de la Directiva¹²².

Pese a la trascendencia que se concede en el preámbulo de la misma a la coordinación entre diferentes agentes encargados de luchar contra la trata de seres humanos, escasos contenidos relativos a este cuarto aspecto de un abordaje integral han hallado reflejo en el texto articulado de la disposición. Sí se ha incluido durante la tramitación de la Directiva un nuevo precepto, el art. 20, que bajo la rúbrica de “coordinación de la estrategia de la Unión contra la trata de seres humanos”, dispone que los Estados miembros deben facilitar la tarea de un coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos¹²³, debiendo remitir a éste información estadística contemplada en el art. 19 Directiva¹²⁴. Dicha remisión tiene por finalidad que el Coordinador pueda efectuar su contribución al informe bianual que debe elaborar la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos, con el objetivo último de contribuir a una estrategia coordinada y consolidada de la Unión en su lucha contra la trata de seres humanos.

¹²¹ La adopción de dichas medidas no es preceptiva, sino potestativa, en los casos contemplados en el número 2 del precepto. Esto es, en aquellos en que la víctima sea nacional o persona con residencia habitual en el territorio del Estado, la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio o el autor de la misma tenga su residencia habitual en su territorio.

¹²² Especialmente en los considerandos núms. 5 –referido a la cooperación entre Estados-, 6 –referido a la colaboración con organizaciones de la sociedad civil-, 27 –en relación con la implementación de sistemas nacionales de supervisión-, 28- desarrollo de sistemas de recogida de datos- y 29 –en relación con el nombramiento del coordinador para la lucha contra la trata de seres humanos a nivel de la Unión-.

¹²³ Cargo que desde que fuera nombrada el pasado 14 de diciembre de 2010 por la Comisión desempeña Myria Vasiliadou.

¹²⁴ Dispone el art. 19 Directiva 2011/36/UE –referido a los ponentes nacionales o mecanismos equivalentes- que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes. El cometido de tales mecanismos incluirá la evaluación de las tendencias de la trata de seres humanos, la cuantificación de los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la recopilación de estadísticas en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito, y la información”.

6. CONCLUSIONES

Confrontando los contenidos de la analizada Directiva 2011/36/UE con los que debería contener cualquier norma que diseñara una política victimocéntrica en materia de trata de personas, de acuerdo con la opinión manifestada por el Grupo de Expertos en trata de personas de la UE en su informe de 2004, puede concluirse que la aprobación de la referida Directiva constituye efectivamente un cambio radical en la política que hasta el momento había venido observando la UE sobre el particular. No obstante, si bien parece haberse abandonado definitivamente el enfoque criminocéntrico con esta nueva norma, ya se ha indicado como en la misma las disposiciones referidas a la incriminación de las conductas, esto es, las que cubren el flanco de la persecución en una política poliédrica, son las más cuantiosas. A ello se añade que el de la criminalización de conductas parece ser el objetivo fundamental de la Unión mediante la aprobación de la Directiva de 2011 a juzgar por lo dispuesto por la norma al indicar cuál es el objeto de la misma. Pese a ello no puede negarse que las disposiciones de la nueva Directiva en relación fundamentalmente con la protección de las víctimas de la trata de personas la acercan claramente al perfil de aquellas disposiciones con enfoque holístico o victimocéntrico. Sin embargo, a pesar de lo profuso del articulado sobre este particular, la norma no entra de lleno a tutelar la situación de la víctima de la trata de personas, y ello justamente porque no tiene incidencia alguna en punto a disciplinar ni el permiso de residencia ni las condiciones en que pueden alcanzar residencia legal en el país de destino las víctimas de la trata de seres humanos. Ambas cuestiones se continúan regulando mediante la Directiva 2004/81/CE, que ya se ha indicado cuán limitadora era en punto la concesión del permiso de residencia, siempre condicionado a la colaboración de la víctima de la trata con la administración de justicia.

