

# CRIMEN ORGANIZADO Y TRATA DE PERSONAS: UNA PERSPECTIVA DESDE LA UNIÓN EUROPEA

*Emiliano García Coso\**

## Introducción

La trata de personas es una actividad criminal que supone una violación de los derechos humanos de quienes la sufren. En este trabajo se pretende ofrecer una visión comparatista y sintética de las iniciativas a nivel internacional, y europeo en particular, para reducir, controlar y proteger a sus víctimas.

Las iniciativas por analizar son un paso importante, aunque insuficiente para atajar un fenómeno que, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre 2002 y 2011 afectaba al menos a 20.9 millones de víctimas de trabajos forzosos, incluida la explotación sexual, de las cuales 5.5 millones serían menores de edad. Las disparidades normativas entre los Estados y la debilidad de los marcos regulatorios internacionales convierten la trata de personas en uno de los negocios criminales más atractivos; de hecho, se calcula que los beneficios en 2005 ascendían a 31 000 millones de dólares para las redes criminales dedicadas a ello.

Se analizarán, en primer lugar, las principales iniciativas a nivel internacional, en general, y europeo en particular, para aproximar legislaciones que permitan actuar contra el crimen organizado y mejorar el nivel de protección de las víctimas. En segundo lugar, se abordarán los avances normativos logrados en la Unión Europea y la estrategia desplegada desde la perspectiva de implementar la prevención, persecución y protección que debe caracterizar el enfoque para reducir la trata de personas. Finalmente, se reflexionará sobre las acciones que podrían realizarse para mejorar la actuación contra el crimen organizado y proteger a sus víctimas.

\* Miembro de la Red Odysseus de expertos europeos en inmigración y asilo, profesor de Derecho de la Unión Europea y director académico internacional de la Universidad Sergio Arboleda en Madrid.

## **Las principales iniciativas a nivel internacional contra el crimen organizado y la trata de personas**

La globalización ha traído consigo muchos beneficios para la comunidad internacional, al reducir las barreras de toda índole o mejorando la movilidad de personas, capitales, servicios y mercancías, pero son precisamente estos factores los que benefician también al crimen organizado transnacional al permitirles incrementar sus actividades. Ante esta situación, se constatan las carencias que presentan las legislaciones y autoridades nacionales para afrontar el crimen organizado transnacional y se comienza a reflexionar sobre la necesidad de edificar mecanismos legales de naturaleza internacional que doten a los Estados de instrumentos de actuación eficaces y efectivos.

Con este objetivo en la agenda, el logro más importante a escala internacional universal es la adopción de la Resolución 55/25 de la Asamblea General de la ONU, del 1º de noviembre de 2000, mediante la que se aprueba la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante Convención de Palermo), y sus dos protocolos, uno para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (en adelante Protocolo TH), y otro contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Con este instrumento se actualizan toda una serie de iniciativas internacionales que abordaban la trata de personas con un alcance más limitado, como el Convenio de la Sociedad de Naciones para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de 1921; la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 1933; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949 —en vigor desde 1951—; y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de la ONU, de 1979.

El hito más importante que representa la Convención de Palermo es paliar las diferencias normativas a nivel nacional o las lagunas semánticas sobre qué cabe entender por delincuencia organizada transnacional, al definir en su artículo 2º, inciso a, el término “grupo delictivo organizado” como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otros beneficios

de orden material”.<sup>1</sup> Esta definición de alcance universal debe ser retomada por los Estados firmantes ya bien modificando su normativa penal existente o bien implementando esta definición, logrando así una tipificación homogénea de grupo delictivo organizado que permitirá identificarlos, perseguirlos y sancionarlos con mayor eficacia.

La Convención de Palermo arbitra, a lo largo de sus disposiciones, diferentes mecanismos de cooperación y asistencia judicial y policial penal para facilitar la lucha contra tales grupos delictivos transnacionales y se establecen normas de conflicto para solventar la concurrencia de leyes aplicables distintas y jurisdicciones competentes.

Sin lugar a dudas, la aplicación correcta en los Estados signatarios de los mecanismos de cooperación judicial y policial previstos en la Convención contribuyen a dificultar las actividades criminales transnacionales; el objetivo ahora es garantizar que los 185 firmantes la ratifiquen e implementen en sus legislaciones nacionales. Para septiembre de 2015 sólo la habían ratificado 147 Estados. Entre los ausentes destacaban Japón y Corea del Sur.