Tal limitación todavía subsistente en el reconocimiento de una situación de residencia legal a las víctimas de la trata con independencia de su voluntad de colaborar en el hipotético procedimiento penal instrumentable contra el tratante, permite entrever que, tras la supuesta asunción del paradigma victimocéntrico por parte de la Directiva de 2011, late la política de la Europa fortaleza. La Europa que niega la condición de ciudadanos a los inmigrantes, aunque hayan sido víctimas de la trata es la que se expresa a través de esta norma, pese al ropaje más acabado del abordaje victimocéntrico. De ahí que pueda concluirse que, aunque la aprobación de la Directiva 2011/36/UE supone un paso definitivo por parte de la Unión en pos de la adopción de una aproximación desde el prisma de los derechos humanos a la cuestión de la trata de personas, falta todavía culminar el proceso. Ello debería hacerse mediante una regulación de las condiciones de estancia en el territorio de los países de destino que atiende a razones humanitarias, y no tanto a la voluntad de colaborar de las víctimas con la administración de justicia para perseguir a los culpables.

Para concluir con el presente estudio, toda vez que se ha dado cuenta de la nor-

mativa aprobada por la Unión en materia de trata de personas, conviene referirse, aunque sucintamente, a si las modificaciones operadas recientemente en nuestro ordenamiento jurídico sobre el particular bastan para el efectivo cumplimiento de los requerimientos de la Unión.

Como es sabido, en la última de las grandes reformas operadas en el Código Penal, la articulada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se ha incluido un nuevo delito de trata de personas en el art. 177 bis CP. El referido tipo cubría fundamentalmente los requerimientos de incriminación hasta el momento de la aprobación de la Directiva que aquí nos ha ocupado, expresados tanto en el Protocolo de Palermo, cuanto en la sustituida DM 2002/629/JAI, como finalmente en el Convenio de Varsovia. En relación con las tipologías delictivas, las únicas cuestiones que ya en vigencia de aquellas disposiciones internacionales hubieran debido revisarse para que nuestro tipo cumpliera con los requerimientos punitivos en ellas contenidos tenían que ver con algunas lagunas legales en la incriminación de la conducta del consumidor de los servicios prestados por personas que se conoce que han sido tratadas, la referencia geográfica que contiene el tipo básico del delito al territorio español y la ausencia de específica previsión de la conducta de traspaso de control sobre una persona¹²⁵. Tras la aprobación de la Directiva 2011/36/UE, estas posibles lagunas a que se hacía referencia con anterioridad a su adopción continúan vigentes, puesto que en lo que a conducta típica del delito de trata concierne, los contenidos del art. 2 Directiva 2011/36/UE no difieren sustancialmente de los homólogos contenidos en las disposiciones internacionales antes referidas.

Así, en cuanto al consumo de servicios prestados por víctimas de la trata de personas a sabiendas, si bien ya es típica la conducta del receptor del transplante del órgano que conoce su origen ilícito –art. 156 bis.2 CP–, así como la de quien solicita, acepta u obtiene a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con persona menor de edad o incapaz –art. 187.1, segundo inciso, CP–, no sucede lo mismo con el consumo de pornografía. Así, los casos de consumo de pornografía en cuya elaboración han sido empleados menores solamente caen dentro de los dominios del art. 189 CP cuando se posea ese tipo de pornografía. De ahí que debería plantearse, *de lege ferenda*, no sólo la incriminación del consumo de material pornográfico en cuya elaboración se han empleado menores que no implique posesión de dicho material, sino también el consumo de espectáculos exhibicionistas y pornográficos en vivo para los que se emplee a menores o adultos traficados, que difícilmente serán típicos conforme a lo dispuesto en el art. 189 CP, salvo que quepa incriminarlos como supuestos de abuso o agresión. No será necesaria, sin embargo, la incriminación específica del consumo de servicios de prostitución prestados por una persona forzosamente prostituida siempre y cuando se interprete

¹²⁵ Ampliamente sobre tales cuestiones, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 409 y ss.

que tal conducta puede incriminarse no sólo a través del correspondiente delito de abuso o agresión sexual, sino también mediante el mismo delito de prostitución del art. 188 CP.

En relación a la referencia geográfica contenida en el art. 177 bis.1 CP, en ninguno de los documentos internacionales referidos –a los que ahora se añade lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE–, desempeña papel alguno el cruce de fronteras o la dirección hacia o desde determinada área geográfica. Tal referencia contenida en nuestro tipo delictivo constituye una reminiscencia de la endémica confusión producida en nuestro Derecho interno entre la trata de seres humanos y la inmigración clandestina que debería desaparecer. De ahí que en una futura reforma del tipo básico contemplado en el art. 177 bis CP debería suprimirse la locución “sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella” contenida en su núm. 1.