Si la Convención se centra en adoptar mecanismos para combatir el crimen organizado transnacional, uno de sus protocolos se configura como el epicentro normativo internacional para actuar contra una de sus actividades criminales transnacionales. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños es un avance relevante para reducir la violación de los derechos humanos de las víctimas y actuar globalmente contra este fenómeno que se ve espoliado por las disparidades legales y lagunas normativas penales y administrativas en la comunidad internacional.

Su aportación más sustancial es el consenso para adoptar una definición universal de lo que cabe entender por trata de personas en todas sus posibles manifestaciones y con los criterios de prevenir, perseguir y proteger. Así, en el inciso a del artículo 3 del Protocolo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define la trata de personas como

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o

<sup>1</sup> Véase en <<https://www.unodc.org/pdf/cld/toCebook-s.pdf>>. [Nota de los editores.]

a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga la autoridad sobre otra, con fines de explotación; la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; los trabajos o servicios forzados; la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud; la servidumbre o la extracción de órganos.<sup>2</sup>

Es alentador que este Protocolo lo hayan ratificado ya 117 Estados de los 167 que lo firmaron, aunque siguen existiendo ausencias destacables, como los casos ya mencionados de Japón y Corea del Sur, entre otros.

La influencia ejercida por la Convención de Palermo de 2000 consolida el impulso que a nivel regional internacional se había venido produciendo a través de recomendaciones del Consejo de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que aglutina a 47 Estados miembro en Europa. El conjunto de estas iniciativas cristaliza en la aprobación de la Convención número 197 sobre la lucha contra la trata de personas, firmada en Varsovia el 16 mayo de 2005 (en adelante Convenio de Varsovia).

Si bien la definición que recoge el Convenio de Varsovia en su artículo 4, inciso a, es muy similar a lo dispuesto en el artículo 3, inciso a del Convenio de Palermo, el aspecto más destacable es que no está inspirada en combatir prioritariamente el crimen organizado transnacional sino que incide directamente en uno de los elementos más importantes que se deben tener presentes desde la perspectiva de los derechos humanos y que es la protección de las víctimas de la trata. Se debe señalar la importante contribución que supone el Convenio de Varsovia para una aproximación a ese fenómeno desde la perspectiva de la prevención y protección de las víctimas.

Un claro reflejo del principio de prevención se observa en la obligación que asumen los Estados signatarios en el artículo 5 del Convenio de Varsovia, que habla de desarrollar y aplicar políticas públicas orientadas a la prevención de la trata, inspiradas en la protección de los derechos humanos. Complementando lo anterior, un salto cualitativo es la referencia expresa que el artículo 6 hace a la adopción de medidas para desincentivar la demanda, aspecto que la doctrina moderna asocia con una de las causas principales que alimentan la trata de personas y cuyo reflejo más evidente es la referencia al modelo sueco de sanción al “consumidor-cliente”.

<sup>2</sup> Véase <<https://www.unodc.org/pdf/cld/tocebook-s.pdf>>. [Nota de los editores.]

Sin duda, una de las mayores aportaciones del Convenio de Varsovia son las disposiciones dedicadas a la protección de las víctimas. Entre ellas, destaca la imperiosa necesidad de adoptar medidas nacionales oportunas para identificar correctamente a las víctimas de trata (artículo 10), lo que abre el camino para que éstas puedan ser objeto de protección en su vida privada y su identidad, solicitar asistencia en materia de alojamiento, seguros, asistencia psicológica y material, etcétera (artículo 11); y se garantizaría que toda víctima tendría un plazo para el restablecimiento y la reflexión adecuado (artículo 13), que puede ir acompañado de un permiso de residencia no sólo justificado por la cooperación para combatir a la redes de trata, sino también atendiendo a la situación personal de la víctima (artículo 14), criterio que supone un gran avance para su protección.

El conjunto de iniciativas sintéticamente analizadas da paso a abordar las medidas que se han ido adoptando a nivel de la Unión Europea para combatir el crimen organizado y prevenir y perseguir la trata de personas y proteger a sus víctimas.