En cuanto a la conducta delictiva de intercambio o traspaso de control sobre una persona¹²⁶, la misma podría entenderse incluida entre las contempladas en el art. 177 bis CP español forzando la interpretación sostenida de la conducta típica de “traslado”¹²⁷, no apegada a un sentido territorial, sino identificándolo con el traslado del control sobre alguien –de modo que cabrían en él tanto los supuestos de venta, como los de alquiler, o los de permuta de un ser humano–. No obstante, dado que la sostenida constituye una interpretación extensiva que puede conducir a tensionar el sentido gramatical propio del verbo “trasladar”, con las consiguiente contradicción que esto pueda entrañar con el principio de legalidad, de *lege ferenda* debería incluirse específicamente dicha conducta¹²⁸.

Una última cuestión a abordar en relación a si nuestro delito de trata de personas cumple con los mandatos de incriminación ahora ya derivados de la Directiva 2011/36/UE tiene que ver con si los requerimientos punitivos en ella contenidos son respetados. Antes de la aprobación de la Directiva que aquí nos ocupa, bastaba ya el marco punitivo contemplado en el tipo básico del delito de trata de personas para cumplir con las penas que para este delito se exigían tanto en la DM 2002/629/JAI, como en el Protocolo de Palermo, cuanto finalmente en el Convenio de Varsovia. Sin embargo, tras la aprobación de la Directiva 2011/36/UE dichos mandatos se han incrementado sustancialmente, como ya se ha visto. En tal sentido, si bien el tipo básico del art. 177 bis CP cumple con la previsión de una pena máxima no inferior a los cinco años de privación de libertad que requiere el art. 4.1

¹²⁶ Dicha conducta la contemplaba específicamente la DM 2002/629/JAI, así como la Directiva 2011/36/UE –que se refiere al intercambio o la transferencia de control sobre esas personas en su art. 2.1–, no así el Protocolo de Palermo o el Convenio de Varsovia explícitamente, pero sí de manera implícita al incluir como medio comisivo la concesión, e incluso la oferta, o recibo de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

¹²⁷ En tal sentido, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., pp. 410 y ss.

¹²⁸ Con dicha finalidad bastaría bien la inclusión del intercambio o transferencia de control sobre una persona como conducta típica, bien la inclusión como medio comisivo de la oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga control sobre otra con fines de explotación.

Directiva 2011/36/UE, podría cuestionarse que se dé cumplimiento a la exigencia de que la duración máxima de la pena privativa de libertad sea de al menos diez años en alguno de los supuestos cualificados contemplados en el art. 4.2 Directiva. Ello podría suceder concretamente con el tipo cualificado contenido en el art. 4.2.c) Directiva 2011/36/UE aplicable a los casos en que el delito se comete empleando violencia grave o causando a la víctima daños particularmente graves. La violencia grave como tal no se contempla como medio comisivo que pueda dar lugar a la aplicación del tipo cualificado del art. 177 bis.4 CP¹²⁹ - lo que sí sucede en el caso del resto de circunstancias agravantes que contempla la Directiva-, a salvo de la posibilidad de considerarla incluida en la indeterminada circunstancia agravante de que con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima que contemplada en la letra a) del art. 177 bis.4 CP. De no ser así, debería plantearse la modificación del art. 177 bis CP, en el sentido de incluir entre dichas agravantes de primer nivel el empleo de violencia grave o la causación a la víctima de daños particularmente graves.