## **Las principales iniciativas de la Unión Europea contra el crimen organizado y la trata de personas**

La reacción de la Unión Europea ante el fenómeno criminal de la trata de personas se centra, en un primer momento, en mostrar una clara voluntad política para combatirlo, con especial mención de los casos de mujeres y niños para, posteriormente, evolucionar hacia una visión más realista mediante la adopción de medidas legales contra esta actividad en todas sus vertientes. La consideración de la trata de personas como una violación grave de los derechos humanos y de la dignidad al recurrir a prácticas que conllevan la violencia, las amenazas, la esclavitud y la coerción sobre personas vulnerables permitió avanzar con cierta rapidez.

Así, los Estados miembro, a instancias de la Comisión Europea y atendiendo a sus compromisos internacionales, llegaron al acuerdo de adoptar una definición común de los elementos constitutivos de este delito y su correspondiente sanción penal, aunque difería y era menos ambiciosa que la prevista en el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 para la Prevención, Represión y Sanción de la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños,

en vigor desde el 25 de diciembre de 2003, anexo al Convenio contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 o Convención de Palermo.

El instrumento legal elegido en aquel momento fue la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, del 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de personas, con base legal en los artículos 29.3 (inciso e) y 34.2 (inciso b) del antiguo Tratado de la Unión Europea (TUE) y previa a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. La Decisión Marco 2002/629/JAI establecía como fecha límite para la armonización de este delito el 1º de agosto de 2004. La novedad radicaba en que la Decisión Marco definía el tráfico de seres humanos tanto para la explotación laboral, en cualquiera de sus manifestaciones, como para la sexual, incluyendo la pornografía, definición que suponía una importante diferencia respecto de las anteriores iniciativas europeas referidas a la trata de personas únicamente para la explotación sexual.

Así, se estableció que los Estados miembro tendrían que recoger en sus legislaciones penales los comportamientos que implicaran el reclutamiento, transporte, traslado, embarque, recepción y acogida de una persona, incluyendo el intercambio o transferencia del control sobre tal persona cuando: “a) se recurre a la coacción, fuerza o amenaza, incluyendo el secuestro; b) se recurre al engaño o al fraude; c) existe un abuso de autoridad o una posición de vulnerabilidad, en la cual la persona afectada carece de una real y aceptable alternativa para evitar el abuso; y d) pagos o beneficios son ofrecidos para obtener el consentimiento de una persona que tiene el control sobre otra”.<sup>3</sup>

Para evitar los problemas legales y de comprobación que ocasionaba acreditar la violencia sobre la voluntad de las víctimas, la Decisión Marco 2002/629/JAI estableció que cuando se utilizan cualquiera de estos medios el consentimiento de la víctima debía ser considerado irrelevante. En el caso en el que éstas sean menores, para facilitar el procesamiento de los responsables, se determina que no será preciso probar que se ha recurrido a alguna de las medidas coercitivas antes descritas. Además, se completa el catálogo de *autoría* al incluir otros modos de participación en la comisión del delito, como son todas aquellas conductas que implican “instigar, ayudar, cooperar e intentar” tales comportamientos.

La Decisión Marco 2002/629/JAI también estipulaba que la sanción para la trata de personas en cualquier Estado miembro no debía ser menor a

<sup>3</sup> Véase <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0001:0004:ES:PDF>>. [Nota de los editores.]

ocho años de cárcel si el delito era cometido en circunstancias que pusieran en peligro la vida de la víctima; fuera cometido contra víctimas particularmente vulnerables —menores de edad, con el objetivo de prostituirlas o explotarlas sexualmente, incluyendo la pornografía—; fuera realizado con gran violencia o hubiera causado daños particularmente graves o se diera dentro del contexto de una organización criminal.

La importante contribución de la Decisión Marco 2002/629/JAI para el control o reducción de la trata de personas y sus distintas manifestaciones radica en que se conmina a los Estados miembro a crear un sistema de protección para las víctimas. El objetivo era incentivar su cooperación en la investigación contra las redes criminales en las que se hubieran visto envueltas. Se da un tratamiento especial a los menores víctimas y a sus familias, aunque es preciso destacar que el sistema no está orientado a su protección plena en tanto víctimas sino a conseguir su cooperación en el desmantelamiento de las redes o bandas organizadas que lucran con este fenómeno criminal.

El análisis de la Comisión Europea sobre el grado de aproximación generado por la Decisión Marco 2002/629/JAI en los Estados miembro resulta insatisfactorio e insuficiente, lo que incide negativamente en los esfuerzos que requiere la lucha contra la trata de personas para conducirse desde una perspectiva holística y comprehensiva de las múltiples dimensiones del delito. A este juicio contribuye la aprobación de iniciativas europeas más innovadoras donde se constata que en materia de asistencia y protección de las víctimas, en particular, hay una importante ausencia de aplicación efectiva, además de que requiere ser actualizado el enfoque con la experiencia adquirida.