Concluyendo ya, al margen de la inclusión del delito de trata de seres humanos en el Código Penal español, otra novedad normativa incorporada a nuestro Derecho interno que puede contribuir a la adopción de un enfoque victimocéntrico en el tratamiento de dicho fenómeno la constituye la reciente aprobación del Reglamento de la LO 4/2000, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹³⁰. Si bien la aprobación del referido reglamento viene a abundar en el enfoque victimocéntrico emprendido ya mediante la reforma de la LO 4/2000 en el año 2009, incluso más allá de los inexistentes requerimientos sobre este particular contenidos en la Directiva 2011/36/UE, queda todavía mucho camino por recorrer para completar la asunción de un tratamiento de este fenómeno adecuado desde el prisma de los derechos humanos. Ciertamente, mediante la reforma de 2009 se incluyó un art. 59 bis a la LO 4/2000 por el que se regula el otorgamiento de un período de restablecimiento y reflexión para las víctimas de este tipo de delito y el posible otorgamiento a las mismas de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales¹³¹, que incluso ha sido nuevamente modificado muy recientemente¹³². El desarrollo de tal disposición mediante el nuevo

¹²⁹ Al que corresponde un marco punitivo de ocho años y un día a doce años de prisión.

¹³⁰ Real Decreto 577/2011, 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 la Ley Orgánica 2/2009.

¹³¹ Vid. Cap IV del Título V RD 577/2011, de 20 de abril –residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos-, arts. 140 y ss.

¹³² La modificación del art. 59 bis LO 4/2000 ha venido de la mano de la LO 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, en vigor desde el 29 de julio de 2011. La referida norma, que parte de una proposición de Ley del grupo parlamentario popular, pretende abundar en la protección de las extranjeras tanto víctimas de la violencia de género como de la trata de seres humanos. En relación con este segundo grupo de víctimas se han modificado los núms. 2 y 3 del art. 59 bis LO 4/2000 en el sentido de que a la previsión de la suspensión del expediente sancionador a las víctimas de la trata durante la fase de identificación y durante el período de restablecimiento y reflexión, se añade la no incoación del referido expediente así como la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Se hace extensiva la concesión de la estancia temporal y la obligación de las administraciones de velar por la

Reglamento abunda en dicha medida de protección a las víctimas de la trata. Sin embargo, constituye un obstáculo en pos de la adecuada protección de las víctimas de la trata interna o la de personas que se hallan regularmente en nuestro país que cuestiones como la identificación de las víctimas o las relativas a la asistencia a las mismas se incluyan en la normativa de extranjería y se diseñen fundamentalmente pensando en las víctimas de la trata en situación irregular en nuestro país¹³³. Además, resulta igualmente bien discutible que un aspecto tan trascendente para el paradigma victimocéntrico como la asistencia a las víctimas de este delito se resuelva con una mera referencia en el texto del Reglamento únicamente a las víctimas extranjeras en situación irregular¹³⁴. Se debería, pues, de futuro, plantear una regulación pormenorizada de la asistencia a las víctimas de la trata de personas – tanto directas como, si se quiere, indirectas- independiente de la normativa de extranjería, que bien podría incorporarse en una ley sectorial enderezada a la tutela integral frente a este tipo de victimización.

subsistencia, la seguridad y la protección de las víctimas a 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 contenidas en el precepto sobre retorno asistido, así como la autorización de residencia y trabajo cuando sean mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Se introduce asimismo la posibilidad de que el período de restablecimiento o reflexión pueda ser ampliado. Con carácter extraordinario, se prevé que la Administración pública competente vele 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 pueda acceder a cooperar. Finalmente, se prevé que la denegación o revocación del período de restablecimiento y reflexión sean motivadas y que puedan ser recurridas de conformidad con la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

¹³³ Ello pese a que la Disposición Adicional Única del Real Decreto 557/2011 prevea que las disposiciones contempladas en el art. 140 en relación con la identificación de las víctimas potenciales de la trata sean igualmente aplicables a las víctimas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen comunitario de Extranjería.

¹³⁴ A esta cuestión se dedica tan sólo en parte el art. 264 RD 557/2011, que incluye entre las funciones que debe desempeñar la red pública de centros de migraciones dependientes del Ministerio de Trabajo e Inmigración las de información, atención, acogida, intervención social, formación, detección de situaciones de trata de seres humanos y derivaciones dirigidas a la población extranjera. Además, se refiere a ella también el art. 140 RD 557/2011, en que se prevé la necesidad de adoptar un protocolo marco de protección a las víctimas de la trata, sin efectuar mayores indicaciones en relación con la asistencia a estas víctimas que las que finalmente allí se contengan.