En la reformulación de la respuesta legal europea incide claramente el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 para la Prevención, Represión y Sanción de la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, y el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Personas del 16 de mayo de 2005, que está en vigor desde el 1º de febrero de 2008, aunque sólo lo han ratificado once Estados miembro. También hay que tener presentes los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, especialmente el Asunto Rantsev, del 7 enero de 2010,<sup>4</sup> en el que el Tribunal establece obligaciones positivas para los Estados parte con el fin de combatir este fenómeno en tanto violación del artículo 4 de la CEDH.

<sup>4</sup> Al respecto, véase <<http://www.refworld.org/pdfid/4b4f0b5a2.pdf>>. [Nota de los editores.]

La Comisión, en su análisis comparatista, determina que ambos textos —especialmente el del Consejo de Europa— presentan unos estándares internacionales más elevados que los previstos en la Decisión Marco 2002/629/JAI; además, su estructura les confiere un marco legal más coherente y comprensivo —pese a presentar disposiciones no vinculantes— al regular la prevención, la cooperación entre los distintos actores, la protección y asistencia de las víctimas, así como las normas e instrumentos para facilitar las investigaciones.

La propuesta inicial de decisión marco presentada por la Comisión fue sustituida por una propuesta de directiva, con base legal en los artículos 82.2 y 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que finalmente se aprobó con modificaciones como la Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011, sobre la prevención y lucha contra la trata de personas y la protección de víctimas,<sup>5</sup> cuyo plazo de transposición concluyó el 6 de abril de 2013.

Dicha Directiva presenta un enfoque más realista y holístico en concordancia con las iniciativas internacionales mencionadas y la propia experiencia adquirida en la UE. Entre estas últimas se debe destacar el apartado 3º del artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales con rango de “derecho originario”, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, que prohíbe expresamente la trata de personas.

En el artículo 2 de la Directiva se establece una definición más amplia del delito de trata de personas que incluye como elemento central la explotación de la persona afectada intencionadamente por alguien que posea el control sobre ella. Entre las manifestaciones que son constitutivas de explotación se incluye una actualización importante al considerar trata de personas el supuesto de tráfico de órganos, la mendicidad forzosa, la esclavitud y otras actividades delictivas, expresión esta última de tal vaguedad que sólo puede entenderse a la luz de lo dispuesto en el considerando 11, que establece como “actividades delictivas” el carterismo, los hurtos a comercios, la adopción ilegal, los matrimonios forzados, el tráfico de estupefacientes u otras actividades similares que están penalizadas e implican una ganancia económica.

El artículo 4 establece que las sanciones para los comportamientos descritos y sus distintas modalidades de participación, es decir, autoría, induc-

<sup>5</sup> Consúltese dicha Directiva en <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2013/9249>>. [Nota de los editores.]



ción, complicidad y tentativa, no sean inferiores a cinco años de prisión. Si concurren determinadas circunstancias agravantes, como que la víctima sea particularmente vulnerable, el acto se cometa por organización delictiva, ponga en peligro deliberadamente o por negligencia la vida de la víctima o sea cometido empleando violencia grave o infligiendo daños particularmente graves, las penas tendrán una duración mínima de diez años. Además, mejora la redacción de lo dicho en los artículos 5 y 6 de la Directiva sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones aplicables.

La Directiva se actualiza en concordancia con los textos internacionales en vigor en tres aspectos. En primer lugar, en el artículo 9 se estipula que la investigación y persecución de la trata debe ser de oficio, al margen de la existencia de una denuncia o acusación por parte de la víctima, y se introduce la obligación de adoptar las medidas necesarias para formar a personal especializado y dotarlo de los instrumentos de investigación necesarios.

En segundo lugar, en el artículo 10 de la Directiva se establece un conjunto de criterios para la delimitación de la jurisdicción competente y todo un sistema de cooperación entre los Estados miembro. A diferencia de la propuesta de decisión marco, la Directiva elimina la referencia a Eurojust<sup>6</sup> para coordinar la persecución del delito cuando es cometido en dos o más jurisdicciones de los Estados miembro, aunque en su mandato incluye que actúe como catalizador en este ámbito al igual que la Oficina Europea de Policía (Europol).

Complementando esta coordinación no se olvida de adoptar medidas preventivas como la prevista en el artículo 18, apartado 4º, que deja a juicio de cada Estado miembro actuar contra los usuarios de las personas sometidas a explotación siempre que tengan conocimiento de su condición de víctimas, con el loable objetivo de reducir la demanda, como lo marca el modelo sueco.

El tercer ámbito, ampliamente mejorado respecto del régimen previsto por la Decisión Marco 2002/629/JAI derogada, es el relativo a las medidas de protección y asistencia de las víctimas; sin embargo, de su redacción se desprende que muchas de estas medidas de asistencia y apoyo son de carácter potestativo para los Estados miembro y que para su desarrollo se requiere la

<sup>6</sup> Eurojust, una unidad de cooperación judicial de la Unión Europea, fue creada en 2002 con el objetivo de apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales en la lucha contra las formas graves de delincuencia transfronteriza en la Unión Europea. Al respecto véase <<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/es.aspx>>. [Nota de los editores.]

adopción de medidas nacionales, lo que no contribuye a una armonización de mínimos, como sería deseable.

En cuanto a las medidas de protección, el artículo 8 establece que los Estados miembro podrán considerar no perseguir ni imponer sanciones a las víctimas de la trata en caso de haber realizado actividades ilícitas como consecuencia de los medios coercitivos utilizados contra ellas. Resulta criticable que deje esto al arbitrio de dichos Estados, pues debería ser una obligación si se atiende a la vulnerabilidad de la víctima y a su sometimiento por medios violentos.

Este principio se completa con los artículos 11 y 12 de la Directiva, que pueden suponer un salto cualitativo importante en la protección y asistencia de las víctimas de trata de personas porque, de acuerdo con ellos, los Estados miembro tendrán que adoptar las medidas necesarias para ofrecer asistencia y apoyo a las víctimas antes, durante y después de la conclusión del proceso penal. Es importante destacar que en principio tales medidas no deben depender de la voluntad de la víctima de cooperar en la investigación o en el juicio; sin embargo, se condiciona por su remisión a la Directiva 2004/81/CE sobre permisos de residencia a víctimas de la trata de personas que cooperen<sup>7</sup> o a normas nacionales que suelen exigir una participación activa de la víctima y el disfrute de un permiso o autorización de residencia.

Esta limitación bloquea el camino hacia un auténtico sistema de protección y asistencia a la víctima; no obstante, se impone la obligación de adoptar mecanismos de identificación apropiados que implican la necesidad de medidas de protección y asistencia. Esta obligación se acompaña de un nivel mínimo de asistencia y apoyo que debe incluir unas condiciones de vida que garanticen la subsistencia, como alojamiento apropiado y seguro, asistencia material, tratamiento médico y psicológico, así como traducción e interpretación de la información que se le suministre a la víctima y en todo caso debe considerarse el periodo de reflexión y recuperación.

Entre los elementos que los Estados deben tener en cuenta en el proceso de proteger y asistir están aquellos factores que puedan incidir en el sistema de protección y asistencia, como pueden ser la edad, la madurez, el estado de salud, posibles embarazos, discapacidad y otras condiciones personales

<sup>7</sup> Véase <<https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>>. [Nota de los editores.]

o sociales, físicas o psicológicas, en las que se encuentre la víctima y que puedan hacerla especialmente vulnerable.

En el caso de la cooperación de la víctima en la investigación, la instrucción o en un procedimiento penal, los Estados tendrán que asegurar el asesoramiento jurídico y representación legal que, en caso de insuficiencia de medios económicos, tendrán que ser gratuitos. Además, conforme al apartado 4º del artículo 12 se prevén medidas para evitar la denominada “segunda victimización”. Para ello, los Estados miembro tendrán que evitar que exista contacto visual entre los perpetradores y las víctimas; no plantear preguntas de índole privada innecesarias para la investigación, evitar las declaraciones en juicios abiertos; y ofrecer a la víctima, en función de la evaluación del riesgo, su inclusión en un programa de protección de testigos.

Sin embargo, estas medidas tendentes a evitar la victimización secundaria están condicionadas por los criterios existentes en las legislaciones nacionales, lo que puede limitar los efectos deseados y crear veintiocho sistemas distintos de protección frente a la victimización secundaria. Finalmente, es destacable que en el artículo 17 se prevea para las víctimas un medio de acceso a los sistemas de indemnización existentes en los Estados miembro para los delitos violentos cometidos intencionadamente.

La valoración de la Directiva merece un juicio positivo habida cuenta de los mínimos que existían en el marco de protección y asistencia de las víctimas. Dicho documento, asimismo, parece reflejar el alcance y contenido del Convenio 197 del Consejo de Europa de 2005<sup>8</sup> y por tanto mejora considerablemente la esfera de derechos de las víctimas. De este marco normativo destacan los artículos 11 al 17, donde se recogen pormenorizadamente las medidas de protección y derechos de las víctimas que dan por fin un salto cualitativo frente a las anteriores aproximaciones legales centradas en combatir las redes, pero no en proteger a sus víctimas.

Este avance no impide subrayar que su éxito depende del grado de transposición uniforme por parte de los Estados miembro, y la experiencia demuestra que suele ser dispar. Además, el sistema previsto se activa atendiendo también a la aplicación de la Directiva 2004/81/CE, que requiere un análisis específico y cuyo estudio dentro del marco legal internacional de protección de derechos fundamentales es hasta ahora deficitario.

<sup>8</sup> Véase en <<https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/consejoeu2/doc/ConveniodeConsejoEuropaTrata.pdf>> . [Nota de los editores.]

Las medidas de protección y asistencia analizadas en la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011 abordan una referencia al marco legal impuesto por la Directiva 2004/81/CE. Ambas directivas se complementan en lo relativo a las víctimas de la trata de personas, pero difieren en relación con la protección de las víctimas del tráfico clandestino de inmigrantes, tema que queda fuera de las medidas de asistencia y protección previstas en la Directiva 2011/36/UE, exclusión que es criticable habida cuenta de la estrecha conexión entre ambas modalidades. La Directiva 2004/81/CE se concibió como un elemento fundamental para combatir la actividad desplegada por redes o grupos de delincuencia organizada enfocados en el tráfico clandestino de inmigrantes y en la trata de personas.

En concreto, con la aprobación de la Directiva 2004/81/CE se pretendía introducir como factor de colaboración para dismantelar estas redes criminales el otorgamiento de un permiso de corta duración a las víctimas de la trata de personas o del tráfico de inmigrantes irregulares que cooperaran con las autoridades en la eliminación de dichas redes. La referencia a este permiso no debe confundirse con la necesaria creación de un estatuto europeo de protección de víctimas, que habría sido lo deseable tanto para una protección más elevada de las víctimas como para incentivar la cooperación contra las redes criminales.

Pese a las expectativas suscitadas, sobre todo teniendo presente quiénes son sus potenciales beneficiarios, la Directiva 2004/81/CE resulta insatisfactoria dado el escaso beneficio o protección que obtiene la víctima por cooperar con las autoridades en el dismantelamiento de las redes criminales. A ello se suma el carácter opcional de algunas de las disposiciones de la Directiva, como la que permite a los Estados miembro optar por incluir en el sistema de protección a las víctimas del tráfico clandestino de inmigrantes, sin olvidar la amplia discrecionalidad ejercida por las autoridades nacionales a la hora de determinar la cooperación activa de la víctima para combatir las redes, con el agravante de que las autoridades nacionales podrán expulsarla en cualquier momento si juzgan que no colabora suficientemente o si restablece contactos con miembros de la red criminal. A esta discrecionalidad se suman las reticencias de los Estados miembro a incluir en sus legislaciones las medidas de asistencia social, sanitaria, psicológica y económica que la Directiva prevé en el artículo 7 y que no tienen carácter opcional.

Desde la perspectiva de la eficacia del sistema de cooperación que contempla la Directiva, es preocupante el poco seguimiento que ha tenido el reconocimiento a la víctima de un periodo de reflexión, al considerar este derecho como una facultad y no como una obligación. La Directiva 2011/36/UE mejora considerablemente esta situación, pero sólo para las víctimas de trata de personas, aunque no para las de tráfico clandestino que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

Por ello, si la Unión Europea quiere que se refuerce y amplíe la cooperación de las víctimas debería, entre otras modificaciones, replantearse ampliar el plazo del permiso de residencia de seis meses renovables que prevé la Directiva 2011/36/UE. Como se puede deducir, este beneficio es totalmente insuficiente para que las víctimas decidan cooperar activamente puesto que existe el peligro real de que sólo se retrase su expulsión mientras dura la investigación o de que los miembros de la red criminal puedan ejercer represalias contra los familiares residentes en el Estado de origen de la víctima.

Las deficiencias o posibilidades señaladas en relación con el marco legal impuesto por la Directiva 2004/81/CE chocan frontalmente con la visión y protección legal que se ofrece a las víctimas de trata en la Directiva 2011/36/UE. La UE no debería permitir que se arbitren dos sistemas distintos para víctimas de redes criminales, de personas que lucran con esta actividad poniendo en peligro la vida de miles a los que explotan sexual o laboralmente.

El contenido de la Directiva 2011/36/UE es más coherente y claramente orientado a la eficacia contra la actividad criminal de trata y la protección efectiva de las víctimas; por lo tanto, las reflexiones realizadas y el contenido acordado para la Directiva 2011/36/UE de lucha contra la trata de personas deberían ser considerados como el referente imprescindible para modificar la Directiva 2004/81/CE, ampliando así los derechos y las medidas de protección y asistencia para las víctimas del tráfico clandestino de inmigrantes en una perspectiva realista del fenómeno y atendiendo al interés de todas las víctimas.

La principal crítica de la Directiva 2004/81/CE, en relación con la eventual obtención del permiso de residencia de duración limitada, es la discrecionalidad de las autoridades nacionales para otorgarlo y su duración insuficiente y precaria para lograr la cooperación de la víctima. Además, esta duración tan limitada determina las medidas de asistencia y protección previstas para las víctimas, sin olvidar que también condiciona el marco legal más favorable

de la Directiva 2011/36/UE al restringir temporalmente el alcance de las medidas de apoyo y asistencia previstas en los artículos 11 y 12.

En definitiva, tras el análisis superficial de las medidas legales armonizadoras se puede afirmar que pese al esfuerzo de la Unión Europea en la elaboración de todo este marco normativo para intentar frenar la trata de personas y el incremento de las redes criminales, la predisposición y colaboración de los Estados miembro no ha sido la requerida. Es de esperar que los procedimientos de incumplimiento concluidos contra los Estados miembro infractores, entre ellos España, den lugar a un cambio de actitud. En caso contrario, la eficacia, transparencia y coherencia del sistema normativo europeo para el control de la trata de seres de humanos y, en su caso, del tráfico clandestino de inmigrantes, están en peligro.

El marco legal de la Unión Europea se complementa con otras acciones relevantes como la creación de la figura del Coordinador de la Unión Europea contra la Trata de Personas en marzo de 2011, y la aprobación de un plan de acción de la Unión Europea contra la trata de personas con cinco prioridades: detectar, proteger y asistir a las víctimas; reforzar la prevención de la trata; perseguir más activamente a los traficantes; mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y dar mayor coherencia a las políticas públicas; y conocer mejor y responder eficazmente contra las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata.

## **Para concluir**

La eficacia de todas las medidas descritas a nivel internacional y regional europeo sólo puede ser posible si todos los países de origen, tránsito y destino toman conciencia de que es imprescindible que incluyan en sus legislaciones nacionales y políticas públicas todas las formas de la trata de personas de acuerdo con la premisa de la prevención, persecución y protección.

Se deben llevar a cabo acciones que reflejen los compromisos adquiridos en las escalas internacional y europea para lograr una mayor sensibilización sobre los mecanismos de captación a los que recurre el crimen organizado para engañar a las víctimas y las consecuencias que tienen en la vida de las personas, especialmente mujeres y niños. En esta línea, sería muy positivo crear la figura del Alto Comisionado de Naciones Unidas para la Trata de

Personas, en concordancia con la del coordinador creada por la Unión Europea para ese fin.

Una adecuada implementación de las medidas legales analizadas pasa necesariamente por reforzar la capacitación de las autoridades públicas nacionales para una correcta identificación y protección de las víctimas, así como en lo tocante a técnicas de investigación, intercambio de información y persecución del crimen organizado transnacional, atendiendo a los mecanismos de cooperación policial y judicial acordados en los convenios descritos.

Finalmente, para incentivar la adhesión a tales convenios se debería generalizar la introducción de una cláusula específica en los acuerdos comerciales o de asociación económica celebrados por la Unión Europea, en línea con las cláusulas democrática y de garantía de los derechos humanos ya existentes en muchos de ellos, que incentivarán a determinados Estados y regiones (origen, tránsito y destino) a implementar medidas para combatir más eficientemente el crimen organizado transnacional y la trata de personas.

